

Université Panthéon-Assas
École doctorale de Droit Privé

Thèse de doctorat en droit soutenue le 7 Juillet 2020

**LA PLANIFICATION SUCCESSORALE
EN DROIT EUROPÉEN COMPARÉ :**
**A PROPOS DE LA TRANSMISSION
DE L'ENTREPRISE FAMILIALE**



UNIVERSITÉ **PARIS II**
PANTHÉON-ASSAS

Stéphane JOFFROY

Directeur de thèse :

Monsieur Claude BRENNER

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

Membres du jury :

Madame Sabine MAZEAUD-LEVENEUR

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

Madame Marie GORÉ

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

Monsieur Christophe VERNIÈRES

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Monsieur Frédéric BICHERON

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

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.

A toi.

Remerciements

Mes remerciements les plus sincères vont à Monsieur le professeur Laurent AYNES, sans qui mon projet aurait été impossible.

A Monsieur le Professeur Claude BRENNER, mon directeur de thèse, pour sa patience et sa bienveillance.

A Monsieur le Professeur Xavier DELCROS pour sa tenacité à me faire aboutir.

A Madame la professeure Marie LEVENEUR-AZEMAR pour ses encouragements et son regard toujours positif sur mes travaux.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>adde</i>	également
al.	alinéa
anc.	ancien
art.	article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Avant-Projet Catala	<i>Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription</i> , sous la direction de P. Catala, La Documentation française, 2006
<i>Bull.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cass. civ. 1 ^{re}	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2 ^e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 3 ^e	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CC	Conseil Constitutionnel
CCC	Contrats Concurrence et Consommation
CCE	Communication Commerce électronique
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
ch. Mixte	chambre mixte
chron.	chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	collection
comm.	commentaire
comp.	comparer
concl.	conclusions
cons.	considérant
<i>contra</i>	en sens contraire
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. aff.</i>	Dalloz Affaires
dactyl.	dactylographiée
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
<i>DH</i>	Dalloz hebdomadaire
<i>DMF</i>	Revue de droit maritime français
<i>DP</i>	Dalloz périodique
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
éd.	édition
ét.	étude
ex.	exemple
fasc.	fascicule
<i>GAJCiv.</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence civile</i> , T. 1 et 2
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
IR	Informations rapides

<i>J.-Cl.</i>	Juris-Classeur (encyclopédie)
<i>JCP E</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Entreprise
<i>JCP G</i>	Juris-Classeur périodique, édition Entreprise
<i>JCP N</i>	Juris-Classeur périodique, édition Notariale
<i>JO</i>	Journal officiel
jur.	jurisprudence
L.	Loi
<i>RLDA</i>	Revue Lamy droit des affaires
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> (à l'endroit cité)
n°	numéro
nos	numéros
not.	notamment
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (œuvre citée)
p.	page ou pages
pan.	panorama
préc.	précité
préf.	préface
Projet Terré	<i>Pour une réforme du droit des contrats</i> , sous la direction de F. Terré, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
rappr.	rapprocher
<i>RCA</i>	Responsabilité civile et assurances
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDI</i>	Revue de droit immobilier
<i>RDT</i>	Revue de droit des transports
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>Rép. civ.</i>	Répertoire de droit civil Dalloz
<i>Rép. com.</i>	Répertoire de droit commercial Dalloz
Req.	Chambre des Requêtes
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RGDA</i>	Revue générale du droit des assurances
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
et s.	et suivant(e)s
S.	Recueil Sirey
somm.	sommaire
spéc.	spécialement
ss dir.	sous la direction de
<i>supra</i>	ci-dessus
t.	tome
TGI	Tribunal de grande instance
v.	<i>versus</i>
v.	voir
v°	<i>verbo</i> (mot)

SOMMAIRE

PARTIE I : LES OBSTACLES JURIDIQUES ET FISCAUX A LA TRANSMISSION DES ENTREPRISES FAMILIALES

Titre I : Les obstacles juridiques

Chapitre I : La réserve héréditaire

Chapitre II : La prohibition des pactes sur succession future

Chapitre III : L'influence du Règlement (UE) succession

Titre II : Les obstacles fiscaux

Chapitre I : Les inégalités fiscales

Chapitre II : Les dispositifs en faveur de la transmission des entreprises

Chapitre III : L'influence du droit de l'Union européenne sur les règles fiscales nationales

PARTIE II : LES STRATEGIES DE TRANSMISSION DES ENTREPRISES FAMILIALES

Titre I : Les stratégies fondées sur l'aménagement des règles de dévolution légale

Chapitre I : Le choix du régime matrimonial

Chapitre II : Les libéralités

Titre II : Les stratégies fondées sur l'administration de l'entreprise familiale

Chapitre I : L'administration de l'entreprise sans modification des règles de dévolution légale

Chapitre II : L'administration de l'entreprise familiale au moyen de la constitution d'un patrimoine d'affectation

INTRODUCTION

1. Il y a 25 ans, le 6 octobre 1993, l'Ordre des Avocats du Barreau de Paris et l'Association pour la Pérennité de l'Entreprise organisaient un colloque sur la transmission de l'entreprise familiale. L'importance du sujet était telle que les actes du colloque donnaient lieu à publication.¹

Les intervenants avaient insisté sur l'enjeu de la question de la transmission des entreprises familiales qui se poserait nécessairement dans une vingtaine d'années en raison, d'une part, de l'âge du départ à la retraite des dirigeants et, d'autre part, de la nécessité croissante de sauvegarder l'emploi. Ils avaient également dénoncé des inégalités juridiques et fiscales au sein des différents États de l'Union européenne et avaient proposé la création d'un pacte de cession d'entreprise.²

Il ne faut pas croire pour autant que cette problématique était nouvelle. M. LE PLAY et à sa suite, son école, dénonçait les conséquences de l'égalité des partages pour les petites exploitations familiales³. Des débats importants se tenaient à l'époque au Parlement à

¹ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU DE PARIS, *La Transmission de l'entreprise familiale. L'avis des experts et des industriels*, Economica, 1994.

²Il convient d'être prudent sur les données qui concernent la transmission des entreprises familiales qui sont souvent mises en avant pour justifier de la pertinence et de l'intérêt majeur des études qui sont publiées, alors même qu'il n'y a aucune étude statistique de référence. Ainsi, dans leur rapport intitulé « L'entreprise, objet d'intérêt collectif » du 9 mars 2018 p. 75, qu'il convient de saluer, Nicole NOTAT et Jean-Dominique SENARD citent le rapport du 7 juillet 2015 de Fanny DOMBRE-COSTE adressé au ministre de l'Économie et à la secrétaire d'État chargée du Commerce, intitulé « Favoriser la transmission d'entreprise en France : diagnostic et propositions ». Reprenant ce rapport, ils indiquent que « 700 000 entreprises sont susceptibles d'être cédées sur 10 ans ». Mais ce rapport ne fait référence à aucune étude statistique consultable. Par ailleurs, ces chiffres sont à confronter à ceux contenus dans les actes du colloque du 6 octobre 1993 qui mentionnait des données similaires à vingt ans d'intervalle. Référence Internet : <https://www.economie.gouv.fr/mission-entreprise-et-interet-general-rapport-jean-dominique-senard-nicole-notat>.

³ DESCAMPS O., « Leplaysiens et juristes : la querelle du droit successoral (1864-1914) » in Les Etudes Sociales, 1^{er} et 2^{ème} semestre 2002, n°135-136, p.67-95 ; Voir également sur l'influence de LE PLAY, GUERLAIN L., *L'École de le play et le droit*, Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain, Tome 34, LGDJ, 2017.

l'occasion du dépôt, par le Baron de VEAUCE, d'un amendement en faveur de la liberté de tester.⁴

2. En 1890, dans un opuscule intitulé *Sur la recherche de la vérité historique en ce qui concerne les questions sociales et particulièrement la transmission des biens dans la famille*, M. de LAFONT dénonçait le principe de l'égalité des partages lorsqu'il était appliqué aux entreprises et proposait de modifier les articles 791 et 1130 du Code civil sur l'interdiction des pactes sur successions futures. Cet auteur comparait la situation française avec celle de certains pays d'Europe. Reprenant les propos d'un Ambassadeur anglais au Congrès de Vienne en 1814, il rappelait la formule : « Après tout, les Français sont suffisamment affaiblis par leur système de succession ».⁵

Il semble donc que le sujet soit récurrent. Les historiens, et spécialement ceux du droit, ont montré, à travers l'étude des exploitations agricoles, tant dans l'ancien droit qu'à l'époque du Code civil, les stratégies mises en place avec l'aide des notaires afin de favoriser la transmission des exploitations familiales, si nécessaire en développant des pratiques contraires à la loi.⁶

Après avoir été considérées comme dénuées d'intérêt, vouées à disparaître, à partir de la fin du XX^e siècle, les entreprises familiales sont devenues des sujets d'études, surtout dans les

⁴STEINER, P. *L'héritage au XIX^e siècle en France : loi, intérêt de sentiment et intérêts économiques*, *Revue économique*, 2008/1, vol. 59 (1), p. 75-97. Pour mesurer l'importance des débats à l'époque, il est possible de se reporter au travail de DESCAMPS O., « Leplaisiens et juristes : la querelle du droit successoral (1864-1914) » in *Les Etudes Sociales*, 1^{er} et 2^{ème} semestre 2002, n° 135-136, p.67-95. L'auteur rapporte avec beaucoup de précision, non seulement les débats qui ont eu lieu à l'époque, mais également les fondements des différentes thèses en présence pour expliquer et justifier l'existence de la réserve héréditaire.

⁵LAFONT (de) M., *Sur la recherche de la vérité historique en ce qui concerne les questions sociales et particulièrement la transmission des biens dans les familles*, Gap, Imprimerie Jouglard, Imprimeur de la société d'études, 1890 : « Les articles 791 et 1130 du Code civil, qui interdisent les pactes sur successions futures, doivent être modifiés de manière à permettre de renoncer aux successions non ouvertes d'un ascendant quand celui-ci donne son adhésion ».

⁶DEROUET B., *Pratiques successorales et rapport à la terre : les sociétés paysannes d'Ancien Régime*, *Annales, Économies, Sociétés, Civilisations*, 44^e année, n° 1, 1999, p. 173-206.

HILAIRE J., *Vivre sous l'empire du Code civil : les partages successoraux inégalitaires au XIX^e siècle*, Bibliothèque de l'École des Chartes, 1998, t. 156, livraison 1, p. 117-141.

pays anglo-saxons. Cependant en France,⁷ hormis les travaux de M. HIRIGOYEN,⁸ il n'existe que peu de travaux d'envergure sur le sujet.

Qu'en est-il aujourd'hui ? Les inégalités au sein des différents États de l'Union européenne ont-elles été gommées ? Y-a-t-il des réformes à entreprendre ? Autrement dit, le sujet est-il toujours d'actualité ?

3. Si l'on en juge par l'existence des rapports et des avis publiés depuis lors, le sujet de la transmission de l'entreprise familiale n'est toujours pas épuisé.⁹

L'intérêt porté à la transmission des entreprises familiales n'a pas faibli : en effet, depuis les trente dernières années, les rapports se sont succédés en France et ont insisté sur la nécessité de prendre en considération les entreprises familiales et leur transmission.

Les études contemporaines indiquent que les entreprises familiales représentent plus des deux tiers de l'ensemble des entreprises des pays occidentaux : 75 % des entreprises seraient familiales au Royaume-Uni, 80 % en Allemagne et en Espagne, 85 à 90 % en Suisse et 99 %

⁷ALLOUCHE J., AMANN B., *L'Entreprise familiale : un état de l'art*, Finance Contrôle Stratégie, vol. 3, n° 1, mars 2000, p. 36. Les auteurs ne donnent pas moins de 6 raisons au désintérêt porté aux entreprises familiales.
⁸HIRIGOYEN G., « Le Comportement financier des moyennes entreprises industrielles familiales », Banque 1982, n° 417, p. 588-593 ; « Contribution à la connaissance des comportements financiers des moyennes entreprises industrielles et financières », Thèse pour le doctorat d'État, Université de Bordeaux I ; « Peut-on parler d'une politique de dividendes dans les moyennes entreprises familiales non cotées », Banque 1984, n° 436, p. 207-210.

⁹ASMEP-ETI et INSTITUT Montaigne, « Vive le long terme ! Les entreprises familiales au service de la croissance et de l'emploi », Rapport septembre 2013. Référence internet : <https://www.institutmontaigne.org/publications/vive-le-long-terme-les-entreprises-familiales-au-service-de-la-croissance-et-de-lemploi>

KLIMEK J., Avis du comité économique et social européen sur « l'entreprise familiale en Europe comme source de croissance renouvelée et d'emplois de meilleure qualité », Journal officiel de l'Union européenne du 15 janvier 2016 (2016/C 013/03) ; ASMEP-ETI et Institut Montaigne, « Vive le long terme ! Les entreprises familiales au service de la croissance et de l'emploi », Rapport septembre 2013 ; NIEBLER A., « Rapport sur les entreprises familiales en Europe », 30 juin 2015, (2014/2210(INI)) ; GRANT THORNTON, GT Société d'Avocats, « Transmission d'entreprises en Europe : la France doit s'aligner d'urgence sur ses voisins », METI. BOURDOIS J.-J., « Final report of the expert group Overview of family-business-relevant issues: research, networks, policy measures and existing studies », ARES (2015)2102740 - 20/05/2015 ; MARINI Ph., Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la nation sur la fiscalité des mutations à titre gratuit, annexe au procès-verbal de la séance du 20 novembre 2002.

en Italie. Selon le rapport de l'Institut Montaigne de 2013, 83% des entreprises françaises seraient familiales.¹⁰

En Europe occidentale, les entreprises familiales réaliseraient entre 45 % et 65 % du PNB et de l'emploi.¹¹

Tout récemment, certaines publications insistent sur les mauvais résultats de la France en termes de transmission d'entreprises familiales. La France « occupe l'avant-dernière place avec seulement 12 % d'entreprises transmises à la famille contre 65 % en Allemagne et 76 % en Italie »¹² selon la publication du journal en ligne *The Conversation* du 2 février 2018.

¹⁰ ASMEP-ETI et INSTITUT Montaigne, « Vive le long terme ! Les entreprises familiales au service de la croissance et de l'emploi », Rapport septembre 2013. Référence internet : <https://www.institutmontaigne.org/publications/vive-le-long-terme-les-entreprises-familiales-au-service-de-la-croissance-et-de-lemploi> ; Voir également 108^e Congrès des Notaires de France, « La transmission », Montpellier, 2012, p. 1007 et s.

¹¹FATTOUM S., « L'Impact de la relation prédécesseur/successeur sur le déroulement du processus de succession dans les entreprises familiales », RSG 2008/2, n° 230, p. 105-113, citant l'étude réalisée par MM. ALLOUCHE et AMANN en 2000. Référence Internet : <https://www.cairn.info/revue-des-sciences-de-gestion-2008-2-page-105.htm>. Sur l'importance des entreprises familiales en Europe, il est également possible de se reporter à l'ouvrage de KALSS S., *Company Law and The Law of Successions, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Springer, 2015 ; KALLS S., *The Interaction Between Company Law and the Law of Succession – A Comparative Perspective*, p. 3-46, spécialement, p. 3 : “There is no doubt that family business play a substantial role in all of the countries included in the report. Numbers range from 62% of SMEs in England, generating 52% of all sales turnover in the SME bracket, to 69% of all business in the Netherlands (generating 53% of the GNP), to around 80% of all SMEs in Austria (employing around 70% of all employees) and Poland (excluding agriculture and fishery business), to 90% of all business in Germany, Italy, and Finland. In Europe, more than 60% of all business are family business, and the worldwide numbers are something between 65 and 80%”. Voir également les rapports nationaux : BALL J., *The interaction between Company Law and the Law of Succession in England*, in *Company Law and the Law of Succession*, Susanne Kalss Editor, coll. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Springer International Publishing Switzerland 2015, p. 171-195. SANDERS A., *Company Law and the Law of Succession in Germany*, p. 213-259, spécialement p. 218. FUSARO A., *Company Succession in the Latin Law Tradition Using the Example of the Italian Legal System*, p. 289-304. Curieusement, la France ne figure pas dans cet ouvrage et il faut constater plus généralement que la France est peu présente dans les études de droit comparé.

¹²MISSONNIÈRE A., JOUAEN A., « Les freins à la reprise de l'entreprise familiale par les filles », article du 2 février 2018, *The Conversation*.

D'après l'étude réalisée par TRANSREGIO en 2005¹³, 91 % des successions dans lesquelles se trouve une entreprise familiale se termineraient par la cession de l'entreprise en dehors du cadre familial.¹⁴ Dès lors, se pose la question des raisons de ces mauvais résultats.

4. En 2016, un groupe de travail a été créé au sein du gouvernement pour réfléchir sur les réformes à mettre en place afin de favoriser la transmission des entreprises familiales et les autorités publiques se sont saisies du sujet.

Le rapport NOTAT-SENARD déposé le 9 mars 2018 intitulé « L'Entreprise, objet d'intérêt collectif », à l'attention du ministre de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances du Travail¹⁵ contient des éléments intéressants concernant la transmission des entreprises familiales au regard de ce qui se pratique dans certains États de l'Union européenne. Ce rapport est très influencé par ce qui se pratique en Allemagne et propose le développement des fondations et des fonds de dotation :

« Il a aussi été envisagé dans les auditions qu'un véhicule juridique puisse faciliter la transmission et la pérennisation des PME. Un rapport notait ainsi que 700 000 entreprises sont susceptibles d'être cédées sur 10 ans. Les fondateurs, en l'absence d'un successeur désigné, peuvent souhaiter se déposséder de leur bien, pour assurer la pérennité d'une raison d'être ou d'une implantation territoriale, sans pour autant affecter les fruits à l'intérêt général, et se conformer aux contraintes afférentes. Sous la réserve précédemment exprimée de réserver le terme de "fondation" aux œuvres d'intérêt général, la création d'un véhicule juridique pour favoriser la poursuite d'une raison d'être ou d'une mission peut être envisagée. Cette faculté existe au Danemark, au Royaume-Uni, en Allemagne et en Suède, où, en l'absence d'intérêt général, il n'y a pas de traitement fiscal dérogatoire. Une telle dissociation donnerait de plus une souplesse bienvenue au dispositif, par exemple avec une réversibilité pendant 10 ans, ce qui permettrait à un nombre plus important de chefs

¹³ Rapport TRANSREGIO (2005), *Enquête sur la transmission d'entreprises dans sept pays européens*. Référence internet : www.transregio.org.

¹⁴FREYMAN (de) J, RICHOMME-HUET K., « Entreprises familiales et phénomène successoral », *Revue Française de Gestion* 2010 : 1, n° 200, p. 161-179. Référence Internet : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2010-1-page-161.html>.

¹⁵Rapport NOTAT-SENARD, *L'Entreprise, objet d'intérêt collectif*, Référence Internet : <https://www.economie.gouv.fr/mission-entreprise-et-interet-general-rapport-jean-dominique-senard-nicole-notat>, p. 75 accompagné de sa note de bas de page.

d'entreprises de sauter le pas. Les conditions de sécurité juridique d'une telle option doivent être étudiées ».198

La note de bas de page n° 198 de ce rapport est particulièrement intéressante, car elle stigmatise l'un des obstacles souvent avancé à la transmission des entreprises familiales qui tient notamment à l'existence d'une réserve héréditaire : « Ce système induirait une modification de moindre ampleur que la modification de la réserve héréditaire, d'un effet démesuré par rapport à l'objectif visé »16.

Selon ce rapport, pour favoriser la transmission des entreprises familiales sans aménager les dispositions du Code civil relatives à la réserve héréditaire, il suffirait de créer un : « véhicule juridique », pour reprendre l'expression des auteurs du rapport, sans toutefois préciser lequel.

Le traitement de la question de la transmission des entreprises familiales par les auteurs du rapport est cependant incomplet, dans la mesure où ces derniers n'envisagent cette transmission qu'en l'absence de repreneur désigné, mais encore de manière simplifiée puisque l'existence d'une réserve héréditaire est loin d'être le seul obstacle à la transmission des entreprises familiales, sous réserve qu'il s'agisse d'un réel obstacle.17

Si l'entreprise familiale est un sujet d'étude en France, elle l'est également au sein de l'Union européenne.

5. Une proposition de résolution du Parlement européen de 2014 (2014/2210 (INI)) souligne l'importance économique des entreprises familiales et l'intérêt qui leur est porté.18

16 Rapport NOTAT-SENARD, *L'Entreprise, objet d'intérêt collectif*, Référence Internet : <https://www.economie.gouv.fr/mission-entreprise-et-interet-general-rapport-jean-dominique-senard-nicole-notat>, p. 75 accompagné de sa note de bas de page.

17 Il faut souligner l'existence d'un rapport très récent sur la réserve héréditaire sous la direction de PERES C., Rapport du groupe de travail, *la réserve héréditaire*, 13 décembre 2019 et ses annexes. Référence internet : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_reserve_hereditaire.pdf

18 « **Importance économique**

1. souligne que les entreprises familiales font généralement preuve d'un grand sens de responsabilité sociale vis-à-vis de leur personnel, qu'elles gèrent leurs ressources de manière active et responsable et qu'elles envisagent habituellement leur avenir économique sur le long terme, dans une optique de pérennisation de l'entreprise (en agissant suivant le principe d'honorabilité professionnelle, en propriétaire ou gestionnaire

Le rôle des entreprises familiales est clairement précisé, aussi bien du point de vue de la stabilité du tissu économique local que de celui de la sauvegarde et de la création d'emploi.

La Commission de l'emploi et des affaires sociales a émis un avis sur les entreprises familiales en Europe (2014/2210) à l'attention de la Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie et a ainsi particulièrement insisté sur les difficultés successorales et fiscales qui feraient obstacle à la transmission des entreprises familiales.¹⁹

responsable), **contribuant ainsi sensiblement à la compétitivité de la communauté locale et de l'Europe ainsi qu'à la création et à la préservation d'emplois de qualité ;**

2. précise que les entreprises familiales sont, du fait même de leur histoire, fortement enracinées dans leur lieu d'implantation et, par conséquent, **qu'elles créent et préservent des emplois dans des zones rurales et des régions défavorisées**, contribuant ainsi à lutter contre le phénomène de vieillissement de la population et de dépeuplement qui touche de nombreuses régions de l'Union européenne ; invite par conséquent la Commission et les États membres à mettre en place, au meilleur coût, les infrastructures propres à garantir la compétitivité, le renouvellement, la croissance et la viabilité de ces entreprises, en particulier des microentreprises et des start-up, ainsi qu'à favoriser la collaboration transsectorielle et transfrontalière pour les aider à se développer et à s'internationaliser ;

3. **reconnait que les entreprises familiales sont la source la plus importante d'emplois dans le secteur privé** et que, partant, tout ce qui est bénéfique à la continuité, au renouvellement et à la croissance dans le domaine des entreprises familiales profite également à la continuité, au renouvellement et à la croissance de l'économie européenne ;

4. constate que les entreprises familiales hautement spécialisées, en particulier, jouent un rôle important pour les grandes entreprises sur le plan de l'approvisionnement et de l'innovation, car elles assurent aux entreprises qu'elles fournissent une sécurité matérielle du fait de la pérennité et du caractère transgénérationnel de leur modèle de gestion, contribuant ainsi de manière significative à la croissance économique ;

5. **rappelle à la Commission que la majorité des entreprises familiales sont des PME⁽⁴⁾** et qu'il est donc primordial de leur accorder la priorité (*think small first*) pour mieux adapter la législation européenne aux réalités et aux besoins de ces entreprises et leur permettre de bénéficier des dispositifs de financement et d'allègement des contraintes administratives.

6. relève que les entreprises familiales peuvent contribuer à encourager les minorités et les groupes sous-représentés à participer à l'économie locale ;

7. souligne que du fait de la confiance qui règne entre les membres d'une même famille, les entreprises familiales sont très flexibles et peuvent s'adapter rapidement à l'évolution de l'environnement socio-économique; estime que, dans le même temps, en raison de leur implantation durable sur des marchés de niche, les entreprises familiales excellent à repérer les perspectives nouvelles et les innovations ».

¹⁹ « H. considérant qu'il est essentiel d'améliorer le climat juridique en matière de succession (transmission de l'entreprise au sein de la famille), notamment en ce qui concerne la portée et l'ampleur des différentes approches en matière d'impôt sur les successions et de droits de succession à l'échelle de l'Union, sachant que 480 000 entreprises font chaque année l'objet d'une transmission dans l'Union européenne et que plus de 2 millions d'emplois sont concernés; qu'on estime à 150 000 le nombre d'entreprises qui doivent fermer chaque année en raison des nombreuses difficultés liées à ces transmissions, ce qui se traduit par la perte de 600 000 emplois ;

I. considérant que les droits de succession posent un problème sérieux aux petites et moyennes entreprises familiales en particulier, dont les conséquences peuvent amener certaines à devoir réduire leurs effectifs ou à devoir fermer ».

Si le succès de la transmission des entreprises familiales est inégal au sein des différents États européens, se pose nécessairement la question du cadre juridique et fiscal de la transmission des entreprises familiales.

6. Mais les résultats des études et des avis qui mettent l'accent sur les inégalités au sein de l'Europe pour la transmission des entreprises familiales doivent être examinés avec précaution, car ces recherches et avis ne donnent pas de définition de l'entreprise familiale.

L'objet des différentes études n'étant pas réellement défini, il s'avère légitime du point de vue méthodologique de s'interroger sur la pertinence des résultats énoncés.

À la lecture de la littérature juridique, il n'existe pas de définition homogène,²⁰ de sorte qu'il convient avant tout de définir l'entreprise.

7. Définition de l'entreprise. Dans une première approche économique, l'entreprise peut être comprise comme un mode particulier d'organisation en vue de la réalisation d'un projet ou d'une activité de nature économique et ce, indépendamment de la structure juridique sous laquelle elle est réalisée.

L'entreprise se laisse difficilement saisir par le Droit. Le lexique des termes juridiques de M. CORNU donne au moins quatre définitions de l'entreprise, chacune correspondant historiquement à une manière dont le droit s'est saisi de l'entreprise.²¹

²⁰ALLOUCHE J., AMANN B., *L'Entreprise familiale : un état de l'art*, Finance Contrôle Stratégie, vol. 3, n° 1, mars 2000, p. 36. Les auteurs insistent sur la multiplicité des définitions qui tiennent à l'hétérogénéité des critères choisis.

²¹ CORNU G., *Vocabulaire Juridique*, PUF, 1987 :

« I. (civ.)

Nom générique aujourd'hui donné au contrat (encore dit louage d'ouvrage ou d'industrie) par lequel une personne (entrepreneur ou locateur d'ouvrage) s'engage envers une autre (client parfois nommé maître de l'ouvrage) à faire un ouvrage (construction, réparation, transport, etc.). En fournissant son travail ou son industrie ou également la matière et qui diffère du contrat de travail (ou louage de services) en ce qu'il ne subordonne pas l'entrepreneur à celui qui commande l'ouvrage dans l'exécution de la tâche convenue (C. Civ., a. 1779 s.). Ex : le contrat de transport, le contrat de construction d'un bâtiment. V. marché, sous entreprise.

II. (trav.)

Réunion, sous l'autorité de l'employeur ou de ses préposés, de travailleurs salariés poursuivant sous une forme juridique variable une activité commune, cadre dans lequel le droit du travail contemporain a organisé la collectivité du personnel et aménagé ses rapports avec le chef d'entreprise. Ex : comités d'entreprise, délégués du personnel, délégués syndicaux, intéressement des salariés. Comp. Établissement. V. exploitation

Ces différentes définitions illustrent l'évolution du droit en la matière et le passage de l'entreprise de la sphère strictement privée à la sphère publique, ce qu'il convient de relever, car ce passage pourrait expliquer l'intérêt croissant des autorités publiques sur le sujet de la transmission de l'entreprise familiale qui ne peut plus être limité au domaine purement privé.

La notion d'entreprise est inconnue du Code de commerce autrement que par les dispositions de l'article 632 de ce Code :

« La loi répute acte de commerce :

- tout achat de denrées ou marchandises pour revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l'usage ;
- toute entreprise de manufacture, de commission ou transport par terre ou par eau ;
- toute entreprise de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan, de spectacles publics ;
- toute opération de change, banque et courtage ;
- toutes les opérations de banques publiques ;
- toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ;
- entre toutes personnes, lettres de change ou remises d'argent faites de place en place ».²²

III. (com.)

* 1* Établissement industriel ou commercial. Ex : entreprise de manufactures, de transports, de spectacles publics. Comp. Firme, compagnie.

* 2 Par ext., l'activité même de l'entrepreneur.

* 3 Organisme se proposant essentiellement de produire pour les marchés certains biens ou services, financièrement dépendant de toute autre organisme ; peut comporter un ou plusieurs établissements.

- multinationale. V. trust, groupe d'entreprises

- unipersonnelle. V. unipersonnelle (entreprises)

IV. (adm.)

* Personne morale constituée sous forme de société ou d'établissement public pour la gestion d'une activité administrative à caractère économique.

- nationale. Entreprise du secteur public issue d'une opération de nationalisation (par contraction de nationalisée) et plus généralement agissant dans le cadre de l'État.

- publique. Entreprise appartenant au secteur économique public national ou local.

* Ensemble de moyens humains et matériels concourant, sous une direction économique, à la réalisation d'un objectif économique (tr. CECA, a.65, 66 ; tr. CEE, A.85.86.90. »

²²Code de commerce dans sa rédaction de 1807. Référence Internet :

<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56629t/f68.image.texteImage>.

8. *Historique de la notion d'entreprise.* Jusqu'à la moitié du XX^e siècle, tout au moins en France, l'entreprise a d'abord été appréhendée en termes de rapports contractuels, puis de société.

L'entreprise s'est d'abord confondue avec la personne de l'entrepreneur. Son patrimoine était utilisé pour réaliser le projet ou l'activité de ce dernier, de sorte que la question de l'entreprise se résumait en termes d'agencements de droits de propriété et de contrats.

Cette évolution a été très justement décrite par M. RIPERT qui écrivait ainsi : « Si on identifie l'entreprise et la propriété, la notion d'entreprise consiste uniquement dans un faisceau de droits de propriété formé par l'entrepreneur pour une meilleure utilisation des biens qui lui appartiennent ».23

Progressivement, lorsque des biens du propriétaire-entrepreneur ont été spécialement affectés à la réalisation d'un projet ou d'une activité et que cette activité a dû se réaliser en groupe, notamment parce que les biens du propriétaire n'y suffisaient pas, l'entrepreneur-propriétaire ne pouvant effectuer son projet seul, cette activité s'est alors réalisée sous couvert de l'association, puis du contrat de société. L'entreprise en tant qu'activité s'est exercée sous couvert de la société. L'exemple de la commandite qui s'est développée au Moyen Âge, notamment en Italie est intéressant, car il montre l'affectation d'un patrimoine à une activité sous couvert du contrat de société.

Les développements de M. TROPLONG sur l'histoire de la société sont particulièrement éclairants, que ce soit sur la société au Moyen Âge avec l'apparition des grandes compagnies, ou bien encore sur les sociétés tacites familiales, entreprises familiales de l'époque féodale, sur lesquelles il faudra revenir.24

9. À côté de la société de personnes, se développe la société dite de capitaux, d'abord sous couvert de l'État, puis progressivement seule lorsque plus aucune autorisation de l'État ne sera nécessaire pour créer une société de capitaux.

²³RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1948, n° 120.

²⁴TROPLONG R.-Th., *Droit civil expliqué, Du contrat de société*, Charles Hingray, Libraire-éditeur, 1855, préface, XIX.

Ainsi, sous l'influence du **droit anglais** qui, à partir de 1856, a permis la création de compagnies sur simple enregistrement, puis les a autorisées à déployer leurs activités en France (traité du 30 avril 1862), le droit français a dû évoluer et créer « un nouveau type de société, imité de la "private company limited" anglaise et qui fut dénommée à raison de cette imitation, société à responsabilité limitée. La loi du 23 mai 1863 créa cette forme nouvelle qui ne devait vivre que quatre ans ».²⁵ **L'Allemagne** a suivi la même évolution en 1873.²⁶

En France, il faut attendre la seconde moitié du XX^e siècle et les travaux de M. DURAND pour l'association Henri CAPITANT pour des développements sur la notion juridique de l'entreprise²⁷, puis ceux de M. RIPERT en 1948.

10. Cependant, la théorie contractuelle par laquelle le droit saisissait l'entreprise est devenue insuffisante pour appréhender le phénomène économique et social de l'entreprise. C'est alors la théorie de l'institution qui a pris le relai, estimant que l'entreprise ne se réduisait pas à des rapports contractuels et de propriété.

Dans son ouvrage paru en 1948 et intitulé *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, M. RIPERT a montré l'évolution de l'entreprise au travers de la société par actions. Il a démontré que dans les sociétés de capitaux, les actionnaires n'étaient plus propriétaires de leurs apports et qu'ils détenaient, en réalité, un droit de créance, ne maîtrisant plus la direction de l'entreprise au moyen de la désignation des dirigeants.

Lorsque l'entreprise dépasse le cadre de la propriété et du contrat, elle sort de la sphère privée pour intéresser la chose publique. Comme le soulignait M. RIPERT : « Le droit ne peut reconnaître ce groupement que s'il est utile à l'État. Il ne s'agit pas ici de la licéité de

²⁵RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1948, n° 24.

²⁶NOTAT N., SENARD J.-D., « L'Entreprise, objet d'intérêt collectif », rapport du 9 mars 2018. Référence Internet : <https://www.economie.gouv.fr/mission-entreprise-et-interet-general-rapport-jean-dominique-senard-nicole-notat>, p. 25 : « L'Angleterre ouvre cette voie en 1844 puis en 1856. Du fait de la concurrence anglaise ayant suivi la signature du traité de libre-échange entre la France et l'Angleterre notre pays adopta en 1867 une libéralisation du régime des sociétés par actions pour permettre à ses industriels de se battre à armes égales avec les anglais. L'Allemagne suivra en 1873 ».

²⁷ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *La notion juridique de l'entreprise : journées de Liège*, t. 3, 1947, Dalloz, 1948.

l'objet : tout contrat qui a un objet ou une cause illicite est nul. Il s'agit de l'utilité sociale de l'institution »²⁸.

Mais cette évolution n'est pas propre à la France, elle était déjà dans l'air du temps. Ainsi **en Allemagne**, en 1917, M. RATHENEAU avait publié une étude intitulée *Vom Aktienwesen*, dans laquelle il distinguait la société de l'intérêt des actionnaires, montrant par là même que l'entreprise ne se résume pas au contrat de société. Progressivement, toujours en Allemagne, l'intérêt de l'entreprise supplante celui des actionnaires.²⁹

Cette évolution s'est faite relativement rapidement, puisque la loi allemande de 1937 sur les sociétés par actions précise que « la direction administre la société sous sa propre responsabilité de façon à servir tant l'intérêt de l'entreprise que le bien commun du peuple et de l'empire (§70-1) ». Ce texte met en pleine lumière le caractère politique et social de l'entreprise.³⁰

Ainsi peu à peu, il s'est formé un mouvement en Europe qui voit dans l'entreprise autre chose que des rapports contractuels, à savoir une institution qui dès lors va intéresser la sphère publique. Dans ce mouvement, l'entreprise n'est plus seulement appréhendée sous une dimension contractuelle mais comme « une organisation de nature politique ».³¹ Elle devient une personne juridique et ce, indépendamment de sa forme sociale.

11. Les études récentes retracent cette évolution de l'entreprise qui devient donc une personne juridique à part entière, responsable vis-à-vis des tiers, phénomène qui ne va pas de soi en droit français.³²

²⁸RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1948, n° 142.

²⁹Sous la direction de CHAMPAUD C., « L'entreprise dans la société du XXI^e siècle », Éditions Larcier, 2013, GETER M., « La doctrine Française de l'entreprise d'un point de vue comparé », p. 90 et s.

³⁰RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1948, n° 142.

³¹BERROD F., ULLESTAD A., « Le Droit de l'Union européenne et la notion d'entreprise : donner un sens juridique à l'exercice de l'activité économique, LA RSE saisie par le droit, perspectives interne et internationale », dir. MARTIN-CHENUT K., QUENAUDON (de) R., Pedone, 2016, pp.135-149.

³²Par ex. BERROD F., ULLESTAD A., « Le Droit de l'Union européenne et la notion d'entreprise : donner un sens juridique à l'exercice de l'activité économique, LA RSE saisie par le droit, perspectives interne et internationale », dir. MARTIN-CHENUT K., QUENAUDON (de) R., Pedone, 2016, p. 135 : « L'entreprise est un animal juridique génétiquement modifié qui mêle la logique du contrat à celle de l'organisation de nature politique. La première logique fut longtemps privilégiée par le droit. La seconde émerge très progressivement. Cette évolution vers l'idée que l'entreprise est une personne juridique à part entière lui permet de devenir

Dans leur rapport intitulé « L'Entreprise, objet d'intérêt collectif » déposé le 9 mars 2018 à l'attention des ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et du Travail, Mme NOTAT et M. SENARD retracent l'évolution du concept de l'entreprise et optent clairement pour la théorie institutionnelle. Ils ont proposé d'insérer des dispositions à l'article 1833 du Code civil pour préciser que : « La société doit être gérée dans son intérêt propre, en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».³³ L'influence de ces théories (théorie contractuelle et théorie institutionnelle) de l'entreprise explique en partie les évolutions du droit des sociétés.

Les différentes définitions du *Vocabulaire juridique* de M. CORNU font état de ces évolutions puisque, du contrat d'entreprise (i), il passe au droit du travail qui est un domaine dans lequel l'entreprise a été appréhendée en dehors des rapports contractuels (ii), pour ensuite traiter du sens du droit commercial (iii), puis du sens administratif et communautaire (iv).

Dans ce dernier sens (iv), l'entreprise est définie comme « l'ensemble des moyens humains et matériels concourant, sous une direction économique, à la réalisation d'un objectif économique ». Il s'agit de la définition du droit communautaire.

12. *Approche du droit européen.* Le droit européen est en effet plus pragmatique et économique et la Cour de justice des Communautés européennes, devenue Cour de justice de l'Union européenne a donné du droit de la concurrence une définition de l'entreprise à l'occasion de plusieurs arrêts :

responsable vis-à-vis des tiers. Cette émancipation constante de l'entreprise par rapport à ses actionnaires nous donne à voir une image systémique de l'entreprise, comme un rouage parti à des processus économiques à l'œuvre à l'échelle mondiale. (...) Si l'on se réfère au droit français, l'entreprise n'est pourtant pas un sujet de droit. En réalité, l'entreprise devient sujet uniquement à partir du moment où elle opte pour une forme déterminée de "société". Le mot renvoie au contrat qui lie les actionnaires en un objet social, lequel génère une activité commerciale, selon la logique de l'article 1832 du Code civil. La seule personne sujet de droit est donc bien la société. Dans cette configuration juridique spécifique, elle acquiert la personnalité morale, condition essentielle de sa naissance en tant que sujet de droit. Cette personnalité permet de distinguer l'entreprise des parties au contrat ».

³³NOTAT N., SENARD J.-D., « L'Entreprise, objet d'intérêt collectif », rapport du 9 mars 2018. Référence Internet : <https://www.economie.gouv.fr/mission-entreprise-et-interet-general-rapport-jean-dominique-senard-nicole-notat>, p. 6.

Dans un premier arrêt HYDROTHERM du **12 juillet 1984**, la CJCE s'est prononcée sur la notion d'entreprise :

« 11. La notion d'entreprise, placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique du point de vue de l'objet de l'accord en cause, même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes, physiques ou morales ». ³⁴

Puis, dans un arrêt HOFNER du **23 avril 1991**, toujours dans le domaine du droit de la concurrence, la CJCE a défini l'entreprise dans son considérant 21 en ces termes :

« À cet égard, il y a lieu de préciser, dans le contexte du droit de la concurrence, que, d'une part, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement, et que, d'autre part, l'activité de placement est une activité économique ». ³⁵

Dans un arrêt FENIN du **11 juillet 2006**, la Cour a rappelé sa jurisprudence antérieure sur la notion d'entreprise en droit de la concurrence :

« Le Tribunal a rappelé à bon droit, au point 35 de l'arrêt attaqué, que la notion d'«entreprise» comprend, dans le contexte du droit communautaire de la concurrence, **toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement** (arrêts du 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21, et du 16 mars 2004, AOK-Bundesverband e.a., C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, Rec. p. I-2493, point 46). Conformément à la jurisprudence de la Cour, il a également souligné, au point 36 dudit arrêt, que c'est le fait d'offrir des biens ou des services sur un marché donné qui caractérise la notion d'activité économique (arrêt du 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96, Rec. p. I-3851, point 36) ». ³⁶

³⁴CJCE 12 Juillet 1984, hydrotherm, aff. C 170/83, rec, p. I-02999, point 11.

³⁵CJCE 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH, aff. C-41/90, rec., p. I-01979.

³⁶CJCE 11 Juillet 2006, FENIN C/ COMMISSION, aff. C 205/03, rec, 2006 I-06295.

13. Synthèse. Que faut-il retenir de ces développements ? L'entreprise ne se résume pas à une forme sociale, pas plus qu'à un mode particulier d'organisation.³⁷ Elle peut donc être comprise comme un mode particulier d'organisation en vue de la réalisation d'un projet ou d'une activité de nature économique et ce, indépendamment de la nature juridique sous laquelle elle est réalisée.

Qu'en est-il de l'entreprise familiale ?

14. L'entreprise familiale est une catégorie d'entreprise, de nature familiale. Il s'agit d'une réalité difficile à saisir en raison même de la relativité de la notion de famille.

15. La notion de famille. Dans ce sens que faut-il entendre par famille ? Les parents, les enfants, les petits-enfants, les neveux et nièces ? Les personnes qui vivent sous le même toit ? Où s'arrête la famille et à partir de quel moment l'entreprise devient-elle familiale ? La notion de famille est ambiguë et dépend des lieux et des époques.³⁸ De même qu'il n'y a

³⁷ALLOUCHE J., AMANN B., *L'Entreprise familiale : un état de l'art*, Finance Contrôle Stratégie, vol. 3, n° 1, mars 2000, p. 33-79. Les auteurs donnent des définitions de l'entreprise familiale.

³⁸M. le Professeur Georges AUGUSTINS précise : « Le concept même de famille est profondément ambigu, les dictionnaires de la langue française associent toujours deux définitions, l'une insistant sur l'aspect résidentiel (ensemble des personnes qui vivent sous le même toit), l'autre sur l'aspect parental (ensemble des personnes issues d'un même sang). Corésidence d'un côté, consanguinité de l'autre, l'étymologie du terme explique, pour une part, son ambiguïté. Il vient du latin familial qui désignait le personnel de la maison, les esclaves (on disait pour désigner la fortune d'un homme : familial pecuniaque, les esclaves et les biens). Par extension, le terme familial finit par désigner l'ensemble des personnes vivant sous l'autorité du chef de famille (parterfamilias) et dans sa maison. Pour parler d'un groupe de parenté fondé sur la consanguinité, les latins disposaient du terme gens qui désignait un groupe d'agnats. Ce dernier terme a disparu, peut être parce que la société dominée par les Francs ne comportait pas de groupe de parenté patrilinéaire. Seul familia a subsisté. Longtemps le sens ancien du terme s'est maintenu, témoin cette définition que donne l'*Oxford English Dictionary* du terme "family" : "the servants of the house or establishment, the household". Ce sens avait cours au XV^e siècle ainsi que le suivant (4^e sens cité par OED) : "those descending or claiming descent from a common ancestor; a house, kindred, lineage". C'est seulement au XVIII^e siècle que le terme "family" s'affranchit tout à fait de l'impératif résidentiel : "The group of persons consisting of the parents and their children, whether actually living together or not ; in a wider sens the unity formed by those who are nearly connected by blood or affinity". De toute évidence, les rédacteurs de ces définitions hésitaient entre plusieurs interprétations, ne sachant trop s'il convenait de privilégier la consanguinité par rapport à la résidence ou bien l'inverse. (...) Ainsi le concept de famille repose-t-il sur une première ambiguïté liée à l'alternance des points de vue qui le ramènent, pour les uns, à l'idée de consanguinité et, pour les autres, à l'idée de résidence. Mais à cette première source de confusion s'en ajoute une autre : tantôt la famille apparaît comme un groupe de personnes gravitant autour d'un chef ou étant fortement implanté en un lieu donné, tantôt elle semble constituée d'un nombre plus ou moins important d'individus qui ont avec un Ego donné une relation de parenté. Depuis le haut Moyen Âge deux types de représentations de la parenté sont utilisés en Europe, l'une "centrée sur Ego", l'autre "centrée sur les ancêtres" (...). Ces représentations de la parenté ne sont pas seulement une manière de

pas, en droit, de définition homogène de l'entreprise, de même, il n'existe pas de définition de la famille.³⁹

Selon les lieux et les époques, c'est un critère de communauté ou de résidence sous une autorité hiérarchique qui a été privilégié ou un critère de consanguinité⁴⁰. C'est en fonction de ces deux pôles que la notion de famille s'est organisée, d'où la difficulté jusqu'au XX^e siècle de donner une définition de la famille. Selon les domaines (droit civil ou autres) et les circonstances (situation de crise ou non), le sens de la famille est plus ou moins large.

La notion de famille dépend également d'une conception de la propriété et de la transmission du patrimoine⁴¹ et c'est précisément selon ces conceptions que la notion de famille a pu osciller entre un critère de résidence et un critère de consanguinité.

percevoir l'univers social, elles ont aussi une utilité pratique : elles servent à établir les degrés de parenté. Ces degrés sont eux-mêmes très importants : ils permettent de désigner les parents concernés par une vendetta, ceux qui sont susceptibles de percevoir une partie de la compensation pour meurtre d'un parent (ce que les anciens Germains appelaient "Wehrgeld") ou encore ceux qui peuvent hériter. La recherche et la désignation des successibles est un chapitre essentiel du droit privé. Il s'agit de préciser quels sont les parents les plus proches du défunt lorsqu'il n'y a pas d'enfants vivants et que le conjoint est décédé ». In *Comment se perpétuer ? Devenir des lignées et destins des patrimoines dans les paysanneries européennes*, Société d'ethnologie, 1989, p. 35-37.

³⁹LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, Licence Droit, PUF, 2011 : « Une définition de la famille dans la loi est introuvable. Le Code civil de 1804 n'a pas défini la notion de famille et ne l'appréhende pas comme un groupe, mais simplement au travers des relations individuelles liées au mariage, à la filiation et aux successions (BONNECASE J., *La Philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de la famille*, 1928 ; R. JAMBU-MERLIN R., *Quelques réflexions sur la définition juridique de la famille*, Mélanges G. FLATTET, 1985, p. 53 et s.). D'un point de vue étymologique et historique, le terme est marqué par sa polysémie et il est difficile de s'accorder sur les éléments de sa définition ».

⁴⁰ Sur la notion de famille en droit romain et son évolution, il est intéressant de consulter : GIRARD F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} édition, 1929, p.147 et s. ; COLLINET, *Répétitions écrites de droit romain*, Première année, Les cours de droit, 1938-1939, p.164-189 ; LEPOINTE G., *Droit romain et ancien droit français*, éd. Montchrestien, 1958 ; SCHMIDLIN B., *Droit privé romain*, Tome I, Faculté de droit de l'université de Genève, 2^{ème} édition, 2008, p.109-121 ; Sur l'évolution de la notion de famille, spécialement dans l'ancien droit, il est possible de consulter également : OURLIAC P., et MALAFOSSE (de) J., *Histoire du droit privé*, Tome III le droit familial, ed. PUF, 1968, p.58-85.

⁴¹ « Il semble cependant qu'existe une sorte d'affinité entre certaines conceptions de la propriété et certains systèmes de perpétuation : les systèmes dominés par l'existence de maisons patrimoniales paraissent devoir être associées à une conception romaine de la propriété alors que les systèmes marqués par des mécanismes de redistribution au sein de vastes parentèles ont une tendance naturelle à superposer des droits à la manière franque.

L'ensemble des mécanismes de transmission entre générations qui tendent à modeler des destinées individuelles en assurant la passation tant des insignes du pouvoir que des biens qui garantissent la position sociale, voire la simple survie, se trouve placé sous le signe de deux sortes d'incertitudes. D'une part, la distinction ne semble pas toujours facile à établir entre la transmission des rôles et la dévolution des biens ; d'autre part, le canevas à travers lequel s'effectuent les transmissions, la "famille", se prête à des conceptions

Dans son *Traité élémentaire de droit civil*, PLANIOL écrivait : « Entendue dans un sens large, la famille est l'ensemble des personnes qui sont unies par le mariage, ou par la filiation, ou encore, mais très exceptionnellement, par l'adoption. Dans ce premier sens, la famille moderne correspond à peu près à la "gens romaine". Ce mot désigne aussi, dans un sens plus étroit, les membres de la famille vivant sous le même toit, sous la direction et avec les ressources du chef de la maison. C'est le sens primitif du latin "familia", qui désignait spécialement la maison. Ce sens se retrouve encore dans les expressions françaises : "vie de famille", "foyer de famille" ».42

Il existe ainsi entre les lieux et les époques des liens entre les différentes conceptions de la propriété, de la transmission (transmission d'une position et/ou d'un patrimoine) et de la famille.

16. C'est également ce que précise M. André BURGUIÈRE dans son article intitulé « Pour une typologie des formes d'organisation domestique de l'Europe moderne (XVI^e-XIX^e siècles) »43.

Il montre les relations qui existent entre les formes d'organisation familiales, la propriété et ses modes de transmission. En reprenant la typologie des familles établie par Frédéric LE PLAY, l'auteur distingue : « le modèle nucléaire fondé sur le mariage tardif et néolocal centré sur le groupe conjugal ; un modèle de famille-souche lié à la permanence d'une "maison" ou d'une exploitation transmise à un seul héritier ; un modèle communautaire (ce que LE PLAY nommait "la famille patriarcale"), caractérisé par des ménages complexes de formes diverses (groupes lignagers ou des parents cohabitent avec plusieurs fils mariés "frérèches" associant plusieurs frères ou sœurs mariés, etc.) et de grandes dimensions ».

diverses. Ces deux types d'ambiguïté paraissent être les pierres angulaires sur lesquelles les différentes civilisations bâtissent leur système de transmission entre générations ; les incertitudes qu'elles laissent inévitablement planer sont alors autant de marges de manœuvres qui permettent aux acteurs d'exercer leur liberté ». AUGUSTINS G., *Comment se perpétuer ? Devenir des lignées et destins des patrimoines dans les paysanneries européennes*, Société d'ethnologie, 1989, p. 43-45.

42PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1908, t. 1, p. 228, n° 638 et s.

43BURGUIÈRE A., « Pour une typologie des formes d'organisation domestique de l'Europe moderne (XVI^e-XIX^e siècles) » in *Annales, Économies, Sociétés, Civilisation*, 41^e année, N3, 1986, p. 639-655.

Selon l'implantation géographique de chacun de ces « modèles » ou de chacune de ces « familles types », selon l'expression de Frédéric LE PLAY, l'on retrouve un mode particulier d'organisation de la propriété et de la transmission du patrimoine.

L'étude détaillée des différents droits coutumiers, auxquels certains auteurs se sont déjà livrés, permettrait de démontrer que famille, propriété et succession sont intimement liées.

17. MM. MAZEAUD écrivaient en 1963 : « Depuis le début du XIX^e siècle, la famille a subi une transformation radicale. Elle ne forme plus ce groupe compact dont tous les membres de génération en génération, vivaient au même endroit. Dispersés, les membres de la famille n'ont plus entre eux que des rapports assez lâches ; seule subsiste la famille au sens étroit, la famille conjugale, composée du père, de la mère et des enfants. La loi du 31 décembre 1917, modifiant l'article 755 C. civ., a tenu compte de cette évolution, en arrêtant la succession ab intestat aux collatéraux au sixième degré, alors que, dans le Code civil, les parents jusqu'au douzième degré avaient vocation héréditaire. En outre, lorsque des parents qui ne sont pas très proches viennent à la succession, le fiscal s'attribue, par le prélèvement de droits de mutation très élevés, une part considérable des biens du de cujus ».44

Pour sa part, Mme LEROYER indique : « Si la notion de famille reste donc conceptuellement indéfinissable, toutes les approches qui en sont données reposent sur deux constantes qui peuvent toutefois être mises en avant : la famille est un groupe de personnes unies par un lien particulier. C'est sur la dimension de ce groupe et la nature de ce lien que les divergences se font entre les auteurs et selon les époques ».45

18. Il est clair qu'aujourd'hui, notamment en droit des successions, les critères de parenté et d'alliance définissent la famille, même si le critère de résidence se retrouve à la marge, en particulier en droit anglais, ainsi qu'il sera expliqué plus loin.

19. *La notion d'entreprise familiale.* Il a été montré que les notions d'entreprise et de famille étaient mouvantes. Dès lors, l'on comprend les difficultés de définir l'entreprise familiale, sujet du présent travail.

⁴⁴MAZEAUD H., J., L., *Leçons de droit civil*, t. 4, *Régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, Montchrestien, 1963, p. 539.

⁴⁵LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, Licence Droit, PUF, 2011, p. 45.

Le Comité économique et social européen sur « l'entreprise familiale en Europe comme source de croissance renouvelée et d'emplois de meilleurs qualités » (avis d'initiative 2016/C013/03), reprenant en cela le rapport du groupe d'expert, constatait une extrême diversité de situations en Europe quant à la définition de l'entreprise familiale.⁴⁶

Selon le Comité (avis d'initiative 2016/C 013/03), il existe plus de 90 définitions différentes de l'entreprise familiale.⁴⁷

Poursuivant sa tâche, le même Comité a tenté de définir le concept d'entreprise familiale : « l'entreprise familiale se caractérise par trois cercles : la famille, l'entreprise et la structure de propriété. L'influence que la famille exerce sur les deux autres cercles décide du caractère familial de l'entreprise. En raison de cette influence, les entreprises sont plus complexes que les entreprises non familiales et nécessitent donc un traitement approprié. »

20. Le rapport du groupe d'expert sur les entreprises familiales de la Commission recommande d'adopter la définition suivante de l'entreprise familiale suivante :

- « la majorité des pouvoirs décisionnels est détenue par la ou les personnes physiques ayant fondé la société ou ayant acquis son capital social, ou est détenue par son conjoint, ses parents, son enfant ou l'héritier direct de son enfant,
- la majorité des pouvoirs décisionnels est constituée de manière directe ou indirecte,
- au moins un représentant de la famille ou de ses membres est officiellement investi de la direction et du contrôle de la société,
- une société cotée répond à la définition de l'entreprise familiale lorsque la personne ayant fondé la société ou ayant acquis son capital social, ou bien sa famille ou ses

⁴⁶Comité économique et social européen sur « L'entreprise familiale en Europe comme source de croissance renouvelée et d'emplois de meilleure qualité » (avis d'initiative 2016/C 013/03).

⁴⁷« Un autre problème lié à l'absence de définition tient à la difficulté que pose la comparaison de la situation des entreprises familiales dans l'ensemble des États membres. Le groupe d'experts de la commission a constaté en 2009, dans le cadre de la mission qui lui avait été confiée, qu'il existait plus de 90 définitions du concept d'entreprise familiale dans l'Union. Toute tentative de comparaison des particularités, des difficultés ou de tout autre aspect de ces entreprises est par conséquent voué à l'échec ». Comité économique et social européen sur « L'entreprise familiale en Europe comme source de croissance renouvelée et d'emplois de meilleure qualité » (avis d'initiative 2016/C 013/03).

descendants détient 25 % des pouvoirs décisionnels du fait de la hauteur de sa participation au capital social ».

Selon cet avis : « Cette définition est cependant trop large. Il conviendrait de l'affiner de manière à souligner le caractère familial de l'entreprise, et notamment son intention de fonctionner sur plusieurs générations ».

La Commission a fait ainsi des choix sur la notion de famille qu'elle semble limiter aux règles de dévolution successorale autour de la personne du créateur de l'entreprise : le conjoint, les parents, les enfants ou l'héritier direct de son enfant.

Il s'agit donc d'un choix résolument tourné sur la parenté et sur l'alliance, conforme aux règles de dévolution successorale en Europe.

21. En Italie. Parmi les États membres, l'Italie a défini l'entreprise familiale à l'article 230 bis du Code civil.⁴⁸

⁴⁸L'article 230 bis du Code civil italien est libellé comme suit :

“impresa familiare

Salvo che sia configurabile un diverso rapporto (2094, 2251 ss, 2549), il familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa ha diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia e partecipa agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquisiti con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato (36 cost). Le decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché quelle inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa sono adottate, a maggioranza, dai familiari che partecipano alla impresa stessa. I familiari partecipanti alla impresa che non hanno la piena capacità di agire sono rappresentati nel voto da chi esercita la potestà su di essi (316).

Il lavoro della donna è considerato equivalente a quello dell'uomo (37 cost.)

Ai fini della disposizione di cui al primo comma si intende come familiare il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo (76 ss), per impresa familiare quella cui collaborano il coniuge, il parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo.

il diritto di partecipazione di cui al primo comma è intransferibile, salvo che il trasferimento avvenga a favore di familiari indicati nel comma precedente col consenso di tutti i partecipanti. Esso può essere liquidato in danaro alla cessazione, per qualsiasi causa, della prestazione del lavoro, ed altresì in caso di alienazione dell'azienda. Il pagamento può avvenire in più annualità, determinate, in difetto di accordo, dal giudice.

In caso di divisione ereditaria (713 ss) o di trasferimento della azienda (2556) i partecipanti di cui al primo comma hanno diritto di prelazione sulla azienda. Si applica, nei limiti in cui è compatibile, la disposizione dell'articolo 732.

La comunione tacita familiare nell'esercizio dell'agricoltura sono regolate dagli usi che non contrastino con le precedenti norme.”

Toutefois, cette définition n'est pas satisfaisante et n'épuise pas le sujet.⁴⁹

22. En France. Il n'existe pas de définition de l'entreprise familiale. Si certains dispositifs ont été instaurés en faveur des entreprises familiales et leur profitent, ceux-ci n'en donnent aucune définition. Il en est ainsi du dispositif dit « DUTREIL » prévu aux articles 787 B du CGI et suivants concernant les héritiers ou légataires.⁵⁰

Dès lors, comment appréhender l'entreprise familiale ?

Selon M. POULAIN-REHM : « Une entreprise familiale peut être considérée comme une entreprise dans laquelle un groupe d'actionnaires unis par des liens familiaux possède une part significative du capital et des droits de vote et exerce une influence effective sur le pouvoir de direction. Cette influence pouvant être soit directe - la famille participe au management de l'entreprise -, soit indirecte - la famille désigne les dirigeants ou dispose d'un pouvoir de révocation des dirigeants en place -, de sorte que culture de l'entreprise et culture familiale sont en interaction et symbiose étroites » (in *Revue de Sciences de Gestion*, 2006/3).

L'auteur retient 6 catégories d'entreprises familiales en fonction de la participation de la famille dans le capital et dans le contrôle de l'entreprise :

⁴⁹BACAROLI M., « La Transmission des PME familiales en Italie », La semaine juridique, Édition générale, n° 48 du 28 novembre 2016, doct.1297 : « La définition d'entreprise familiale n'est pas univoque en droit italien. Le Code civil italien y consacre un article entier, l'article 230 bis, qui a été introduit dans notre système par la réforme du droit de la famille de 1975. La norme fournit une définition assez laconique : l'entreprise familiale est l'entreprise dans laquelle collaborent des membres de la même famille ; les "membres de la même famille" sont le conjoint, les parents jusqu'au troisième degré, les parents par alliance jusqu'au deuxième degré. Selon le niveau et la quantité de participation des membres extérieurs à la famille aux organes de la société et au management, on peut distinguer entre les entreprises familiales "traditionnelles", celles "élargies", celles "ouvertes", jusqu'au groupement d'entreprises familiales lorsqu'il y a plusieurs sociétés contrôlées par les mêmes sujets ou s'il y a une société mère dont les parties ou actions sont possédées par les membres de la famille ». Pour d'autres auteurs, il n'y aurait pas de réelle définition de l'entreprise familiale en Italie, voir en ce sens KALSS S., *Company Law and The Law of Successions, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Springer, 2015, particulièrement, FUSARO A., *Company Succession in the Latin Law Tradition using the Example of the Italian legal System*, p. 289-304 : "In Italian law there is no definition of family owned firm and our literature uses the general notion encompassing all cases in which the family maintains a share of the capital sufficient to appoint top management and influence the firm's strategies, thereby limiting the set of choices available to management."

⁵⁰Article 787 B du Code Général des Impôts.

Famille	Actionnariat minoritaire	Actionnariat majoritaire relatif	Actionnariat majoritaire absolu
Fonction de direction	Entreprises familiales « ouvertes »	Entreprises familiales « contrôlées »	Entreprises familiales « type »
Absence de fonction de direction	Entreprises familiales « professionnelles »	Entreprises familiales « déléguées »	Entreprises familiales « mandatées »

Ainsi, l'entreprise familiale peut se définir comme un mode particulier d'organisation, créateur de richesses et d'emplois, dans laquelle la famille dispose d'un pouvoir de direction et/ou de contrôle. Il s'agit donc d'une organisation et d'un pouvoir⁵¹, créateurs de richesses et d'emploi.

Par extension, l'entreprise familiale peut être définie comme un mode d'organisation particulier créateur de richesses et d'emplois dans lequel la famille détient la propriété du capital social lui permettant, de façon permanente, de détenir un pouvoir décisionnel.

23. Dans ce contexte, et compte tenu des critères retenus, l'organisation de l'activité économique peut varier en termes de structures juridiques, en nombre de salariés ou en chiffre d'affaires généré.

L'entreprise familiale peut aussi bien être une PME (petite ou moyenne entreprise), une ETI (entreprise de taille intermédiaire) qu'une grande entreprise, et les problématiques de transmission de ces entreprises familiales ne seront pas nécessairement les mêmes.

24. *Les mesures prises pour favoriser la transmission de l'entreprise familiale* : en droit français, dès lors que les divers rapports ont insisté, avec plus ou moins de légitimité, sur les difficultés liées à la transmission des entreprises familiales, les autorités publiques se sont saisies de ces rapports et enquêtes pour prendre des mesures en direction des salariés d'une part, et des familles d'autre part.

⁵¹ Voir également 108^e Congrès des Notaires de France, « La transmission », Montpellier, 2012, p. 847 et s.

Concernant les salariés, les rapports ont mis en exergue le taux de survie plus élevé des entreprises cédées aux salariés. Le législateur a organisé un droit de préférence au profit des salariés (dispositif PINEL) sur lequel il est, au demeurant, partiellement revenu, manquant ainsi très clairement l'objectif qu'il s'était fixé.

Il convient de rappeler que le dispositif de départ mettait à la charge du cédant, préalablement à toute cession et quelle qu'en fût la forme (cession de fonds de commerce ou bien cession de droits sociaux), une obligation de proposer aux salariés de reprendre l'entreprise et ce, à peine de nullité de la cession. Le dispositif s'est maintenu, mais la sanction s'est transformée, car ce n'est plus la nullité de la cession qui est encourue mais une sanction indemnitaire.

L'objectif initial était de permettre aux salariés de reprendre l'entreprise, partant du constat qu'une entreprise cédée à ses salariés avait plus de chance de survivre à sa cession, mais un double échec a été constaté.

Non seulement les salariés ne peuvent plus imposer la cession de l'entreprise à leur profit, mais le dispositif tel qu'il existe aujourd'hui rend plus compliquée la cession d'entreprise.

Ce qu'il faut retenir de cette législation qui porte atteinte à la liberté, pour le chef d'entreprise, de choisir son repreneur, c'est l'attention portée par les pouvoirs publics à l'entreprise, car elle crée des richesses et de l'emploi. L'entreprise est ainsi sortie de la sphère privée et sa cession est encadrée.

Pour ce qui est de la famille, dès lors que les rapports ont mis en exergue l'intérêt de transmettre l'entreprise dans un cadre familial afin de favoriser sa survie, le législateur est intervenu pour la faciliter.

- des mesures fiscales ont été prises, c'est notamment le pacte DUTREIL qui a été amendé à plusieurs reprises, que le rapport NOTAT-SENARD déposé, le 9 mars 2018, propose de simplifier en élargissant le dispositif.⁵²

⁵²NOTAT N., SENARD J.-D., « L'Entreprise, objet d'intérêt collectif », rapport du 9 mars 2018. Référence Internet : <https://www.economie.gouv.fr/mission-entreprise-et-interet-general-rapport-jean-dominique-senard-nicole-notat>.

- le 20 juin 2006, le législateur a réformé le droit des successions, notamment pour favoriser la transmission des entreprises familiales.⁵³

Constatant que plus les transmissions des entreprises familiales étaient anticipées et plus elles avaient de chance de survivre au décès de leurs dirigeants, le législateur a mis en place des outils pour les favoriser, donnant ainsi plus de latitude au dirigeant d'entreprise. Mais quel est le fondement et le sens de cette « contractualisation » du droit des successions ? Cette évolution est-elle propre au droit français ?

25. Mme DELMAS-MARTY, lors de la leçon inaugurale donnée au Collège de France sur les études juridiques comparatives et l'internationalisation du droit a souligné : « En dépit des apparences, il n'est plus possible aujourd'hui de méconnaître la superposition des normes, nationales, régionales et mondiales, ni la surabondance d'institutions et de juges nationaux et internationaux à compétence élargie. Ces réalités nouvelles font évoluer le droit vers des systèmes interactifs, complexes et fortement instables. Plus qu'une défaite du droit, c'est peut-être une mutation qu'il s'agit, une mutation de la conception même de l'ordre juridique ».⁵⁴

26. *Influence du droit européen.* Le Règlement UE Successions : en vingt ans également, le droit européen a considérablement évolué. Le règlement communautaire « Successions » qui est entré en vigueur au 17 août 2015 est venu modifier le paysage des successions internationales. Inspiré par la volonté de simplifier le règlement des successions internationales, il a introduit deux innovations : l'unité du règlement des successions (il n'existe plus de distinction entre les successions immobilières et mobilières), et la *professio juris* qui permet, dans une certaine mesure, à chacun de faire le choix de la loi applicable au règlement de sa succession.⁵⁵

⁵³HUYGHE S., Rapport n° 3122 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi modifié par le Sénat portant réforme des successions et des libéralités, Assemblée nationale, 6 juin 2006 : « Il s'agit de répondre d'une part aux évolutions démographiques et sociologiques caractérisées par le vieillissement de la population et l'augmentation des recompositions familiales, et d'autre part aux mutations économiques qui accélèrent les transmissions d'entreprise ».

⁵⁴DELMAS-MARTY M., « Études juridiques comparatives et internationalisation du droit », Leçon inaugurale prononcée le jeudi 20 mars 2003 au Collège de France, Collège de France/Fayard, 2003, p. 4.

⁵⁵BONOMI A., WAUTELET P., *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e édition, Éditions Bruylant février 2016.

Cette appropriation des successions par le droit européen n'est pas sans conséquence sur les systèmes nationaux, non seulement parce que ce dernier utilise des concepts et des définitions propres qui ne coïncident pas nécessairement avec les législations nationales, mais également parce que les concepts utilisés et les solutions dégagées ont une incidence en droit interne.

Ainsi, alors que le droit français adoptait une vision dualiste du règlement des successions, le droit européen adopte une vision unitaire du règlement des successions.

La confrontation de ces différentes sources de droit (droit européen et droits nationaux) et leurs interactions est intéressante pour constater les rapprochements envisageables et les évolutions possibles vers un droit commun des États membres de l'Union européenne. Y-a-t-il une place pour un ordre public européen des successions ?

Le règlement UE contient ses propres limites, dans la mesure où tous les pays ne l'ont pas adopté et certains sujets ont même été laissés de côté. De plus, le règlement UE a engendré de nouvelles difficultés que chacun des États de l'Union européenne devra régler.

L'Union européenne s'est très tôt intéressée à l'entreprise et à sa transmission, dressant des objectifs pour favoriser sa transmission dont les États membres devraient s'inspirer. L'Union européenne a notamment insisté sur la nécessité de mesures fiscales allégées.⁵⁶

⁵⁶Les institutions européennes ont invité les différents États membres à prendre des mesures en faveur de la transmission des entreprises. Voir en ce sens la « Communication de la Commission sur l'amélioration de l'environnement fiscal des petites et moyennes entreprises », JO n° C 187/5 du 9 juillet 1994, p. 5. Dans sa communication la Commission relevait que « le problème de la transmission concerne pratiquement toutes les entreprises. Tôt ou tard, chacune fera l'objet d'une transmission de propriété, bien que le problème se pose avec une gravité particulière pour les petites et moyennes entreprises. Les statistiques nationales confirment que l'ampleur de ce problème est effectivement considérable puisque près de 10 % des faillites seraient imputables à des mesures inappropriées prises lors du transfert d'entreprises par succession, ce qui ne signifie d'ailleurs pas que les problèmes de succession soient la cause unique des échecs enregistrés. (...) Quand la transmission n'a pas été préparée (en raison du décès du chef d'entreprise), l'importance des droits de succession peut mettre en péril la vie de l'entreprise elle-même. Si les droits de succession sont trop élevés, il sera parfois nécessaire de mettre l'entreprise en liquidation, ce qui aboutira à la destruction de capital et à des pertes d'emplois. » Ainsi, au titre des orientations communautaires, la Commission était favorable à l'allègement du régime fiscal applicable aux donations et aux successions en cas de maintien de l'activité. Voir la Recommandation n° 94/1069/CE, Recommandation de la Commission, du 7 décembre 1994, sur la transmission des petites et moyennes entreprises (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE). L'exposé des motifs

27. *L'intérêt de comparer.* Dans ce contexte de contractualisation du droit des successions, d'eupéanisation des successions, une comparaison des systèmes en vigueur au sein de l'Union européenne présente un intérêt majeur pour déterminer si des rapprochements sont envisageables, si certaines institutions peuvent être rapprochées ou encore si des solutions peuvent être transposées d'un État à l'autre.

Le choix de retenir l'Angleterre, l'Allemagne, l'Espagne, la France et l'Italie tient à l'existence de données statistiques disponibles sur la transmission des entreprises familiales. Ces données concernent essentiellement ces pays et la Suisse. L'examen des études statistiques sur la transmission des entreprises familiales, quelle que soit leur pertinence, montre qu'en France il y a moins de transmission d'entreprises familiales qu'en Angleterre, en Allemagne ou en Italie. Il est donc intéressant d'examiner la situation juridique dans chacun de ces pays afin de déterminer s'il existe des particularités juridiques et fiscales françaises qui pourraient expliquer ces mauvais résultats, tout autant que les moyens qui pourraient être mis en œuvre pour améliorer la transmission des entreprises familiales.

Le choix de ces différents pays tient également au fait qu'ils appartiennent à différents groupes de systèmes juridiques. Au sein de la Grande-Bretagne, l'Angleterre est le pays qui correspond au système type des droits dits de *Common Law*, ce qui justifie le choix de le retenir. Ensuite, parmi les pays qui appartiennent aux systèmes juridiques de droit continental, l'existence de sous-catégories, avec d'un côté, l'Allemagne et de l'autre l'Italie et l'Espagne, justifie également d'examiner leurs situations respectives.

C'est tout autant l'existence de données économiques disponibles que l'appartenance de l'Angleterre, de l'Allemagne, de l'Espagne, de l'Italie et de la France à différents systèmes juridiques qui justifie la pertinence de la comparaison.

de cette recommandation est publié sous forme de communication dans le JO n° C 400 du 31. 12. 1994, p. 1. Voir aussi la Charte européenne des petites entreprises adoptée par le Conseil « Affaires générales » à Lisbonne, le 13 juin 2000, et l'approbation de cette Charte lors du Conseil européen de Feira, qui s'est tenu les 19 et 20 juin 2000, EUR-LEX n° 26002. Voir enfin la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Mise en œuvre du programme communautaire de Lisbonne pour la croissance et l'emploi- La transmission d'entreprise - La continuité grâce à un nouveau départ /* COM/2006/0117 final */. Aussi, la fiscalité liée à la transmission des entreprises est depuis très longtemps une préoccupation essentielle des institutions européennes.

28. Plan. Il faut donc déterminer à la fois les obstacles (**PARTIE I**) à la transmission des entreprises familiales et les outils mis en place pour favoriser la transmission de ce type d'entreprises (**PARTIE II**).

PARTIE I : LES OBSTACLES À LA TRANSMISSION DES ENTREPRISES FAMILIALES

29. Lorsque le praticien est consulté pour organiser la transmission d'une entreprise familiale, celui-ci doit avant tout s'interroger sur la structure familiale, la structure de l'entreprise. Il doit également, peut être même surtout, prendre en considération les objectifs visés par le chef d'entreprise.

30. Dans cette opération délicate, le praticien doit connaître l'environnement juridique dans laquelle s'inscrit sa stratégie pour discerner les obstacles qu'il va rencontrer, et tenter de les éviter. Ceci suppose de maîtriser le cadre juridique de l'opération et ses limites (**TITRE I**). Les choix que le praticien va faire, les solutions qu'il va proposer, se traduisent par une fiscalité qu'il doit également appréhender (**TITRE II**). Il ne saurait y avoir de stratégie de transmission d'entreprise réussie si le chef d'entreprise n'est pas en mesure de supporter le coût fiscal de l'opération.

31. *L'intérêt de la comparaison.* De même que les interdits ne sont pas identiques dans les différents pays étudiés, de même les conséquences fiscales des mesures proposées sont différentes, ce qui suppose de les comparer, pour tenter d'expliquer les écarts de résultats des transmissions d'entreprises familiales.

TITRE I : LES OBSTACLES JURIDIQUES

32. En droit français, la réserve héréditaire (**Chap.I**) et la prohibition des pactes sur successions futures (**Chap.II**) sont classiquement présentées comme des freins à l'anticipation successorale et à la transmission des entreprises familiales. Ces deux institutions sont présentées comme les deux piliers du droit des successions⁵⁷ et composent l'ordre public successoral.⁵⁸

Les autres États membres de l'UE disposent-ils des mêmes institutions et connaissent-ils les mêmes prohibitions ?⁵⁹

Dans une démarche comparatiste, il s'agit de mettre en parallèle les cadres juridiques de la transmission de l'entreprise familiale dans les différents États de l'UE. Dans cette perspective, il s'agit de se demander s'il existe une spécificité du droit français qui pourrait expliquer les mauvais résultats de la France en matière de transmission d'entreprise.

33. Sur ce point, il est possible de reprendre les réflexions de Mme FAUVARQUE-CAUSSON dans son article intitulé « La convergence des droits en Europe » : « Avant d'entreprendre de rapprocher les systèmes juridiques, par une voie ou une autre, il faut les connaître, les comprendre, les comparer. Concrètement, cela suppose de s'engager dans la voie savante, qui repose sur la comparaison des droits et doit précéder toute entreprise d'harmonisation du droit ».⁶⁰

Pour effectuer une comparaison entre les systèmes de droit, il convient de partir de ce qui est connu, en l'occurrence le droit français, pour déterminer si les systèmes juridiques

⁵⁷MALAUURIE Ph., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 6^e édition, LGDJ Lextenso 2014, n° 680. NACHBAUM-SCHNEIDER A.-L., « La réserve héréditaire Aspects fonctionnels », École doctorale de droit, science politique et histoire, Centre de Droit Privé Fondamental, Université de Strasbourg, p. 12.

⁵⁸GRIMALDI M., *Droit des successions*, 7^e édition, LexisNexis 2017, n° 289.

⁵⁹BENDELAC E., *Le Transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé, le choix de la loi applicable aux institutions d'Estate planning*, Éditions Bruylant, 2016, n° 6.

⁶⁰FAUVARQUE-COSSON B., « La convergence des droits en Europe », *Petites Affiches*, 19 avril 2007, n° 79, p. 63.

examinés connaissent le même cadre juridique, les mêmes institutions avec les mêmes contours et la même intensité.

Il ne s'agit pas d'opposer les systèmes, ni d'insister sur les différences, mais plutôt de tenter de discerner des points de convergence, l'existence d'un mouvement commun, les rapprochements entre les systèmes juridiques ou, pour reprendre encore une fois l'expression de Mme FAUVARQUE-CAUSSON, d' « (...) analyser les interactions entre systèmes juridiques ».61

Il convient ici de reconnaître l'importance du droit de l'Union européenne, spécialement le Règlement (UE) n°650/2012 du 4 Juillet 2012 et son influence sur les principes et les institutions successorales des droits des États membres (**Chap.III**).

⁶¹FAUVARQUE-COSSON B., « Deux siècles d'évolution du droit comparé », Revue internationale de droit comparé, vol. 63, n° 3, 2011, p. 527-540.

CHAPITRE I : LA RESERVE HEREDITAIRE

34. Au décès d'un individu, son patrimoine subsiste ; dès lors se pose la question du sort de celui-ci.

En l'absence de disposition particulière du défunt, c'est la loi qui organise la transmission de patrimoine. Elle désigne alors les bénéficiaires et fixe entre eux les modalités de la transmission du patrimoine du défunt en procédant par une fiction, à savoir la volonté présumée du défunt.

Par cette fiction, l'État viendrait suppléer la carence du défunt qui aurait été défailant dans l'organisation de la transmission de son patrimoine. Dans cette hypothèse, la succession est dite *ab intestat*.⁶²

35. Le défunt peut également anticiper son décès et organiser la transmission de son patrimoine. Dans cette seconde hypothèse, la succession est dite testamentaire ou contractuelle, car l'organisation par le défunt de la transmission de son patrimoine ne repose pas uniquement sur l'institution du testament.

En se plaçant du côté du défunt, une première solution consiste à lui reconnaître toute latitude pour transmettre son patrimoine dont il est le maître et sa volonté s'impose à tous. En revanche, du côté des héritiers, c'est l'inverse qui se produit et il faudrait considérer que le défunt ne peut rien décider quant à la transmission de son patrimoine.

36. Entre ces deux extrêmes, les législateurs ont organisé un compromis prenant en compte la volonté du défunt et la protection des intérêts des héritiers.⁶³ À ce stade, il importe

⁶²ZIMMERMANN R., *Does the law of succession reflect cultural differences?* Maastricht Law series, Editions Eleven international publishing, 2018, p. 11 : *"The legislator thus has to establish the sequence in which the deceased's family members are called to succeed. Very often, in this respect, reference is made across the legal systems to the presumed intention of a typical deceased in order to justify certain legal rules."*

⁶³LEQUETTE Y., « Les Mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *Cours général de droit international privé*, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, vol.387 Brill | Nijhoff, Leiden | Boston, 2018, p. 526 : « En réalité, prenant appui à la fois sur des considérations économiques et familiales, le droit des successions recherche un équilibre entre la liberté de disposer du de

de souligner que derrière la fiction de la volonté du défunt, se cachent d'autres intérêts⁶⁴. En effet, s'il ne s'agissait, pour l'État, que de suppléer la carence du défunt, il ne devrait pas y avoir d'obstacle à sa volonté dès lors qu'elle serait clairement exprimée⁶⁵. Or tel n'est pas le cas. L'organisation de la succession par l'État répond à des fins éthiques, philosophiques, voire politiques, qui dépassent largement la fiction de la volonté du défunt.⁶⁶

37. Dans ce cadre, deux hypothèses inverses sont envisageables :

cujus et la protection de sa famille proche. Mais, d'un système de droit à l'autre, cet équilibre a été conçu assez différemment. Dans les pays de tradition civiliste, cet équilibre est atteint au moyen de l'institution de la réserve héréditaire. Le de cuius est libre de disposer de son patrimoine, à l'exception d'une portion de celui-ci réservé à ses proches parents. Les pays de common law, quant à eux, favorisent plus ouvertement la liberté testamentaire, tout en prévoyant parfois quelques mécanismes de protection, notamment au profit du conjoint survivant ».

⁶⁴BAUDRY-LACANTINERIE G., WAHL A., *Traité théorique et pratique de droit civil, les successions*, Librairie de la société de recueil des lois et des arrêts, 3^e édition, 1905, t. I, n° 303 : « Aujourd'hui il est incontestable que le principe de la dévolution des biens, d'après l'ordre présumé des affections du défunt, joue un rôle important dans les dispositions du Code ; mais par la division qu'il établit entre les deux lignes paternelle et maternelle (art. 733), le législateur fait une large part au principe de conservations des biens dans les familles. Quoique cette idée soit empruntée au droit coutumier, on ne peut émettre comme une règle absolue que le Code a reproduit les principes du droit coutumier. » ; LE BALLE R., « Étude des pactes sur succession future », Cours de Droit, Doctorat 1961-1962, p. 4 : « Le concept institutionnel, concept plus rigide, qui préside à l'établissement de la réglementation successorale, où ce n'est point, malgré ce que l'on a prétendu, suivant la volonté présumée du de cuius que se trouvent ordonnées les règles concrètes de la succession ab intestat, mais bien suivant les principes que le législateur juge lui même les meilleurs pour présider à cette dévolution et à cette transmission de la succession légitime, dont la réalisation touche si intimement à la solidité et au développement des familles à la permanences desquelles l'État n'ignore pas que se trouve liée sa propre pérennité. » ; MALAURIE Ph., *Successions et libéralités*, fascicule I, Successions, Les Cours de Droit, 1983, n° 17, p. 29 : « Ou bien, on estime qu'elle repose surtout sur la volonté du défunt : idée d'origine romaine qui traduit la prépondérance de la succession testamentaire et se lie à l'autonomie de la volonté, la succession ab intestat étant ramenée à un testament présumé du défunt, la loi ayant pour but de révéler la volonté probable du défunt. Ou bien, on estime qu'elle repose surtout sur la force de la loi, qui applique ses conceptions de la famille et de la propriété, en désignant quelles personnes sont appelées à recueillir la succession. C'est sans doute la conception du droit français, bien que les rapports entre la succession légale et la société testamentaire demeurent incertains. »

⁶⁵LÉVY, R.-G., « Les droits de succession en France et à l'étranger », *Revue des deux mondes*, t. 57, 1910, p. 899-926. Cet auteur rappelle que la succession *ab intestat* a été organisée avant même que le testament soit utilisé.

⁶⁶WAAL (de) M.-J., *Comparative Overview*, in *Exploring The Law Of Succession*, Studies National, Historical and Comparative, edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMANN R., p. 13-14.

NACHBAUM-SCHNEIDER A.-L., « La réserve héréditaire. Aspects fonctionnels », *École doctorale de droit, science politique et histoire, Centre de Droit Privé Fondamental, Université de Strasbourg*, p. 12. Les débats qui ont eu lieu dès 1791 sont particulièrement intéressants car ils révèlent les différents courants de pensée devant l'Assemblée nationale. Le droit de transmettre est perçu comme une nécessité pour éviter une période de vacance, c'est-à-dire de biens sans titulaires. Ainsi, M. MOUGINS, dans son discours sur le droit de tester déclare : « Un homme mort n'est plus rien aux yeux de sa famille ; il ne doit être aux yeux de ses enfants qu'un cadavre incapable de rien opposer au droit qu'ils ont à prendre possession de ses biens ». Cité par GOTMAN A., *Hériter, Économie en Liberté*, PUF, 1988, p. 81.

- soit l'on part du postulat selon lequel le défunt est libre de transmettre son patrimoine comme il l'entend ; la limite est fixée par la réserve des héritiers.
- soit l'on part du postulat inverse, à savoir que le défunt n'est pas libre de transmettre son patrimoine, la limite est alors fixée par un espace de liberté organisé ; il s'agit de l'existence d'une quotité disponible.

Ces deux systèmes ne sont pas strictement identiques, ne serait-ce que parce que les principes sont inversés. Selon le premier, l'héritier ne devrait avoir qu'un droit de créance sur la succession, mais tel n'est pas le cas selon le second système.

Cependant, les lignes qui séparent ces deux systèmes se sont brouillées pour des raisons historiques, ainsi qu'il sera démontré.

38. La réserve héréditaire peut se définir comme la part de la succession qui est « réservée » à certains héritiers que le législateur a entendu protéger.⁶⁷

Il ne s'agit pas de reprendre ici les définitions développées par les auteurs qui adoptent tous la même, à savoir celle issue du célèbre arrêt de la Cour de cassation LAVIALLE⁶⁸. Tous

⁶⁷MAZEAUD H., J., L., *Leçons de droit civil*, t. 4, *Régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, Montchrestien, 1963, p. 686 : « Le droit des successeurs, dépendant de l'existence de biens dans la succession est très fragile. Il risque, en effet, de disparaître devant les aliénations consenties par le de cujus de son vivant ou les legs qu'il a insérés dans son testament. Parmi ces actes de dispositions, ceux réalisés à titre gratuit sont les plus redoutables puisqu'ils ne font entrer aucune contre-valeur en contrepartie dans le patrimoine du de cujus. Le législateur a voulu protéger certains héritiers, proches parents, du défunt - les héritiers réservataires - contre ce danger que leur font courir les libéralités du de cujus : il leur donne une réserve. Une part de la succession leur est "réservée", c'est-à-dire que le de cujus ne peut pas les en priver par des libéralités que dans la mesure de la "quotité disponible" ; celles qui excéderaient cette quotité, portant atteinte à la réserve seraient réduite. »

⁶⁸BRENNER C., « Le nouveau visage de la réserve héréditaire », in *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, PUAM, 2008, p. 33 et s. : « la réserve héréditaire, énonce le nouvel article 912 du Code civil, est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charge à certains héritiers réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent (al. 1^{er}). La quotité disponible, poursuit le texte, est la part des biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi et dont le défunt peut disposer librement par des libéralités (al. 2). Manifestement cette définition renvoie à la conception de la réserve qu'avait solennellement consacré au XIX^e siècle le célèbre arrêt Lavialle ». Référence Internet : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006953055>.

définissent la réserve héréditaire comme étant une part réservée de la succession à certains héritiers.

Ainsi M. GRIMALDI définit la réserve comme suit : « Suivant l'article 912, la réserve est la portion de ses biens dont le de cujus ne peut disposer à titre gratuit et qui se trouve ainsi réservée à ses héritiers : héritiers que l'on dit réservataires. Le surplus, laissé à sa libre disposition, constitue la quotité disponible (...) »⁶⁹

Ainsi entendue, la réserve héréditaire est une part de la succession qui est réservée ou dévolue à certains héritiers que la loi a entendu protéger et dont ils ne peuvent être dépossédés.

39. La réserve héréditaire est souvent présentée comme faisant obstacle à la libre transmission du patrimoine du défunt. Elle constituerait, de ce fait, un frein à la transmission de l'entreprise familiale. « Elle est par conséquent attaquée par principe parce qu'elle constitue un obstacle à la liberté ».⁷⁰

Lorsque le patrimoine du défunt se compose essentiellement, voire uniquement d'une entreprise et qu'il y a plusieurs héritiers, il est aisé de comprendre que l'existence d'une réserve héréditaire vient contrarier l'organisation par le défunt de la transmission de son entreprise. Le défunt doit composer avec l'existence d'une réserve héréditaire, notamment si les héritiers ne peuvent ou ne veulent rester dans l'entreprise familiale.

Selon certaines publications, la France « (...) occupe l'avant-dernière place avec seulement 12 % d'entreprises transmises à la famille contre 65 % en Allemagne et 76 % en Italie »⁷¹. La question de l'existence d'une réserve héréditaire dans les différents États de l'Union européenne se pose donc naturellement.

⁶⁹GRIMALDI M., *Droit des successions*, 7^e édition, LexisNexis 2017, n° 290.

⁷⁰LEPROVAUX J., *Que reste-t-il de la réserve héréditaire ?*, Petites Affiches du 8 septembre 2017, n° 179-180, p. 53.

⁷¹MISSONNIÈRE A., JOUAEN A., « Les freins à la reprise de l'entreprise familiale par les filles », art. du 2 février 2018, The Conversation.

40. À ce stade, il convient d'examiner, dans les différents États d'Europe, s'il existe une réserve héréditaire et d'apprécier si elle est susceptible de constituer un obstacle, réel ou fantasmé, à la transmission des entreprises familiales.

À partir de là, il sera traité de la succession testamentaire. Tous les pays connaissent des règles d'organisation de la transmission du patrimoine du défunt lorsque ce dernier n'a rien prévu.

Cette succession ab intestat sera brièvement évoquée, dans la mesure où cela présente un intérêt pour traiter de la réserve héréditaire dans le cadre de la succession testamentaire.

SECTION 1 : L'OPPOSITION DE PRINCIPE ENTRE LES SYSTEMES JURIDIQUES DE COMMON LAW ET DE TRADITION CONTINENTALE

41. La majorité des États membres de l'Union européenne connaît l'institution de la réserve héréditaire et les exceptions sont rares.⁷²

Dans une approche comparatiste, il est traditionnel d'opposer les États qui appliquent le droit dit de *Common law* à ceux qui dérivent d'une tradition romano-germanique, c'est-à-dire les États qui appliquent le droit continental. Il est rappelé qu'en droit comparé : « le champ géographique de la comparaison s'est étendu tout au long du XX^e siècle. Les droits de la

⁷²PINTENS W., *Tendencies in European Succession Law, in Inheritance law - challenges and reform, a Norwegian-German Research Seminar*, Éditions Torstein Frantzen, p. 14 : "In almost all civil law jurisdictions children enjoy a compulsory portion. Examples of the very few exceptions are Navarra and the part of the basque Country where *de fuero de ayala* is applicable. In most systems such as in Austria (765), The Czech Republic (art.479), Germany (§2303 para.1), Greece (art.1825), Hungary (art.665) and Switzerland (art.471) the child's compulsory portion is fixed at one half of the statutory portion. In catalonia (art.451-5) and Denmark (§5 para. 1 inheritance Act), where more emphasis is put on private autonomy and freedom of testation, at only one-fourth of the estate (art.451-5). In other such as in Belgium, France and Italy the portion depends upon the number of children : One-half if the deceased has left one child, two-thirds if he has left two children and three-quarters if he has left three or more children (art.913). In portugal the portion is fixed at one-half, where there is one child and at two-thirds, when there are two or more children (art.2159)".

famille romano-germanique (désormais plus souvent désignés sous le nom de « droit continental ») furent d'abord comparés à ceux de common law ».73

Dans ce contexte, et dès les années soixante-dix, les professionnels ont opposé les pays ayant pour fondement le droit romain qui connaissaient la réserve héréditaire et ceux de common law, qui ne la connaissaient pas. 74

42. La matière des successions n'échappe pas à la règle, tant le système anglais est différent de celui des autres pays dits d'Europe continentale.75 Une analyse comparée du système anglais des successions et du système français a été brillamment effectuée par M. le Professeur PETITJEAN pour sa thèse de doctorat.76

43. Mais cette distinction entre les droits de *common law* et ceux de tradition romano-germanique doit être nuancée à plusieurs titres, s'agissant de la réserve héréditaire.

En effet, parmi les pays anglo-saxons, il existe des différences :

Ainsi que l'expose M. WIJFFELS, dans son *Introduction historique au droit France, Allemagne, Angleterre* : « L'Angleterre est une composante de la Grande-Bretagne et du Royaume-Uni. Le Royaume-Uni comprend, l'Angleterre, l'Écosse, le pays de Galles (les trois composantes de la Grande-Bretagne) et l'Irlande du Nord. L'Angleterre et le pays de Galles ont un système juridique largement commun. L'Écosse et l'Irlande du Nord ont des régimes juridiques distincts (...) ».77

En effet : « le Royaume-Uni est constitué de trois territoires possédant chacun son propre système juridique : le “droit anglais” s'applique en Angleterre et au Pays de Galles, le “droit

⁷³FAUVARQUE-COSSON B., « Deux siècles d'évolution du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, année 2011, vol. 63, p. 527-540.

⁷⁴72^e Congrès des Notaires de France, « La dévolution successorale », Deauville, 1975, p. 331 et s.

⁷⁵BAKER J., *An introduction to English Legal History*, éd. Oxford University press, fifth edition, 2019, spécialement p.279-297.

⁷⁶PETITJEAN H., *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*, 1959 ; voir également la thèse très intéressante TCH'EN H.-f., *l'Institution de la Réserve Héréditaire et la « Family provision » en droit successoral anglais*, Thèse Université de paris du 8 janvier 1941.

⁷⁷WIJFFELS A., *Introduction historique au droit France, Allemagne, Angleterre*, Thémis droit, PUF, 2^e édition, 2014, p. 295. REID G.C. K., *Intestate Succession in Scotland*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R., Oxford, p. 370-399.

d'Irlande du Nord" s'applique en Irlande du Nord et le "droit écossais" s'applique en Écosse. Les deux premiers s'appuient sur les principes de common law alors que le droit écossais est un système hybride basé sur des principes de droit civil avec des éléments de common law datant du Moyen Âge. »⁷⁸

44. Certains pays connaissent une réserve héréditaire : ainsi, l'Écosse, qui fait partie du Royaume-Uni, connaît un système mixte qui mélange des règles de droit anglo-saxon et des droits dits de tradition romano-germanique⁷⁹. De ce fait, l'Écosse connaît l'institution de la réserve héréditaire.⁸⁰

Plus exactement, en Écosse et jusqu'au SUCCESSION ACT de 1964, il existait deux types de succession avec des règles spécifiques qui avaient été fixées au XIV^e siècle. En substance, pour les immeubles, le principe était celui de la prohibition des testaments et la règle de transmission des biens immobiliers était celle de masculinité et de primogéniture.

En revanche, pour les biens mobiliers, le principe consistait à laisser la liberté de tester dans la limite d'une réserve accordée à certains héritiers. Le tiers de la succession mobilière était réservée au conjoint survivant et aux enfants.

Le SUCCESSION ACT de 1964 a mis fin à ces différentes règles d'organisation de la succession⁸¹ en supprimant le principe de masculinité et de primogéniture, accordant une réserve aux héritiers et au conjoint survivant.

⁷⁸ALDERSON D., « Aspects du droit des successions en Angleterre et au pays de Galles », in *Les Successions en droit comparé*, Actes du colloque organisé par le CRIDON de Lyon. ; REID G.C. K., *Intestate Succession in Scotland*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R., Oxford, p. 370-399.

⁷⁹PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1908, t. 1, n° 143. NEUMAYER K.H., *Intestate Succession*, in *International Encyclopedia of Comparative Law (IECL)*, vol. 5, chap. 3 (2002), n° 4-58.

⁸⁰HERTEL C., *Aperçu sur les systèmes juridiques dans le monde*, Notarius International 1-2/2009, p. 144, 146. Pour une application du droit des successions en Écosse, voir également KALSS S., *Company Law and The Law of Successions, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Springer, 2015. Particulièrement VALSAN R., *The Transmission of a Business Mortis causa in Scots Law*, p. 387-401.

⁸¹MESTON M., *The Succession (Scotland) Act 1964*, 5^e édition 2002. Référence Internet : [http://ebookbit.com/book?k=The+Succession+\(Scotland\)+Act%2C+1964&lang=en&isbn=9780414010482&source=sites.google.com#pdf](http://ebookbit.com/book?k=The+Succession+(Scotland)+Act%2C+1964&lang=en&isbn=9780414010482&source=sites.google.com#pdf).

L'Écosse a toutefois matériellement emprunté aux droits de common law les modalités de transmission du patrimoine du défunt avec la présence d'un représentant.⁸²

45. S'agissant de l'**Angleterre**, la liberté testamentaire, si elle est absolue, connaît des mécanismes réparateurs ou équivalents fonctionnels par l'existence d'une *family provision* qui permet, sous certaines conditions, d'obtenir des droits dans la succession du défunt.⁸³ Si ce pays ne connaît pas la réserve héréditaire, il existe, selon l'expression de M. BONOMI des "équivalents fonctionnels" qu'il est nécessaire de préciser (§1).

Dans le même sens, tous les pays classés dans la catégorie des pays de "droit continental" ne connaissent pas le mécanisme de la réserve héréditaire de la même manière (§2). À titre d'exemple, il suffit d'indiquer que si l'**Espagne** connaît la réserve héréditaire, certains droits régionaux du Nord de l'Espagne l'ignorent ou prévoient une réserve purement symbolique, tandis que pour d'autres droits régionaux, il est nécessaire de rapporter la preuve de l'existence d'un besoin pour en bénéficier. Il en va ainsi en droit catalan⁸⁴.

⁸²PAISLEY R., *Forfeiture Clauses and Event in Scots Law*, in *Exploring The Law Of Succession*, Studies National, Historical and Comparative, édité par REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R., p. 116 : "Upon the deceased's death his property does not pass automatically to the beneficiaries. Nor does it pass by universal succession to a single heir for the purpose of distribution to other beneficiaries. Instead Scots law requires the intervention of an executor".

⁸³PROBERT R., HARDING M., *Family and Succession Law in England and Wales*, 5^e édition, Wolters Kluwer, 2016, n° 561-566. Voir également KALSS S., *Company Law and The Law of Successions, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Springer, 2015, particulièrement, BALL J., *The interaction between Company Law and the Law of Succession in England*, in *Company Law and the Law of Succession*, Susanne Kalss Editor, coll. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Springer International Publishing Switzerland 2015, p. 171-195, spécialement p. 177. L'auteur expose également que si les principes sont inversés entre le droit anglosaxon et les droits continentaux, à propos de la liberté testamentaire, les résultats seraient similaires : "English law has a functionally similar concern for family welfare to continental countries in a European continuum. France insists on compulsory shares for families but then provides arrangements to facilitate business. England has testamentary freedom but restricts this for statutory provision for family and dependants. The difference are, however structural". Il faut toutefois nuancer le propos puisque dans le droit anglais, la « family provision » est laissée à l'appréciation du Juge alors qu'en droit français par exemple, la portion du patrimoine dont le testateur ne peut pas disposer est fixée par la loi, ce qui est très différent.

⁸⁴BONOMI A., *Droit des successions en Europe*, Actes du colloque de Lausanne du 21 février 2003, p. 55 et s : « La vocation successorale volontaire dans certains droits européens. La réserve successorale existe dans la plupart des droits européens qui font partie de la famille romano-germanique. Cela ne surprend pas si l'on connaît l'histoire de la réserve qui puise ses origines tant dans le droit romain que dans les coutumes germaniques. Il y a certes des exceptions, mais elles sont rares. La seule qui nous est connue en Europe continentale est celle du droit foral de Navarre, où la réserve n'est que symbolique ». *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e édition, Éditions Bruylant, p. 395 ; Jurisclasseur ESPAGNE - Successions et donations, GARCÍA RUBIO M.P., La réserve légale dans les communautés autonomes, p. 20 et s.

46. Méthode. Dans un souci de précision, les analyses comparatistes détaillent des sous-groupes au sein de la famille romano-germanique : ceux qui se rattachent au Code Napoléon, ceux qui se rattachent au droit allemand, les groupes des États communistes, ceux des États du Sud-est, les systèmes juridiques nordiques et le groupe islamique.⁸⁵

La frontière entre les droits continentaux qui connaissent le mécanisme de la réserve héréditaire et les droits de common law qui ne la connaissent pas doit donc être nuancée, et c'est sur cette nuance qu'il convient d'insister dans une approche comparatiste.

§ 1. Les pays sans réserve héréditaire : le cas de l'Angleterre

47. Une précision s'impose. Comme déjà indiqué, il n'est pas traité de tout le territoire de la Grande-Bretagne, un territoire qui comprend l'Angleterre, l'Écosse et le Pays de Galles, mais seulement de l'Angleterre, car il n'y a pas d'uniformité des droits entre ces différentes parties de la Grande-Bretagne.⁸⁶

A. Principe de grande liberté

48. Position de la question : en droit anglais, le défunt dispose d'une très grande liberté testamentaire qui ne trouve pas de limite dans des règles impératives, lesquelles réserveraient une part de la succession du défunt à des personnes limitativement énumérées.

Ainsi, contrairement au droit français, il n'existe pas de réserve héréditaire qui viendrait entraver « la faculté de disposer d'une personne jouissant d'une entière capacité ».⁸⁷

Bien évidemment, si le défunt n'a rien prévu, des règles fixent la dévolution de son patrimoine.

⁸⁵HERTEL C., *Aperçu sur les systèmes juridiques dans le monde*, Notarius International 1-2/2009, p. 142.

⁸⁶WIJFFELS A., *Introduction historique au droit France, Allemagne, Angleterre*, Thémis droit, PUF, 2^e édition, 2014, p. 295.

⁸⁷GRIMALDI M., *Droit Civil, successions*, 2^e édition, Éditions Litec 1992, n° 279.

Les règles de dévolution légale ne seront pas exposées dans leur intégralité, tel n'est pas le propos et sur ce sujet, il sera renvoyé aux ouvrages généraux en langue française ou bien en langue anglaise.⁸⁸

Il convient toutefois de distinguer les situations selon que le défunt a ou non rédigé un testament.

49. La succession ab intestat. Si le défunt n'a pas rédigé de testament, la succession est dite ab intestat et l'autorité publique vient fixer les règles de dévolution de la succession. Dans cette hypothèse, la loi prévoit des droits au profit du conjoint survivant et de certains héritiers.⁸⁹

Sans entrer dans le détail des modifications récentes, il suffit de préciser que la dévolution légale a évolué et a été modifiée en 1925⁹⁰, en 1952, puis en 2014.⁹¹

⁸⁸KERRIDGE R., *Intestate Succession in England and Wales*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.J., ZIMMERMAN R., Oxford University Press 2015, p. 323-348 ; PROBERT R., HARDING M., *Family and Succession Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 5^e édition, 2016, n° 478-502.

⁸⁹ JURISCLASSEUR Droit Comparé, Grande-Bretagne - Droit anglais - Donations. Successions. Trusts - Droit international privé, Fascicule n° 2, NEVILLE BROWN L., WESTON C.A., 1^{er} mai 2008 : « Dans une succession ab intestat le conjoint survivant a droit :

- a) aux objets personnels du défunt ;
- b) à la somme de £ 125 000, nette de tous droits ;
- c) à l'intérêt, au taux de 7 % par an sur cette somme de £ 125 000 à dater du décès jusqu'au versement ; ce montant est prélevé en premier lieu sur les revenus du restant de la succession.

Il a en outre :

- d) la faculté de racheter à un prix déterminé les droits du défunt sur l'habitation du ménage ;

Enfin, il peut prétendre :

- e) – si le défunt a laissé des descendants : à un usufruit sur la moitié du restant de la succession (avec la faculté de demander une somme en capital équivalant à la valeur de cet usufruit) ;
- si le défunt n'a pas laissé de descendants mais un père, une mère, des frères ou sœurs germains, ou leurs descendants : à une somme complémentaire de £ 75 000 et à la moitié du restant de la succession en pleine propriété ;
- si le défunt n'a laissé ni descendants, ni parents, ni frères ou sœurs germains et que ces derniers eux-mêmes n'ont pas eu de descendants : à la totalité de la succession en pleine propriété.

Une fois le conjoint survivant rempli de ses droits, le reste de la succession est dévolu par parts égales aux enfants du défunt. Lorsque l'un des enfants est décédé, la répartition a lieu en l'absence de descendants, la succession revient aux parents du défunt, et, à leur défaut, aux frères et sœurs germains avec application du principe de répartition par souches au cas du prédécès de l'un d'eux. Le conjoint survivant prime tout parent autre que ceux ci-dessus énumérés. »

⁹⁰ TCH'EN H.-f., *l'Institution de la Réserve Héritaire et la « Family provision » en droit successoral anglais*, Thèse Université de Paris du 8 janvier 1941.

⁹¹ BAKER J., *An introduction to English Legal History*, éd. Oxford University press, fifth edition, 2019, spécialement p.279-297.

50. En 1925, une série de réformes majeures - *The Settled Land Act, The trustee Act, The law of property Act, The Land Registration Act and the Administration of Estates Act, l'Administration of Estates Act* de 1925 (15 Geo. 5 Ch.23) -, est venue unifier les règles de dévolution légale entre l'actif mobilier et l'actif immobilier, ce qui n'était pas le cas jusqu'alors. Le droit d'aînesse et les privilèges pour les mâles ont été supprimés.

L'*Intestates Estates Act* de 1952 a accru les droits du conjoint survivant.⁹² Entre 1952 et 2009, les droits du conjoints survivants ont été régulièrement augmentés.⁹³

En dernier lieu, l'*Administration of Estates Act* de 1925 a été modifiée par *The Inheritance and Trustees' Powers Act* de 2014.⁹⁴

51. *La succession testamentaire.* Si le défunt a rédigé un testament, alors sa succession est dite testamentaire et sa liberté n'est pas entravée par des règles impératives qui viendraient rendre sans effet ses dernières volontés.

Le défunt peut tester sur l'intégralité de son patrimoine, au profit de membres de sa famille ou de tiers. De ce fait, il n'existe pas de réserve héréditaire en droit anglais. Le défunt peut donc décider de la transmission de son entreprise à sa guise, sans que cette transmission anticipée soit contrariée par des règles impératives, même si l'entreprise familiale constitue l'essentiel du patrimoine du défunt.

⁹²NEVILLE BROWN L., « La Réforme de la dévolution légale en droit anglais », RIDC, 1954, vol. 6, p. 504-508 ; *Traité pratique des divorces et des successions en droit anglais*, Librairie Arthur Rousseau 1939, p.79 et s.

⁹³KERRIDGE R., *Intestate Succession in England and Wales*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.J., ZIMMERMAN R., Oxford University Press 2015, p. 333.

⁹⁴KERRIDGE R., *Intestate Succession in England and Wales*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.J., ZIMMERMAN R., Oxford University Press 2015, p. 343 : "*The inheritance and Trustees' Powers Act 2014, based on recommendations contained in the Law Commission's 2011 Report, made a number of amendments to the Administration of Estates Act 1925. The 2014 Act received the royal assent, and so became law on 14 may 2014. Its principal provisions came into force on 1 october 2014 and apply to persons dying on or after that date. The provisions set out below are those applicable since the 2014 amendments came into force, with the brief mention as the pre-2014 position. Most of the 2014 changes affect only a small minority of intestates.*"

52. Il existerait donc une différence fondamentale entre le droit anglais, qui serait propice à la transmission d'entreprise et le droit français, qui ne le serait pas en raison des règles impératives qui attribuent une part de la succession à certaines personnes que la loi entend protéger.

Toutefois, ces situations antagonistes tendent à se rapprocher, d'une part parce que le droit anglais connaît un équivalent fonctionnel à la réserve héréditaire, mouvement du droit de common law vers le droit continental, d'autre part parce que, inversement, la réserve héréditaire se transforme d'une réserve en nature à une réserve en valeur.

B. Les limites à la liberté de tester ou équivalents fonctionnels de la réserve héréditaire

53. ***La notion de family provision.*** Si, en droit anglais, il n'y a pas de part réservée du patrimoine du défunt au profit de ses héritiers, il existe toutefois quelques "équivalents fonctionnels de la réserve", selon l'expression de M. BONOMI⁹⁵, qui viennent tempérer le principe de la libre transmission du patrimoine : il s'agit de la *family provision*.

Depuis 1938, mais surtout depuis la loi de 1975, les proches du défunt peuvent formuler une demande dite de family provision.⁹⁶ Il s'agit de « la possibilité d'intenter une action devant la juridiction compétente pour demander l'octroi d'une prestation patrimoniale à la charge de la succession ou aux héritiers. Ce remède introduit au cours du XIX^e siècle dans plusieurs ressorts de common law (Angleterre, Nouvelle-Zélande, plusieurs États australiens et provinces canadiennes) afin de corriger une liberté testamentaire absolue, se distingue de la réserve à plusieurs égards ».⁹⁷

⁹⁵BONOMI A., WAUTELET P., *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e édition, Éditions Bruylant février 2016, p. 396. ; Voir la thèse très intéressante TCH'EN H.-f., *l'Institution de la Réserve Héréditaire et la « Family provision » en droit successoral anglais*, Thèse Université de Paris du 8 janvier 1941.

⁹⁶KONDILY I., « La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec comparés », Bibliothèque de droit privé, t. 275, n° 59 et 60 ; PINTENS W., *Tendencies in European Succession Law*, in *Inheritance law - challenges and reform, a Norwegian-German Research Seminar*, Éditions Torstein Frantzen, p. 16.

⁹⁷BONOMI A., WAUTELET P., *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e édition, Éditions Bruylant février 2016, p. 397.

Pour cela, le demandeur doit être, soit le conjoint survivant, soit le concubin depuis au moins deux ans, l'ex-conjoint non remarié, les enfants du défunt, une personne traitée comme un enfant ou, enfin, une personne entretenue par le défunt.⁹⁸ Le demandeur peut solliciter une provision financière raisonnable, laquelle représente, pour le conjoint, ce à quoi il aurait pu prétendre dans le cas d'un divorce.

Cette demande n'est pas réservée aux membres de la famille, elle bénéficie aux personnes qui dépendaient économiquement du défunt. Le *Family Act* donne une définition de la personne dépendante.⁹⁹

⁹⁸PROBERT R., HARDING M., *Family and Succession Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 5^e édition, 2016, n° 561-566.

⁹⁹“(1) An application for provision out of the estate of any deceased person may be made under this Act by or on behalf of all or any of the following persons —

(a) a person who was married to, or living as the *de facto* partner of, the deceased person immediately before the death of the deceased person;

(b) a person who at the date of the death of the deceased was receiving or entitled to receive maintenance from the deceased as a former spouse or former *de facto* partner of the deceased whether pursuant to an order of any court, or to an agreement or otherwise;

(c) a child of the deceased living at the date of the death of the deceased, or born within 10 months after the deceased's death;

(d) a grandchild of the deceased —

(i) who was being maintained wholly or partly by the deceased immediately before the deceased's death; or

(ii) who, at the date of the deceased's death, was living and one of whose parents was a child of the deceased who had predeceased the deceased; or

(iii) who was born within 10 months after the deceased's death and one of whose parents was a child of the deceased who had predeceased the deceased;

(ea) a stepchild of the deceased who was being maintained wholly or partly or was entitled to be maintained wholly or partly by the deceased immediately before the deceased's death;

(eb) a stepchild of the deceased, if —

(i) the deceased received or was entitled to receive property from the estate of a parent of the stepchild, otherwise than as a creditor of that estate; and

(ii) the value of that property, at the time of the parent's death, is greater than the prescribed amount;

(e) a parent of the deceased, whether the relationship is determined through a legal marriage or otherwise, where the relationship was admitted by the deceased being of full age or established in the lifetime of the deceased.

(2A) An application is not to be made under this Act by or on behalf of a person referred to in subsection (1)(ea) or (eb) unless the deceased person died on or after the day on which the Inheritance (Family and Dependents Provision) Amendment Act 2011 section 9(1)(b) came into operation¹.

(2) No application under subsection (1) shall be heard by the Court unless —

(a) the application is made within 6 months from the date on which the administrator becomes entitled to administer the estate of the deceased in Western Australia; or

(b) the Court is satisfied that the justice of the case requires that the applicant be given leave to file out of time.

(3) A motion for leave to file out of time may be made at any time notwithstanding that the period specified in subsection (2)(a) has expired.”

Ainsi que le rappelle l'auteur, elle prend des formes extrêmement variées et ne constitue pas une part réservée, à la différence du mécanisme de la réserve.

À la différence de la réserve, il s'agit d'une demande en justice qui est laissée à l'appréciation de la juridiction saisie. Il est intéressant de rapprocher la *family provision* de la querela inofficiosi testament du droit romain¹⁰⁰ qui était une action en justice que pouvaient engager les parents du défunt qui s'estimaient injustement dépouillés par les dispositions prises par le défunt. Mais ces deux actions se distinguent par leurs titulaires et leurs conséquences. En effet, querela inofficiosi testament n'était ouverte qu'aux héritiers ab intestat, à la différence de la family provision, et la conséquence était la remise en cause du testament établi par le défunt, de telle sorte que l'héritier retrouvait ses droits ab intestat, ce qui n'est pas le cas en droit anglais.

54. Très tôt, la *family provision* a été comparée à la réserve héréditaire du droit français. Il a été exposé que la différence essentielle entre la réserve héréditaire et la family provision tenait au fait que la première existait de plein droit sans considération des besoins, à la différence de la seconde, qui supposait une demande en justice et la justification des besoins du demandeur.¹⁰¹

Selon M. BONOMI, « le fondement de la prestation est alimentaire ou dépend, en tout cas, d'une appréciation équitable ».

La notion de « provision financière raisonnable » est fluctuante et dépend des situations. Ainsi pour la jurisprudence : « Ce qui peut être considéré comme une provision raisonnable pour la veuve d'un laboureur pourrait être considéré comme n'étant pas raisonnable pour la veuve d'un homme riche » (*Wynn Parry J. in Re Inns [1947] Ch. 576*).

Depuis 1952, la demande de *family provision* est recevable, y compris dans le cas d'une succession partiellement testamentaire. Cette demande n'est pas réservée aux membres de

¹⁰⁰ MAY G., *Éléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit*, Librairie Recueil Sirey, 1913, p. 573-577.

¹⁰¹ NEVILLE BROWN L., *La Réforme de la dévolution légale en droit anglais*, RIDC, 1954, vol. 6, p. 504-508.

la famille mais bénéficie aux personnes qui dépendaient économiquement du défunt. Le *Family Act* donne une définition de la personne dépendante.¹⁰²

Le demandeur doit démontrer qu'au regard de sa situation économique, ce qu'il a reçu dans la succession ne constitue pas une prévision économique raisonnable.

En définitive, si le droit anglais ne connaît pas la réserve héréditaire, il admet des équivalents fonctionnels. La Présidente de la Cour suprême du Royaume Uni, dans un arrêt *Illot vs. The*

¹⁰²“(1) *An application for provision out of the estate of any deceased person may be made under this Act by or on behalf of all or any of the following persons —*

(a) *a person who was married to, or living as the de facto partner of, the deceased person immediately before the death of the deceased person;*

(b) *a person who at the date of the death of the deceased was receiving or entitled to receive maintenance from the deceased as a former spouse or former de facto partner of the deceased whether pursuant to an order of any court, or to an agreement or otherwise;*

(c) *a child of the deceased living at the date of the death of the deceased, or born within 10 months after the deceased's death;*

(d) *a grandchild of the deceased —*

(i) *who was being maintained wholly or partly by the deceased immediately before the deceased's death; or*

(ii) *who, at the date of the deceased's death, was living and one of whose parents was a child of the deceased who had predeceased the deceased; or*

(iii) *who was born within 10 months after the deceased's death and one of whose parents was a child of the deceased who had predeceased the deceased;*

(ea) *a stepchild of the deceased who was being maintained wholly or partly or was entitled to be maintained wholly or partly by the deceased immediately before the deceased's death;*

(eb) *a stepchild of the deceased, if —*

(i) *the deceased received or was entitled to receive property from the estate of a parent of the stepchild, otherwise than as a creditor of that estate; and*

(ii) *the value of that property, at the time of the parent's death, is greater than the prescribed amount;*

(e) *a parent of the deceased, whether the relationship is determined through a legal marriage or otherwise, where the relationship was admitted by the deceased being of full age or established in the lifetime of the deceased.*

(2A) *An application is not to be made under this Act by or on behalf of a person referred to in subsection (1)(ea) or (eb) unless the deceased person died on or after the day on which the Inheritance (Family and Dependents Provision) Amendment Act 2011 section 9(1)(b) came into operation.*

(2) *No application under subsection (1) shall be heard by the Court unless —*

(a) *the application is made within 6 months from the date on which the administrator becomes entitled to administer the estate of the deceased in Western Australia; or*

(b) *the Court is satisfied that the justice of the case requires that the applicant be given leave to file out of time.*

(3) *A motion for leave to file out of time may be made at any time notwithstanding that the period specified in subsection (2)(a) has expired.”*

blue Cross and other du 15 mars 2017 a insisté sur les limites du mécanisme de la *family provision*.¹⁰³

§ 2. Les pays à réserve héréditaire : des situations contrastées

55. En droit continental, il existe une variété de situations en fonction du sous-groupe auquel le pays appartient.

A. En France

56. Avant 2006 : absence de définition. En droit français, il faut relever que jusqu'à la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme du droit des successions, le Code civil était « muet quant à la définition de la réserve et quant à son but et son utilité ». ¹⁰⁴

Ce n'est qu'au détour de l'article 913 du Code civil que la réserve héréditaire a été définie en creux, la rédaction ayant légèrement évolué entre la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 et la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 qui supprimait l'exception de l'article 915 :

« Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre ; sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les enfants légitimes et les enfants naturels ». ¹⁰⁵

La doctrine définissait à l'époque la réserve héréditaire « (...) comme la portion de ses biens dont une personne ne peut disposer à titre gratuit, et qui se trouve ainsi réservée à ses héritiers, que l'on dit alors réservataires. Le surplus, laissé à sa libre disposition, constitue la quotité disponible ». ¹⁰⁶

¹⁰³ Sous la direction de PERES C., Rapport du groupe de travail, *la réserve héréditaire*, 13 décembre 2019, n°52. Référence internet : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_reserve_hereditaire.pdf ; La décision est consultable sur internet : <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0203.html>.

¹⁰⁴72^e Congrès des Notaires de France, « La dévolution successorale », Deauville 1975, p. 319 et s. ; 108^e Congrès des Notaires de France, « La transmission », Montpellier 2012, p. LV à LXVII.

¹⁰⁵Article 913 du Code civil dans sa formulation issue de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 (art. 16 JORF du 4 décembre 2001).

¹⁰⁶GRIMALDI M., *Droit civil, successions*, 2^e édition, Éditions Litec 1992, n° 279.

57. *Ajout d'une définition légale.* Il faudra attendre la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme du droit des successions pour avoir, pour la première fois dans la loi, une définition de la réserve héréditaire.

Ainsi, l'article 912 du Code civil définit la réserve héréditaire comme suit :

« 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.

La quotité disponible est la part des biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi et dont le défunt a pu disposer librement par des libéralités. »

58. Cette définition de la réserve héréditaire est très classique et reprend celle de la jurisprudence du célèbre arrêt LAVIALLE (Cass. Ch. Réunies 27 novembre 1863, Bull. Ch. Réunies, n° 167, p.254)¹⁰⁷. Pour classique, il n'en reste pas moins que la physionomie de la réserve héréditaire a été bouleversée.¹⁰⁸ La définition classique de la réserve héréditaire ne correspond plus à sa réalité et « (...) l'analyse classique de la réserve correspond à la lettre de l'article 912 dans la dévolution légale mais elle est immédiatement contredite par les règles applicables à la réduction en valeur des libéralités ».¹⁰⁹

À la lecture de l'article 912 du Code civil, la réserve héréditaire est une part réservée de la succession à certains héritiers, puisqu'il s'agit de la « part des biens et droits successoraux » dont la loi assure la « dévolution libre de charges à certains héritiers ».

¹⁰⁷BRENNER C., « Le nouveau visage de la réserve héréditaire », in *La Réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, Actes du colloque organisé par le centre Pierre Kayser, PUAM, 2008, p. 34.

¹⁰⁸BRENNER C., « Le nouveau visage de la réserve héréditaire, in *La Réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, Actes du colloque organisé par le centre Pierre Kayser, PUAM, 2008, p. 34 : « Et c'est ainsi que la loi du 23 juin 2006 conduit à ce paradoxe de donner de la réserve héréditaire une définition on ne peut plus classique qui était jusqu'alors totalement absente des tables de la loi, tout en bouleversant dans le même temps l'économie qu'une très lente sédimentation historique avait donnée à l'institution ».

¹⁰⁹FERRÉ-ANDRÉ S., BERRE S., *Successions et libéralités*, coll. Hypercours, 2^e édition, Dalloz, 2014, n° 409. ; TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *Droit civil, les successions, les libéralités*, Précis Dalloz, 4^e édition, 2013, n° 705.

D'autre part, le quantum de la réserve héréditaire dépend du nombre d'héritiers. Ainsi, l'article 913 du Code civil dispose que « les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre. L'enfant qui renonce à la succession n'est compris dans le nombre d'enfants laissés par le défunt que s'il est représenté ou s'il est tenu au rapport d'une libéralité en application des dispositions de l'article 845 ».

59. *La sanction.* Mais la réserve change de nature, car, en cas d'atteinte à la réserve héréditaire, la sanction consiste en la réduction en valeur des libéralités à la demande de l'héritier lésé, sauf volonté contraire du gratifié.

L'Article 924 du Code civil précise clairement que la sanction est l'indemnisation de l'héritier réservataire « lorsque la libéralité excède la quotité disponible, le gratifié, successible ou non successible, doit indemniser les héritiers réservataires à concurrence de la portion excessive de la libéralité quel que soit cet excédent.

Le paiement de l'indemnité par l'héritier réservataire et en priorité par voie d'imputation sur ses droits dans la réserve ».

La réduction en nature se fait au choix du gratifié et non selon la volonté de l'héritier lésé mais pour cela, précise l'article 924-1 du Code civil, le gratifié doit manifester sa volonté d'une réduction en nature dans un délai de trois mois à compter du jour où l'héritier réservataire « l'a mis en demeure de prendre parti ».

60. *Pour résumer :* en droit français, la réserve héréditaire est désormais définie dans la loi, elle est fixée en fonction du nombre d'héritiers et les atteintes à la réserve sont protégées par une réduction en valeur.

La succession testamentaire est intimement liée à la succession légale, car les droits des héritiers sont ceux dévolus par la loi retranchée de la quotité disponible. Il s'agit d'une part de la succession ab intestat réservée à certains héritiers.

B. En Italie

61. L'Italie, ainsi qu'il a été indiqué, appartient au sous-groupe roman qui a adopté le Code Napoléon. Dès lors, l'on comprend que la situation de la réserve italienne soit proche de la situation française.¹¹⁰

62. *Protection constitutionnelle.* En Italie, le droit des successions est consacré par la Constitution en son article 42 : « La propriété est publique ou privée. Les biens économiques appartiennent à l'État, à des institutions ou à des particuliers. La propriété privée est reconnue et garantie par la loi qui en détermine les modes d'acquisition, de jouissance ainsi que les limites afin d'en assurer la fonction sociale et de la rendre accessible à tous. La propriété privée peut être expropriée pour des motifs d'intérêt général, dans les cas prévus par la loi et sous réserve d'indemnisation. **La loi fixe les règles et les limites de la succession légale et testamentaire ainsi que les droits de l'État sur les héritages** ».

« Dans le principe constitutionnel, l'article 42 de la constitution, il y a la reconnaissance et la protection des droits successoraux du conjoint survivant, ainsi que la solidarité familiale, et la liberté successorale ».¹¹¹

Il s'agit d'une différence avec le droit français car en droit français, la réserve héréditaire n'a pas reçu de protection constitutionnelle. Rien n'indique que le Conseil Constitutionnel consacrerait une protection constitutionnelle à la réserve héréditaire.¹¹²

63. Des précisions sémantiques s'imposent afin d'éviter toute ambiguïté : en droit italien, la succession ab intestat est appelée « succession légitime ». Elle est dévolue par la loi au profit du conjoint survivant et des parents jusqu'au 6^e degré.

¹¹⁰BRAUN A., *Intestate Succession in Italy, in Comparative Succession Law, Intestate Succession* edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R., Oxford University Press, 2015, p. 67-93.

¹¹¹ JURISCLASSEUR Droit Comparé, Italie - Successions, Fascicule n°20, CASTAGNARO A., 31 janvier 2018.

¹¹² Sous la direction de PERES C., Rapport du groupe de travail, *la réserve héréditaire*, 13 décembre 2019, n°52. Référence internet : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_reserve_hereditaire.pdf .

La réserve légale est appelée « succession nécessaire » et la « legittimari » (la légitimité) « est le droit des successions qui revient aux proches parents, même contre la volonté du de cujus, c'est la réserve légale. »¹¹³

64. Définition légale. L' article 536¹¹⁴ du Code civil italien définit en ces termes la réserve héréditaire :

"Legittimari :

(1) Le persone a favore delle quali legge riserva una quota di eredita o altri diritti nella successione sono : il coniuge, i figli, gli ascendenti (...)."

« Héritiers :

Les personnes en faveur desquelles la loi réserve une part d'héritage ou d'autres droits dans la succession sont : le conjoint, les enfants, les ascendants. »

Les articles 540 et suivants du Code civil italien précisent les parts qui reviennent au conjoint survivant et aux enfants selon qu'ils viennent en concours.¹¹⁵

65. Ainsi, les droits du conjoint survivant sont de moitié en l'absence d'enfants (article 540), d'un tiers en présence d'un enfant du défunt (article 542) et d'un quart en présence de plusieurs enfants. Enfin, lorsque le conjoint vient en concours avec les ascendants, sa réserve est de la moitié (article 540).¹¹⁶

Sans qu'il soit nécessaire de détailler ici les droits du conjoint survivant, comme en France, il a des droits sur le logement familial.

S'agissant des enfants, en présence d'un enfant, celui-ci a une réserve de moitié et d'un tiers s'il est en concours avec le conjoint survivant et lorsqu'il y a plusieurs enfants. Dans ce

¹¹³ JURISCLASSEUR Droit Comparé, Italie - Successions, Fascicule n°20, CASTAGNARO A., 31 janvier 2018.

¹¹⁴*Codice Civile, i codici commentati*, Giuffrè Editore, dir. Marzio (di) F.

¹¹⁵MAZZON R., *Manuale pratico per la successione ereditaria*, Maggioli Editore, 2015.

¹¹⁶FUSARO A., *Successions et famille en Italie*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Journées roumaines, t. LX, 2010, Éditions Bruylant, p. 99-105.

dernier cas, la réserve héréditaire est fixée aux deux tiers du patrimoine et s'ils viennent en concours avec le conjoint survivant, elle est de la moitié

66. Sanction. Les articles 554 et 555 du Code civil italien précisent qu'en cas d'atteinte à la réserve héréditaire, la réduction se fait en valeur.

Il convient encore de préciser que les règles de réduction sont différentes selon que les biens sont mobiliers ou immobiliers.

67. Enfin, la renonciation anticipée à l'action en réduction est prohibée par la loi italienne (article 557 du Code civil)¹¹⁷.

C. En Allemagne

68. Protection constitutionnelle. Comme en droit italien, le droit allemand des successions est protégé constitutionnellement.¹¹⁸ Ainsi, l'article 14 de la Loi Fondamentale [Propriété, droit de succession et expropriation] dispose que :

« (1) La propriété et le droit de succession sont garantis. Leur contenu et leurs limites sont fixés par les lois. (2) Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité. I. Les droits fondamentaux 26 (3) L'expropriation n'est permise qu'en vue du bien de la collectivité. Elle ne peut être opérée que par la loi ou en vertu d'une loi qui fixe le mode et la mesure de l'indemnisation. L'indemnité doit être déterminée en faisant équitablement la part des intérêts de la collectivité et de ceux des parties intéressées. En cas de litige portant sur le montant de l'indemnité, les tribunaux ordinaires sont compétents. »

¹¹⁷Les successions en droit comparé : Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie, Maroc, Pays-Bas, Suisse : actes du colloque organisé par le Cridon-Lyon les 8, 9 et 10 avril 2015 (Strasbourg, Lyon, Marseille), Aspects du droit italien, dir. CALO E., p. 222.

¹¹⁸PINTENS W., *Tendencies in European Succession Law*, in *Inheritance law - challenges and reform*, a Norwegian-German Research Seminar, Éditions Torstein Frantzen, p. 18 ; GRIMALDI M., *Droit des successions*, 7^e édition, LexisNexis 2017, n° 67.

La matière est essentiellement fixée au Livre V du BGB (articles 1922 à 2385 du BGB)¹¹⁹.

La dévolution est soit légale, soit testamentaire, étant ici précisé que la dévolution testamentaire est préférée à la dévolution légale. Pour reprendre ce qui a été ci-dessus exposé, le principe est celui de la liberté testamentaire et la limite est alors fixée par la réserve des héritiers.

Une précision doit être notée dans l'ordre successoral, c'est celui de la parentèle¹²⁰ qui diffère des autres systèmes de succession (France et Italie) qui appliquent, en substance, les Nouvelles 118 et 127 de Justinien.

À l'occasion de l'adoption du BGB, le Code civil allemand a adopté le système de la parentèle qui était celui appliqué par le système germanique. On entend par parentèle le groupe de personnes qui descendent d'un auteur commun.¹²¹

L'ordre successoral est fixé aux articles 1924 et 1931 du BGB. Il convient d'ajouter que chaque ordre exclut l'ordre suivant.

69. Définition légale. En droit allemand, la réserve héréditaire est une créance sur la succession. L'article 2303 du BGB définit la réserve ainsi qu'il suit :

¹¹⁹SCHWAB D., GOTTWALD P., LETTMAIER S., *Family and Succession Law in Germany*, 3^e édition, Wolters Kluwer 2017, n° 353-484 : "The law of succession is governed by the fifth volume of the German civil code (§§1922-2385 BGB), but other volumes contain provisions partly relating to the law of succession as well (e.g. §§563 et seq., 857BGB). Proceedings and insolvent estate are regulated in §§315 et seq. InsO. The law of succession also appears in the law of hereditary farm (as amended 26 July 1976), which is applicable only in parts of Germany. Even after the reunification, succession in East Germany before 3 October 1990 is still governed by the civil code of the former German Democratic Republic (East Germany) (art.235§1 EGBGB). If the deceased had his or her assets in both East and West Germany, the estate will be separated".

¹²⁰ZIMMERMANN R., *Intestate Succession in Germany*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession* edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R, Oxford University Press, 2015, p. 182-210.

¹²¹MUNDT G., *Contribution à l'étude comparative du Code civil allemand et du Code civil français*, Librairie Arthur Rousseau, 1903, p. 179 et s. ; REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R, *Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession* edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R, Oxford University Press, 2015, p. 442-511.

« (1) Si un descendant du testateur est exclu par disposition mortis causa de la succession, il peut exiger sa part obligatoire de l'héritier. La part obligatoire est égale à la moitié de la valeur de la part de l'héritage sur l'intestat.

(2) Les parents et le conjoint du testateur ont le même droit s'ils ont été exclus de la succession par décision mortis causa. La disposition de l'article 1371 demeure inchangée ».

En droit allemand, l'héritier exclu par une disposition testamentaire peut prétendre à la moitié des droits qu'il aurait eus si la succession avait été ab intestat, c'est-à-dire sans testament.

Il importe de demander ce droit en justice ; il s'agit d'une créance sur la succession.

« Dans le droit allemand, la part réservataire n'est pas garantie par une action en réduction. La personne se trouvant exclue d'un ordre successoral par voie testamentaire n'a aucune possibilité de prendre part à la succession. Le droit réservataire est un droit de créance pur, qu'il conviendra de faire valoir auprès des héritiers. Le droit réservataire est défini par les articles §§ 2303 et suivants du BGB. »¹²²

« La réserve héréditaire est une créance d'argent - et non pas une part légale ou un droit à des biens déterminés de la succession. »¹²³

Les droits à la réserve ne sont pas automatiques et doivent être demandés en justice.

D. En Espagne

70. Textes civils. La matière est organisée dans le Code civil, aux articles 657 à 1087.

« Dans le Code civil espagnol, le droit des successions est construit autour d'un ensemble

¹²²Les successions en droit comparé : Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Belgique, France, Italie, Maroc, Pays-Bas, Suisse : actes du colloque organisé par le Cridon-Lyon les 8, 9 et 10 avril 2015 (Strasbourg, Lyon, Marseille) ; ROTHEL A., *La liberté de tester en droit allemand : tendances de la jurisprudence et réformes législatives*, RIDC, vol n° 63, n° 1, 2011, p. 39-52.

¹²³HERTEL C., *Rapport National Allemagne*, in *Notarius international* 1/2001, p. 37.

de principes dérivés du droit romain d'une part, et du droit germanique d'autre part, ce qui aboutit parfois à de difficiles conciliations. »¹²⁴

L'article 806 du Code civil espagnol dispose que « la légitime est la partie des biens dont le testateur ne peut disposer parce qu'elle est réservée par la loi à des héritiers déterminés appelés héritiers réservataires. »¹²⁵

M. MARTINEZ ROYO donne la définition suivante de la légitime : *"la legítima es una atribución patrimonial mortis causa impuesta por normas de ius cogens o derecho necesario, su observancia es garantizada por la ley, tanto si el causante testador respeta y cumple al ordenar su testamento los preceptos legales que la imponen, como si, por simple omisión o explícita contradicción, el testador no guarda lo dispuesto"*.¹²⁶

71. La réserve légale des descendants correspond aux deux tiers de la succession, le premier tiers se nomme « legitimas », le second tiers se nomme « mejoras » et doit profiter aux enfants ou à l'un deux et vient améliorer la situation de son bénéficiaire. Enfin la troisième part ou « tercio de libre disposición » est à la libre disposition du défunt.

72. La mejora est une spécificité du droit espagnol et n'a aucun équivalent en Europe. « Cette institution suppose que, dans le cadre de la réserve légale (legítima), une plus large marge de manœuvre soit attribuée à l'autonomie de la volonté de l'auteur ».¹²⁷

¹²⁴GARCÍA RUBIO M.P., Juris-classeur de Droit Comparé, Fascicule n° 2 – Espagne - Successions et donations, 14 février 2010 ; LACOSTE (de) G., *Essai sur les mejoras ou Avantages légitimaires dans le droit espagnol ancien et moderne*, éd. 1911, Hachette Livre BNF. ; SANCHEZ ROMAN F., *Estudios de derecho civil – historia general de la legislacion espanola*, Vol. VI., derecho de sucesion, éd. Analecta, 2008.

¹²⁵Article 806 du Code civil espagnol : *"Legítima est la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos"*.

¹²⁶MARTINEZ ROYO M., *Derechos sucesorio mortis causa*, Edelce Sevilla, 1951, p. 188, citée par COBAS COBIELLA M.E., *La modernización del derecho de sucesiones, algunas propuestas, Cuestiones de Interés Jurídico*, ISSN 2549-8402, IDIBE, julio 2017. Référence Internet : <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/cij-16.pdf>.

¹²⁷GARCÍA RUBIO M.P., Juris-classeur de Droit Comparé, Fascicule n° 2 – Espagne - Successions et donations, 14 février 2010.

Des règles particulières existent dans les communautés autonomes¹²⁸ concernant la réserve héréditaire, lesquelles diffèrent du Code civil espagnol, à savoir : l'Aragon, la Galice, la Navarre, la Catalogne, le Pays Basque, les Îles Baléares et la Communauté de Valence avec quelques spécificités.¹²⁹

Ainsi, le droit catalan est très proche du droit allemand s'agissant de la légitime. La légitime est fixée au quart de la succession et est organisée comme un droit de créance.¹³⁰

Concernant le Pays Basque, il faudrait encore distinguer des règles particulières selon les territoires, de sorte que les règles de droit concernant la légitime sont aussi variées que le territoire est morcelé. Ce morcellement doit être aussi relevé concernant les Îles Baléares (il existe, d'une part, le droit de Majorque et de Minorque, d'autre part, le droit d'Ibiza et de Formentera).

73. À ce stade quelques précisions s'imposent :

- L'Angleterre ne connaît pas la réserve héréditaire à la différence de la France, de l'Italie et de l'Allemagne.

¹²⁸Pour une définition des communautés autonomes, appelées encore communautés forales, et leur reconnaissance dans la Constitution espagnole, voir les développements de COBAS COBIELLA M.E., *La modernización del derecho de sucesiones, algunas propuestas, Cuestiones de Interés Jurídico*, ISSN 2549-8402, IDIBE, julio 2017 : "El derecho civil foral se define como 'el conjunto de normas de origen histórico pero en continuo desarrollo, aplicables en concretas zonas del territorio español, cuya vigencia prevalece en dichas demarcaciones sobre las disposiciones generales vigentes en el resto del estado, que resultan aplicables, en su caso, como derechos supletorio'. Este Derecho está legitimado constitucionalmente por el artículo 149.1.8A de la Constitución española, que dice así : 'El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por la Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan'. Algunas de estas CC.AA. han desarrollado de una forma muy potente su derecho civil propio (comme prodira ser el caso de Catalunya), lo que muchas veces puede servir de ejemplo al legislador estatal".

¹²⁹CAMARA LAPUENTE S., *Intestate Succession in Spain*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession* edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R, Oxford University Press, 2015, p. 96-115. À cette énumération, Mme COBAS COBIELLA M.E., ajoute les Îles Baléares, la Communauté de Valence ; COLIN R., « L'Espagne des Communautés Régionales Autonomes », *Revue de l'OFCE*, n° 20, Juillet 1987. L'auteur retrace l'histoire des Communautés Régionales Autonomes et leur rapport avec le pouvoir central, la répartition des compétences entre l'État et les différentes Communautés autonomes.

¹³⁰COBAS COBIELLA M.E., *La modernización del derecho de sucesiones, algunas propuestas, Cuestiones de Interés Jurídico*, ISSN 2549-8402, IDIBE, julio 2017.

- L'Angleterre connaît toutefois un « équivalent fonctionnel », c'est-à-dire un droit de créance organisé au profit de certaines personnes qui est soumis à l'appréciation des juridictions.
- En France et en Italie la réserve héréditaire est une partie de la succession définie dans son quantum par la loi.
- En Allemagne la réserve héréditaire est purement un droit de créance sur la succession.
- En Allemagne et en Italie, la réserve héréditaire est protégée par la Constitution, à la différence de la France.

74. Synthèse. Un résumé de la situation des droits en Europe a été réalisé par M. le Professeur STEINAUER en 2006 ainsi qu'il suit :

« Tous les droits européens continentaux prévoient une réserve héréditaire pour les proches du de cujus : les descendants et le conjoint survivant sont toujours réservataires ; les ascendants le sont en général (en l'absence de descendants), mais dans une mesure variable ; les frères et sœurs et leurs descendants ne le sont jamais. En France et en Belgique, le réservataire est de plein droit héritier, au bénéfice du principe de la saisine (art. 1004 CCfr). Les droits d'inspiration germanique (Allemagne, Autriche, Suède, Finlande, Pologne, notamment) protègent plutôt une réserve en valeur (créance pécuniaire), sans que le réservataire soit nécessairement héritier. En Italie, en Espagne et en Suisse, le réservataire peut en principe exiger d'être héritier (au besoin par une action formatrice), du moins si le de cujus ne lui a pas laissé le montant de sa réserve par des libéralités entre vifs ou sous forme de legs.

Le droit anglais ne connaît pas de réserves héréditaires. Toutefois il accorde aux proches du de cujus, lorsque celui-ci a eu son dernier domicile en Angleterre, la possibilité de demander une prestation d'entretien à charge de la succession si ce qu'ils reçoivent dans celle-ci ne constitue pas une base économique raisonnable (reasonable financial provision). Cette demande peut être élevée par les descendants et le conjoint survivant ainsi que par d'autres proches qui dépendaient économiquement du de cujus au moment de son décès (concubin,

conjoint divorcé, beaux enfants, etc.). La mesure des family provisions accordée est décidée par le juge au vu de l'ensemble des circonstances, en tenant compte au besoin des libéralités entre vifs que le de cujus aurait faites pour réduire les droits successoraux de ses proches ».¹³¹

Si cette conclusion est exacte dans son ensemble, il convient toutefois de la compléter, parce qu'en France et en Italie la réserve s'effectue désormais en valeur.

En somme, il existe une opposition entre le droit de common law dans lequel il n'existe pas de part fixe réservée aux héritiers et le droit des pays de civil law dans lesquels une part fixe leur est réservée. Selon les États, il s'agit d'un droit de créance (comme en Allemagne) ou d'une part de la succession (France et Italie).

Aussi, il est possible de souligner que, du point de vue des effets, les différences entre les différents États de l'UE sont atténuées car, quelles que soient les circonstances et les configurations, les proches du défunt (qu'ils soient désignés dans la loi ou protégés par les juridictions) ne seront pas démunis.

Du côté de la transmission de l'entreprise familiale, l'existence d'une réserve héréditaire connue et maîtrisée, car fixée par la loi, est source d'une plus grande sécurité¹³². En effet, lorsque le praticien élabore une stratégie de planification successorale pour transmettre l'entreprise familiale, il va proposer toute une série de mesures, certaines à effet immédiat et d'autres à effet différé au jour du décès du chef d'entreprise. Pour réussir la transmission de l'entreprise familiale, le praticien doit être en mesure d'assurer l'efficacité d'actes dont certains prendront effets plusieurs années après qu'ils aient été arrêtés. Dès lors, la stratégie de transmission de l'entreprise mise en place ne doit souffrir d'aucune incertitude et son succès ne doit pas dépendre de l'échec d'une éventuelle action en justice qui serait intentée par des héritiers du chef d'entreprise qui s'estimeraient lésés par les décisions du défunt. Aussi, le système juridique qui organise une réserve héréditaire au profit des héritiers dont le quantum est fixé par la loi doit être préféré, car les droits des héritiers sont connus et maîtrisés.

¹³¹STEINAUER P.-H., *Le Droit des successions*, Précis de droit Stampfli, 2006, n° 356.

¹³²CONIL P.-A., *La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain. Une tentative d'aller au-delà des mythes*, Droit de la famille, fév. 2013, n° 2, Étude p. 17.

Peut-être faudrait-il revoir le quantum de la réserve héréditaire pour donner plus de liberté au défunt, mais le choix d'un système à réserve ne devrait pas être abandonné au profit d'un système de common law. C'est au demeurant à la conclusion à laquelle aboutie le groupe de travail sur la réserve héréditaire.¹³³

SECTION 2 : LE RAPPROCHEMENT DES DIFFERENTS SYSTEMES JURIDIQUES

75. Méthode. Dans une démarche comparatiste, il ne suffit pas de présenter les différents systèmes juridiques avec leurs particularités, il est également nécessaire d'envisager les interactions entre les systèmes juridiques, d'examiner leur évolution pour savoir comment ils pourraient évoluer encore, se rapprocher, éventuellement s'harmoniser.

Dans cette approche, le critère chronologique n'est pas suffisamment pertinent pour rendre compte des évolutions des systèmes juridiques et de leurs influences réciproques.

Bien évidemment, l'histoire des successions dans les différents États est importante et doit être connue, ne serait-ce que pour déterminer un avenir possible, mais le choix de ce critère, dans une approche comparatiste, reviendrait à juxtaposer des périodes et des pays sans établir de véritable comparaison.

Aussi est-il préférable de déterminer, à partir de l'étude de l'histoire de chaque État, les éléments caractéristiques de l'évolution du droit des successions du point de vue de la réserve héréditaire.

Plusieurs éléments de l'évolution des divers systèmes juridiques doivent être mis en exergue :

¹³³ Sous la direction de PERES C., Rapport du groupe de travail, *la réserve héréditaire*, 13 décembre 2019, n°52. Référence internet : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_reserve_hereditaire.pdf .

Le premier constat est celui d'un mouvement d'unification des règles de droit au sein de chaque territoire (§1). Même si les périodes sont différentes et si chaque système contient sa propre singularité, le mouvement est général et doit être signalé.¹³⁴

Dans une seconde approche, cette fois-ci substantielle (§2), il est également possible de relever des évolutions communes qui tiennent :

- d'une part, au passage d'une succession verticale à une succession horizontale.¹³⁵ C'est l'importance accrue des droits du conjoint survivant au dépend des descendants, des ascendants et des collatéraux qui reflète une évolution de la famille et de son patrimoine ;¹³⁶
- d'autre part, au passage d'une réserve héréditaire en nature à une réserve héréditaire en valeur.

De ce point de vue, le mouvement est double puisque, d'une part les systèmes juridiques qui connaissent une réserve héréditaire sont passés d'une réserve en nature vers une réserve en valeur, et d'autre part, les systèmes juridiques qui ne connaissent pas de réserve héréditaire ont adopté un équivalent fonctionnel.

Ce sont les éléments essentiels de l'évolution du droit des successions du point de vue de la réserve héréditaire qu'il convient d'examiner.

¹³⁴Pour une analyse intéressante des différents mouvements en Europe, voir HERZOG T., *A Short History of European Law: The Last Two and a Half Millennia*, Harvard University Press, 2018.

¹³⁵DUTTA A., *The Legal Protection of the Surviving Spouse - German Law in Comparative Perspective*, in *Inheritance Law - Challenges and Reform*, A Norwegian-German Research Seminar, Éditions Torstein Frantzen, p. 35.

¹³⁶ZIMMERMANN R., *Intestate Succession in Germany*, KERRIDGE R., *Intestate Succession in England and Wales*, BRAUN A., *Intestate Succession in Italy*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.J., ZIMMERMAN R., Oxford University Press 2015, p. 182-210.

§ 1. Le mouvement d'unification des systèmes des successions au sein de chacun des pays d'Europe

76. Le premier constat est celui d'une unification des droits locaux, voire régionaux, dans toute l'Europe¹³⁷. L'approche est ici purement formelle en ce sens qu'il ne s'agit pas d'examiner les choix ayant été opérés entre les différentes règles de droit, mais d'insister sur le mouvement d'unification des droits, ce mouvement ayant été général car il a traversé toute l'Europe.

Cette démarche, qui comporte une dimension historique, est particulièrement intéressante en cela qu'elle ouvre la voie à des évolutions possibles. Les exemples historiques sont toujours riches d'enseignements.

Pour reprendre les propos du Doyen CARBONNIER : « Il a toujours été difficile de découper l'histoire en périodes... En fait, souvent les périodes s'emboîtent les unes dans les autres, et le futur traînera longtemps des paillettes du passé. C'est vrai en général, mais davantage encore quand le droit est en cause ». ¹³⁸

77. D'un point de vue purement formel, le point de départ est celui de l'extrême morcellement des règles de succession au sein de toute l'Europe. Ce point de départ est difficile à dater, mais il est certain qu'au Moyen Âge, le droit des successions est essentiellement local et sur un même territoire, les règles juridiques varient selon les personnes et les biens.

¹³⁷Pour une analyse intéressante des différents mouvements en Europe, voir HERZOG T., *A Short History of European Law: The Last Two and a Half Millennia*, Harvard University Press, 2018, p. 57. L'auteur pose le constat d'une fragmentation de la règle de droit au Moyen Âge : "Regardless of the question where norms came from, during the early Middle Ages most individuals lived in a world in which the geographical extension of political entities as well as their laws was extremely confined and in which norms could be radically distinct from one place to the next, Made of fragments of Roman, Germanic, local, or canon law, the legal universe that temporaries inhabited was highly segmented, multivalent, and compound and reflected a great variety of norms that originated in multiple orders". ; 108^e Congrès des Notaires de France, « La transmission », Montpellier 2012, p. LV à LXVII. ; Voir l'article en langue anglaise DESCAMPS O., « The Difficult Road to Harmonization of the French Succession Law » in *Succession Law, Practice and Society in Europe across the Centuries*, Studies in the history of Law, éd. Maria Gigliola di Renzo Villata, Springer 2018, p.589-609.

¹³⁸PEGUERA-POCH M., *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Préface de LEFEBVRE-TEILLARD A., coll. Histoire du Droit dirigée par Antoine Leca, Série Thèses et Travaux, n° 17, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, déc. 2009.

Dans cette période de l'histoire, il existe une très grande diversité de règles et, parmi elles, les règles successorales diffèrent selon les personnes (noble ou roturier), les biens (immeuble ou meubles), ainsi que selon les lieux. Il en résulte un morcellement extrême qui va perdurer jusqu'à la période de réunification avec l'adoption des Codes civils¹³⁹.

Dès le Moyen Âge, il était habituel de distinguer la succession aux immeubles de la succession aux meubles. Pour les immeubles, la succession se faisait dans l'ordre de primogéniture, cas le plus fréquent en Europe, tandis que les règles de dévolution différaient pour les biens mobiliers. Cette règle a subsisté en Écosse jusqu'au Succession Act de 1964.¹⁴⁰

Il faut relever qu'il existe de nombreuses déclinaisons en fonction des situations.

Ce mouvement d'unification n'est pas encore achevé. L'exemple du droit des successions dans les communautés autonomes espagnoles est révélateur de la subsistance de spécificités locales et de difficultés à unifier les règles de droit.

78. France, au Moyen Âge. Les coutumes étaient extrêmement nombreuses et les situations disparates¹⁴¹. Il était usuel de distinguer les pays dits de droit écrit des pays de

¹³⁹PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1908, t. 1, n° 135-143 (pour le mouvement général de codification) ; LEPOINTE G., *Droit romain et ancien droit français*, éd. Montchrestien, 1958, p.436-469 ; BAUDRY-LACANTINERIE G., WAHL A., *Traité théorique et pratique de droit civil, les successions*, Librairie de la société de recueil des lois et des arrêts, 3^e édition, 1905, t. 1, n° 355 (pour la France) ; REID G.C. K., *Intestate Succession in Scotland*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R., Oxford University Press, 2015, p. 370-399 (pour l'Angleterre) ; ZIMMERMANN R., *Intestate Succession in Germany*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R., Oxford University Press, 2015, p. 185 (pour l'Allemagne) ; BRAUN A., *Intestate Succession in Italy*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R., Oxford University Press, 2015, p. 72 (pour l'Italie) ; CAMARA LAPUENTE S., *Intestate Succession in Spain*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R., Oxford University Press, 2015, p. 99-101 (pour l'Espagne avec des particularités tenant à l'absence de système unifié).

¹⁴⁰REID G.C. K., *Intestate Succession in Scotland*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession* edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R., Oxford University Press, 2015, p. 370-399.

¹⁴¹BAUDRY-LACANTINERIE G., WAHL A., *Traité théorique et pratique de droit civil, les successions*, Librairie de la société de recueil des lois et des arrêts, 3^e édition, 1905, t. I, n° 298 : « La matière des successions ab intestat est une de celles sur lesquelles il y avait la plus grande divergence de vues entre la législation des pays de droit écrit et celle des pays coutumiers (...). Le droit coutumier se distingue par une infinie variété et par une extrême complication. »

coutume mais, bien qu'exacte, cette distinction était schématique et réductrice, car la réalité était plus subtile.¹⁴²

Durant cette période, coexistaient des régions qui appliquaient¹⁴³ :

- Une légitime, dans la suite de la légitime de droit romain, proche de la réserve héréditaire du XX^e siècle,
- Une réserve héréditaire coutumière, pour les biens propres et les immeubles, qui coexistait selon les lieux et les périodes avec une légitime pour les biens meubles,
- Une copropriété familiale que l'on retrouve dans les droits des peuples germaniques (article 51 de la loi Gombette promulguée par le roi Gondebaud et publiée à Lyon).

Cette copropriété familiale se retrouvait par exemple dans maintes villes de Vaud, diverses provinces du Pays Basque, en Autriche. Certains principes figuraient également dans les deux Bourgognes, en Nivernais, dans le Morvan ou encore dans le Brabant et la Flandre.

Les frontières actuelles que nous connaissons entre les États étaient poreuses et les systèmes juridiques ne coïncidaient pas avec celles actuelles des États membres. De même, il existait entre les villes des différents pays des influences particulières, telles les villes de Pise, de Grasse et de la Provence, plus généralement.¹⁴⁴

¹⁴²OURLIAC P., GAZZANIGA J.-L., *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, coll. L'Évolution de l'humanité, Éditions Albin Michel, 1985, p. 335-340.

¹⁴³PEGUERA POCH M., *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e-XVIII^e siècles)*, coll. Histoire du droit dirigée par LECAS A., série « Thèses et Travaux », n° 17, Faculté de droit et de sciences politique d'Aix-Marseille.

MARTINI H., *De la légitime en droit romain, de la réserve et de la quotité disponible en droit français*, Paris, Imprimerie de Jouaust, 1863.

¹⁴⁴ASCHERI M., REDON O., « Formes du droit dans l'Italie communale : les statuts », in *Médiévales*, n° 39, 2000, Techniques : les paris de l'innovation, p. 137-152.

En France, Voltaire a dénoncé l'existence de 540 coutumes différentes¹⁴⁵ et cette variété de situation allait perdurer jusqu'à la veille de la Révolution française.¹⁴⁶

79. La Révolution française. La Révolution française n'a fait que prendre acte des contestations et des dérives du système féodal abondamment dénoncé par le mouvement dit des lumières radicales auquel appartenait Paul Henri Thiry d'HOLBACH, connu pour son *Essai sur les préjugés ou de l'influence des opinions sur les mœurs et sur le bonheur des hommes*.

D'HOLBACH a fortement critiqué le système féodal établi sur un rapport de domination qui allait définir la trame du droit successoral, confortée par l'Église ayant elle-même introduit des règles en sa faveur dans toute l'Europe.¹⁴⁷

¹⁴⁵ « Outre ces quarante mille lois, dont on cite toujours quelqu'une au hasard, nous avons cinq cent quarante coutumes différentes, en comptant les petites villes et même quelques bourgs, qui dérogent aux usages de la juridiction principale ; de sorte qu'un homme qui court la poste, en France, change de lois plus souvent qu'il ne change de chevaux, comme on l'a déjà dit, et qu'un avocat qui sera très-savant dans sa ville ne sera qu'un ignorant dans la ville voisine.

Quelle prodigieuse contrariété entre les lois du même royaume ! À Paris, un homme qui a été domicilié dans la ville pendant un an et un jour est réputé bourgeois. En Franche-Comté, un homme libre qui a demeuré un an et un jour dans une maison mainmortable devient esclave ; ses collatéraux n'hériteraient pas de ce qu'il aurait acquis ailleurs, et ses propres enfants sont réduits à la mendicité s'ils ont passé un an loin de la maison où le père est mort. La province est nommée franche ; mais quelle franchise !

Ce qui est plus déplorable, c'est qu'en Franche-Comté, en Bourgogne, dans le Nivernais, dans l'Auvergne, et dans quelques autres provinces, les chanoines, les moines, ont des mainmortables, des esclaves. On a vu cent fois des officiers décorés de l'ordre militaire de Saint-Louis, et chargés de blessures, mourir serfs mainmortables d'un moine aussi insolent qu'inutile au monde. Ce mot de mainmortable vient, dit-on, de ce qu'autrefois, lorsqu'un de ces serfs décédait sans laisser d'effets mobiliers que son seigneur pût s'approprier, on apportait au seigneur la main droite du mort, digne origine de cette domination. »

Référence Internet :

Voltaire fr.wikisource.org/wiki/Page : Voltaire_-_Œuvres_complètes_Garnier_tome15.djvu/437.

¹⁴⁶Contribution à l'Étude comparative du Code civil allemand et du Code civil français par MUNDT G., Librairie Arthur Rousseau, 1903, p. 4 : « Lorsqu'éclata la Révolution française, la France, comme la plupart des pays de l'Europe, était divisée en une multitude de coutumes grandes ou petites, ne s'appliquant qu'à de petites circonscriptions territoriales, parfois même limitées à une ville, de sorte que, suivant le mot de Voltaire, le voyageur y changeait plus souvent de législations que de chevaux de poste. Ce n'est pas que l'unification n'eût pas fait, et depuis plusieurs siècles, l'objet de préoccupations des jurisconsultes et du pouvoir royal mais elle n'avait jamais pu aboutir. Certains progrès partiels avaient pourtant été réalisés dans ce sens par les ordonnances royales applicables à tout le territoire du royaume, et par les arrêts des Parlements ».

¹⁴⁷HOLBACH (d'), *Essai sur les préjugés ou de l'influence des opinions sur les mœurs et sur le bonheur des hommes*, Niogret, Libraire-Éditeur, 1822, p. 13 : « C'est ainsi que les prêtres firent l'apothéose du despotisme ; ils obtinrent en reconnaissance le privilège de tromper le peuple pour leur compte, et de s'enrichir de ses dépouilles, ils se donnèrent comme les dispensateurs de grâces et des punitions célestes, et tinrent les hommes crédules et pusillanimes prosternés à leurs pieds ; ils leur persuadèrent que Dieu s'apaisait par des offrandes dont ils profitèrent, que l'attachement aux biens et aux jouissances de ce monde était un crime, et par-là

L'unification des règles successorales a eu lieu en France au moment de la révolution Française qui a mis un terme au système féodal. Les lois révolutionnaires ont supprimé le principe de masculinité et celui de primogéniture, qui faisaient la particularité de l'Ancien régime (Loi du 15 mars 1790). Concomitamment, c'était le principe de la distinction des biens meubles et immeubles dans l'ordre des successions qui disparaissait en faveur de l'unité du patrimoine (Loi du 17 Nivose an II - Loi du 6 Janvier 1794).

Les lois révolutionnaires ont également mis fin à toutes les coutumes et ont instauré le principe d'unité nationale.

Puis, le Code civil de 1804, après les excès des lois révolutionnaires, faisait œuvre de compromis.¹⁴⁸

80. L'Allemagne. L'Allemagne connaissait la même diversité de situations et, là encore, les règles de succession étaient essentiellement locales¹⁴⁹. « Avant l'entrée en vigueur de son Code civil, le 1^{er} janvier 1900, l'Allemagne était, elle aussi, partagée entre plusieurs législations, dont la diversité était aussi grande que celle qui régnait autrefois en France ».¹⁵⁰

L'Allemagne était juridiquement très divisée, ainsi que M. WIJFFELS le rappelle : « Au lendemain des guerres napoléoniennes et du Congrès de Vienne, l'Allemagne était politiquement et juridiquement encore davantage divisée que sous l'Ancien Régime. Le regroupement territorial avait mis un terme au morcellement excessif du Saint-Empire, mais les nouvelles entités politiques étaient désormais pleinement souveraines selon la conception

s'approprièrent presque tous les biens et se réservèrent toutes les jouissances ; enfin, que l'oeuvre la plus méritoire devant Dieu, était de donner ses biens à l'Église, c'est-à-dire à eux, et qu'on expiait ainsi tous les crimes, et par là ils devinrent bientôt les légataires universels de la moitié de l'univers chrétien. Tel fut le pacte entre le trône et l'autel ».

¹⁴⁸EWALD F., *Naissance du Code civil, Travaux préparatoires du Code civil*, Flammarion, 2004.

¹⁴⁹HALPERIN J.-L., *L'Approche historique et la problématique du « jus commune »*, RIDC, octobre-décembre 2000, p. 723 : « C'est ainsi que plus d'une centaine de systèmes successoraux différents sont restés en vigueur dans l'Allemagne du XVII^e siècle. La distance entre l'Allemagne ayant reçu le droit romain et les pays de coutumes du Nord et du Centre de la France serait donc à relativiser ». L'auteur ajoute encore : « La territorialité des coutumes, des usages judiciaires puis des lois a fait obstacle à la consécration d'un droit commun qui aurait bénéficié de la primauté sur les droits locaux ».

¹⁵⁰MUNDT G., *Contribution à l'Étude comparative du Code civil allemand et du Code civil français*, Librairie Arthur Rousseau, 1903, p. 8.

de souveraineté politique qui prévalait en Europe au XIX^e siècle. En droit, les territoires étaient régis tantôt par une législation ou codification territoriale propre (ou une législation impériale qui n'avait pas été abolie), tantôt par le droit coutumier, tantôt par le droit français hérité de l'annexion (y compris les codifications), tantôt encore par le "droit commun" romaniste (...) »¹⁵¹

Le pouvoir central était faible et les autorités qui édictaient les normes importantes étaient nombreuses (l'Empereur, le Pape, les Princes électeurs, les villes organisées en Ligue).¹⁵²

Si le Code civil allemand ou BGB édicté en 1900, après quinze années de travaux préparatoires¹⁵³, a fait œuvre d'unification du droit, il n'a toutefois pas mis un terme à l'existence de particularités locales, notamment en Alsace-Lorraine.

Il ne faudrait pas croire pour autant que le mouvement d'unification du droit est récent en Allemagne. Dès 1643, certains auteurs, dont COURING, plaident pour un droit unifié, et en 1708, il rédige un projet de codes généraux pour tous les pays allemands.

Préalablement, la loi du 20 décembre 1873 avait déclaré fédérales les questions de droit civil, le droit pénal et la procédure¹⁵⁴ et c'est à partir de là que s'est amorcé une unification du droit.

Pour unifier le droit des successions en Allemagne, il aura fallu unifier plus de quatre régimes distincts et plus d'une centaine de règles locales.¹⁵⁵ Il importe d'ajouter qu'en dépit de la réunification de l'Allemagne de l'Est et de l'Ouest, des règles de succession distinctes

¹⁵¹WIJFFELS A., *Introduction historique au Droit : France, Allemagne, Angleterre*, Thémis droit, PUF, 2^e édition, 2014, p. 331.

¹⁵²NEMO Ph., PETITOT J., *Histoire du libéralisme en Europe*, PUF, 2006, p. 835.

¹⁵³HERTEL C., Rapport national Allemagne, in *Notarius international* 1/2001, p. 31.

¹⁵⁴PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1908, t. 1, n° 143.

¹⁵⁵WALL (de) M.-J., *A comparative Overview, in exploring the law of succession, studies national, historical and comparative*, edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R, *Edinburgh studies in law*, vol. 5, p. 5-6 : "In order to create a unified law of succession for the whole Germany it was necessary to harmonise at least four different succession regimes prevailing in different parts of Germany at the time the *ius commune*, Saxon common law, Prussian *allgemeines landrecht* and French law. Apart from these general regimes, there were more than 100 local laws applicable in certain parts of Germany. Despite the fact it might at the outset have seemed to be hopeless quest, unity was achieved even in the most sensitive areas such as the rules of intestate succession, forced succession and formalities for the execution of wills."

demeurent, selon qu'il existe des biens dans l'ancienne Allemagne de l'Est et dans celle de l'Ouest.¹⁵⁶

81. L'Angleterre. L'Angleterre a également connu une évolution similaire, même si les mécanismes sont distincts car le droit de common law est extrêmement différent du droit en Europe continentale.

Le Moyen Âge se caractérise par un extrême morcellement du droit. Les coutumes sont locales et dépendent des seigneuries, des villes, des foires et marchés et des églises.¹⁵⁷ De même, les tribunaux coutumiers anglais d'origine germanique occupent une place importante. Ce n'est qu'au fur et à mesure que la Cour royale s'est attachée à développer des principes de droit commun ou common law à l'ensemble du royaume. C'est également par une technique dite du précédent qu'est élaboré un droit commun.¹⁵⁸

À côté du droit de common law qui intéresse les affaires importantes, vont subsister des règles locales.

Le principe de la répartition de la succession au profit des enfants va généralement cesser de s'appliquer de manière générale au XIV^e siècle, mais ce principe a perduré au travers de coutumes locales (York, Wales, London), jusqu'à ce que ce principe soit complètement aboli en 1856.¹⁵⁹

¹⁵⁶SCHWAB D., GOTTWALD P., LETTMAIER S., *Family and Succession Law in Germany*, 3^e édition, Wolters Kluwer 2017, n° 355.

¹⁵⁷WIJFFELS A., *Introduction historique au Droit : France, Allemagne, Angleterre*, Thémis droit, PUF, 2^e édition, 2014, p. 126.

¹⁵⁸NEMO Ph., PETITOT J., *Histoire du libéralisme en Europe*, PUF, 2006, p. 101 et s.

¹⁵⁹DAINOW J., *Limitations On Testamentary Freedom In England*, Cornell Law Review, vol. 25: "Although the tripartite principle with the compulsory bairn's part for children fell into disuse generally throughout England in the fourteenth century, its observance was expressly continued by some of the local customs until abolished by statute at a much later date (York, 1692, Wales, 1696, London, 1724). As a principle of intestate succession, the tripartite rule continued until 1856". ; Voir la thèse TCH'EN H.-f., *l'Institution de la Réserve Héritaire et la « Family provision » en droit successoral anglais*, Thèse Université de Paris du 8 janvier 1941.

82. L'Italie. L'Italie connaît le même morcellement de son droit des successions et la même évolution dans le sens de l'unification.¹⁶⁰

Les principes de la codification se sont étendus par vagues successives dans toute l'Europe continentale, ainsi que l'a bien résumé M. HALPERIN : « Le processus d'abolition de la féodalité avec tout ce qu'il signifie en termes de libération des personnes et de progrès d'une nouvelle conception de la propriété, est caractéristique de l'étalement en plusieurs étapes de l'influence révolutionnaire. La France a, d'abord, introduit sa législation supprimant radicalement les droits seigneuriaux et féodaux dans les nouveaux départements créés à partir des conquêtes : en Belgique annexé en octobre 1795 ; dans les quatre départements de la rive gauche du Rhin mis en place en janvier 1798 ; dans le Piémont réuni à la France en 1802. Dans ces pays devenus français avant l'établissement de l'Empire ont été appliqués les Lois de 1790 et 1793 rendant les paysans libres et propriétaires sans qu'ils aient à payer d'indemnité aux ci-devant seigneurs. (...). En Italie, la situation se présente de manière différente selon les territoires. Dans le Nord (formant à partir de 1805 le Royaume d'Italie dont Napoléon était le souverain), l'abolition du régime seigneurial - de caractère résiduel à la fin de l'Ancien Régime - a été mis en œuvre à partir de 1796. (...) Au-delà de la Rhénanie, l'Allemagne présente une variété de situations illustrant la complexité des phénomènes induits par l'exemple français »¹⁶¹

Le Code civil français de 1804 était appliqué sur la majorité des territoires italiens (le Royaume du Piémont, la République de Gêne, le Duché de Parme, les États Papaux) à l'exception de la Sardaigne et de la Sicile.¹⁶² Après 1815, le Code civil français sera abrogé dans la plupart des territoires italiens. Il a fallu attendre le Code civil italien de 1865, puis celui de 1942 pour une unification des règles successorales.

¹⁶⁰BRAUN A., *Intestate Succession in Italy*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession* edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R., Oxford University Press, 2015, p. 72-73.

ASCHERI M., REDON O., « Formes du droit dans l'Italie communale : les statuts », in *Médiévales* n° 39, 2000, Techniques : les paris de l'innovation, p. 139.

ALPA G., *Le Code civil et l'Italie*, RIDC, vol. 57, n° 3, 2005, p. 576.

¹⁶¹HALPERIN J.-L., *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Flammarion, p. 51 et s.

¹⁶²ASTUTI G., Le « Code Napoléon » in Italia e la sua influenza sui Codici degli stati italiani successori, Giovanni Diurni ed., Tradizione romanistica e civilista giuridica europea : raccolta di scritti, vol. II 1984.

83. L'Espagne. En Espagne, au Moyen Âge, jusqu'à l'invasion arabe, le droit était un mélange de droit romain, de droit germain et de christianisme.¹⁶³

L'Espagne a connu une évolution différente. Ainsi, à partir des invasions arabes, l'Espagne a adopté une superposition de règles. Si les vagues d'unification du droit se faisaient jour un peu partout en Europe, elles ont eu un succès plus limité en Espagne.

Dans cette optique, « une première tentative de codification fut faite en 1846-1851. Elle échoua devant la résistance des provinces à Fuéros (Aragon, Navarre, Catalogne, etc.) qui désiraient conserver leurs usages particuliers ».¹⁶⁴

La rédaction d'un Code civil n'a pas permis une unification, car il laissait les particularités locales subsister toutes les fois qu'elles existaient. Aujourd'hui, il existe une superposition de règles entre des lois générales et le Code civil, des dispositions régionales et enfin des dispositions locales¹⁶⁵. Précision importante, le titre préliminaire du Code civil applique aux difficultés interrégionales les mêmes règles de conflits qu'en droit international privé.¹⁶⁶

84. Synthèse. La tendance générale était donc celle d'une unification interne des règles de droit applicables aux successions, mais, selon les pays, les solutions ont été quelque peu différentes :

- certains pays ont fait des choix, c'est-à-dire des arbitrages entre les diverses règles applicables ;
- d'autres ont maintenu des spécificités locales lorsque les particularismes étaient trop importants.

¹⁶³ORTUN F., « L'Unification du droit civil espagnol », Revue internationale de droit comparé, 1966, p. 413-421.

¹⁶⁴M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1908, t. 1, n° 143.

¹⁶⁵GOMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ J.-M. et J., *Les Systèmes législatifs non unifiés : le cas espagnol*, L'Europe pour les notaires - Les notaires pour l'Europe, Formation 2015-2017. Référence Internet : http://www.notaries-of-europe.eu/files/training-new/CNUE_Ansicht.pdf, p. 63-72.

¹⁶⁶ORTUN F., « L'unification du droit civil espagnol », Revue internationale de droit comparé, 1966, p. 413-421.

D'un point de vue strictement formel, ce mouvement d'unification qui a été mis en lumière intéresse particulièrement l'avenir du droit des successions, car il interroge sur une possible unification supranationale. Ce qui a été fait au plan local pourrait parfaitement se concevoir au niveau européen. Reste dès lors à savoir dans quels sens les arbitrages pourraient être faits.

§ 2. Les rapprochements substantiels entre les différents États membres

85. Du point de vue substantiel, il est également possible de relever des rapprochements entre les différents droits et deux traits caractéristiques de cette évolution méritent d'être signalés :

Il s'agit d'un mouvement général qui voit le passage d'une succession verticale vers une succession horizontale, puis celui d'une réserve héréditaire en nature vers une réserve héréditaire en valeur.

86. *La place du conjoint survivant.* Le droit du conjoint survivant s'est considérablement accru, puisqu'il devient généralement un héritier réservataire, avec quelques limites toutefois en droit français.¹⁶⁷La comparaison des droits du conjoint

¹⁶⁷REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R, *Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective, in Comparative Succession Law, Intestate Succession* edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R, Oxford University Press, 2015, p. 489 : "Almost everywhere, the most conspicuous modern trend has been an improvement in the position of the surviving spouse, gradual and grudging in some countries, more rapid and comprehensive in others. Relatively speaking, this is a recent phenomenon. As far as intestate succession rights are concerned, a surviving spouse was hardly better off under the Code Napoléon of 1804 than under the Roman Law of a millenium-and-a-half earlier, inheriting only the absence if eligible blood relatives and preferred only to the state. The many Codes inspired by the French example were at first similarly restricted. That was the case, for instance, in Belgium and the Netherlands, and some in Italian states. Even as late as 1866, the new Civil Code of Lower Canada went no further in the respect than the Code Napoléon on which it was largely based. By this time, however codifications were beginning to experiment with more favourable treatment for spouses. Only the previous year the Italian Code conferred a share of the estate surviving spouses, albeit restricted to a usufruct where legitimate children survived. And if the Spanish Civil Code of 1889 was less generous, the Codes of the former Spanish colonies in Latin Americas made significant provision for the surviving spouse, the Argentinian Code of 1869 going so far as to grant equality of treatment with legitimate children. By the end of the century, it seemed hardly controversial that, in the new German Code, the spouse should receive a quarter of the estate in a question with children, a half in a question with parents and grandparents and the entire estate if none of these relatives survived. A similar pattern of development can be found in uncodified countries".

survivant dépend également de l'existence des différents régimes matrimoniaux (régime légal et régimes conventionnels) au sein des différents pays étudiés.

87. En Angleterre les droits du conjoint survivant sont, depuis longtemps, protégés.¹⁶⁸ Dès le Moyen Âge, une partie de la succession était réservée au conjoint survivant. Il s'agit là encore d'une particularité du droit anglais. Dans une période récente, comme pour tous les États d'Europe, les droits du conjoint survivant ont été améliorés : « Depuis l'Administration of Estates Act de 1925, la loi anglaise a restreint les droits des héritiers, même lorsque ces héritiers sont des enfants et ce, en faveur du conjoint survivant. Cette tendance s'est consolidée à travers différents amendements, le dernier étant la Loi de réforme (Successions) de 1995 ».¹⁶⁹

88. En Italie, la loi n° 151/175 du 19 mai 1975, entrée en vigueur le 20 septembre 1975, portant réforme du droit de la famille, fait du conjoint survivant un héritier réservataire, voire même le premier des héritiers réservataires puisqu'il passe avant les enfants. Il trouve sa place aux articles 536 et suivants du Code civil italien¹⁷⁰, à côté des enfants et des ascendants.¹⁷¹

89. En Allemagne, l'évolution est la même, conférant des droits importants au conjoint survivant. Ainsi, en présence de parents du 1^{er} degré, c'est-à-dire de descendants, ce dernier a droit à un quart de la succession et à la moitié en cas de parents appartenant au 2^e ordre. Mais ici, ses droits dépendent largement de son régime matrimonial, d'autant plus que le régime matrimonial de la participation aux acquêts est le plus avantageux pour le conjoint survivant.¹⁷²

¹⁶⁸NEVILLE BROWN M., « La réforme de la dévolution légale en droit anglais », *Revue internationale de droit comparé*, 1954, vol. 6 n° 3, juillet-septembre 1954, p. 504-508.

¹⁶⁹PINTENS W., *Tendencies in European Succession Law*, in *Inheritance Law - Challenges and Reform*, Éditions Torstein Frantzen, 2012, p. 12 : "Since the Administration of Estates Act 1925, English law has also seen some development of the restriction of the rights of heirs, even where those heirs are the children in favour of the surviving spouse. This tendency has been consolidated by several amendments, the last one being the Law Reform (Succession) Act 1995".

¹⁷⁰Articles 536 et suivants du *Codice civile, I codici commentati*, diretto Marzio (di) F., Giuffrè Editore, 2016.

¹⁷¹BRAUN A., *Intestate Succession in Italy*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession* edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R, 2015, p. 84.

¹⁷²ZIMMERMANN R., *Intestate Succession in Germany*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession* edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R, 2015, p. 211.

90. En France¹⁷³, les droits du conjoint survivant ont été améliorés par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins, modernisant diverses dispositions de droit successoral, faisant du conjoint un héritier qui bénéficie également d'une réserve, mais seulement lorsqu'il n'est pas en concours avec des descendants (article 914-1 du Code civil).¹⁷⁴

Dans le même sens, les droits des ascendants ont été réduits, de sorte que c'est véritablement une succession horizontale qui se dessine au sein des différents États européens.

91. En Espagne, enfin, la situation est complexe en l'absence de système législatif unifié.¹⁷⁵ Le système catalan est le seul à ne pas reconnaître au conjoint survivant une réserve sous forme d'usufruit. Cependant, s'il ne dispose pas de moyens financiers pour faire face à ses besoins, le conjoint ou le concubin survivant peut obtenir une part de la succession en pleine propriété (article 452-1 à 452-6 du Code civil Catalan).¹⁷⁶

92. Évolution de la notion de famille. Cette évolution des différents droits de l'Europe continentale traduit une évolution de la famille. M. NEVILLE BROWN explique en 1954 que les droits du conjoint survivant sont largement mieux protégés en droit anglais qu'en droit français : « (...) même en tenant compte des régimes matrimoniaux et autres droits particuliers de l'époux survivant, il reste vrai de dire que ce dernier est moins bien traité en France qu'en Angleterre. Il faut chercher la cause de cette différence dans le fait que le système français a longtemps eu en vue de conserver les biens d'une personne après sa mort

¹⁷³Pour une histoire des droits du conjoint survivant : BAUDRY-LACANTINERIE G., WAHL A. *Traité théorique et pratique de droit civil, les successions*, Librairie de la société du recueil des lois et des arrêts 1905, t. I, n° 499-513.

¹⁷⁴Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, JORF n° 281 du 4 décembre 2001, page 19279, MALAURIE Ph., BRENNER C., *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 7^e édition, section II "réserve subsidiaire du conjoint survivant", n° 744. Référence Internet :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000582185&categorieLien=id> ;

Dans le Code civil de 1804, le conjoint survivant n'avait de droits qu'à défaut d'enfants, d'ascendants, de collatéraux jusqu'au 12^e degré, ZIMMERMAN R., « Does the law of succession reflect cultural differences? », Maastricht Law series, Eleven International Publishing, p. 17.

¹⁷⁵GOMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ J.-M. et J., « Les Systèmes législatifs non unifiés : le cas espagnol », L'Europe pour les notaires - Les notaires pour l'Europe, Formation 2015-2017. Référence Internet : http://www.notaries-of-europe.eu/files/training-new/CNUE_Ansicht.pdf, p. 63-72.

¹⁷⁶TARABAL BOSCH J., *La réserve héréditaire espagnole*, Revue de droit Henri Capitant, n° 7 du 31 décembre 2014.

dans sa famille. Et par famille on entendait seulement ceux qui lui étaient rattachés par les liens du sang : la famille ne comprend pas le conjoint. Contre cette tradition, qui a longtemps été considérée comme servant le mieux les intérêts de la société, une opinion opposée a prévalu qui tend à tenir compte dans la dévolution de la succession des affections présumées du défunt : ce courant d'opinion a trouvé son expression dans la législation de la période comprise entre 1866 et 1930 qui a fort accru les droits du conjoint survivant. Au contraire, le droit anglais a, beaucoup plus tôt, introduit dans son système de dévolution légale le concept des vœux présumés du défunt mort ab intestat, le résultat en étant que l'époux survivant a été traité généreusement aux dépens des héritiers du sang ».¹⁷⁷

Si cette comparaison est datée, elle montre que la famille est exclusivement conçue à l'époque selon les liens du sang.¹⁷⁸ La consécration des droits du conjoint survivant dans toute l'Europe et les modifications successives des différentes législations manifestent une évolution de la notion de famille et le passage d'une succession verticale à une succession horizontale.

93. *La consécration d'une réserve en valeur.* L'évolution des différents systèmes juridiques voit également la consécration d'une "réserve" en valeur.¹⁷⁹

94. *En Grande-Bretagne,* un premier mouvement est noté dans le sens de la suppression de la légitime et de la reconnaissance de la plus grande liberté testamentaire.

¹⁷⁷NEVILLE BROWN L., « La réforme de la dévolution légale en droit anglais », in *Revue internationale de droit comparé*, vol ; 6 n° 3, Juillet-septembre 1954, p. 508. ; ZIMMERMAN R., « Does the law of succession Reflect Cultural Differences ? », Maastricht Law series, Eleven International Publishing, 2018 : « *The intestate succession rights of the surviving spouse in France were reformed in 1891, 1930, 1957/58, and 2001/2006, in Austria in 1914, 1972, 1989, and 2004, In England in 1925, 1952 and 2014, in Norway in 1851, 1854, 1937 and 1972* ».

¹⁷⁸ *Le Droit de la famille en europe ; son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, propos introductifs de Jean HILAIRE citant le Répertoire Dalloz de Jurisprudence Générale de 1851 sur la famille : « Dans son acception la plus générale ce mot désigne l'ensemble des individus qui sont unis par les liens du sang, la famille des Fabius, des Metellus, etc. (la famille) de Bourbon, de Larochevoucault, etc. ».

¹⁷⁹WAAL (de) M.-J., « A comparative overview », in *Exploring the law of succession, Studies National, Historical and comparative*, edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R, p. 15 : "In common law systems the tendency has been to introduce the possibility of maintenance claims - in english law called "family provisions" - in terms of which a discretionary allocation can be made in favour, especially, of the surviving spouse and dependent children. In continental civilian systems the tendency has increasingly been to narrow the circle of relatives who have a fixed claim against the estate and also to limit the claim to one sounding in money (as opposed to a claim to a specific asset or assets)".

Au Moyen Âge, il existait une légitime en droit anglais.

“The Civil law principle of legitim provided that a surviving spouse was to take one-third of the estate, and surviving children were take among them another third. The right of legitim was not uniform enforced, however, and by the fourteenth century it had become merely a local custom persisting in York and London”.¹⁸⁰

Le testament s’est tout d’abord développé dans les limites fixées par la troisième part : « the Dead’s part », puis progressivement sur tout le patrimoine, et ce, sous l’influence des juridictions ecclésiastiques.¹⁸¹

95. The Act of 1724 supprime la légitime à Londres puis, à partir du Dower act de 1833, c’est le principe de la liberté testamentaire sans limite qui prévaut.

Certains auteurs font remonter le principe général de la liberté testamentaire à l’année 1856.¹⁸² Quoi qu’il en soit, il faut donc retenir que la suppression de la réserve héréditaire est relativement récente puisqu’elle date du XIX^e siècle.

Cette suppression est analysée comme un accident de l’histoire :

« Après 1833, un système de complète liberté de tester prévalait donc en Angleterre. Ce système était presque sans précédent dans l’histoire. Le système anglais était considéré comme un accident historique et contrastait nettement avec les systèmes continentaux».¹⁸³

¹⁸⁰SCHAUL-YODER R., *British Inheritance Legislation : Discretionary Distribution of Death*, 8 B.C. Int’l & Compa. L. Rev. 205 (1985). Référence Internet : LL lawdigitalkcommons.bc.edu/iclr/vol8/iss1/8, p. 207.

¹⁸¹DAINOW J., *Limitations on Testamentary Freedom in England*, 25, Cornell L. Rev. 337 (1940), p. 338.

¹⁸²DAINOW J., *Limitations on Testamentary Freedom in England*, 25, Cornell L. Rev. 337 (1940), p. 342.

¹⁸³ SCHAUL-YODER R., *British Inheritance Legislation : Discretionary Distribution of Death*, 8 B.C. Int’l & Compa. L. Rev. 205 (1985). Référence Internet : <http://LL.lawdigitalkcommons.bc.edu/iclr/vol8/iss1/8>, p. 208 : *“After 1833, therefore, a system of complete freedom of testation prevailed in England. This system was almost unprecedented in history. The english system was regarded as somewhat of an historical accident and stood in marked contrast to the continental systems”*.

Certains auteurs expliquent cette disparition de la réserve par la méconnaissance des lois ecclésiastiques.¹⁸⁴ Max Weber au XIX^e siècle a fait remarquer que deux fois seulement dans l'Histoire, en Angleterre et dans la République de Rome, il y a une quasi complète liberté testamentaire.¹⁸⁵

En 1934, BOURBOUSSON, dans son ouvrage de droit comparé, écrivait que les descendants n'étaient pas protégés et qu'ils pouvaient être légalement déshérités.¹⁸⁶

96. Cette légitime est réapparue sous une autre forme au travers de la « family provision ». En 1908, une consultation a été lancée par le Parlement anglais sur la situation à l'étranger. Une lettre circulaire a, en fait, été adressée à différentes ambassades (France, Allemagne, Italie, Russie et Amérique) concernant les limites à la liberté testamentaire et un rapport a été déposé. La même année, en Nouvelle-Zélande, des limites sont posées à la liberté testamentaire.¹⁸⁷

Dans le même sens, plusieurs textes ont été présentés devant la Chambre des lords et la Chambre des communes (en 1928, en 1930). Un comité a été désigné et un rapport déposé ayant préféré, parmi les voies offertes pour une modification du droit, suivre la situation de la Nouvelle-Zélande. De nombreuses motions ont ensuite été présentées (Aston Bill, Rathbone Bill, Wardlaw-Mile Bill, Gardner Bill, Windsor Bill, Holmes Bill) et, finalement, l'Inheritance Act a été adopté. Le 13 juillet 1938, le « bill » reçut l'assentiment royal et est donc devenu une loi.

Mais « l'Act n'adopte pas exactement le principe de la réserve (“*legitim*”), d'après lequel une partie de la succession doit revenir aux membres de la famille du testateur. Il adopte plutôt le projet de donner une large part à la discrétion de la Haute Cour. »¹⁸⁸

¹⁸⁴DAINOW J., *Limitations on Testamentary Freedom in England*, 25, Cornell L. Rev. 337 (1940), p. 344 ; POLLOCK F., MAITLAND F.W., *The history of english law, before the time of Edward I*, 2nd edition, The Lawbook Exchange, LTD, Clark, New Jersey, p. 326.

¹⁸⁵WEBER M., *Law in economy and Society*, édité et traduit par RHEINSTEIN M., 1954.

¹⁸⁶BOURBOUSSON E., *Du mariage des régimes matrimoniaux des successions dans les cinq parties du monde*, Librairie Marchal et Billard, 1934, Article sur la Grande-Bretagne, n° 1919.

¹⁸⁷H.C. Deb. 4s. 295 (March 31, 1908) ; 194 id at 10, 22 (October 12, 1908) in DAINOW J., *Limitations on Testamentary Freedom in England*, 25, Cornell L. Rev. 337 (1940), p. 345.

¹⁸⁸MOUREAUX-ROBERT R., HANBURY H., *Traité pratique des divorces et des successions en droit anglais*, Librairie Arthur Rousseau, 1939, p. 100.

Cet Inheritance Act de 1938, qui venait limiter la liberté testamentaire, a été étendu à la succession ab intestat : « La loi de 1952 a fait appliquer l’Inheritance (family provision) Act, 1938, également à la succession ab intestat. Jusqu’à cette réforme, la loi de 1938 ne s’appliquait qu’aux successions testamentaires ».189

Il peut paraître à priori curieux de souligner que cette disposition de 1938 ait été étendue en 1952 à la succession ab intestat car, dans ce dernier cas, la dévolution est prévue par la loi et il n’y avait donc pas de testament.

Mais l’Inheritance act de 1952 visait également les hypothèses dans lesquelles le défunt disposait seulement d’une partie de sa succession, de telle sorte que coexistaient en réalité une succession testamentaire et une succession ab intestat.

97. Désormais, depuis 1938, mais surtout depuis la loi de 1975, les proches du défunt peuvent formuler une demande dite de “family provision”. Il ne s’agit pas d’une réserve héréditaire au sens du droit français mais un droit de créance qui doit être demandé judiciairement, réalisant ainsi un rapprochement avec le droit allemand.

En 1954, après la généralisation de l’Inheritance Act, certains auteurs reprochaient la rigidité du système français, lui préférant le système anglais qui était plus souple.¹⁹⁰

98. *En droit français.* Le droit français a également réalisé un mouvement vers les autres législations des États membres, puisque la réserve héréditaire, qui était jusqu’alors une réserve en nature, est devenue une réserve en valeur.

¹⁸⁹NEVILLE BROWN L., « La réforme de la dévolution légale en droit anglais », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 6 n° 3, juillet-septembre 1954, p. 504-508.

¹⁹⁰NEVILLE BROWN L., « La Réforme de la dévolution légale en droit anglais », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 6 n° 3, juillet-septembre 1954, p. 508 : « En ce qui concerne la liberté du testateur, le droit anglais a évité la rigidité de la réserve française et s’est contenté de laisser l’estimation de la family provision au tribunal, qui tient compte des circonstances particulières des cas individuels. La limitation de cette liberté est venue très tard dans le développement du droit anglais, mais justement en raison de ce développement tardif il a adopté une forme d’une grande souplesse capable de s’adapter à la succession ab intestat. Grâce à la loi de 1952, le droit anglais permet maintenant au tribunal de fixer le montant des attributions soit d’après le testament soit d’après les règles de la dévolution légale de sorte qu’une part équitable du patrimoine du de cujus soit accordé à ses dépendants, c’est-à-dire à ceux que, de son vivant, le défunt était moralement obligé d’entretenir (...). »

La loi du 23 juin 2006¹⁹¹ a en effet consacré le principe d'une réserve en valeur, de sorte que, de cette manière, sans être un droit de créance sur la succession, les atteintes à la réserve héréditaire se résolvent par l'allocation d'une somme d'argent.

Il faut ajouter que la réduction en nature se fait exclusivement au choix du gratifié et non à celui de l'héritier réservataire, ainsi que l'indique l'article 924-1 du Code civil.

99. Les travaux parlementaires attribuent ce changement et l'adoption d'une réforme des droits des successions à des motifs économiques. La réforme du droit des successions telle qu'elle a été organisée par la loi de 2006 est justifiée par une volonté « de donner plus de liberté pour l'organisation des successions ». ¹⁹²

« la réforme du droit des successions doit relever un triple défi. D'abord, le défi des évolutions démographiques et sociologiques : avec le vieillissement de la population, on hérite de plus en plus tard ; avec les familles recomposées, la configuration des successions devient de plus en plus complexe. Ensuite, les évolutions économiques : chaque année, près de 10 000 entreprises disparaissent en raison des difficultés suscitées par la succession de l'entrepreneur décédé ; dans les dix ans à venir, 450 000 entreprises devront être transmises et le droit n'est pas adapté pour y faire face. » ¹⁹³

C'est donc une vision utilitariste ou économique qui a dominé le projet de réforme du droit des successions.

100. *Des critiques anciennes.* Ce glissement d'une réserve en nature, notamment pour des raisons économiques, vers une réserve en valeur n'est pas vraiment une nouveauté. En effet,

¹⁹¹Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JORF n° 145 du 24 juin 2006 page 9513. Référence Internet :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000637158&categorieLien=id>.

¹⁹²HUYGUES S., Rapport présenté devant l'Assemblée nationale au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (N°2427), portant réforme des successions et des libéralités, n° 2850, p. 47.

¹⁹³ HUYGUES S., Rapport présenté devant l'Assemblée nationale au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (N°2427), portant réforme des successions et des libéralités, n° 2850, p. 47.

les critiques à l'encontre du système successoral français qui morcèle les exploitations familiales sont anciennes et remontent au Code civil.

101. En 1890, M. de LAFONT, dans la *Revue sur la recherche de la vérité historique*, a publié un article intitulé : « La transmission des biens dans la famille » dans lequel il dénonçait le partage des petites exploitations qui rendait difficile « la concurrence avec le nouveau monde »¹⁹⁴. Il a notamment comparé la situation française avec celle de l'Allemagne, relevant qu'en Allemagne, par une série de réformes, le principe du partage égal entre les héritiers avait été écarté pour les exploitations rurales et ce en vue de permettre une « transmission intégrale des domaines ».¹⁹⁵ Il a expliqué l'évolution en Allemagne par la concurrence des droits et la nécessité de lutter contre le Nouveau Monde.

En France, plusieurs séries de dispositions ont été prises portant atteinte au principe du partage égalitaire des successions dans l'intérêt des habitations ouvrières. C'est la loi dite Siegfried votée en 1894, qui a été complétée par la loi du 12 avril 1906 qui est venue étendre le régime de faveur institué par la loi Siegfried au profit des jardins et des champs contigus aux habitations. Enfin, la loi dite Ribot du 12 avril 1906 a étendu les effets des lois précédentes aux champs et jardins n'excédant pas un hectare.¹⁹⁶

Il faudra attendre le décret-loi du 17 juin 1938 pour voir apparaître des dispositions particulières en faveur des petites exploitations agricoles.¹⁹⁷ Par l'attribution préférentielle,

¹⁹⁴ LAFONT (de) M., « La transmission des biens dans la famille », in *Revue sur la recherche de la vérité historique en ce qui concerne les questions sociales*, GAP, imprimerie Jouglard, 1890.

¹⁹⁵ LAFONT (de) M., « La transmission des biens dans la famille », in *Revue sur la recherche de la vérité historique en ce qui concerne les questions sociales*, GAP, imprimerie Jouglard, 1890, p. 19.

¹⁹⁶ GOTMAN A., *Hériter, Économie en Liberté*, PUF, 1988, p. 89-90 relate l'existence de ces différentes législations : « La fameuse loi Siegfried votée en 1894 pour favoriser la construction des HBM comporte une clause permettant « aux enfants du de cujus et à son conjoint, soit de demander la suspension du partage pendant un temps limité, soit de reprendre la maison sur estimation » (Hussein, 1939). Dès lors qu'un héritier la réclame, l'indivision est rendue obligatoire, même contre la volonté des autres parties ». Mais l'auteur ajoute que ces dispositions n'étaient pas prises avec l'objectif de rétablir une liberté testamentaire, mais de protéger les familles dans des situations précaires.

¹⁹⁷ PATARIN J., La loi du 19 décembre 1961 tendant à éviter le morcellement des biens dans les partages de succession et de communauté, Extraits du Répertoire du Notariat, p. 2.

il était possible de sauvegarder les intérêts économiques de l'entreprise et d'éviter son morcellement ou sa vente.¹⁹⁸

Cette disposition a été étendue en 1961¹⁹⁹ et, jusqu'à la loi de 2006, l'attribution préférentielle de l'entreprise commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ne concernait que l'entreprise familiale.²⁰⁰

102. Dans une vision utilitariste, la loi de 2006²⁰¹ a généralisé le principe de l'attribution préférentielle de l'entreprise, consacrant par ailleurs le principe d'une réserve en valeur. Mais en procédant ainsi, c'est-à-dire en adoptant une approche économique des successions au détriment des autres considérations qui avaient pourtant présidé à l'élaboration du droit des successions, le législateur a troublé les lignes concernant la réserve héréditaire et ses fondements.²⁰²

Selon M. LIBCHABER, « la matière a rompu avec le modèle qui fut celui du Code civil, en 1804 ; mais aucune cohérence nouvelle n'est intervenue. D'anciennes institutions cohabitent sans harmonie avec des nouvelles, et l'on ne parvient plus à déterminer la signification

¹⁹⁸LIBCHABER R., *Des successions en quête d'avenir*, RTD Civ 2016, p. 729 : « À partir de 1938, le droit français a multiplié les prises en compte d'entités économiques pour éviter qu'elles ne soient dépecées par une répartition en nature, cette égalité traditionnellement considérée comme « l'âme du partage ». Peu importe la nature de l'entité - entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale -, celle-ci doit être sauvegardée dans son intégrité dans la mesure du possible, de sorte à pouvoir conserver sa fonction. Cela explique la multiplication des attributions préférentielles dans la réglementation des successions, corrigées par des soultes qui ne seront peut-être jamais payées ».

¹⁹⁹MALAUURIE Ph., « Droit civil, successions et libéralités », Licence et Maîtrise 1983-1984, Les cours de droit, 1983, n° 137 et s., p. 224 et s. : « L'histoire de l'attribution préférentielle est une extension constante. En 1922, fut créée l'attribution préférentielle des habitations à bon marché (H.B.M.). L'institution contractuelle n'est devenue effective qu'en 1938, lorsqu'elle eut pour objet les petites exploitations agricoles. En 1961, elle s'est étendue à toutes les exploitations agricoles quelle qu'en soit l'importance, et à d'autres biens à caractères familial et professionnel - essentiellement le logement et l'entreprise ». PATARIN J., La loi du 19 décembre 1961 tendant à éviter le morcellement des biens dans les partages de succession et de communauté, Extraits du Répertoire du Notariat.

²⁰⁰MALAUURIE Ph., BRENNER C., *Les Successions, Les libéralités*, coll. Droit civil, 6^e édition, LGDJ 2014, n° 939.

²⁰¹Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JORF n° 145 du 24 juin 2006 p. 9513. Référence Internet :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000637158&categorieLien=id>.

²⁰²BRENNER C., « Le nouveau visage de la réserve héréditaire, La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006 », actes du colloque organisé par le centre Pierre Kayser, PUAM, 2008. Voir également les développements de Mme GOTMAN sur les idées qui ont présidé à l'élaboration du droit des successions à partir de la révolution française, GOTMAN A., *Héritier, Économie en Liberté*, PUF 1988, p. 77-85.

d'ensemble qui soutiendrait la matière : on ne décèle plus la conception centrale qui rendrait compte de son organisation technique ».203

Lors de la réforme du droit des successions de 2006, M. CLÉMENT, garde des Sceaux, ministre de la Justice, a justifié le maintien de la réserve héréditaire comme suit : « a réserve héréditaire conserve aujourd'hui toute son utilité. Au-delà, elle poursuit un triple objectif. D'abord, elle garantit la solidarité familiale : elle prolonge, dans la succession, l'obligation alimentaire. À l'heure où l'on déplore le recul des solidarités familiales, la réserve est donc essentielle : ceux qui ne bénéficieraient plus de cette solidarité viendraient grossir les rangs de ceux qui appellent la solidarité nationale. Ensuite, la réserve héréditaire protège les enfants contre les risques d'abus d'autorité de leurs ascendants. La liberté de déshériter peut constituer une menace terrible, en permettant aux parents de décider, au-delà du raisonnable, des orientations de vie de leurs enfants. Enfin, la réserve peut permettre de garantir le maintien de certains biens dans la famille. Tous ces arguments justifient pleinement le maintien du principe de la réserve héréditaire. Nous concitoyens y sommes très attachés ».204

103. La justification du principe du maintien de la réserve héréditaire est tout d'abord liée à des considérations économiques qui font prévaloir la solidarité familiale sur la solidarité nationale, dont l'un des objectifs est d'éviter de voir grossir les demandeurs d'aides diverses. C'est seulement ensuite que sont développées d'autres raisons pour le maintien de la réserve héréditaire.

Mais ces raisons ignorent l'un des principes fondamentaux qui justifie l'existence de la réserve héréditaire, à savoir la protection de la famille, ou plutôt d'une conception de la famille. 205

203LIBCHABER R., *Des successions en quête d'avenir*, RTD Civ 2016, p. 729.

204Rapport de la Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale pour le Sénat, M. Henri de RICHEMONT, n° 343, p. 213.

205 Sous la direction de PERES C., Rapport du groupe de travail, *la réserve héréditaire*, 13 décembre 2019, n°52. Référence internet : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_reserve_hereditaire.pdf .

Le législateur de 2006, en consacrant le principe d'une réserve en valeur, a bouleversé les institutions, retirant toute cohérence à l'ensemble des règles successorales. Mais ce faisant, il existe une convergence des droits et des systèmes juridiques.²⁰⁶

§ 3. Le droit européen peut-il avoir une influence sur la réserve héréditaire ?

104. Comme déjà évoqué, il existe des distinctions entre les différents États d'Europe, notamment ceux qui connaissent une réserve héréditaire et ceux qui n'en connaissent pas, et parmi les premiers qui connaissent une réserve héréditaire, les règles diffèrent ainsi que la part réservée aux héritiers.

Dans ce mouvement de rapprochement, il convient de s'interroger sur l'influence du droit européen, réel ou fantasmé.

105. La matière a profondément été transformée par l'adoption du règlement communautaire UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012. Ce règlement communautaire s'applique aux successions ouvertes à partir du 17 juillet 2015 et encore lorsqu'elles comprennent un élément d'extranéité. Le Règlement UE est favorable à l'autonomie de la volonté et donc à l'anticipation successorale.²⁰⁷

S'agissant d'un Règlement UE, il s'applique directement dans chacun des États signataires. Il faut cependant signaler que tous les États membres ne l'ont pas signé, ainsi le Règlement ne s'impose pas au Royaume-Uni ni à l'Irlande, ce que certains commentateurs regrettent : « la décision du Royaume-Uni et de l'Irlande de ne pas participer à l'adoption du Règlement

²⁰⁶WAAL (de) M.-J., *A comparative Overview*, in *Exploring the law of succession*, Studies National, Historical and Comparative, Edinburgh Studies In Law, vol. 5 : "In common law systems the tendency has been to introduce the possibility of maintenance claims - in english law called 'family provisions' - in terms of which a discretionary allocation can be made in favour, especially, for the surviving spouse and dependant children. In continental Civilian systems the tendency has increasingly been to narrow the circle of relatives who have a fixed claim against the estate and also to limit the claim to one sounding in money (as opposed to a claim to a specific asset or assets)".

²⁰⁷BERGQUIST U., FRIMSTON R., ADERSKY F., DAMASCELLI D., LAGARDE P., REINHARTZ B., *Commentaire du Règlement européen sur les successions*, COMMENTAIRE DALLOZ, 2015, n° 28 et s. ; BERGQUIST (U.), DAMASCELLI (D.), FRIMSTON (R.), LAGARDE (P.), ODERSKY (F.) et REINHARTZ (B.), « *Commentaire du règlement européen sur les successions* », Ed. DALLOZ, 2015.

est regrettable. En effet, l'occasion de jeter un pont entre les systèmes successoraux des pays de common law et ceux de tradition civiliste risque de ne pas se présenter de sitôt. »²⁰⁸

Pourtant, en dépit des apparences, il y aura nécessairement des influences entre les différentes traditions en raison du principe d'universalisme posé à l'article 20 du Règlement communautaire qui dispose que : « Toute loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre ».

De même, bien que le règlement communautaire n'ait pas vocation à se substituer aux États membres pour régler leur droit substantiel, il n'en reste pas moins que, sous réserve des dispositions applicables au renvoi de compétence, les juridictions des États membres appliqueront, selon les circonstances, une loi qui leur est étrangère qui ignore la réserve héréditaire.

106. Ce phénomène va s'accroître encore par le mécanisme de la *professio juris* prévu dans le Règlement européen qui permet désormais de choisir, dans une certaine mesure, la loi applicable à sa succession et d'opter pour une loi qui ne connaît pas la réserve héréditaire.

Par l'effet combiné de ces dispositions, les juridictions des différents États membres vont donc appliquer des règles juridiques distinctes de celles qu'elles appliquent dans leur droit interne et qui peuvent être substantiellement différentes.

Ainsi, l'État qui connaît l'existence d'une réserve héréditaire va-t-il appliquer une loi qui ne connaît pas de réserve héréditaire ?

107. Certains États ont donné une valeur constitutionnelle à leurs règles successorales, comme l'Allemagne ou encore l'Italie, de sorte que ces États ne devraient pas reconnaître une loi contraire à leurs propres règles successorales.²⁰⁹

²⁰⁸BONOMI A., WAUTELET P., *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e édition, Éditions Bruylant février 2016, n° 14 et 15.

²⁰⁹Bundesverfassungsgericht (Fédéral Constitutional Court - BVerfG), NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2005, 1561. ; BONOMI A., WAUTELET P., *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e édition, Éditions Bruylant février 2016 n° 45 : « Dans un arrêt du 19 avril 2005 (NJW, 2005, p. 1561) la Cour constitutionnelle allemande (Bundesverfassungsgericht) a considéré qu'une participation minimale des enfants du défunt à la succession est garantie par la Constitution fédérale,

Tel n'est pas le cas de la France, où le droit des successions relève du domaine de l'article 34 de la Constitution et par conséquent de la loi.²¹⁰

Les juridictions françaises ont jugé que des dispositions étrangères ignorant la réserve héréditaire au profit des héritiers n'étaient pas, en soi, contraires à l'ordre public international français, ni aux principes du droit français considérés comme essentiels :

« Mais attendu 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 ». ²¹¹

Comme le relève M. GRIMALDI : « une loi pourrait abolir la réserve sans encourir le grief de supprimer l'une de ces conditions "nécessaires" au développement de la famille que vise le préambule de la Constitution de 1948 », tandis qu' : « une loi ne pourrait supprimer la quotité disponible : la liberté testamentaire n'est qu'un aspect particulier de la liberté de disposer, et la garantie constitutionnelle de la propriété inclut celle du droit de disposer, qui en est l'attribut fondamental ». ²¹²

indépendamment de leur condition économique ». ; ROTHEL A., *La liberté de tester en droit allemand : tendances de la jurisprudence et réformes législatives*, RIDC, vol. n° 63, n° 1, 2011, p. 39-52. ; PINTENS W., *Tendencies in European Succession Law*, in *Inheritance law - Challenges and Reform, A norwegian-German Research Seminar*, Éditions Torstein Frantzen, 2013, p. 18: "In a decision of 19 April 2005 the Bundesverfassungsgericht took a more restricted view and underlined that the compulsory portion has, in principle, an irrevocable and family character and that it is independent of any need or circumstances. The Constitutional Court seized the opportunity to elaborate on the constitutional principles governing testamentary freedom and the compulsory portion. With respect to the latter, the Court clearly adheres to the doctrine's majority opinion and invokes both art.14 and 6 GG. The guarantee of the 14 safeguard the rights of children to an irrevocable participation in the inheritance of their parents, independent of need. The compulsory portion is part of the successoral guarantee of art 14 GG as an element passed down through the ages. The Court strongly emphasised this historical argument. Moreover, the compulsory portion is the expression of family solidarity". DETHLOFF N., *The protection of children in German Inheritance Law*, *Inheritance law - Challenges and Reform, A norwegian-German Research Seminar*, Éditions Torstein Frantzen, 2013, p. 99-100. Voir également KALSS S., *Company Law and The Law of Successions, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Springer, 2015, particulièrement, SANDERS A., *Company Law and The Law of Succession in Germany*, p. 213-259, spécialement p. 218.

²¹⁰GRIMALDI M., *Droit des successions*, 7^e édition, LexisNexis 2017, n° 67.

²¹¹Cass. Civ. I, 27 septembre 2017, n° 16-17.198.

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1005_27_37694.html

²¹²GRIMALDI M., *Droit des successions*, 7^e édition, LexisNexis 2017, n° 67.

108. Au niveau européen, si la Cour européenne des droits de l'homme sanctionne les discriminations entre les héritiers, elle ne considère pas que l'absence de vocation successorale constitue en soi la violation d'un droit fondamental.²¹³

S'agissant de la France, le Règlement communautaire va nécessairement avoir une influence sur l'anticipation successorale et la transmission de l'entreprise familiale, dans la mesure où le défunt va pouvoir, mais dans une certaine mesure seulement, choisir la loi applicable à sa succession et l'organiser au mieux des intérêts qu'il juge essentiels.

109. En conclusion de ce premier chapitre, plusieurs propositions peuvent être formulées :

1°/ La diversité des modes d'organisation des entreprises familiales rend difficile la mise en place d'une solution globale. Il est nécessaire de signaler que les problématiques sont bien différentes selon la taille, l'organisation de l'entreprise familiale et l'importance du patrimoine du défunt.

Ainsi que le signalait à juste titre CAMBACÈRES en 1793 : « Vous avez voulu frapper les grandes fortunes toujours dangereuses, mais la loi étant générale, les petits propriétaires ont été atteints ».²¹⁴ Et ses propos sont toujours d'actualité.

Ces observations s'appliquent bien évidemment à l'entreprise familiale et, plus elle compose l'unique patrimoine à transmettre, moins elle est aisément transmissible, en raison des droits de chacun des héritiers.

2°/ Il existe un rapprochement entre les différents systèmes juridiques examinés. Hormis le cas de l'Angleterre où il n'existe pas de réserve héréditaire mais un « équivalent

²¹³BONOMI A., WAUTELET P., *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e édition, Éditions Bruylant février 2016, n° 39 : « dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme a toujours sanctionné une discrimination entre les héritiers, mais n'a jamais admis que l'absence de droits successoraux puisse représenter en tant que telle une violation d'un droit fondamental (cf. Cour eur. D.H., 13 juin 1979, n° 6833/74, Marckx c. Belgique, points 50,53 et 54 et s ; Cour eur. D.H. 22 décembre 2004, Merger et Cros c. France, point 37; Cour eur. D.H. (Gde Ch), 7 février 2013, n° 16574/08, Fabris c; France, point 50). ».

²¹⁴LAFONT (de) M., « La transmission des biens dans la famille », in *Revue sur la recherche de la vérité historique en ce qui concerne les questions sociales*, GAP, imprimerie Jouglard, 1890, p. 21.

fonctionnel », pour les systèmes juridiques de tradition continentale, les différences pratiques sont minimes, dès lors que la réserve héréditaire est une réserve en valeur.

3°/ Si le système juridique de common law peut apparaître favorable à la transmission de l'entreprise familiale, faire dépendre le principe et le quantum d'une créance au profit des héritiers à une décision de justice n'est pas favorable à l'anticipation successorale, à cause d'un manque de sécurité juridique.

4°/ Les résultats des différentes études qui mettent en exergue les mauvais résultats de la France en termes de transmission d'entreprise familiale par comparaison avec l'Allemagne ne tiennent pas à l'existence d'une réserve héréditaire, dès lors qu'il s'agit, depuis 2006, d'une réserve en valeur.

Il faudrait probablement examiner le montant de la réserve héréditaire pour apprécier l'opportunité de la réduire, mais cela ne faciliterait pas nécessairement la transmission des entreprises familiales.

Il est donc possible de conclure que l'existence d'une réserve héréditaire n'est pas ce qui explique les mauvais résultats de la France en matière de transmission d'entreprises familiales.

La *professio juris* ne devrait pas être utilisée outre mesure pour favoriser la transmission des entreprises familiales, du moins par rapport à l'existence d'une réserve héréditaire.

CHAPITRE II : LA PROHIBITION DES PACTES SUR SUCCESSION FUTURE

110. Présentation des pactes sur succession future. Le défunt peut décider de la manière dont sera transmise son entreprise, ou sa participation dans une entreprise familiale, après son décès. Pour cela, il dispose d'un outil qui est reconnu par toutes les législations étudiées, c'est le testament. Il s'agit d'un acte unilatéral, révocable qui prendra effet après son décès. Contrairement à ce que l'on écrit parfois, le testament n'est pas vraiment un outil d'anticipation. Le chef d'entreprise va utiliser d'autres outils, de nature contractuelle, pour transmettre son entreprise, ou sa participation dans une entreprise familiale. Ces techniques contractuelles ont soit des effets immédiats, il s'agit d'actes entre vifs qui sont d'une grande diversité d'un État à l'autre, soit ont des effets *post mortem* et alors ces techniques peuvent se heurter, selon les États, à une interdiction.²¹⁵ Certaines législations interdisent, en effet, les pactes sur succession future.

Dans une première approche, un pacte sur succession future est « un acte juridique qui porte sur une succession non encore ouverte ».²¹⁶ L'acte juridique peut porter, soit sur sa propre succession, soit sur la succession d'autrui.

²¹⁵BOULANGER F., *Droit international des successions, nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Economica, 2004, p. 94-96 ; BONOMI A., *Successions internationales : conflits de lois et de juridictions*, Cours de l'Université de La Haye, 2011, p. 265-271. L'auteur indique à propos de l'anticipation successorale que la qualification successorale de certains pactes utilisés est d'une importance capitale car certains pactes successoraux sont interdits dans certains États de l'Union européenne : « La qualification successorale est également retenue, sans trop d'hésitations, pour les principaux types de pactes successoraux. La question est en pratique très importante car ces actes, interdits dans plusieurs pays sous l'influence du droit romain et du droit révolutionnaire français, sont admis et largement utilisés dans les droits d'inspiration germanique » ; LELEU Y.-H., *Les Pactes successoraux en droit comparé, Les relations contractuelles internationales – le rôle du notaire*, Anvers, Maklu, 1995, p. 589 et s.

²¹⁶GRIMALDI M., *Droit des successions*, 7^e édition, LexisNexis 2017, n° 370.

111. La majorité des États de la famille de droit continental, en réalité, ceux qui appartiennent au sous-groupe du Code Napoléon²¹⁷, interdit les pactes sur succession future, même si des exceptions sont prévues, soit par la loi propre à chaque système juridique, soit en raison de particularités locales (communautés forales espagnoles).²¹⁸

En effet, parmi les États de la famille de droit continental, ceux du groupe allemand²¹⁹ ne connaissent pas les mêmes interdictions et limitations.

La prohibition des pactes sur succession future constitue l'un des piliers du droit des successions, du moins français.²²⁰

Ainsi que le précisent, M. le Professeur MALAURIE et M. le Professeur BRENNER : « En principe, il n'est pas permis en droit français d'organiser la transmission d'une succession

²¹⁷Pour la classification des sous-groupes au sein de la famille de tradition romano-germanique, HERTEL C., *Aperçu sur les systèmes juridiques dans le monde*, Notarius international 1-2/2009, p. 143.

²¹⁸PINTENS W., *Tendencies in European Succession Law*, in *Inheritance law - Challenges and Reform*, A norwegian-German Research Seminar, Éditions Torstein Frantzen, 2013, p. 21 : “*Succession contracts are generally forbidden in the Romanic family of law. An important exception is provided by Catalan law (art. 431-1 ff.). But most romanic legal systems where traditionally those contracts are seen with distrust, recognise many exceptions to the general prohibitive rule*” ; BRAUN A., *Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs : Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy* (2012). (2012) 3 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 461-483 ; Oxford Legal Studies Research Paper No. 51/2012. ; DE WAAL M. J., *A comparative overview*, in *Exploring the law of succession, studies National, Historical and comparative*, édité par REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMAN R., p. 15 : “*In the romanic legal family inheritance contracts are in principle invalid, since they have taken to be against public policy (contra bonos mores). In the germanic legal family, on the other hand, such contracts are in principle valid. However, this seemingly stark difference is somewhat softened if account is taken to the exceptions to the principle of invalidity in the Romanic legal family*” ; BONOMI A., *Les Pactes successoraux à l'épreuve du règlement européen sur les successions*, Droit et Patrimoine, 2015, p. 246. Pour une étude approfondie du droit des communautés autonomes, voir également COBAS COBIELLA M.E, *La modernizacion del derecho de sucesiones, algunas propuestas, Cuestiones de Interés Jurídico*, ISSN 2549-8402, IDIBE, julio 2017. Référence Internet : <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/cij-16.pdf>

²¹⁹Pour la classification de sous-groupes au sein de la famille de tradition romano-germanique, HERTEL C., *Aperçu sur les systèmes juridiques dans le monde*, Notarius international 1-2/2009, p. 143.

²²⁰REMY Ph., « Quelques aspects récents de l'évolution du droit de la famille », *Travaux de l'association Capitant*, t. 39, Journées turques de 1989, *Economica*, citée par GRIMALDI M., « Succession et contrats », in *La Contractualisation du droit de la famille*, *Economica*, 2001, p. 197-210 ; BONOMI A., « Les pactes successoraux en droit international privé - Remarques comparatives à la lumière du droit français, italien, espagnol et suisse », in *Les Pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Genève 2008, p. 37 : « L'utilité révélée du principe de prohibition même après la réforme qui en limite considérablement la portée, n'est rien d'autre que celle de garantir l'égalité des partages et la liberté testamentaire, dont on peut dire qu'avec la réserve héréditaire, ils constituent les trois piliers d'un ordre public successoral auquel le législateur reste très attaché. Toutefois, des évolutions de l'ordre public familial sont notables sur cette question et plus encore depuis la réforme du 23 juin 2006 ».

au moyen d'un contrat conclu entre le défunt et un héritier présomptif ou un tiers conventionnellement choisi. La prohibition des pactes sur succession future qui constitue avec la réserve héréditaire, l'un des piliers de l'ordre public successoral classique s'y oppose. »²²¹

La prohibition de principe des pactes sur succession future est considérée comme un obstacle à l'anticipation successorale et serait donc un frein à la transmission des entreprises familiales. Ceci se comprend aisément : en effet, dès lors que le contrat successoral est prohibé, le de cujus propriétaire d'une entreprise, ne peut pas organiser sa succession autrement que par voie de testament, ce qui interdit toute transmission anticipée de son entreprise.

112. *Approches antagonistes.* Il existe deux groupes de systèmes juridiques : le premier groupe qui pose en principe l'interdiction des pactes sur succession future, il s'agit des États qui appartiennent au sein du groupe romano-germanique, au sous-groupe du Code Napoléon et le second groupe pour lequel le principe est celui de la liberté des pactes sur succession future, il s'agit du sous-groupe germanique²²² et des États qui appartiennent à la famille de la Common law.

Il existerait donc une différence fondamentale entre les systèmes juridiques qui reconnaissent le contrat successoral et ceux qui l'interdisent. Cette différence pourrait alors expliquer les bons résultats allemands en matière de transmission d'entreprise familiale.

113. *Nuances.* Toutefois, même au sein des États qui appartiennent aux systèmes juridiques restrictifs, il n'existe aucune interdiction générale et absolue. Ainsi, en droit français, si le principe est celui de la prohibition des pactes sur succession future, il existe

²²¹MALAUURIE Ph., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 8^e édition, LGDJ Lextenso 2018, n° 680.

²²²WAAL (de) M.J., « A comparative Overview », in *Exploring the law of succession, Studies National, Historical and Comparative*, Edinburgh Studies In Law, vol. 5 : "In the Romanistic legal family inheritance contracts are in principle invalid, since they are taken to be against public policy (*contra bonos mores*). In the Germanic legal family, on the other hand, such contracts are in principle valid. However, this seemingly stark difference is somewhat softened if account is taken of the exceptions to the principle of invalidity in the Romanistic legal family. For example, testamentary provisions in an antenuptial contract as well as the so-called *donatio mortis causa* (a donation made in contemplation of the donor's death) are both regarded as valid".

des dérogations prévues par la loi, dérogations qui se multiplient, de sorte que certains auteurs s'interrogent pour savoir si, en droit français, le principe serait toujours celui de l'interdiction des pactes sur succession future.²²³

Tout ceci se complique encore avec la jurisprudence qui analyse les conventions qui lui sont soumises. Elle distingue les conventions qui sont permises de celles qui ne le sont pas. Or, cette jurisprudence est extrêmement subtile, de sorte qu'il est difficile de trouver un critère de partage entre les pactes qui seraient autorisés et ceux qui seraient prohibés car contraires à l'interdiction des pactes sur succession future.²²⁴

114. *Influence du droit européen.* À cela s'ajoutent l'influence du droit européen et le Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012 qui est entré en vigueur le 17 août 2015 qui donne en son article 3 différentes définitions, dont celle de « pacte successoral » en son article 3.1.b.²²⁵ Or, la définition du pacte successoral donnée par le droit européen diffère sensiblement de celle de certains États membres de l'Union européenne. Par conséquent, il conviendrait de s'interroger sur l'influence du droit européen sur les droits internes.²²⁶

115. *Méthode.* Dans une approche comparatiste, ainsi qu'il a été indiqué à propos de la réserve héréditaire, il ne s'agit pas d'examiner la question pays par pays, mais d'examiner

²²³BAILLON-WIRTZ, *Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ?* - À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Droit de la Famille* n° 11, Novembre 2006, étude 44.

²²⁴72e Congrès des Notaires de France, « La dévolution successorale », Deauville, 1975, p. 615 : « Cependant, il résulte des critères mêmes retenus par la Cour de Cassation, une grande incertitude quant à la validité de certaines conventions. Les références retenues par la Cour de Cassation sont très théoriques et leur application aux conventions de la vie pratique passe par l'interprétation que font de celles-ci les juges du fond. Il n'est pas besoin d'insister pour faire comprendre le caractère sinon arbitraire, tout du moins imprécis, pour les praticiens, de la distinction entre la convention permise et la convention interdite ».

²²⁵Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012, 2e édition, Éditions Bruylant, p. 143 : « pacte successoral », « un accord, y compris un accord résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie, ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties à l'acte ». Cette disposition reprend l'article 8 de la Convention de La Haye du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort qui définit les pactes successoraux comme : « des accords faits par écrit ou résultant de testament mutuel, qui confèrent, modifient ou retirent, avec ou sans contre-prestation des droits dans la succession future d'une ou plusieurs personnes parties à l'accord », in BENDELAC E., *Le Transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé, le choix de la loi applicable aux institutions d'Estate planning*, Éditions Bruylant, 2016, n° 20.

²²⁶GODECHOT-PATRIS S., *Avantages matrimoniaux et conflits de lois*, Solution Notaire n° 28 du 13 septembre 2008, p. 16-19. L'auteur s'interroge notamment sur l'influence du droit européen sur le sort des institutions de droit interne, dont les avantages matrimoniaux.

la cohérence d'ensemble, en étudiant ce qui est interdit et ce qui est permis. Cette démarche est d'autant plus nécessaire que la réglementation varie selon les États.²²⁷

Le résultat de ce travail de comparaison permettra de déterminer si la situation française peut être de nature à expliquer ses mauvais résultats en matière de transmission d'entreprise.

SECTION 1 : PRESENTATION DES DIFFERENTS SYSTEMES JURIDIQUES

§ 1. Les systèmes juridiques libéraux

116. L'Allemagne et l'Angleterre appartiennent aux systèmes juridiques qui n'interdisent pas les pactes sur successions futures, le premier parce qu'il admet largement les contrats successoraux, le second, aussi curieux que cela puisse paraître, parce qu'il ne les connaît pas. Il convient donc d'examiner la situation dans chacun de ces deux États.

A. L'Allemagne

117. Présentation. En droit allemand, il n'existe pas de prohibition de principe des pactes sur succession future ; au contraire, le principe est celui d'une grande liberté.²²⁸ Il est intéressant de relever que la situation de l'Allemagne n'est pas linéaire car, selon les périodes, c'est le principe contraire qui a prévalu.

²²⁷BONOMI A., « Les pactes successoraux en droit international privé - Remarques comparatives à la lumière des droits français, italien, espagnol et suisse », in *Les Pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Genève 2008 ; BOULANGER F., *Droit international des successions, nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Economica, 2004, p. 94-96.

²²⁸PINTENS W., « Tendencies in European Succession Law », in *Inheritance law - Challenges and Reform, A norwegian-German Research Seminar*, Éditions Torstein Frantzen, 2013, p. 22 : "In the Germanic legal family such contracts are widely used. English law has comparable legal formations, like 'contract to leave a gift' and 'contract not to revoke a will'. In the first case the beneficiary becomes a creditor to the estate. In the latter the beneficiary is not able to prevent the revoking of the will, as wills are generally revocable. He can however claim for compensation" ; SCHWAB D., GOTTWALD P., LETTMAIER S., *Family and Succession Law in Germany*, 3^e édition, Wolters Kluwer 2017, n° 396-398.

118. Historique. Un bref rappel historique permet d'indiquer qu'à la différence des législations romaines, les nations germaniques connaissaient et utilisaient largement les pactes sur succession future.²²⁹ Plusieurs facteurs peuvent expliquer cette situation, à savoir l'absence de testament au sein des nations germaniques et les structures familiales.²³⁰ Ensuite, sous l'influence des droits d'inspiration romaine, le droit allemand a évolué. Ainsi, l'ancien Code civil allemand connaissait un principe général d'interdiction des pactes sur succession future avec une exception lorsque ce pacte était contenu dans un contrat de mariage.²³¹

119. Droit positif. Le BGB, qui a rompu en matière successorale à bien des égards avec le passé, a abandonné ses principes antérieurs d'interdiction des pactes sur succession future

²²⁹TROPLONG R.-Th., *Droit civil expliqué, Des donations entre-vifs et des testaments* ou Commentaire du Titre II du Livre III du Code Napoléon, Paris, Charles Hingray Librairie-éditeur, 1855, t. 1, p. 137 : « À Rome, ces pactes étaient odieux ; chez les peuples d'origine germaniques, ils jouissaient de beaucoup de faveur. À leurs yeux, la propriété ayant un caractère de solidarité pour toute la famille, la famille était naturellement appelée à prendre part aux dispositions qui l'affectaient » ; BEVIN G., « Les nouveaux aspects de la théorie des pactes sur succession future », Thèse de l'université de Paris, Paris, 1942, p. 11 et s. ; BRAS MIRANDA G., *La Prohibition des pactes sur succession future*, coll. Minerve, Éditions Yvon Blais, 1999, n° 42-43.

²³⁰OURLIAC P., GAZZANIGA J.-L., *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, coll. L'Évolution de l'humanité, Albin Michel, 1985, p. 44 : « Les sociologues ont beaucoup discuté sur la famille germanique, considérée tour à tour comme totémique, matriarcale, clanique ou tribale ; on ne peut retenir ici que quelques traits certains. À la patria potestas romaine répond le mundium germanique. Si celui-ci n'est pas perpétuel, le groupe familial n'en garde pas moins sa force : la faute de l'un engage la responsabilité de tous ; dans un procès l'individu comparait avec sa famille ; la composition payée en cas de crime est due par tous les parents du criminel et appartient aux parents de la victime. La loi salique contient des dispositions sur lesquelles la discussion est toujours ouverte : elle permet devant le mallus, en brisant quatre bâtons sur sa tête de rompre tout lien avec sa famille, ce qui prive l'individu de toute protection et de tout droit ; s'il commet un délit il doit "composer de sa vie" être mis à mort ou devenir esclave. Il n'y a pas de place dans cette société pour l'homme seul ».

²³¹72^e Congrès des Notaires de France, « La dévolution successorale », Deauville, 1975, p. 653 sur le pacte successoral en droit allemand : « L'ancien Code civil allemand avait prohibé d'une manière générale les pactes sur succession future. Une seule exception avait été admise en faveur du contrat de mariage. Elle était contenue dans l'article 1081 du Code civil qui stipulait : "les père et mère, les autres descendants et même les étrangers pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès tant au profit desdits époux qu'au profit des enfants à naître de leur mariage dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire". Cette règle était étendue par l'article 1093 aux dispositions entre époux par contrat de mariage ».

pour l'admettre de manière générale.²³² Ainsi, le BGB connaît le pacte successoral²³³ et le testament conjonctif (article 2280 du BGB) mais, pour ce dernier, uniquement entre conjoints ou partenaires.²³⁴

La matière est régie par les articles §1941 du BGB et la Section 4 : Contrat successoral, articles §2274 BGB et suivants jusqu'à l'article §2302 BGB.²³⁵

L'article § 1941 du BGB²³⁶ intitulé « contrat successoral » dispose que :

« (1) Le de cujus peut par contrat instituer un héritier de même qu'il peut faire un leg ou imposer des charges (contrat successoral).

(2) Peut être choisi comme héritier (héritier en vertu d'un contrat) ou comme légataire aussi bien l'autre contractant qu'un tiers. »

²³²72^e congrès des Notaires de France, « La dévolution successorale », Deauville, 1975, p. 653 sur le pacte successoral en droit allemand, p. 654. COIFFARD Didier, *La succession contractuelle en droit comparé*, Droit & Patrimoine n° 127, juin 2014, p. 55 : « Avant son unification réalisée au XIX^e siècle, l'Allemagne connaissait la diversité. Les régions à l'ouest du Rhin appliquaient le Code civil français qui prohibait les pactes successoraux, mais la plupart des droits applicables admettaient les pactes d'institution. Les rédacteurs du BGB, conscients de la force contraignante du pacte, de son inadaptation éventuelle aux changements de circonstances, eurent à faire face à d'après débats. Finalement la majorité se prononça pour le maintien des pactes au nom de l'utilité de l'institution. »

²³³BECKER M., *Le pacte successoral : un nouvel instrument au service du couple*, Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n° 25, 22 juin 2012, p. 1971. SCHWAB D., GOTTWALD P. LETTMAIER S., *Family and Succession Law in Germany*, 3^e édition, Wolters Kluwer 2017, n° 396-398.

²³⁴HERTEL C., *Aperçu sur les systèmes juridiques dans le monde*, Notarius international 1-2/2009, 4.5.1 ; ROTHEL A., « La liberté de tester en droit allemand : tendances de la jurisprudence et réformes législatives », RIDC, vol n° 61, n° 1, 2011, p. 39-52 ; BOULANGER F., *Droit international des successions, nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Economica, 2004, p. 94-96.

²³⁵ *Code civil allemand*, Traduction commentée, Bürgerliches Gesetzbuch BGB, Lardeux G., LEGAIS R., PEDAMON M., Dalloz, 2010, p. 583 : « Le contrat successoral (§1941, §§2274 et s.) est possible en droit allemand, ce qui contraste avec l'interdiction française des pactes sur successions futures. La forme notariée est obligatoire, les deux parties devant être présentes en même temps chez le notaire. Celui qui organise ainsi sa succession, au moins partiellement, perd une part de sa liberté pour modifier ses dispositions. Sans doute, il peut continuer de son vivant à disposer librement de ses biens, sous réserve qu'il ne fasse pas de nouvelles donations pour nuire à celui qu'il a institué contractuellement. Mais en ce qui concerne les dispositions elles-mêmes, il ne peut modifier postérieurement que certaines d'entre elles (§2299) » ; MALAURIE Ph., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 6^e édition, LGDJ Lextenso 2014, n° 681.

²³⁶Article § 1941 BGB : «(1) Der Erblasser kann durch Vertrag einen Erben einsetzen, Vermächtnisse und Auflagen anordnen sowie das anzuwendende Erbrecht wählen (Erbvertrag).

(2) Als Erbe (Vertragserbe) oder als Vermächtnisnehmer kann sowohl der andere Vertragschließende als ein Dritter bedacht werden”.

Ce contrat successoral est ainsi largement entendu puisqu'il permet de constituer des droits, soit au profit du cocontractant, soit au profit d'un tiers.

L'article §2278 du BGB²³⁷, quant à lui, dispose que :

« (1) Dans un contrat de succession, chacune des parties contractantes peut prendre des dispositions contractuelles de décès.

(2) Les contrats autres que l'héritage, les legs, les conditions et le choix du droit de succession applicable ne peuvent être conclus par contrat ».

Seules ces dispositions ci-dessus rappelées peuvent avoir un caractère irrévocable, étant ici ajouté que les dispositions unilatérales, même contenues dans un contrat successoral, sont révocables. C'est l'application de l'article §2299 du BGB.

Dès lors qu'un contrat successoral est conclu, il révoque nécessairement les dispositions antérieures et interdit les dispositions postérieures qui viendraient porter atteinte aux dispositions contenues dans le contrat successoral.

Si ce contrat successoral est donc obligatoire et s'impose, il faut cependant relever qu'il n'est pas immuable, soit que les parties se soient réservé la possibilité de le résilier, c'est l'application de l'article § 2293 du BGB : « le de cujus peut résilier le contrat successoral, lorsqu'il s'est réservé cette faculté dans le contrat »²³⁸, soit encore pour des causes tenant au droit des contrats.

120. Formalisme. S'agissant d'un acte grave, un formalisme doit être respecté. Le contrat est impérativement conclu en présence d'un notaire et les deux parties doivent être présentes en même temps. Dans ce sens, l'article §2276 du BGB dispose que :

²³⁷§2278 BGB : "(1) In einem Erbvertrag kann jeder der Vertragsschließenden vertragsmäßige Verfügungen von Todes wegen treffen.

(2) Andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen und die Wahl des anzuwendenden Erbrechts können vertragsmäßig nicht getroffen werden".

²³⁸Article § 2293 du BGB : "Der Erblasser kann von dem Erbvertrag zurücktreten, wenn er sich den Rücktrittin Vertrag vorbehalten hat".

« (1) Un contrat d'héritage ne peut être conclu que par rédaction écrite d'un notaire en présence des deux parties. Les dispositions de § 2231 n° 1 et §§ 2232, 2233 doivent être appliquées ; ce qui s'applique au défunt selon ces règles s'applique à chacune des parties contractantes.

(2) Pour un contrat de succession entre époux ou entre fiancés, qui est lié à un contrat de mariage dans le même acte, la formule prescrite pour le contrat de mariage est suffisante ».239

Le pacte sur succession future, s'il est largement autorisé en droit allemand, n'en reste pas moins très encadré.

B. L'Angleterre

121. Il peut paraître curieux de classer l'Angleterre et les systèmes de Common law dans les systèmes permissifs ou libéraux alors qu'il a été indiqué par ailleurs que le pacte successoral était inconnu du droit anglais.²⁴⁰

En réalité, parce que de nombreux contrats du droit anglais constituent des « équivalents fonctionnels »²⁴¹ aux pactes sur succession future, il est possible de classer l'Angleterre dans les systèmes permissifs.

122. En droit anglais, les conventions passées en matière successorale ne comportent des obligations que pour celui qui s'engage. Le bénéficiaire n'a donc pas le droit à une part de

²³⁹Article §2276 BGB : “ (1) Ein Erbvertrag kann nur zur Niederschrift eines Notars bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden. Die Vorschriften der § 2231 Nr. 1 und der §§ 2232, 2233 sind anzuwenden ; was nach diesen Vorschriften für den Erblasser gilt, gilt für jeden der Vertragschließenden.

(2) Für einen Erbvertrag zwischen Ehegatten oder zwischen Verlobten, der mit einem Ehevertrag in derselben Urkunde verbunden wird, genügt die für den Ehevertrag vorgeschriebene Form ”.

²⁴⁰BONOMI A., *La Vocation successorale volontaire dans certains droits européens sur le droit des successions en Europe*, Acte du colloque de Lausanne du 21 février 2003, Droz, 2003 p. 45 : « Les droits anglais et irlandais ne connaissent pas le pacte successoral, mais ils permettent de conclure un contrat par lequel le de cujus s'engage à faire ou ne pas faire un testament (“contract to make, or not to make a will”). De même, le testateur peut s'engager à ne pas révoquer ou modifier un testament. Contrairement au pacte successoral, ces engagements ne contiennent pas de véritables dispositions pour cause de mort, et ne donnent pas droit à une part d'héritage. Ils ont un effet purement obligatoire, et s'ils ne sont pas respectés, le cocontractant n'a en principe que le droit de réclamer des dommages et intérêts. » ; BONOMI A., WAUTELET P., *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e édition, Éditions Bruylant février 2016, art. 3, p. 156.

²⁴¹ BONOMI A., *La Vocation successorale volontaire dans certains droits européens sur le droit des successions en Europe*, Acte du colloque de Lausanne du 21 février 2003, Droz, p. 45.

la succession du de cujus. Ces conventions ne sont donc pas des pactes sur succession future. Toutefois, la distinction est tenue lorsque les Tribunaux accordent au bénéficiaire de la convention des biens spécifiques dans la succession de celui qui s'est engagé. Ces conventions²⁴² auront à minima des effets équivalents de sorte que, si ces dernières ne sont pas des pactes sur succession future, elles constituent toutefois des équivalents fonctionnels.²⁴³

Bien évidemment ces différentes dispositions, pour produire leurs effets, doivent respecter le droit des contrats.²⁴⁴ Sur ce point, il existe une différence de principe entre les systèmes juridiques de tradition de common law qui ne connaissent pas l'interdiction des pactes sur succession future et ceux de tradition civiliste, qui la connaissent, tout au moins les systèmes juridiques qui sont largement influencés par les dispositions du Code Napoléon.

§ 2. Les systèmes juridiques restrictifs

123. Ainsi qu'il a été indiqué, ces États appartiennent au sous-groupe de la famille dite du Code Napoléon. Aussi, c'est toute naturellement que l'on retrouve la France, l'Espagne et l'Italie.

A. La France

124. Historique. Le principe posé est celui de l'interdiction des pactes sur succession future. Si l'origine de l'interdiction de ce type de pactes est romaine, les pactes successoraux

²⁴² PROBERT R., HARDING M., *Family and Succession Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 5^e édition, 2016, n° 567-570 : "A number of arrangements may be put in place by a person in contemplation of their death. Some - e.g., the making gifts and establishment of trusts - may be motivated by the desire to minimize the amount of inheritance tax that is payable (at the time of writing 40% on any transfers over the value of GBP 325,000, although the threshold is regularly updated). Others - such as the joint tenancy - may be intended to ensure the smooth transmission of property, while nominations and insurance contracts are intended to secure payments by a third party to a nominated person. There is also the problem that the deceased may not have formalised his or her intentions. The circumstances in which a person may have a claim against the estate by virtue of proprietary estoppel also need to be considered." ; PARRY, E.A., KERRIDGE R., *The Law of Succession*, Sweet & Maxwell 2016, n° 6-01 et s.

²⁴³ DEBERNARDI G., *Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux*. Droit. Université Côte d'Azur, 2017. Français, n° 313.

²⁴⁴ PARRY E.A., KERRIDGE R., *The Law of Succession*, Sweet & Maxwell 2016, n° 6-01.

étaient jadis jugés « odieux », il n’y a cependant jamais eu d’interdiction générale et absolue.²⁴⁵ Ainsi, par exemple, étaient valides les pactes de succession réciproque entre les militaires.²⁴⁶

À partir du moment où le droit romain a été oublié, sous le poids des invasions des peuples germains, les pactes sur succession future ont tout naturellement été pratiqués en France.²⁴⁷ Ils étaient au demeurant très utiles dans le système féodal français.

Ces pactes ont ensuite été remis en cause lors de la renaissance du droit romain, à l’exception de l’institution contractuelle²⁴⁸ en raison de l’utilité que cette dernière avait pour la noblesse et le service des fiefs.²⁴⁹

²⁴⁵BAUDRY-LACANTINERIE G., WAHL A., *Traité théorique et pratique de droit civil, les successions*, t. 2, 3^e édition, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1905, n° 1005 : « Le Code civil va même plus loin que le droit romain ou l’ancien droit. En droit romain les pactes sur succession future étaient valables s’ils étaient faits avec le consentement de celui dont la succession était en cause. Dans l’ancien droit, pour exclure les filles entièrement de la succession, ont pris l’habitude de les faire renoncer à la succession avant son ouverture, et, comme cette renonciation était nulle, on la corrobora par un serment, d’ailleurs également nul d’après les principes, mais auquel le droit canonique attachait cependant l’effet de valider la renonciation. Cet usage d’abord restreint en pays de coutume, s’introduisit dans ceux de droit écrit, où divers statuts le consacrèrent et où sa validité fut indiscutée. On arriva même à sous-entendre la renonciation dans les contrats de mariage. » ; CAPITANT H., *La prohibition des pactes sur les successions non ouvertes*, Rev. Crit.legisl.et jurispr.1933, p. 86-113 ; MAZEAUD H., J., L., *Leçons de droit civil*, t. 4, *Régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, Montchrestien, 1963, n° 685 et s., n° 692 concernant le droit comparé ; NAST M., « Étude sur la prohibition des pactes sur succession future, histoire, droit civil moderne, législation », Thèse pour le doctorat, Paris, 1905, p. 16 et s.

²⁴⁶TROPLONG R.-Th., *Droit civil expliqué, Des donations entre-vifs et des testaments* ou Commentaire du Titre II du Livre III du Code Napoléon, Paris, Charles Hingray Librairie-éditeur, 1855, t. 4, commentaires art. 1082 et 1083, p. 493. Sur l’admission du pacte d’institution réciproque entre militaires en droit romain, voir également BRAS MIRANDA G., *La Prohibition des pactes sur succession future*, coll. Minerve, Éditions Yvon Blais, 1999, n° 34.

²⁴⁷TROPLONG R.-Th., *Droit civil expliqué, Des donations entre-vifs et des testaments* ou Commentaire du Titre II du Livre III du Code Napoléon, Paris, Charles Hingray Librairie-éditeur, 1855, t. 1, p. 138. L’auteur précise que les pactes sur succession futures ont longtemps été « très en vogue dans les bas siècles ». L’auteur cite un ouvrage édité en 1548 : *Masuerii practica Forensis*, t. 32, n° 16, Junge P. des Fontaines, chap. 15, §7. ; BRAS MIRANDA G., *La Prohibition des pactes sur succession future*, coll. Minerve, Éditions Yvon Blais, 1999, n° 40 à 46 : « Le droit des pactes sur succession future au Moyen Âge résulte, on s’en douterait, d’un amalgame d’influences. Dans un premier temps, les invasions barbares apportèrent une grande indulgence en matière de contrat successoral. Tout au long du Moyen Âge, de nombreuses pratiques de contrat successoral se développèrent, répondant parfaitement aux besoins et aux mœurs de la société féodale. C’est pourquoi, au XII^e siècle, lors de la renaissance du droit romain, les romanistes éprouvèrent de réelles difficultés à imposer la prohibition générale des pactes sur succession future ».

²⁴⁸BRAS MIRANDA G., *La Prohibition des pactes sur succession future*, coll. Minerve, Éditions Yvon Blais 1999, n° 44.

²⁴⁹TROPLONG R.-Th., *Droit civil expliqué, Des donations entre-vifs et des testaments* ou Commentaire du Titre II du Livre III du Code Napoléon, Paris, Charles Hingray Librairie-éditeur, 1855, t. I, p. 138.

Le droit révolutionnaire tout d'abord et le Code Napoléon ensuite ont repris la prohibition de principe des pactes sur succession future,²⁵⁰ l'évolution ultérieure portant sur des dérogations toujours plus importantes.

125. Droit antérieur à 2006. Avant les réformes du droit des successions de 2001 et de 2006, la matière était dispersée. Il existait pas moins de cinq articles sur les pactes sur succession future (article 791, article 943, article 1130, article 1389, article 1600 du Code civil)²⁵¹, même si le siège de la matière était fixé à l'article 1130 du Code civil.

126. Principe d'interdiction. L'article 722 du Code civil dans sa version issue de la réforme du droit des successions de 2006 pose en principe l'interdiction des pactes sur succession future : « Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi. »²⁵²

Ainsi donc, hormis les cas prévus par la loi, il est interdit de conclure un contrat ayant pour objet, soit de constituer des droits, soit de renoncer à des droits, sur une succession non encore ouverte.

Cette définition de l'article 722 du Code civil est classique et reprend la jurisprudence de la cour de Cassation telle qu'issue du célèbre arrêt CRÉMIEUX du 11 janvier 1933²⁵³ :

« Vu l'article 1130 du Code civil ;

²⁵⁰ FAVIER Y., « Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français », in *Les Pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Genève 2008, p. 30.

²⁵¹ 72^e Congrès des Notaires de Italie, « La dévolution successorale », Deauville 1975, p. 569.

²⁵² Référence Internet :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI00000643071>.

²⁵³ Référence Internet :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=IURITEXT000006953065&fastReqId=1403832814&fastPos=44>. ; CAPITANT H., *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2^e édition, 1940, n° 183 ; BENDELAC E., *Le Transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé, le choix de la loi applicable aux institutions d'Estate planning*, Éditions Bruylant, 2016, n° 22.

Attendu que toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte constitue un pacte sur succession future prohibé par la loi, encore que celui de la succession duquel il s'agit y ait consenti ; que cette prohibition est formelle et d'ordre public et ne comporte d'autres dérogations que celles qui sont limitativement déterminées par la loi ; ».

Cette définition a constamment été reprise en jurisprudence.²⁵⁴

Il ne faut cependant pas se méprendre. Même si le texte de l'article 722 du Code civil vise une « convention », en droit français tout au moins, tout type d'acte peut être concerné, y compris un acte unilatéral.²⁵⁵ La Cour de cassation évoque d'ailleurs le terme de « stipulation », qui paraît plus approprié.

127. Dérogation. En droit français, excepté les cas prévus par la loi, le principe est celui de l'interdiction de conclure un pacte sur succession future. Il faut toutefois nuancer le propos puisque, d'une part, il existe des dérogations toujours plus nombreuses et, d'autre part, que la jurisprudence valide des conventions à terme ou sous condition. La matière a été réformée en 2006 et si le principe d'interdiction demeure, les exceptions prévues par la loi sont toujours plus nombreuses, à tel point que c'est un nouveau droit successoral qui émerge.

Ainsi que le souligne M. le Professeur BRENNER : « La loi de 2006 a augmenté le nombre des pactes sur succession future autorisés par la loi, non plus désormais pour briser une jurisprudence purement technique jugée inopportune, mais afin de faire apparaître un nouveau droit successoral, plus fondé que naguère sur les besoins de l'entreprise et les volontés individuelles (du de cujus et des héritiers présomptifs) que sur les raisonnements et la technique juridique. Mais la prohibition demeure et n'est écartée que par une disposition expresse ».²⁵⁶

²⁵⁴ Cass. Civ. I 10 janvier 1990, Bull Civ. I, n°7, D 1991, Jur., p.372, note MAZERON, RTD Civ. 1991, p.784, obs PATARIN.

²⁵⁵ MALAURIE Ph., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 6^e édition, LGDJ Lextenso 2014, n° 688.

²⁵⁶ MALAURIE Ph., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 8^e édition, LGDJ Lextenso 2018, n° 686.

Mme BRAS MIRANDA indique, dans la conclusion à ses développements portant sur l'évolution de la prohibition des pactes sur succession future en droit français, que l'attitude de sévérité du législateur à l'égard de la prohibition des pactes sur succession future ne dépend pas d'une posture morale mais répond à un besoin de maintien des structures de la société.²⁵⁷

128. Cette évolution vers une plus grande permissivité des pactes sur succession future serait donc la manifestation d'un changement dans les structures de la société, le maintien de l'entreprise et sa transmission facilitée étant considérés comme de nature à assurer la pérennité des structures de l'État.

B. L'Espagne

129. Comme déjà souligné, il existe des spécificités en droit espagnol qui tiennent à l'existence d'une multiplication de législations régionales (les communautés locales autonomes) et la matière n'est pas réglée à l'identique selon le droit commun et les droits régionaux.²⁵⁸

130. *Droit national.* Le droit commun reprend le principe d'interdiction des pactes sur succession future qui est fixé aux articles 658 et 1271-2 du Code civil espagnol.²⁵⁹ L'article 658 du Code civil espagnol dispose que la volonté de l'homme est « exprimée dans le testament » et à défaut la succession est dévolue par la Loi, ce qui laisse peu de place à l'organisation anticipée de sa succession.

En particulier, l'article 1271-2 du Code civil espagnol qui a été modifié par la loi n° 7/2003 du 1^{er} avril 2003 dispose clairement que « Peuvent être objets de contrats toutes les choses qui ne sont pas exclues du commerce des hommes, y compris les choses futures. Toutefois,

²⁵⁷ BRAS MIRANDA G., *La Prohibition des pactes sur succession future*, coll. Minerve, Éditions Yvon Blais, 1999, n° 55.

²⁵⁸ GARCÍA RUBIO M.P., *Juris-classeur de Droit Comparé, Fascicule n° 2 – Italie – Successions et donations*, 14 février 2010.

²⁵⁹ GARCÍA RUBIO M.P., *Juris-classeur de Droit Comparé, Fascicule n° 2 – Italie – Successions et donations*, 14 février 2010 n° 30 ; BONOMI A., « Les pactes successoraux en droit international privé – Remarques comparatives à la lumière du droit français, italien, espagnol et suisse », in *Les Pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Genève 2008, p. 17.

la succession future ne pourra faire l'objet de contrats autres que ceux qui visent à réaliser entre vifs la division d'un capital ou sa partition conformément aux dispositions de l'art. 1056 (...) ».260

131. Droits régionaux. Au niveau régional, il existe certaines particularités et les communautés autonomes autorisent les pactes successoraux, notamment lorsqu'ils sont justifiés par des raisons matrimoniales (Aragon, Baléares, Catalogne, Galice, Navarre, Pays Basque et la communauté de Valence).261

²⁶⁰ HERRERO ALONSO I., « Le principe de la prohibition des pactes successoraux et les instruments alternatifs du Code civil espagnol », in *Les Pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Genève 2008, p. 99 ; GARCÍA RUBIO M.P., *Juris-classeur de Droit Comparé*, Fascicule n° 2 – Italie – Successions et donations, 14 février 2010, texte révisé par MEYER M.E. : « Selon le paragraphe deux de l'article 1271 l'héritage futur ne peut faire l'objet d'un contrat. Cela suppose donc que tout contrat successoral, dans lequel le de cujus passe un pacte sur sa propre succession mortis causa avec le successeur est illégal. De même est illégal tout contrat dans lequel le successeur renonce à sa succession ou tout contrat ayant pour objet l'héritage d'un tiers. Cependant il existe à ce texte une exception légale : l'article 1056 du Code civil. Cet article autorise le partage entre vivants faits par le testateur, ce qui en réalité n'est pas un contrat ayant pour objet une succession future mais l'application d'un droit successorae : le partage » ; article 1271 du Code civil espagnol : « *Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.*

Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres ».

²⁶¹ HERRERO ALONSO I., « Le principe de la prohibition des pactes successoraux et les instruments alternatifs du Code civil espagnol », in *Les Pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Genève 2008, p. 100. ; Pour le détail de la réglementation des droits foraux, voir MARTINEZ MARTINEZ M., « Les pactes successoraux dans les droits régionaux d'Italie », in *Les Pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Genève 2008, p. 108,127 ; COBAS COBIELLA M.E., *La modernización del derecho de sucesiones, algunas propuestas, Cuestiones de Interés Jurídico*, ISSN 2549-8402, IDIBE, julio 2017. Référence Internet : <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/cij-16.pdf>.

Ainsi, les droits des communautés autonomes reconnaissent la validité de la succession contractuelle.²⁶² Ainsi, selon que le défunt sera soumis au droit commun ou au droit régional, les principes seront inversés.²⁶³

Il faut encore ajouter que le droit civil commun est supplétif, de sorte qu'en cas de conflit entre le droit commun et le droit régional, c'est le droit régional qui sera préféré et appliqué.²⁶⁴

132. De plus, si le principe général du droit civil commun est celui de la prohibition des pactes sur succession future, les droits foraux connaissent un principe symétriquement inverse. Aussi, le classement de l'Espagne dans le sous-groupe des systèmes restrictifs doit cependant être largement nuancé en raison de l'existence du système plurilégislatif.

²⁶² PLANELLS DEL POZO C., TORRES ESCAMEZ S., *Rapport national Italie*, Notarius International 3-4/2003, n° 5.4.2. : « Contrairement aux droits foraux (Aragon, Catalogne, Isles Balnéaires, Navarre, Pays Basque), le droit espagnol ne permet pas de conclure des pactes successoraux (Code civil art. 658, 1.271). Leur régime juridique varie selon la loi forale applicable ». ; COIFFARD D., « La succession contractuelle en droit comparé », *Droit & Patrimoine* n° 127, juin 2014, p. 55 : « L'Italie s'inspire très largement du droit français, mais les droits civils des communautés autonomes admettent les pactes successoraux. Ainsi, l'Aragon autorise les pactes de renonciation à réserve. La Navarre et la Catalogne admettent les pactes d'institution (heredamiento) et les pactes de renonciation. Les îles Baléares, par une loi du 19 avril 1961 modifiée en 1990 réglemente les contrats successoraux. La Galice admet le pacte par lequel on règle à un réservataire une somme de son vivant en contrepartie d'une renonciation (art. 146-1). » Pour une étude d'ensemble, il est utile de se reporter aux travaux de COBAS COBIELLA M.E., *La modernización del derecho de sucesiones, algunas propuestas, Cuestiones de Interés Jurídico*, ISSN 2549-8402, IDIBE, julio 2017. Référence Internet : <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/cij-16.pdf>.

²⁶³ MARTINEZ MARTINEZ M., « Les pactes successoraux dans les droits régionaux d'Italie », in *Les Pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Genève 2008, p. 107 : « il faut souligner que tout Espagnol qui est soumis au Code civil selon sa "vecindad civil" ("proximité civile") ne peut pas passer de pacte successoral ; à l'opposé, celui qui est soumis à n'importe quel droit régional peut conclure des pactes. En Italie, les droits régionaux de plusieurs "comunidades autonomas" connaissent des actes pour cause de mort que l'on peut considérer comme des pactes successoraux. Si on suit un ordre géographique, il s'agit de la Galice, du Pays Basque, de la Navarre, de l'Aragon, de la Catalogne et des Îles Baléares. Ce sont les territoires qui, au moment de l'entrée en vigueur de la Constitution en 1978, avaient déjà leur droit civil propre, particularité respectée par l'art. 149.1.8. Constitution. Les autres Communautés autonomes n'ont pas cette compétence. »

²⁶⁴ BONOMI A., « Les pactes successoraux en droit international privé – Remarques comparatives à la lumière du droit français, italien, espagnol et suisse », in *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Genève 2008, p. 17.

C. L'Italie

133. Principe d'interdiction. L'Italie fait partie du sous-groupe dit du Code Napoléon et connaît la même prohibition des pactes sur succession future²⁶⁵ que toutes les législations qui ont subi l'influence du Code civil français.²⁶⁶

Aussi, l'article 458 du Code civil italien actuel dispose que « sans préjudice des dispositions des articles 768 bis et suivants, est nul (1418) tout accord portant sur sa succession.

De même, tout acte par lequel une personne renonce à ses droits dans une succession qui n'a pas encore été ouverte, ou renonce à la même chose, est nul ». ²⁶⁷

L'article 557 du Code civil italien dispose également que : « La réduction des dons (809) et des dispositions préjudiciables à la part de légitime ne peut être exigée des légitimes et de leurs héritiers ou ayants droit (537 et s.).

²⁶⁵FUSARO A., *Succession et famille en Italie*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Journées roumaines, t. 60, 2010, p. 102 ; GIORGI (de) V., *I patti successioni future*, Napoli, 1976, p. 65 ; 72^e Congrès des Notaires de Italie, « La dévolution successorale », Deauville 1975, p. 653 sur le pacte successoral en droit allemand, p. 641-642 ; TASSINARI F., « Interdiction des pactes successoraux en droit positif italien et perspectives de réforme », in *Les Pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Genève 2008, p. 75-83.

²⁶⁶ MAZEAUD H., J., L., *Leçons de droit civil*, t. 4, *Régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, Montchrestien, 1963, n° 685 et s., n° 692 : « La prohibition des pactes sur succession future se retrouve dans toutes les législations qui se sont inspirées du Code civil français : aux Pays-Bas (art.1370 al.2), en Italie (art.1271, 831 et 1331), dans les pays d'amérique latine, dans la province de Québec (art.1061). Le Code civil italien de 1942 rappelle le principe en termes très généraux (art.458) : "Est nulle toute convention par laquelle quelqu'un dispose de sa propre succession. Est de même nul tout acte par lequel qu'un dispose des droits qu'il peut attendre sur une succession non ouverte ou renonce à ceux-ci". Le droit soviétique ne reconnaît pas non plus le pacte successoral, qui n'a d'ailleurs jamais été valable en droit russe ». 72^e Congrès des Notaires de Italie, « La dévolution successorale », Deauville 1975, p. 642 ; HERRERO ALONSO I., « Le principe de la prohibition des pactes successoraux et les instruments alternatifs du Code civil espagnol », in *Les Pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Genève 2008, p. 100.

²⁶⁷ Diretto da F. Di MARZIO, *Codice civile, I codici commentati*, Giuffrè Editore, 2016, art. 458 : "Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-Bis e seguenti, è nulla 51418) ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. E del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi (557, 589, 635, 679, 2122)". Pour une étude de l'article 458 du Code civil italien, voir également TASSINARI F., « Interdiction des pactes successoraux en droit positif italien et perspectives de réforme », in *Les Pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Genève 2008, p. 75-83.

Ils ne peuvent pas renoncer à ce droit tant que le donneur ne vit, ni par déclaration expresse, ni en donnant son consentement au don (458).

Les donateurs et les légataires ne peuvent pas demander une réduction ou en profiter. Ni le créancier du défunt ne peut en faire la demande, ni en profiter si le propriétaire légitime ayant droit à la réduction a accepté au bénéfice de l'inventaire (484 et s.) ».268

La matière a, comme en France, été réformée mais le principe d'interdiction des pactes sur succession future demeure.269

SECTION 2 : LA NOTION RENOVÉE DE PACTE SUR SUCCESSION FUTURE

§ 1. Tentative de définition du pacte sur succession future

134. Constat : l'incohérence. Dans ce contexte d'interdiction et de dérogations, il convient de s'interroger sur la définition du pacte sur succession future. Il serait, à priori, difficile de trouver le(s) critère(s) qui permettrait(en)t de définir le pacte sur succession future et qui permettrait(en)t de distinguer les opérations susceptibles d'être annulées car violant le principe de prohibition des pactes sur succession future de celles qui seraient valides.270

Par ailleurs, la jurisprudence laisserait place à une plus grande part d'arbitraire, rendant plus complexe encore la définition du pacte sur succession future. En outre, lorsque la

²⁶⁸ Article 557 du Code civil italien : “*La riduzione delle donazioni (809) e delle disposizioni lesive della porzione di legittima non può essere domandata che dai legittimari e dai loro eredi o aventi causa (537 e seguenti).*”

Essi non possono rinunciare a questo diritto, finché vive il donante né con dichiarazione espressa, né prestando il loro assenso alla donazione (458).

I donatari e i legatari non possono chiedere la riduzione, né approfittarne. Non possono chiederla né approfittarne nemmeno i creditori del defunto, se il legittimario avente diritto alla riduzione ha accettato con il beneficio d'inventario (484 e seguenti)”.

²⁶⁹ MUSY A., « Succession et contrats en Italie », in *Les successions*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, t. 60/210, Éditions Bruylant, p. 343-357.

²⁷⁰ BENDELAC E., *Le Transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé, le choix de la loi applicable aux institutions d'Estate planning*, Éditions Bruylant, 2016, p. 41.

jurisprudence a annulé certaines conventions, pourtant utiles, car contraires à la prohibition des pactes sur succession future, le législateur est venu les consacrer.²⁷¹

Il en résulte un manque de cohérence et de sécurité juridique qui rend la tâche du praticien difficile lorsqu'il essaye d'organiser la succession du de cujus et d'organiser la transmission anticipée de l'entreprise familiale.

135. Cette insécurité juridique est, bien évidemment, nuisible lorsqu'il s'agit d'organiser la transmission de l'entreprise familiale. Plus que l'existence d'une interdiction du pacte sur succession future avec des dérogations, c'est en réalité l'absence de définition du pacte sur succession future et les incertitudes juridiques qui pourraient constituer les réels obstacles à la transmission de l'entreprise familiale. Le praticien chargé d'organiser la transmission de l'entreprise familiale doit prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer une transmission efficace de l'entreprise familiale et éviter toutes contestations ultérieures.

Le praticien ne se risquera donc pas à faire des opérations en utilisant des institutions susceptibles d'être remises en cause plusieurs années plus tard.

136. Depuis l'arrêt CRÉMIEUX du 11 janvier 1933, repris ultérieurement en jurisprudence, puis dans la loi à l'article 722 du Code civil, sont interdites parce qu'elles constituent des pactes sur succession future prohibées : « les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant (...) », puisque ces conventions « (...) ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi ».

Formulés en des termes un peu différents, les articles 458 du Code civil italien et l'article 1271-2 du Code civil espagnol contiennent les mêmes éléments, à savoir : des conventions (A) attribuant ou retirant des droits (B) qui portent sur une succession non ouverte (C).

²⁷¹ MALAURIE Ph., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 6^e édition, LGDJ Lextenso 2014, n° 684, 685.

A. L'existence d'une convention

137. Divergences. Le terme de « convention » de l'article 722 du Code civil français est trompeur, puisque le pacte prohibé peut concerner tout acte juridique, y compris un acte unilatéral. Le pacte successoral n'est pas limité à une convention. Certes, un débat doctrinal a eu lieu, mais il est dépassé de longue date en droit français.²⁷² Ceci est si vrai que la définition du pacte sur succession future n'était pas limitée à l'existence d'une convention que, lorsque la jurisprudence interdisait une opération, elle visait les dispositions de l'article 1130 du Code civil et utilisait le terme de « stipulation » qui est beaucoup plus général et permet d'embrasser beaucoup plus de situations.

Si l'article 458 du Code civil italien utilise également le terme de convention, la nullité est aussi encourue pour tout « acte » de disposition sur une succession non encore ouverte : "*E del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi*".²⁷³

De son côté, l'article 1271 du Code civil espagnol est rédigé dans les mêmes termes, mais en Espagne, le pacte sur succession future serait limité à une convention, excluant ainsi les actes unilatéraux.²⁷⁴

Aussi, le périmètre du pacte sur succession future ne serait pas le même en France et en Espagne.

²⁷² « Sur le caractère unilatéral ou conventionnel des actes juridiques qualifiés de pacte », voir LE BALLE R. « Étude des pactes sur succession future », *Droit Civil Approfondi*, Cours de Droit, 1961-1962, p. 22-38 qui reprend les controverses doctrinales, spécialement la position isolée de NAST dans sa thèse sur le sujet des pactes sur succession future.

²⁷³ Article 458 alinéa 2 du Code civil italien, Diretto da F. Di MARZIO, CODICE CIVILE, I codici commentati GIUFFRÈ EDITORE, 2016 ; MAZZON R., Manuale pratico per la successione ereditaria, MAGGIOLI EDITORE, 2015, n° 1.3., p. 24.

²⁷⁴ COBAS COBIELLA M.E., *La modernización del derecho de sucesiones, algunas propuestas, Cuestiones de Interés Jurídico*, ISSN 2549-8402, IDIBE, julio 2017. Référence Internet : <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/cij-16.pdf> : "*Sus características son las siguientes: es un acto jurídico inter vivos, bilateral, oneroso o gratuito y unilateralmente irrevocable. Así cuales serían las diferencias entre el testamento y el contrato sucesorio ? Encontramos dos diferencias principales, que son las siguientes: por un lado, el testamento es un acto unilateral y el contrato es bilateral (o puede ser incluso plurilateral, como ya se ha dicho); por otro, el testamento puede ser revocado y el contrato no (salvo acuerdo entre las partes)*".

138. Synthèse. Selon les États, seules les conventions seraient constitutives de pactes sur succession future (cas de l'Espagne, à la différence de la France et de l'Italie). Mais dans tous les systèmes juridiques, ce qui est sanctionné c'est l'irrévocabilité de l'engagement.²⁷⁵ Tout engagement qui peut être révoqué librement par son auteur ne tombe pas sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future. Il en est ainsi du testament, comme le rappelle la jurisprudence.²⁷⁶

B. Attribuant ou retirant des droits

139. S'agissant de sa propre succession, il est envisageable d'anticiper sa succession et de conclure un pacte sur sa succession.²⁷⁷ Du point de vue du de cujus, ce pacte est alors constitutif de droits au profit de tiers.

Du point de vue de l'héritier présomptif, le pacte consiste à renoncer à ses droits sur la succession à venir, le pacte est alors abdicatif de droits.²⁷⁸

140. Selon que le pacte est examiné du point de vue du de cujus ou de l'héritier, celui-ci sera attributif ou abdicatif de droits. Il est classique de distinguer les pactes dits attributifs des pactes dits abdicatifs, c'est-à-dire de renonciation, avec ou sans bénéficiaire déterminé.

141. Enfin, le pacte peut porter soit sur des droits, soit sur des biens, ce qui peut rendre difficile la découverte du pacte sur succession future prohibé.²⁷⁹ Le pacte peut également porter sur la succession d'un tiers.

²⁷⁵ Cass. I 28 mai 2008, pourvoi n° 07-14066. La Cour de Cassation a jugé qu'il n'y avait pas de pacte sur succession future dans la mesure où les « (...) les libéralités contestées résultaient de testaments, actes unilatéraux, par nature révocables et qui ne portaient pas atteinte à la liberté de tester de leurs auteurs. »

²⁷⁶ Cass. Civ I, 28 mai 2008, Bull. Civ I, n° 161, RTD Civ. 2008, p. 711, Obs M. GRIMALDI, cité in MALAURIE Ph., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 6^e édition, LGDJ Lextenso 2014, note de bas de page n° 11, sous le n° 689.

²⁷⁷ BONOMI A., *Successions internationales : conflits de lois et de juridictions*, Cours de l'Université de La Haye, 2011, p. 265-271 ; LELEU Y.-H. *Les Pactes successoraux en droit comparé, Les relations contractuelles internationales – le rôle du notaire*, Anvers, Maklu, 1995, p. 589 et s.

²⁷⁸ 72^e Congrès des Notaires de France, « La dévolution successorale », Deauville 1975 p. 648-651.

²⁷⁹ RANDOUX N., CAIGNAULT P., 2^e *Commission : les pièges de la prohibition des pactes sur succession future*, Les Petites Affiches, 12 septembre 2012, n° 183, p. 21 et s.

C. Une succession non ouverte

142. Le Code civil français n'évoque pas « la succession future », mais la succession non ouverte.²⁸⁰ C'est l'article 722 du Code civil dans sa version issue de la réforme du droit des successions de 2006. C'est également ce qui ressort de la lecture des articles du Code civil espagnol et du Code civil italien.

143. Double point de vue. C'est donc tant du point de vue du de cujus que de celui de l'héritier qu'il convient d'appréhender l'existence d'un pacte sur succession future prohibé. Mais cela ne signifie aucunement que tout acte réalisé par une personne de son vivant sur son patrimoine est susceptible de constituer un pacte sur succession future.

144. Du point de vue de l'héritier. Du point de vue de l'héritier, il est assez facile de distinguer le pacte sur succession future prohibé des autres pactes autorisés. En effet, de côté de l'héritier, soit celui-ci renonce à des droits, soit il renonce à des biens.²⁸¹ Le pacte sur succession future consiste, pour l'héritier, soit à transférer ses droits dans une succession non ouverte au profit d'un tiers, soit à y renoncer, voire à y renoncer au profit d'un tiers (pacte abdicatif in favorem).

145. Du point de vue du de cujus. En revanche, la situation est beaucoup plus compliquée lorsque c'est le de cujus qui dispose de ses biens.²⁸² Comme indiqué, il n'est pas question de faire tomber sous le coup de la prohibition tout acte par lequel le de cujus dispose de ses biens. Le disposant peut effectivement effectuer tout acte, à titre gratuit ou à titre onéreux, sur son patrimoine. Dans ces hypothèses, il dispose de biens présents. Cependant, il ne peut pas disposer de manière irrévocable de biens à venir qui existeraient au jour de l'ouverture de sa succession.

S'il venait à disposer de l'intégralité de ses biens, le pacte prohibé serait aisé à déceler car cela reviendrait à instituer irrévocablement un héritier.

²⁸⁰ LE BALLE R. « Étude des pactes sur succession future », *Droit Civil Approfondi*, Cours de Droit, 1961-1962, p. 39, sur la notion de succession non ouverte.

²⁸¹ GRIMALDI M., *Droit des successions*, 7^e édition, LexisNexis 2017, n° 375.

²⁸² RANDOUX N., CAIGNAULT P., 2^e Commission : les pièges de la prohibition des pactes sur succession future, Les Petites Affiches, 12 septembre 2012, n° 183, p. 21 et s.

Au contraire, si le défunt venait à disposer d'un ou de plusieurs biens, il serait plus difficile de déterminer si l'opération est constitutive d'un pacte sur succession future annulable ou d'une opération valable.

146. *Notions voisines.* Le débat s'est concentré autour de la distinction entre le pacte successoral, les pactes post mortem et les pactes conditionnels. Selon M. CAPITANT, c'est la notion de droit éventuel qui permet la ligne de partage entre les pactes prohibés et ceux qui sont autorisés.²⁸³ En réalité, le pacte prohibé ne crée d'obligation qu'à la charge de la succession, sans s'imposer au disposant.²⁸⁴

147. *La promesse post mortem.* Dans la promesse post mortem, le de cujus est actuellement obligé, c'est l'exécution de l'obligation qui est reportée au jour de l'ouverture de sa succession, tandis que dans le pacte prohibé, il ne le sera pas.

La jurisprudence a ainsi dû examiner des situations particulières de promesse de vente dont l'option ne peut être levée qu'au décès du promettant, mais celui-ci est déjà et actuellement engagé. De même, elle a eu à connaître de ventes dont les effets sont reportés au jour du décès du promettant. La solution dépend de l'existence ou non d'un droit éventuel ou d'un droit né et actuel.

148. *Les pactes conditionnels.* La jurisprudence s'est également prononcée à propos de pactes conditionnels tel que le pacte tontinier. Il s'agit d'un pacte signé entre plusieurs parties dont le survivant est considéré comme le seul acquéreur.²⁸⁵ Ce n'est pas un pacte sur succession future prohibé car chacune des personnes concernées dispose d'un droit actuel qui va dépendre d'une condition, à savoir son décès ou bien celui de l'autre.

²⁸³ CAPITANT H., *La prohibition des pactes sur les successions non ouvertes*, Rev. Crit.legisl.et jurispr.1933, p. 102-103 ; LE BALLE R. « Étude des pactes sur succession future », *Droit Civil Approfondi*, Cours de Droit, 1961-1962, p. 84, rappelle que si CAPITANT a établi la distinction entre les contrats *post mortem* et les pactes sur succession future, l'origine de la distinction se retrouve dans un commentaire d'arrêt de M. VIALLETON de 1923 ; également MALAURIE Ph., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 8^e édition, LGDJ Lextenso 2018, n° 691 ; VERDIER J-M, *Les droits éventuels - Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Thèse Paris 1953, p. 63.

²⁸⁴ Cass. Civ I, 13 Juin 1979, Defrénois 1980, art. 32267, RTD Civ. 1981, p. 658, obs. PATARIN.

²⁸⁵ SOUDEY G., *L'estate planning. Optimisation civile et fiscale d'une succession internationale*, coll. Pratique Notariale, LexNexis, 2011, n° 137-143, donne une définition du pacte tontinier : « Le pacte tontinier ou clause de tontine, est un contrat aléatoire aux termes duquel le survivant des co-tontiniers est réputé être seul propriétaire du bien acquis en tontine et ce, depuis le jour de l'acquisition ».

Cette notion de droit éventuel permet de faire la distinction entre les pactes prohibés et les pactes post mortem. Le critère tiré du droit éventuel qui permettrait de distinguer les pactes prohibés sur succession future des autres stipulations autorisées ne fait cependant pas l'unanimité et est critiqué.

Ainsi, selon M. GRIMALDI : « La référence au droit éventuel, bien que la Cour de cassation en parle dans certains arrêts comme celui précité du 26 octobre 2011, est le type même du critère fuyant, peu utilisable, et c'est à juste titre que le législateur ne l'a pas repris dans la définition qu'il a élaborée en 2011 ».286

La première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 octobre 2014, utilise clairement le critère du droit éventuel et celui du droit actuel pour fixer la limite de ce qui est interdit et de ce qui est autorisé : « Mais attendu que ne constitue pas un pacte sur succession future prohibé la convention qui fait naître au profit de son bénéficiaire un droit actuel de créance qui s'exercera contre la succession du débiteur ; que la cour d'Appel ayant constaté que, selon l'acte litigieux, Louis X avait reconnu devoir deux sommes d'argent payables à sa mort s'il ne les avait pas remboursées avant, il en résulte que cette convention avait conféré à Liliane Z., non un droit éventuel, mais un droit actuel de créance, seule son exécution pouvant être différée au décès de Louis X, de sorte qu'elle ne constituait pas un pacte sur succession future ; que le moyen n'est pas fondé ».287

D'après M. GRIMALDI, soit le pacte porte sur des droits dans la succession, et il est prohibé, soit la référence dans le pacte à une succession est effectuée pour constituer un terme à une obligation qui lui est extérieure, et il est donc autorisé : « Si l'on estime, ce qui est légitime, qu'un critère est utile en pratique pour mieux identifier le pacte prohibé, on peut observer que, pour être annulable, le pacte litigieux doit porter sur des droits dans la succession en considération de laquelle il a été conclu (...). Si en revanche l'ouverture d'une succession n'est visée que pour constituer un terme à une obligation dont l'existence est parfaitement extérieure au patrimoine successoral en cause, il n'y a pas de pacte sur succession future ». L'auteur ajoute : « Mais on ne saurait guère avancer davantage dans la recherche d'un critère

²⁸⁶ GRIMALDI M., *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2018/2019, n° 211-13.

²⁸⁷ Cass. Civ. I, 22 octobre 2014, n° 13-23657 PB. Il s'agit d'une décision qui fait l'objet de deux publications, de sorte que la Cour de cassation lui donne volontairement une certaine importance.

du pacte sur succession future, malgré l'insuffisance de celui qui vient d'être proposé, et dont la généralité est encore excessive. Une étude plus précise de la prohibition doit passer par une typologie des décisions en la matière ».²⁸⁸

Toutefois, cette distinction revient, sous une autre forme, à reprendre la notion de droit éventuel, car si l'obligation existe, la référence à la succession n'intervient que pour fixer un terme à une obligation qui lui est extérieure. Il faut donc retenir que le droit est actuel. En sens inverse, et s'il s'agit d'un droit dans une succession qui, par hypothèse, n'est pas encore ouverte, il s'agit d'un droit éventuel.

Le critère du droit éventuel, s'il peut être discuté, présente le mérite de fixer une ligne générale de partage de nature à guider le praticien. En revanche, et l'auteur a parfaitement raison, c'est dans la pratique des conventions qu'il convient d'examiner les situations. Si la typologie des situations peut aider le praticien, sa créativité est sans limite et il se trouvera des situations incertaines qu'il faudra éviter pour que les montages et opérations passées, notamment pour transmettre les entreprises familiales, ne soient remis en cause plusieurs années après.

149. Hormis l'étude des différentes conventions et montages effectués, il est possible de retenir que le pacte sur succession future est constitué d'une stipulation par laquelle une personne vient irrévocablement attribuer ou renoncer à des droits dans une succession non ouverte, ces droits étant éventuels.

§ 2. Typologie des pactes sur succession future autorisés

150. Exclusion des États qui admettent les pactes sur succession future. C'est exclusivement pour les États qui appartiennent au sous-groupe du Code Napoléon, au sein du groupe de tradition romano-germanique, qu'il convient d'apprécier les dérogations à l'interdiction des pactes sur succession future, en examinant ceux qui sont admis, qu'ils soient constitutifs ou abdicatifs de droits.²⁸⁹ Pour les autres États, à savoir l'Allemagne et

²⁸⁸ GRIMALDI M., *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2018/2019, n° 211-14.

²⁸⁹ La pertinence de la classification des pactes successoraux selon qu'ils sont constitutifs ou abdicatifs de droit peut être discutée et elle n'est pas reprise par l'ensemble des monographies, certains auteurs partant du principe

l'Angleterre, cela ne présente pas vraiment de sens car, par hypothèse, ils admettent l'existence de tous types de pactes, tant constitutifs qu'abdicatifs de droits.²⁹⁰ En Allemagne, le mécanisme de la renonciation à la réserve héréditaire est très utilisée dans le cadre de la transmission de l'entreprise familiale.²⁹¹

Aussi est-ce exclusivement en France, en Italie et en Espagne que seront précisées les dérogations apportées à l'interdiction de principe des pactes sur succession future.

A. les pactes de renonciation

151. Il s'agit d'un pacte dans lequel un héritier présomptif renonce en tout ou en partie à ses droits sur une succession future. Ce pacte peut être abdicatif de droits. Il s'agit alors d'un

que, souvent, le pacte successoral contient diverses dispositions constitutives de droit et d'autres abdicatives. En ce sens, voir notamment GRIMALDI M., *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2018/2019, qui distingue les « *pactes expressément permis par la loi* » et les « *pactes douteux validés par la jurisprudence* ».
²⁹⁰ BONOMI A., *Successions internationales : conflits de lois et de juridictions*, Cours de l'Université de La Haye, 2011, p. 265-271. L'auteur explique qu'en Angleterre et plus généralement dans le monde anglo-saxon, le succès du recours aux will substitutes est dû à des considérations étrangères au droit de succession. Ces institutions s'étant développées pour éviter la lourdeur des procédures judiciaires. L'auteur rappelle également que ces techniques sont largement utilisées en Allemagne. ; LELEU Y.-H., *Les Pactes successoraux en droit comparé, Les relations contractuelles internationales - Le rôle du notaire*, Anvers, Éditions Maklu, 1995, p. 589 et s. ; ROTHEL A., « La renonciation anticipée à la réserve héréditaire en droit allemand : conception, pratique et critique », in *Renonciations et successions : quelles pratiques ?* Defrénois, décembre 2016 p. 465-482. L'auteur expose que les renonciations anticipées à la réserve héréditaire sont connues depuis longtemps en Allemagne et qu'elles ont été consacrées dans le BGB. Elle rappelle que l'héritier peut soit renoncer à la succession « Erb-und Pflichtteilsverzicht », soit effectuer une renonciation isolée qui ne concerne que la réserve héréditaire « Pflichtteilsverzicht ». Le Code civil a opté pour la tradition germanique au lieu du droit romain, ce qui a permis de rendre « plus acceptable » les modifications des droit locaux. ; SAUVE L., *Les Renonciations successorales en droit comparé*, in *Renonciations et successions : quelles pratiques ?* Defrénois, décembre 2016, p. 413-432, voir spécialement le n° 598. ; Ouvrage collectif, les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé, étude des solutions en vigueur dans les six pays du marché commun, la République fédérale d'Allemagne, KNUR A., VAN RANDENBORGH W., DUMOULIN F.-J., *Dévolution successorale*, Fédération des Notaires de Belgique, 1963, spécialement les pactes successoraux, p. 359.

²⁹¹ BENDEL M., SPALL L., *Munchener Anwaltshandbuch Erbrecht*, Édition S. Scherer, 4^e édition. ; MULLER G., *Handbuch Pflichtteilsrecht*, Édition G. Schlitt/G. Muller, 2010, §10, n° 77 références citées in ROTHEL A., « La Renonciation anticipée à la réserve héréditaire en droit allemand : conception, pratique et critique », in *Renonciations et successions : quelles pratiques ?* Defrénois, décembre 2016, p. 465-482.

pacte de renonciation pure et simple. Il peut aussi être translatif de droits, la renonciation est alors faite en faveur d'une personne désignée.²⁹²

1) En France

152. *Multiplication des cas autorisés.* Le Code civil a multiplié les situations dans lesquelles l'héritier présomptif pouvait renoncer à ses droits dans une succession.²⁹³

153. Ainsi, en cas de séparation de corps sur requête conjointe, les époux peuvent renoncer à leur vocation successorale réciproque, comme le dispose l'article 301 du Code civil.²⁹⁴ Les époux le font dans le cadre de leur convention.

154. De même, la donation-partage comporte des renonciations à rapport. Il ne s'agit pas ici de reprendre l'intégralité de l'institution, mais simplement de rappeler qu'elle implique plusieurs séries de renonciations. En effet, la donation-partage opérant un partage anticipé, c'est en principe à la date de cette donation-partage que sont évalués les biens qui y sont incorporés²⁹⁵.

155. Il existe également des pactes de renonciation à réduction. Ainsi, en cas de vente par l'un des parents d'un bien au profit de l'un des héritiers, dans les conditions de l'article 918 du Code civil, la participation des autres héritiers à l'acte leur interdit de remettre en cause

²⁹² BONOMI A., *La vocation successorale volontaire dans certains droits européens sur le droit des successions en Europe*, Acte du colloque du 21 février 2003, Droz 2003, p. 39. Pour une distinction entre les renonciations et les renonciations translatives de droit, voir MALAURIE Ph., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 6^e édition, LGDJ Lextenso 2014, n° 449-450.

²⁹³ COIFFARD D., *L'impossible succession contractuelle*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n° 19, 7 mai 2004, 1223.

²⁹⁴ Article 301 du Code civil : « En cas de décès de l'un des époux séparés de corps, l'autre époux conserve les droits que la loi accorde au conjoint survivant. Lorsque la séparation de corps est prononcée par consentement mutuel, les époux peuvent inclure dans leur convention une renonciation aux droits successoraux qui leur sont conférés par les articles 756 à 757-3 et 764 à 766. » Référence Internet : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006424405&dateTexte=20050101&categorieLien=id>

²⁹⁵ LE BALLE R. « Étude des pactes sur succession future », *Droit Civil Approfondi*, Cours de Droit, 1961-1962, p. 50-58. ; COLASSON F., VAREILLE B., *Successions et libéralités*, Editions Francis Lefebvre, 2019, chapitre 4 « Donations-partages ».

l'acte pour le qualifier de donation déguisée et obtenir la réduction de la libéralité pour une atteinte à la réserve.²⁹⁶

156. De même dans sa rédaction antérieure à 2006, l'article 930 alinéa 2 du Code civil disposait en ces termes : « Lorsque le donateur aura consenti à l'aliénation avec l'accord de tous les réservataires nés et vivants au moment de celle-ci, l'action ne pourra plus être exercée contre le tiers détenteur ». ²⁹⁷

Comme l'indique M. le Professeur BRENNER : « Ainsi les époux qui se séparent de corps par consentement mutuel peuvent-ils renoncer dans la convention de séparation, à leur vocation successorale réciproque (art.301). Ainsi encore les enfants peuvent-ils renoncer, à l'occasion de la vente que leur parent fait à l'un deux d'un bien avec réserve d'usufruit ou moyennant rente viagère, à la présomption de donation déguisée que la loi pose (art. 918). En cas de donation ostensible, ils peuvent aussi renoncer, lors de l'aliénation, que le donataire ferait du bien donné ou même désormais, dès l'acte de donation, à poursuivre l'action en réduction pour atteinte à la réserve contre tiers acquéreur (art. 924-4), ce qui est une convention très fréquente dans les faits. Allant plus loin, la loi du 23 juin 2006 a même permis de renoncer par anticipation à toute éventuelle action en réduction contre un bénéficiaire désigné (la RAAR), ce qui est une atteinte directe aux deux piliers traditionnels de l'ordre public successoral que sont la prohibition des pactes sur succession future et la réserve héréditaire (art. 929 à 930-5) ». ²⁹⁸

Le législateur de 2006, en introduisant la renonciation anticipée à l'action en réduction, a très clairement voulu « donner plus de liberté pour l'organisation des successions » ²⁹⁹ et

²⁹⁶Article 918 du Code civil : « 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 ». Référence Internet :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006433740>. Actes du 72^e Congrès des Notaires de France, « La dévolution successorale », 1975, p. 573.

²⁹⁷Actes du 72^e Congrès des Notaires de France, « La dévolution successorale », 1975, p. 577.

²⁹⁸MALAUURIE Ph., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 8^e édition, LGDJ Lextenso 2018, n° 704.

²⁹⁹HUYGHE S., Rapport pour l'Assemblée nationale, n° 2850, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 février 2006, p. 48 : « La conclusion d'un pacte successoral, mécanisme inspiré de législations

autoriser les pactes de famille pour favoriser la transmission des entreprises familiales, d'une demeure familiale ou encore pour aider un enfant handicapé. Ce faisant, le législateur s'est apparemment inspiré du droit allemand. Le rapport de M. de RICHEMONT déposé au Sénat le rappelle explicitement.³⁰⁰ En Allemagne, si la renonciation anticipée à la réserve est reconnue depuis longtemps, la multiplication des contentieux au sujet de ces renonciations prouve l'imperfection du mécanisme. Le législateur a envisagé de créer un droit de révocation très encadré pour les héritiers, de même que certains juristes proposent de s'inspirer du système français avec la mise en place d'un formalisme très strict.³⁰¹

157. La matière est organisée aux articles 929 à 930-5 du Code civil. La loi a strictement encadré la renonciation anticipée à l'action en réduction ou RAAR. Non seulement le législateur de 2006 a entouré cette renonciation d'un formalisme, mais il l'a aussi interdite au mineur émancipé.³⁰² De même, il faut souligner que le renonçant qui se retrouve dans un état de besoin peut demander au Tribunal la révocation de sa renonciation. Cette situation rapproche l'héritier français de l'héritier anglais qui peut intenter une action devant les juridictions au titre de la family provision.³⁰³

158. Il faut encore ajouter, et cette précision est importante dans une démarche comparatiste, que cette renonciation est translative de droits, en ce sens que la renonciation est faite au profit d'un tiers désigné qui n'a pas besoin d'être membre de la famille et n'a pas besoin de l'accepter.³⁰⁴

étrangères notamment allemande, permettra à un héritier réservataire de renoncer par anticipation, avec l'accord de celui dont il a vocation à hériter, à exercer son action en réduction contre une libéralité portant atteinte à sa réserve héréditaire (...). Le pacte successoral permettra ainsi de sécuriser les transmissions de patrimoine sans qu'il soit nécessaire de recourir à une donation-partage, et offrira davantage de liberté dans la répartition de ses biens, notamment lorsqu'un enfant handicapé compte parmi les héritiers. »

³⁰⁰ M. de RICHEMONT, rapport pour le Sénat, n° 343, annexe au procès-verbal de la séance du 10 mai 2006, p. 37.

³⁰¹ ROTHEL A., « La renonciation anticipée à la réserve héréditaire en droit allemand : conception, pratique et critique », in *Renonciations et successions : quelles pratiques ?* Defrénois, décembre 2016 p. 465-482 et sur les critiques, voir spécialement les n° 708-711.

³⁰² Circulaire n° 73-07/C1/5-2/GS, présentation de la réforme des successions et des libéralités.

³⁰³ SAUVEL., « Les renonciations successorales en droit comparé », in *Renonciations et successions : quelles pratiques ?* Defrénois, décembre 2016, p. 413-432, spécialement le n° 614.

³⁰⁴ MALAURIE Ph., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 6^e édition, LGDJ Lextenso 2014, n° 766 ; BRENNER Cl., *Jurisclasseur Civil articles 912 à 930-5* ; GRIMALDI M., *Droit des successions*, Lexisnexis, 7^e édition, n° 907-910 ; BONOMI A., *Les pactes successoraux à l'épreuve du règlement européen sur les successions*, Droit et Patrimoine 2015. ; BONOMI A., WAUTELET P., *Le Droit*

Cette disposition autorise très clairement les pactes de famille³⁰⁵ et est favorable à la transmission des entreprises familiales. C'est avec la préoccupation de transmettre les entreprises familiales que le législateur de 2006 a créé la RAAR. Toutefois, le législateur n'est pas allé au bout de la démarche et n'a pas créé un véritable pacte de famille.³⁰⁶

2) L'Italie

159. Si le législateur français avait en vue, en 2006, la transmission des entreprises familiales, il n'a pas limité son dispositif à ce type d'entreprises, à la différence de l'Italie qui, à la même époque, a introduit une dérogation à l'interdiction des pactes sur succession future en faveur de la transmission des entreprises familiales.³⁰⁷

160. Ainsi, la loi du 14 février 2006 a introduit dans le Code civil italien le pacte de famille (« *patto di famiglia* ») afin de favoriser la transmission de l'entreprise familiale.³⁰⁸

européen des successions. Commentaire du Règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012, 2^e édition, Éditions Bruylant février 2016, art. 3. ; BAILLON-WIRTZ, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? - À propos de la loi du 23 juin 2006 », Droit de la Famille n° 11, Novembre 2006, étude 44, n° 18.

³⁰⁵ GRIMALDI M., *Droit des successions*, 7^e édition, LexisNexis 2017, n° 907 : « C'est l'une des innovations majeures de la loi de 2006. La portée pratique en est considérable : la voie est désormais ouverte au pacte de famille, c'est-à-dire à la convention par laquelle le de cujus règle avec l'accord de ses héritiers qui ne pourront plus la contester, la transmission de ses biens ».

³⁰⁶ Sous la direction de PERES C., Rapport du groupe de travail, *la réserve héréditaire*, 13 décembre 2019, n°52. Référence internet : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_reserve_hereditaire.pdf .

³⁰⁷ PÉRÈS C., « Rapport général », in *Renonciations et successions : quelles pratiques ?* Defrénois, décembre 2016 p. 17-131. Le rapporteur explique qu'en Italie, c'est pour favoriser la transmission des entreprises familiales que le législateur italien, en 2006, sous l'impulsion de l'Union européenne a introduit le pacte de famille. ; SAUVE L., « Les renonciations successorales en droit comparé », in *Renonciations et successions : quelles pratiques ?* Defrénois, décembre 2016, p. 413-432.

³⁰⁸ MAZZON R., *Manuale pratico per la successione ereditaria*, Maggiola Editore, 2016, p. 196 : “*Opportuno sin d'ora dar conto come, attraverso gli articoli 768 Bis e seguenti del codice civile, il legislatore abbia introdotto il c.d. patto di famiglia contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie*”. ; GIACOMO O., *Il patto di famiglia*, Cedam, 2006. Référence Internet :

<http://www.giacomooberto.com/pattodifamiglia/pattodifamiglia.htm>: “*La lettura del resoconto della 552^a seduta della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati (26 gennaio 2006) consente di desumere che, come evidenziato dal relatore, «le iniziative in titolo intervengono sulla materia dei patti successori che il vigente articolo 458 del codice civile vieta»; più oltre il medesimo relatore osserva che «gli articolati in discussione propongono di conciliare il diritto dei legittimari – che non è in alcun modo posto in discussione – con la giusta esigenza di assicurare continuità all'impresa, in linea con il mutamento dei bisogni della società che richiedono un parziale superamento del divieto d[el]i patti successori». Sempre ad avviso del*

Le législateur de 2006 a entendu concilier le principe réaffirmé de l'interdiction des pactes sur succession future avec la nécessité d'assurer la continuité des entreprises familiales. La matière est régie par les dispositions des articles 768 bis à 768 octies du Code civil italien.³⁰⁹

La qualification de ce pacte est discutable, dans la mesure où il opère la transmission immédiate de l'entreprise familiale, mais il comporte une renonciation de l'héritier présomptif à engager une action en réduction pour atteinte à sa réserve héréditaire, de sorte que ce pacte de famille peut être classé dans la catégorie des pactes de renonciation.³¹⁰

Le pacte est conclu avec le conjoint et les héritiers réservataires et a pour objet d'assurer la transmission de l'entreprise familiale, quelle que soit sa forme sociale (fonds de commerce ou parts sociales). Les bénéficiaires du pacte ont l'obligation de verser immédiatement aux héritiers réservataires, sauf renonciation de ces derniers, une somme ou une compensation en nature équivalente à leur part de réserve.³¹¹

relatore, le disposizioni in esame assicurano «in modo adeguato la tutela dei diritti dei legittimari che (...) sono chiamati a partecipare all'atto dispositivo dell'impresa ricevendo dal beneficiario della stessa adeguato ristoro patrimoniale». ; ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE, Les successions : journées roumaines, t. 60/2010, Éditions Bruylant et LB2V, 2012. MUSY A., Succession et contrat en Italie, p. 345 ; ZOPPINI A., Il patto di famiglia, in Studi Salis, vol. 2, Turin, 2000, p. 1265 et s. ; OCKL D., Patto di famiglia e diritto internazionale privato, in Patti di famiglia per l'impresa, Fondazione Italiana per il Notariato, Milan, 2006, p. 374 et s. ; LE PORTA U., Il patto di famiglia, ATTI E CONTRATTI, UTET Guiridica, 2007.

³⁰⁹ CODICE CIVILE, I CODICI COMMENTATI, GIUFFRÉ EDITORE, dir. Fabrizio Di Marzio ; DAMASCELLI D., « Le pacte de famille en droit international privé italien » in *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Librairie Droz, Genève, 2008, p. 87. L'auteur donne la définition suivante du pacte de famille autorisé : « Selon l'art.768 bis Cod. civ., le pacte de famille est le contrat par lequel un chef d'entreprise transmet son entreprise, en totalité ou en partie - ou par lequel le titulaire de parts sociales transmet, tout ou partie de ses actions ou quotes-parts - à un ou plusieurs descendants ; par ce même contrat, aux termes du successif article 768 quater, 1^{er} et 2^e alinéa, Cod. civ., le bénéficiaire du transfert doit correspondre à ceux qui seraient les héritiers réservataires du disposant si, au moment de la stipulation du pacte de famille s'ouvrait la succession de ce dernier, la contrepartie en numéraire ou en nature, de la quote-part, de l'entreprise ou des parts sociales, leur revenant selon les dispositions sur la succession légitime. »

³¹⁰ BONOMI A., WAUTELET P., *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e édition, Éditions Bruylant février 2016, art. 3, n° 22 et note n° 35.

³¹¹ CALO E., « Aspects de droit successoral italien », Actes du Colloque organisé les 8, 9 et 10 avril 2015, *Les successions en droit comparé, Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Belgique, France, Italie, Maroc, Pays-Bas, Suisse*, mise à jour avril 2016, sous la direction de ANCEL-LIOGER Z. et CALO E., Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 222-223.

Enfin, un formalisme doit être respecté, puisque le contrat est passé devant notaire. Le pacte de famille peut être dissous ou modifié selon les mêmes formes.

Il importe également de préciser que tout litige se rapportant au pacte de famille est réglé par les organismes de conciliation (article 768 octies du Code civil) et non par le Tribunal, ceci dans un souci de célérité, car les litiges entre les parties au pacte peuvent facilement bloquer le fonctionnement de l'entreprise familiale.

161. Il convient donc de constater que ce pacte, qui comporte une renonciation de l'héritier à engager une action en réduction pour atteinte à la réserve, relève d'un domaine d'application bien plus étroit que la RAAR du droit français. En effet, cette dernière n'est pas limitée à la transmission de l'entreprise familiale et les accords peuvent également concerner des tiers, ce qui est largement en faveur de la transmission de l'entreprise familiale.

En dépit des innovations apportées par ce pacte, ce dernier n'a pas eu en pratique le succès escompté. Ce dispositif ne serait pas majoritairement utilisé pour transmettre les entreprises familiales.

162. Hormis ce pacte de famille dont l'objet concerne exclusivement l'entreprise familiale, la loi interdit tout pacte de renonciation, abdicatif ou translatif de droits.³¹²

3) L'Espagne

163. Ainsi qu'il a été expliqué, il n'existe pas, en Espagne, de système juridique unifié en matière de succession, de sorte que coexistent des dispositions régionales et des dispositions

³¹² Juris-classeur de Droit Comparé, Fascicule n° 20 Italie – Successions, CASTAGNARO A., 31 janvier 2018, n° 27 ; CALO E., « Aspects de droit successoral italien », Actes du Colloque organisé les 8, 9 et 10 avril 2015, *Les successions en droit comparé, Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Belgique, France, Italie, Maroc, Pays-Bas, Suisse*, mise à jour avril 2016, dir. ANCEL-LIOGER Z., CALO E., Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 222-223. ; SAUVE L., « Les renonciations successorales en droit comparé », *in Renonciations et successions : quelles pratiques ?* Defrénois, décembre 2016, p. 413-432, voir spécialement le n° 582, 583.

générales³¹³ qui ne sont pas nécessairement compatibles. Il en va ainsi des pactes sur succession future.³¹⁴

164. L'article 816 du Code civil espagnol interdit toute transaction ou renonciation sur une réserve légale future : "*Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción*". L'interdiction est générale et absolue.³¹⁵

Indépendamment de l'article 1271.2 du Code civil espagnol qui est général, d'autres dispositions du Code civil interdisent plus spécifiquement des renonciations à la succession. L'article 816 de ce Code interdit toute renonciation à la réserve héréditaire, de même que l'article 991 qui interdit d'accepter ou de renoncer à la succession d'un défunt avant son décès.³¹⁶

165. Il existe des instruments alternatifs, l'institution contractuelle, dont il sera discuté ci-après, ainsi que le système de la « mejora », particularité du droit espagnol qui ne se retrouve dans aucun autre système juridique du droit continental³¹⁷. La « méjora » est une amélioration de la réserve héréditaire de l'un des héritiers. Elle crée une inégalité entre eux et permet, à ce titre, d'attribuer une part plus importante de la succession à l'un d'eux et favorise, en fonction du patrimoine du défunt, la transmission de l'entreprise familiale à l'un

³¹³ GOMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ J.-M. et J., « Les Systèmes législatifs non unifiés : le cas espagnol », L'Europe pour les notaires - Les notaires pour l'Europe, Formation 2015-2017. Référence Internet : http://www.notaries-of-europe.eu/files/training-new/CNUE_Ansicht.pdf, p. 63-72.

³¹⁴ SAUVE L., « Les renonciations successorales en droit comparé », in *Renonciations et successions : quelles pratiques ?* Defrénois, décembre 2016, p. 413-432, spécialement n° 604. L'auteur rappelle que la Catalogne, les Pays-Basques, la Navarre, l'Aragon, la Galice et les Baléares admettent aussi bien les pactes de renonciation que les pactes sur succession future.

³¹⁵ HERRERO ALONSO I., « Le principe de la prohibition des pactes successoraux et les instruments alternatifs du Code civil espagnol », in *Les Pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Genève 2008, p. 100-101.

³¹⁶ MARTINEZ MARTINEZ M., « Les pactes successoraux dans les droits régionaux d'Espagne » in *Les Pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Genève 2008, p. 107, 127.

³¹⁷ GARCÍA RUBIO M.P., *Juris-classeur de Droit Comparé*, Fascicule n° 2 – Espagne - Successions et donations, 14 février 2010, n° 83 et s. ; SAUVE L., « Les renonciations successorales en droit comparé », in *Renonciations et successions : quelles pratiques ?* Defrénois, décembre 2016, p. 413-432, spécialement le n° 584 ; LACOSTE (de) G., *Essai sur les mejoras ou Avantages légitimaires dans le droit espagnol ancien et moderne*, éd. 1911, Hachette Livre BNF ; SANCHEZ ROMAN F., *Estudios de derecho civil – historia general de la legislacion espanola*, Vol. VI., derecho de sucesion, éd. Analecta, 2008.

des héritiers. Mais il ne s'agit pas de pactes de renonciation, lesquels sont interdits dans le Code civil espagnol.

166. En dépit de cette interdiction de principe, des assouplissements existent en faveur des entreprises familiales à travers l'institution du « protocolo familiar » qui permet, sous certaines conditions, des exonérations fiscales, à condition toutefois que les droits des héritiers réservataires soient respectés.³¹⁸ Ils peuvent contenir des clauses selon lesquelles les participants au protocole familial s'engagent à respecter des testaments, par exemple. Ces accords ou protocoles soulèvent des difficultés au regard du principe d'interdiction des pactes sur succession future³¹⁹. Ces protocoles familiaux présentent la particularité de ne pas être consacrés par le Code civil espagnol.

167. À la différence du droit civil commun, les droits des communautés autonomes reconnaissent la validité de la succession contractuelle.³²⁰ Certains droits régionaux, l'Aragon, la Catalogne et la Galice, ont été modifiés depuis la Constitution espagnole

³¹⁸ MARTINEZ MARTINEZ M., « Les pactes successoraux dans les droits régionaux d'Espagne » in *Les Pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Librairie DROZ, Genève 2008, p. 110, 111. COBAS COBIELLA M.E., *La sucesión mortis causa de la empresa familiar*, *Actualidad Civil*, revista jurídica de doctrina y jurisprudencia civil, mercantil y procesal, 2016, n° 7-8, p. 39. COBAS COBIELLA M.E., *La modernización del derecho de sucesiones, algunas propuestas*, *Cuestiones de Interés Jurídico*, ISSN 2549-8402, IDIBE, julio 2017. Référence Internet <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/cij-16.pdf> ; FERNANDEZ-SANCHO TAHOCES A.S., *La vertiente sucesoria de la empresa familiar*, in Ouvrage collectif RAMOS PRIETO J., HORNERO MENDEZ C., *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: Una Perspectiva Multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi 2016, p. 139-150.

³¹⁹ RAGAZZI, G.E., *La Empresa familiar*. Référence Internet : <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/civil/Guillermo-Ragazzi-La-Empresa-familiar.pdf>: “Eso es lo que ha llevado a que en el protocolo a menudo se estipulen cláusulas, al estilo de un pacto sucesorio encubierto con las que sus firmantes se obligan a otorgar testamento en un determinado sentido (o a no otorgarlo) o a no revocar el ya otorgado. Entiendo que este tipo de cláusulas presenta problemas importantes de validez ; y eso no solo en los territorios que no admiten los pactos sucesorios (art. 1271.2 CC), sino también en los que los admiten, como el caso de la Cataluña (así lo entienden también, entre nosotros Lluís JOU i Mirabent, 2005, P.362 y Emilio Gonzales Bou, 2005, p. 738)”.

³²⁰ PLANELLS DEL POZO, C., TORRES ESCAMEZ S., *Rapport national d'Espagne*, *Notarius International* 3-4/2003, n° 5.4.2. : « Contrairement aux droits foraux (Aragon, Catalogne, Isles Balnéaires, Navarre, Pays Basque), le droit espagnol ne permet pas de conclure des pactes successoraux (Code civil art. 658, 1.271). Leur régime juridique varie selon la loi forale applicable ». ; ARROYO i Amayuelas and Anderson, *Between Tradition and Modernisation : a general overview of the catalan succession Law Reform*, in Anderson/arroyo. ; MARTINEZ MARTINEZ M., « Les pactes successoraux dans les droits régionaux d'Espagne » in *Les Pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Genève 2008, p. 107-127.

adoptée le 31 octobre 1978. Il ne s'agit pas de retracer ici le détail du droit des communautés autonomes concernant les pactes successoraux.³²¹

En Aragon, la loi 1/99 du 24 février 1999 reconnaît les pactes successoraux, particulièrement l'article 84 qui reconnaît les pactes de renonciation.³²² En Catalogne, les pactes sur succession futures dont les pactes de renonciation sont reconnus. La loi 40/1991 du 30 décembre 1991³²³ sur le Code des successions a admis les pactes de renonciation. Les articles 431.1 à 431.5 du Code civil de Catalogne reconnaissent les pactes sur succession future, dont les pactes de renonciation.³²⁴ En Galice, enfin, la loi du 11 août 2006 a modifié les règles de droit concernant les pactes successoraux.³²⁵

À la différence du sous-groupe de tradition civiliste romaniste, l'Allemagne connaît des pactes sur succession future, tout comme les droits autrichien, suisse et scandinave.³²⁶

Les pactes de renonciation sont également autorisés en droit allemand.³²⁷ L'article 2346 du BGB dispose en effet que « (1) Les parents ainsi que le conjoint du testateur peuvent

³²¹ Pour le détail des droits des communautés forales, il est possible de se reporter à l'article de MARTINEZ MARTINEZ M., « Les pactes successoraux dans les droits régionaux d'Espagne » in *Les Pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Genève 2008, p. 107, 127.

³²² Ley 1/1999 du 24 février 1999 de las cortes de aragon, publicada en el boletin oficial de aragon, n° 26 du 4 marzo de 1999.

³²³ Loi n° 40/1991 du 30 décembre 1991, DOGC n° 1544 du 21 janvier 1992, p. 341 et s.

³²⁴ GARCÍA RUBIO M.P., Juris-classeur de Droit Comparé, Fascicule n° 2 – Espagne - Successions et donations, 14 février 2010, n° 61.

³²⁵ Ley 2/2006 de 14 de junio 2006, de derecho civil de galicia, en el boletin oficial número 191 de 11 agosto de 2006.

³²⁶ MAZAUD H., L. MAZAUD J., *Leçons de droit civil*, t. 4, Régimes matrimoniaux, Successions, Libéralités, Montchretien, 1963 : « Au contraire, les droits allemands, autrichien, suisse et scandinave admettent les pactes successoraux (Erbvertrag). Mais, en Allemagne au moins, ils ne paraissent usités que dans les contrats de mariage. La pratique allemande se rapproche ainsi des solutions du droit français qui admet, à certaines conditions, les donations de biens à venir ou institution contractuelle dans les conventions matrimoniales ». ; HERTEL C., *Aperçu sur les systèmes juridiques dans le monde*, Notarius international 1-2/2009, p. 150. ; BOULANGER F., *Droit international des successions, nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Economica, 2004, p. 94-96.

³²⁷ DETHLOFF N., *The protection of children in German Inheritance Law, Inheritance Law - Challenges and Reform A Norwegian-German Research Seminar*, Éditions Torstein Frantzen, 2013, p. 102 : “High requirements have to be met in order for the testator to unilaterally deprive a descendant of his compulsory portion. However, German law permits relatives and the testator’s spouse to renounce their right of intestate succession or their compulsory portion by entering into a contract with the testator. Such a contract renouncing the inheritance must be notarially recorded. If the right has already arisen, that is after the death, it may be waived by a simple written contract. In german law prenuptial agreements are nowadays subject to judicial,

renoncer à leur droit légal d'héritage par contrat avec le testateur. Le renonçant est exclu de la succession légale, comme s'il ne vivait plus au moment de la succession ; il n'a pas droit à une part.

(2) La renonciation peut être limitée au droit à un droit partiel ».328

Contrairement à la RAAR, le pacte de renonciation du droit allemand n'est pas nécessairement translatif de droit, c'est-à-dire in favorem.³²⁹

168. Au sein du sous-groupe de tradition romaniste, bien que les États (France, Italie et Espagne) posent un principe général de prohibition des pactes sur succession future, il existe des dérogations en faveur de la transmission des entreprises familiales.

Tous ces États ont mis en place des dispositifs afin de favoriser la transmission des entreprises familiales qui comportent des éléments susceptibles d'être qualifiés de pactes de renonciation.

De son côté, l'Italie limite les pactes de renonciation à la transmission des entreprises familiales, à travers « il patto di famiglia ». Toutefois, si le tissu économique de l'Italie est composé de nombreuses entreprises familiales, le pacte de famille est peu utilisé.

review in order to counteract a substantial disparity in the bargaining positions resulting in a gross disproportion in the contractual terms. This raises the question whether a judicial review might also be called for with regard to contracts waiving a compulsory portion.” ; MATHIEU M., *Le Contrat successoral en droit allemand. Ou comment exprimer à titre irrévocable des dispositions de dernières volontés*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n° 30 du 27 Juillet 2001, p. 1263.

³²⁸ Article 2346 du BGB : “(1) Verwandte sowie der Ehegatte des Erblassers können durch Vertrag mit dem Erblasser auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichten. Der Verzichtende ist von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte ; er hat kein Pflichtteilsrecht.

(2) Der Verzicht kann auf das Pflichtteilsrecht beschränkt werden.” ; SCHWAB D., GOTTWALD P., LETTMAIER S., *Family and Succession Law in Germany*, 3^e édition, Wolters Kluwer 2017, n° 427 : “Relatives, the spouse, and the registered partner may renounce the inheritance by contract (in notarial form, §2348 BGB) with the future deceased (§2346 I BGB, §10 VII L part G); such a contract may be restricted to the compulsory portion, 2346 II BGB. The effect is to exclude the renouncing person from legal succession as if he or she was no longer alive at the time the death of deceased, §2346 I 2 BGB. The renunciation, however, does not prevent the testator from appointing this person as heir or legatee in his will. In practice, such contracts are often part of a quasi-anticipated succession. One child receives assets, which correspond to his or her future inheritance, and declares the renunciation so that all children receive equal gifts by their parents. In such a case, the parties conclude an indemnity contract in addition to the renunciation, also in notarial form (§2348 BGB). This instrument is also used to avoid conflicts between children from different spouse”.

³²⁹ Pour la distinction entre les renonciations simples et les renonciations translatives de droit, voir MALAURIE P., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 8^e édition, LGDJ Lextenso 2018, n° 449-450.

Quant à l'Espagne, elle adopte une position isolée puisque, s'agissant du droit civil espagnol, les pactes de renonciation sont toujours prohibés, même si la pratique a mis en place un pacte de famille (« el protocolo familiar »).

169. Ces constatations doivent être mises en perspective avec les chiffres de la transmission des entreprises familiales en Europe. En effet, hormis l'Allemagne, l'Italie a de bien meilleurs résultats que la France en termes de transmission d'entreprises familiales ; pourtant, le pacte de famille du droit italien est peu utilisé.

Il semble donc que ni l'existence, ni l'absence de pactes de famille soient en mesure d'expliquer les bons ou les mauvais résultats en matière de transmission d'entreprises familiales.

B. les pactes d'attribution

170. Il convient à présent d'examiner les pactes constitutifs de droits pour déterminer l'existence réelle ou supposée de différences significatives entre les divers systèmes juridiques et pour vérifier si les États qui connaissent les pactes constitutifs de droits auraient de meilleurs résultats en termes de transmission d'entreprises familiales.

Il est ici nécessaire d'analyser la situation des États qui font l'objet de la présente étude en vue de distinguer les situations. Une présentation s'impose : le pacte d'attribution ou acquisitif de droits est un pacte dans lequel le de cujus prend des dispositions à cause de mort en faveur d'un héritier ou d'un tiers.³³⁰

³³⁰ BONOMI A., WAUTELET P., *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e édition, Éditions Bruylant février 2016, art. 3, n° 18. ; BONOMI A., *La vocation successorale volontaire dans certains droits européens sur le droit des successions en Europe*, Acte du colloque du 21 février 2003, Droz 2003, p. 38-39 ; MALAURIE P., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 8^e édition, LGDJ Lextenso 2018, n° 700 et s. Pour une classification différentes des pactes selon les intérêts en présence (famille, sécurité du commerce juridique, intérêt des entreprises) GRIMALDI M., *Droit des successions*, 7^e édition, LexisNexis 2017, n° 387 ; 108^e Congrès des notaires de France, *La Transmission*, Partie II, Le cadre imposé, n° 2017-2022, Montpellier, du 23 au 26 septembre 2012.

La comparaison doit être réalisée entre les États qui appartiennent au sous-groupe de tradition civiliste. En effet, comme déjà indiqué, l'Allemagne connaît les pactes successoraux, que ce soient les pactes de renonciation ou les pactes acquisitifs de droits. C'est donc au sein du sous-groupe de tradition civiliste qu'il convient d'examiner la situation, c'est-à-dire la France, l'Italie et l'Espagne.

1) L'Institution contractuelle

171. Il s'agit d'une dérogation ancienne à l'interdiction des pactes sur succession future, effectuée en faveur du ménage.³³¹

L'institution contractuelle est une donation de biens à venir. L'une des parties, le disposant, confère à l'autre partie, le bénéficiaire, le droit de prendre gratuitement des biens dans sa succession qui sont nécessairement des biens à venir, s'agissant de ceux que le disposant laissera au jour de son décès. Cette convention n'est autorisée qu'en matière matrimoniale.³³²

Elle est faite entre époux, soit par contrat de mariage, soit au cours du mariage. Elle a été abondamment utilisée, notamment pour favoriser la transmission des exploitations familiales.

Cette institution est connue en France, en Espagne et en Italie.

172. *En France.* L'Institution contractuelle est ancienne en droit français et son origine est méconnue. Elle n'existait pas en droit romain et la majorité des coutumes de l'ancienne France, la connaissait.

³³¹ LE BALLE R. « Étude des pactes sur succession future », *Droit Civil Approfondi*, Cours de Droit, 1961-196, p. 16 : « C'est le ménage, dans son développement dans le temps que la libéralité de l'article 1082 veut gratifier et c'est pourquoi, même si on ne l'a pas dit dans l'acte, ce ne sont pas les époux tout seuls qui sont les bénéficiaires de cette libéralité, ce sont aussi ceux qui descendent après eux ; c'est vraiment le ménage qui est gratifié ». Pour une histoire des renonciations à succession, voir DESCHAMPS O., « Les renonciations successorales à l'époque médiévale », in *Renonciations et successions : quelles pratiques ?* Defrénois, décembre 2016 p. 371-394 et ALTEROCHE (d) B., « Les renonciations à succession future sous l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e siècle) » in *Renonciations et successions : quelles pratiques ?* Defrénois, décembre 2016 p. 395-410.

³³²MALAUURIE Ph., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 8^e édition, LGDJ Lextenso 2018, n° 600. ; GRIMALDI M., *Droit des successions*, 7^e édition, LexisNexis 2017, n° 280.

Aussi son origine proviendrait-elle des invasions germaniques.³³³ Supprimée pendant la Révolution française (loi du 6 mars 1793, loi du 17 Nivôse an II) car l'Institution était considérée comme une loi aristocratique³³⁴, elle fut néanmoins rétablie par le Code civil de 1804 en raison de son utilité pratique.

L'institution contractuelle s'est maintenue et est prévue aux articles 1082 à 1096 du Code civil. Irrévocable lorsqu'elle est réalisée dans un contrat de mariage (article 1083 du Code civil), cette donation de biens à venir est librement révocable (article 1096 alinéa 1^{er} du Code civil) lorsqu'elle est faite pendant le mariage.

Il faut préciser qu'avant le décès du disposant, celui-ci conserve la libre disposition de ses biens et de son patrimoine, de sorte qu'il peut en disposer gratuitement, lorsque l'institution contractuelle a été consentie pendant le mariage puisqu'elle est librement révocable. En revanche, lorsque l'institution contractuelle a été consentie par contrat de mariage, il ne peut disposer de ses biens qu'à titre onéreux.

173. La « clause commerciale ». Il importe d'évoquer ainsi la clause dite « clause commerciale » insérée dans les contrats de mariage. La clause commerciale est une clause insérée dans un contrat de mariage selon laquelle le conjoint survivant peut recueillir à titre onéreux tel bien particulier dans la succession de son conjoint. Cette clause permet à l'époux survivant de conserver l'entreprise exploitée en commun, à charge pour le survivant de payer la valeur du bien recueilli.

C'est à propos de la clause commerciale qu'a été rendu l'arrêt CRÉMIEUX du 11 janvier 1933 sur la notion de pacte sur succession future. Cette clause, issue de la pratique notariale,

³³³PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1910, t. 3, n° 3160-3163 ; AUBRY C., RAU C., *Cours de droit civil français*, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 4^e édition, 1878, t. 8, p. 59, note de bas de page n° 1.

³³⁴PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1910, t. 3, n° 3161 : « D'après Laurière, l'utilité de ces conventions était surtout d'empêcher les jeunes filles qui épousaient des aînés des familles nobles d'être trompées dans leurs espérances, par une fraude que commettaient souvent les père et mère du marié, en aliénant leurs biens de leur vivant : l'institution contractuelle ou même une simple reconnaissance d'hérédité contenait une prohibition d'aliéner et assurait à l'époux la part avantageuse qui lui revenait d'après la coutume ».

a été consacrée par la loi du 13 juillet 1965.³³⁵ L'institution contractuelle, au travers de la clause dite commerciale a été utilisée pour transmettre les exploitations familiales.

174. L'Espagne. L'Espagne connaît également l'Institution contractuelle,³³⁶ et l'article 1341 du Code civil espagnol dispose que :

“Por razón de matrimonio los futuros esposos podrán donarse bienes presentes.

Igualmente podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada”.

Ces donations de biens à venir sont également révocables. D'abord prévues pour des biens de valeur modérée, la loi n° 11/1981 du 13 mai 1981 a modifié le Code civil espagnol en matière de filiation, autorité parentale et de régimes économiques matrimoniaux. Puis, la loi n° 15/2005 du 8 Juillet 2005 a supprimé toute limitation de valeur.

175. L'Italie. L'Italie connaît la libéralité matrimoniale. Elle a cependant été interdite jusqu'en 1973.³³⁷ La donation par contrat de mariage est prévue à l'article 785 du Code civil.³³⁸

³³⁵ BONOMI A., *La vocation successorale volontaire dans certains droits européens sur le droit des successions en Europe*, Acte du colloque du 21 février 2003, Droz, 2003, p. 40-41.

³³⁶ Colección LEFEBVRE F., *Régimenes Económico-Matrimoniales*, 3^e édition, 2018, p. 27 : « D. Donaciones por razón del matrimonio » ; voir également MARTINEZ ESCRIBANO C., *Pactos prematrimoniales*, Tecnos, Madrid 2011.

³³⁷ MUSY A., *Successions et contrats en Italie*, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE, *Les successions : journées roumaines*, t. 60/2010, Éditions Bruylant et LB2V, 2012, p. 356.

³³⁸ FONTANEAU P.-M., *Les donations et le pacte de famille*, in *Revue fiscalité européenne de droit international des affaires*, n° 164. Référence Internet : <http://www.fontaneau.com/?p=2301>. Article 785 du Code civil italien : “*La donazione fatta in riguardo di un determinato futuro matrimonio (165, 166, 774), sia dagli sposi tra loro, sia da altri a favore di uno o di entrambi gli sposi o dei figli nati da questi, si perfeziona senza bisogno che sia accettata (1672), ma non produce effetto finché non segua il matrimonio (774, 777, 805) (...)*” ; MAZZON R., *Manuale pratico per la successione ereditaria*, Maggioli Editore, 2015, n° 24.6.2.

2) Les clauses insérées dans des statuts de société

176. En droit français, certaines clauses sont autorisées dans les statuts de société alors qu'elles constituent des pactes sur succession future. Ceci explique pourquoi, si elles étaient souscrites en dehors des statuts, par exemple dans des pactes d'associés, elles seraient annulées car contraires à la prohibition des pactes sur succession future.

Elles sont fixées aux articles 1870³³⁹ et 1870-1 du Code civil³⁴⁰ pour les sociétés civiles, aux articles L 221-15 du Code de commerce³⁴¹ pour les sociétés en nom collectif et L 223-14 du

³³⁹ Article 1870 du Code civil : « La société n'est pas dissoute par le décès d'un associé, mais continue avec ses héritiers ou légataires, sauf à prévoir dans les statuts qu'ils doivent être agréés par les associés.

Il peut toutefois, être convenu que ce décès entraînera la dissolution de la société ou que celle-ci continuera avec les seuls associés survivants.

Il peut également être convenu que la société continuera soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs des héritiers, soit avec toute autre personne désignée par les statuts ou, si ceux-ci l'autorisent, par disposition testamentaire.

Sauf clause contraire des statuts, lorsque la succession est dévolue à une personne morale, celle-ci ne peut devenir associée qu'avec l'agrément des autres associés, donné selon les conditions statutaires ou, à défaut, par l'accord unanime des associés ». Référence Internet :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006444432>

³⁴⁰ Article 1870-1 du Code civil : « Les héritiers ou légataires qui ne deviennent pas associés n'ont droit qu'à la valeur des parts sociales de leur auteur. Cette valeur doit leur être payée par les nouveaux titulaires des parts ou par la société elle-même si celle-ci les a rachetées en vue de leur annulation ». Référence Internet : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006444440>

La valeur de ces droits sociaux est déterminée au jour du décès dans les conditions prévues à l'article 1843-4. »

³⁴¹ Article 221-15 du Code de commerce : « La société prend fin par le décès de l'un des associés, sous réserve des dispositions du présent article.

S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier ou seulement avec les associés survivants, ces dispositions sont suivies, sauf à prévoir que pour devenir associé, l'héritier devra être agréé par la société.

Il en est de même s'il a été stipulé que la société continuerait, soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs des héritiers, soit avec toute autre personne désignée par les statuts ou, si ceux-ci l'autorisent, par dispositions testamentaires.

Lorsque la société continue avec les associés survivants, l'héritier est seulement créancier de la société et n'a droit qu'à la valeur des droits sociaux de son auteur. L'héritier a pareillement droit à cette valeur s'il a été stipulé que, pour devenir associé il devrait être agréé par la société et si cet agrément lui a été refusé.

Lorsque la société continue dans les conditions prévues au troisième alinéa ci-dessus, les bénéficiaires de la stipulation sont redevables à la succession de la valeur des droits sociaux qui leur sont attribués.

Dans tous les cas prévus au présent article, la valeur des droits sociaux est déterminée au jour du décès conformément à l'article 1843-4 du Code civil.

En cas de continuation et si l'un ou plusieurs des héritiers de l'associé sont mineurs non émancipés, ceux-ci ne répondent des dettes sociales qu'à concurrence des forces de la succession de leur auteur. En outre, la société

Code de commerce³⁴² pour les sociétés à responsabilité limitée. La question reste ouverte pour les sociétés anonymes, car il n'existe aucune disposition en ce sens.

Ces dispositions concernent le sort des parts au décès d'un associé et schématiquement, prévoient différentes situations, à savoir, la continuation de la société, soit sans les héritiers, mais à charge pour la société de leur racheter leurs droits, soit avec les héritiers, mais avec agrément, ou bien avec l'héritier désigné statutairement ou par voie de testament.

doit être transformée, dans le délai d'un an, à compter du décès, en société en commandite dont le mineur devient commanditaire. À défaut, elle est dissoute ». Référence Internet : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379&idArticle=LEGIARTI000006222593>

³⁴² Article L 223-14 du Code de commerce : « Les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte.

Lorsque la société comporte plus d'un associé, le projet de cession est notifié à la société et à chacun des associés. Si la société n'a pas fait connaître sa décision dans le délai de trois mois à compter de la dernière des notifications prévues au présent alinéa, le consentement à la cession est réputé acquis.

Si la société a refusé de consentir à la cession, les associés sont tenus, dans le délai de trois mois à compter de ce refus, d'acquiescer ou de faire acquiescer les parts à un prix fixé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du Code civil, sauf si le cédant renonce à la cession de ses parts. Les frais d'expertise sont à la charge de la société. À la demande du gérant, ce délai peut être prolongé par décision de justice, sans que cette prolongation puisse excéder six mois.

La société peut également, avec le consentement de l'associé cédant, décider, dans le même délai, de réduire son capital du montant de la valeur nominale des parts de cet associé et de racheter ces parts au prix déterminé dans les conditions prévues ci-dessus. Un délai de paiement qui ne saurait excéder deux ans peut, sur justification, être accordé à la société par décision de justice. Les sommes dues portent intérêt au taux légal en matière commerciale.

Si, à l'expiration du délai imparti, aucune des solutions prévues aux troisième et quatrième alinéa ci-dessus n'est intervenue, l'associé peut réaliser la cession initialement prévue.

Sauf en cas de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux, ou de donation au profit d'un conjoint, ascendant ou descendant, l'associé cédant ne peut se prévaloir des dispositions des troisième et cinquième alinéa ci-dessus s'il ne détient ses parts depuis au moins deux ans.

Toute clause contraire aux dispositions du présent article est réputée non écrite ».

Référence Internet :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379&idArticle=LEGIARTI000006223057&dateTexte=&categorieLien=cid>

CHAPITRE III : L'INFLUENCE DU REGLEMENT (UE) SUCCESSION

177. Le Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de succession et à la création d'un certificat successoral européen applicable au 17 août 2015 contient des dispositions sur la réserve héréditaire et les pactes sur successions futures.³⁴³

Il est légitime de s'interroger sur les conséquences que ces dispositions pourraient avoir sur la transmission des entreprises familiales.

De plus, le règlement communautaire a vocation à concerner les pactes sur succession future et, partant, d'avoir des conséquences sur les législations nationales, quand bien même il n'aurait vocation qu'à régler des successions comportant un élément d'extranéité.

³⁴³« Règlement (UE) n° 650/2102 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen », *Journal Officiel de l'Union européenne*, L 201/107, 27.7.2012.

SECTION 1 : LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE A SA SUCCESSION

§ 1. Le périmètre du règlement UE succession

178. Le règlement UE succession n'a pas vocation à appréhender l'intégralité des problématiques liées aux successions, de sorte qu'il faut définir le périmètre du Règlement UE du 4 juillet 2012.

179. *Champ d'application.* L'article 1^{er} du règlement UE³⁴⁴ détermine le champ d'application du Règlement en ces termes :

« 1. Le présent règlement s'applique aux successions à cause de mort. Il ne s'applique pas aux matières fiscales, douanières et administratives.

2. Sont exclus du champ d'application du présent règlement :

- a) l'état des personnes physiques ainsi que les relations de famille et les relations réputées avoir des effets comparables en vertu de la loi applicable ;
- b) la capacité juridique des personnes physiques, sans préjudice de l'article 23, paragraphe 2, point c), et de l'article 26 ;
- c) les questions relatives à la disparition, à l'absence ou à la mort présumée d'une personne physique ;
- d) les questions liées aux régimes matrimoniaux et aux régimes patrimoniaux relatifs aux relations qui, selon la loi qui leur est applicable, sont réputées avoir des effets comparables au mariage ;
- e) les obligations alimentaires autres que celles résultant du décès ;
- f) la validité quant à la forme des dispositions à cause de mort formulées oralement ;
- g) les droits et biens créés ou transférés autrement que par succession, par exemple au moyen de libéralités, de la propriété conjointe avec réversibilité au profit du survivant, de plans de retraite, de contrats d'assurance et d'arrangements analogues, sans préjudice de l'article 23, paragraphe 2, point i) ;

³⁴⁴ Article 1^{er} du « Règlement (UE) n° 650/2102 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen », *Journal Officiel de l'Union européenne*, L 201/107, 27.7.2012.

- h) les questions régies par le droit des sociétés, associations et personnes morales telles que les clauses contenues dans les actes constitutifs et dans les statuts de sociétés, d'associations et de personnes morales qui fixent le sort des parts à la mort de leurs membres ;
- i) la dissolution, l'extinction et la fusion de sociétés, d'associations et de personnes morales ;
- j) la constitution, le fonctionnement et la dissolution des trusts ;
- k) la nature des droits réels ; et
- l) toute inscription dans un registre de droits immobiliers ou mobiliers, y compris les exigences légales applicables à une telle inscription, ainsi que les effets de l'inscription ou de l'absence d'inscription de ces droits dans un registre ».

180. *De manière positive.* Le règlement a vocation à traiter tous les aspects du droit civil relatif à la succession, que ce soit la succession ab intestat ou la succession testamentaire ou contractuelle.³⁴⁵ Il a donc une portée générale.

Le Règlement communautaire a vocation à s'appliquer aux successions « ayant des incidences transfrontalières », pour reprendre le considérant n° 7 du Règlement³⁴⁶. Aussi les successions internes à chaque État membre ne sont-elles pas concernées par les dispositions du Règlement communautaire.

181. *De manière négative.* Certains domaines qui intéressent la transmission d'entreprise sont exclus du règlement : le trust, les mécanismes d'Estate planning, la fiscalité des successions. Comme le précise le considérant 10 du Règlement : « il appartient (...) au droit

³⁴⁵ Considérant n° 9 du « Règlement (UE) n° 650/2102 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen », *Journal Officiel de l'Union européenne*, L 201/107, 27.7.2012 : « Le champ d'application du présent règlement devrait s'étendre à tous les aspects du droit civil à cause de mort, à savoir tout mode de transfert de biens, de droits et obligations à cause de mort, qu'il s'agisse d'un acte volontaire de transfert en vertu d'une disposition à cause de mort ou d'un transfert dans le cadre d'une succession ab intestat. »

³⁴⁶ Considérant n° 7 du « Règlement (UE) n° 650/2102 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen », *Journal Officiel de l'Union européenne*, L 201/107, 27.7.2012. : « Il y a lieu de faciliter le bon fonctionnement du marché intérieur en supprimant les entraves à la libre circulation de personnes confrontées aujourd'hui à des difficultés pour faire valoir leurs droits dans le contexte d'une succession ayant des incidences transfrontières. Dans l'espace européen de justice, les citoyens doivent être en mesure d'organiser à l'avance leur succession. Les droits des héritiers et des légataires, des autres personnes proches du défunt ainsi que des créanciers de la succession doivent être garantis de manière efficace. »

national de déterminer, par exemple, comment sont calculés et payés les impôts et autres taxes, qu'il s'agisse d'impôts dûs par la personne décédée au moment de son décès ou de tout autre impôt lié à la succession dont doivent s'acquitter la succession ou les bénéficiaires. »

De même, tous les États membres ne sont pas engagés de manière identique.

§ 2. La *professio juris*

182. La *professio juris*, ou la possibilité laissée au titulaire d'un patrimoine de choisir la loi applicable à sa succession, est une nouveauté du Règlement. Il faut se demander dans quelle mesure cette *professio juris* a vocation à interférer sur la transmission de l'entreprise familiale.

183. En dehors de la matière successorale, le mécanisme de la *professio juris* est ancien et existait dans certains droits coutumiers dès le Moyen Âge.³⁴⁷ Les premières dispositions intégrées dans les codes nationaux remontent, en Italie, à 1865.³⁴⁸ Cette possibilité a été ensuite abandonnée dans les codifications ultérieures.

Puis, sous l'effet de la Convention de La Haye du 20 octobre 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort qui a reconnu la *professio juris*, différentes législations nationales l'ont intégrée. Ainsi, en Italie, la loi de réforme du système de droit international privé du 31 mai 1995 a réintroduit la *professio juris*, de même que l'Allemagne, mais de façon limitée, afin de permettre d'appliquer le droit allemand aux immeubles situés dans le pays.³⁴⁹ Il convient toutefois de relever que le mécanisme de la *professio juris*, lorsqu'il était introduit par un État, ne devait pas permettre de priver les héritiers de leur réserve héréditaire, ni de contourner les dispositions d'ordre public.

³⁴⁷ BONOMI A., *Successions internationales : conflits de lois et de juridictions*, Cours de l'Université de La Haye, 2011, p. 196-260.

³⁴⁸ Article 9 alinéa 2 des dispositions préliminaires au Code civil de 1865.

³⁴⁹ BONOMI A., *Successions internationales : conflits de lois et de juridictions*, Cours de l'Université de La Haye, 2011, p. 196-260.

184. L'Angleterre. En Angleterre, il semble acquis également que la loi applicable au testament est celle qui a été choisie par le défunt, de manière expresse ou tacite. Mais si le testateur peut choisir la loi applicable à l'interprétation et aux effets de l'acte, il ne peut faire obstacle, ni à la family provision, ni aux dispositions d'ordre public.

185. Dans tous les pays qui ont admis la *professio juris*, la liberté de choix de la loi applicable ne devait pas permettre de contourner la réserve héréditaire ou son équivalent fonctionnel, la family provision, pas plus que les dispositions d'ordre public.

Le Règlement UE a ouvert la *professio juris*, mais de façon limitée, car la liberté de choix se résume au choix de la loi de la nationalité du défunt au jour où il effectue son choix. Le siège de la matière est fixé au chapitre III du Règlement UE, intitulé « Loi applicable ». L'article 21 du Règlement UE pose le principe que la loi applicable à la succession est celle sur le territoire de laquelle le défunt avait sa résidence habituelle ou la loi avec laquelle il avait des liens manifestement plus étroits. Cette dérogation revêt un caractère exceptionnel.³⁵⁰ Puis, l'article 22 du règlement communautaire permet de choisir sa loi applicable, mais de façon limitée, puisque la personne concernée ne peut que faire le choix de la loi de sa nationalité.³⁵¹

³⁵⁰ Article 21 du « Règlement (UE) n° 650/2102 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen », *Journal Officiel de l'Union européenne*, L 201/107, 27.7.2012 : « 1. Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès. 2. 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^{er}, la loi applicable à la succession est celle de cet autre État. »

³⁵¹ Article 22 du « Règlement (UE) n° 650/2102 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen », *Journal Officiel de l'Union européenne*, L 201/107, 27.7.2012 : « 1. Une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès.

Une personne ayant plusieurs nationalités peut choisir la loi de tout État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès.

2. Le choix est formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulte des termes d'une telle disposition.

3. La validité au fond de l'acte en vertu duquel le choix de loi est effectué est régie par la loi choisie.

4. La modification ou la révocation du choix de loi satisfait aux exigences de forme applicables à la modification ou à la révocation d'une disposition à cause de mort. »

186. De par leur généralité, ces dispositions concernent à la fois la succession ab intestat et la succession testamentaire. Elles ont donc vocation à s'appliquer aux pactes successoraux³⁵². De même, la loi ainsi désignée a vocation à régir la quotité disponible et la réserve héréditaire. L'article 23 du Règlement communautaire précise en son § 2 h) que la loi ainsi désignée régit : « h) la quotité disponible, les réserves héréditaires et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort ainsi que les droits que les personnes proches du défunt peuvent faire valoir à l'égard de la succession ou des héritiers (...) ».

Par conséquent, la loi applicable est soit celle de la résidence du défunt, soit celle de sa nationalité au moment où il effectue son choix. Pour les successions qui comprennent un élément d'extranéité, le défunt dispose d'une marge de liberté pour choisir la loi applicable à sa succession. Par conséquent, pour les successions internationales, le chef d'entreprise pourra faire le choix de la loi dont il a la nationalité au lieu de celle de sa résidence. Il s'agit donc de savoir si le chef d'entreprise, en se délocalisant, ou en faisant le choix de sa nationalité, pourrait bénéficier d'un régime plus favorable pour la transmission de son entreprise.

SECTION 1 : L'INFLUENCE DU REGLEMENT UE SUR LE DROIT NATIONAL

187. La réserve héréditaire et l'interdiction des pactes sur succession future sont considérées comme les deux piliers du droit français des successions. La réserve héréditaire est également un pilier du droit allemand des successions, ainsi que du droit italien des successions, dès lors que cette réserve est protégée constitutionnellement. Aussi est-il légitime de s'interroger sur l'incidence du Règlement communautaire sur ces deux institutions.

Selon M. LEQUETTE, s'agissant de la réserve héréditaire, la question resterait ouverte quant à savoir si l'État pourrait opposer une exception d'ordre public pour refuser d'appliquer une loi étrangère qui ne connaîtrait pas la réserve héréditaire : « Dans la proposition de règlement

³⁵²BONOMI A., WAUTELET P., *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Éditions Bruylant février 2016, 2^e édition, art. 23, n° 28.

de 2009, il existait certes une disposition spécifique mais elle visait à interdire aux États membres de recourir à l'ordre public en vue de protéger la réserve héréditaire. Cette disposition ne se retrouvant pas dans le règlement définitif, la question reste ouverte ».353

188. Les solutions au regard de la réserve héréditaire sont différentes selon les pays soumis à la présente étude. En effet, en Allemagne³⁵⁴ et en Italie³⁵⁵, le droit de succession a valeur constitutionnelle, de sorte qu'une loi étrangère qui ne connaîtrait pas la réserve héréditaire pourrait être écartée, car contraire à l'ordre public. Mais il n'en est pas de même en droit français, comme l'a souligné M. le Professeur GRIMALDI. Selon lui, si la loi française pouvait supprimer la réserve héréditaire, elle ne pourrait pas supprimer la quotité disponible.³⁵⁶

189. *Droit français.* La première chambre civile de la Cour de cassation a décidé, par **deux arrêts du 27 Septembre 2017**, qu'une loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire n'était pas nécessairement contraire à l'ordre public international français. Tout dépendait si, en pratique, l'application de la loi étrangère conduisait à une situation incompatible avec les principes essentiels du droit français : « Mais attendu 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

³⁵³ LEQUETTE Y., « Les Mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *Cours général de droit international privé*, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, vol. 387 Brill | Nijhoff, Leiden | Boston, 2018, p. 530.

³⁵⁴ Article 14 de la Loi Fondamentale pour la République Fédérale d'Allemagne : « La propriété et le droit de succession sont garantis, leur contenu et leurs limites sont fixés par la loi », consultable en français sur Internet : https://www.bundestag.de/resource/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf.

³⁵⁵ Article 42 alinéa 3 de la Constitution de la République italienne de 1947 : « La loi fixe les règles et les limites de la succession légale et testamentaire ainsi que les droits de l'État sur les héritages. », consultable en français sur Internet : https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_francese.pdf

³⁵⁶ GRIMALDI M., *Droit des successions*, 7^e édition, LexisNexis 2017, n° 67 : « La succession légale et la succession testamentaire ont elles valeur constitutionnelle ? Non pour la première, en ce sens qu'une loi pourrait abolir la réserve sans encourir le grief de supprimer l'une de ces conditions « nécessaires » au développement de la famille que vise le Préambule de la Constitution de 1948. Oui, en revanche pour la seconde, en ce sens qu'une loi ne pourrait supprimer la quotité disponible : la liberté testamentaire n'est qu'un aspect particulier de la liberté de disposer, et la garantie constitutionnelle de la propriété inclut celle du droit de disposer qui en est l'attribut fondamental. » ; Pour une approche différente, voir la thèse de KONDYLI I., *La Protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec comparés*, Bibliothèque de droit privé, t. 275. Selon cet auteur, une loi qui viendrait supprimer la réserve serait nulle car inconstitutionnelle.

concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels (...) ».³⁵⁷

S'il est donc possible en droit français, pour un chef d'entreprise, de faire le choix d'une législation qui ne connaît pas la réserve héréditaire, en raison, soit de sa nationalité, soit de sa résidence, il serait nécessaire de nuancer la portée de cette possibilité. En pratique, il faudrait que le chef d'entreprise ait la nationalité anglaise et qu'il réside en France puisqu'en principe la loi applicable à la succession est celle de la résidence du défunt. La solution ne serait pas forcément la même si le défunt, chef d'entreprise, résidait en Allemagne ou en Italie, si toutefois il avait la nationalité anglaise.

190. En droit français, la première chambre civile de la Cour de cassation par **arrêt du 4 juillet 2018**, a jugé que la réserve héréditaire était d'ordre public interne : « Mais attendu que l'arrêt constate que la succession comprend des biens immobiliers situés en France et retient que ceux-ci sont soumis, par application de la règle de conflit édictée à l'article 3, alinéa 2, du Code civil, à la loi française ; que, de ces constatation et énonciation, la Cour d'appel a exactement déduit, par motifs propres et adoptés, sans méconnaître l'autorité attachée au jugement d'exequatur, que la dévolution successorale desdits immeubles devait tenir compte **des règles de la réserve héréditaire, laquelle, d'ordre public interne**, ne pouvait être écartée par des dispositions testamentaires établies selon la loi du domicile du défunt et régissant son statut personnel ; que le moyen ne peut être accueilli (...) »³⁵⁸

Figure ainsi une sorte de contradiction, puisque la réserve héréditaire serait une institution d'ordre public interne tandis qu'elle ne le serait pas nécessairement en droit international privé. Ceci incite à s'interroger sur les fondements de la réserve héréditaire et sur son évolution possible. Si les fondements de la réserve héréditaire sont multiples (ces fondements sont connus³⁵⁹, à savoir assurer la protection de la famille au travers de la

³⁵⁷ Cass. Civ. I 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151.

³⁵⁸ Cass. Civ. I 4 Juillet 2018, n° 17-16.515 et 17-16.522. Cette décision dans le sens du caractère d'ordre public de la réserve héréditaire apporte une réponse, probablement temporaire, à la question de la nature d'ordre public ou pas de la réserve héréditaire. Pour le débat doctrinal sur la nature de la réserve héréditaire, il est utile de se référer à l'ouvrage BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit International privé*, tome II, partie spéciale, coll. Thémis Droit, 4^e édition, PUF, n° 854 sur les « impérativités successorales ».

³⁵⁹ GRIMALDI M., *Droit des successions*, 7^e édition, LexisNexis 2017, n° 298-301 ; voir également CATALA P., *La Réforme des liquidation successorales*, Édition Defrénois, 3^e édition 1982 et *La Réforme des liquidation successorales*, Esprit général (loi du 3 juillet 1971) in *Famille et Patrimoine*, Édition PUF, 2000, chapitre 10.

solidarité familiale, garantir la liberté et l'égalité des enfants en son sein³⁶⁰), il semble que pour la Cour de Cassation, le fondement alimentaire doit être privilégié. Cette vision réductrice des fondements de la réserve héréditaire est au demeurant critiquée. ³⁶¹

191. La Cour d'appel de Paris, Pôle 3 - Chambre 1, **par arrêt en date du 16 décembre 2015** a jugé que : « les modifications apportées en France par la loi du 23 juin 2006 au droit des successions, telle l'exclusion des ascendants au bénéfice de la réserve, la faculté de renoncer de façon anticipée à l'action en réduction, l'exclusion des assurances-vie de la masse successorale, la réduction en valeur et plus en nature, et les mécanismes instaurés par le règlement européen du 4 juillet 2012 marqués par une plus grande liberté de tester et l'anticipation successorale, désormais en vigueur en France, ont fait évoluer le sens de la réserve héréditaire ; **que la fonction alimentaire de celle-ci prend désormais le pas sur sa fonction de conservation des biens dans la famille** ; qu'elle n'en demeure pas moins l'expression d'un devoir de famille et touche en cela aux fondements de la société ». ³⁶²

La Cour d'appel de Paris, Pôle 3 - Chambre 1, **par arrêt du 11 mai 2016** a jugé 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 de l'application de dispositions étrangères qui le méconnaissent ». ³⁶³

³⁶⁰ KONDYLI I., *La Protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec comparés*, Bibliothèque de droit privé, t. 275. Selon cet auteur, la protection de la famille est le fondement de la réserve héréditaire. Mais il faut constater que la famille est difficile à définir et cette définition varie selon les États. Pour preuve, la situation des beaux-enfants qui est traitée différemment en France et en Allemagne ; voir également 108^e Congrès des notaires de France, *La Transmission*, Partie II, Les fondamentaux de la planification, n° 2023-2025, Montpellier, du 23 au 26 septembre 2012 qui évoque la double fonction de la réserve héréditaire pour protéger la famille et l'individu au sein de celle-ci. ; VALLIER E., *Le fondement du droit successoral en droit français*, Thèse du 15 décembre 1902.

³⁶¹ Sous la direction de PERES C., Rapport du groupe de travail, *la réserve héréditaire*, 13 décembre 2019, n°52. Référence internet : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_reserve_hereditaire.pdf .

³⁶² CA PARIS 16 décembre 2015, n° 13/17078.

³⁶³ CA PARIS 11 mai 2016, n° 14/26247.

192. Il faut préciser que le Règlement UE du 4 juillet 2012 a été adopté selon la procédure ordinaire prévue à l'article 81§2 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne – TFUE, et non en fonction de la procédure particulière prévue à l'article 81§3 du TFUE³⁶⁴ applicable au droit de la famille qui suppose l'unanimité des membres du Conseil. La procédure selon laquelle le Règlement du 4 juillet 2012 a été adopté est significative de l'importance attribuée au caractère économique de la succession au regard de son caractère familial. La réserve héréditaire s'en trouve nécessairement fragilisée, de même que « la prohibition des pactes sur succession future est en recul ».³⁶⁵

193. Même si la réserve héréditaire est d'ordre public interne, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation, il ne faudrait pas en conclure que cette solution soit immuable. En effet, en droit international privé, il existe une tendance générale qui consiste à aller chercher à l'étranger une solution juridique qui n'existe pas en droit interne, pour ensuite l'imposer en droit interne. D'abord valable pour la reconnaissance en France des décisions de justice étrangères, cette méthode s'est étendue à la reconnaissance de situations qui se sont constituées à l'étranger, hors de toute décision de justice. M. le Professeur LEQUETTE a consacré un cours magistral aux mutations du droit international privé à l'Université de La Haye, ayant montré des développements très éclairants sur cette tendance.³⁶⁶

194. En matière successorale, un citoyen peut désormais aller chercher à l'étranger une solution qui n'existe pas en droit interne pour l'imposer dans ce droit. La jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la réserve héréditaire est caractéristique de cette

³⁶⁴ Article 81§3 du TFUE : « Par dérogation au paragraphe 2, les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale. Celui-ci statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen. Le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision déterminant les aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontière susceptibles de faire l'objet d'actes adoptés selon la procédure législative ordinaire. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen. La proposition visée au deuxième alinéa est transmise aux parlements nationaux. En cas d'opposition d'un parlement national notifiée dans un délai de six mois après cette transmission, la décision n'est pas adoptée. En l'absence d'opposition, le Conseil peut adopter ladite décision », JO, n° C 326 du 26/10/2012, p. 0001-0390.

³⁶⁵ BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit international privé*, tome I, partie spéciale, coll. Thémis Droit, 4^e édition, PUF 2017, n° 853 et s.

³⁶⁶ LEQUETTE Y., « Les Mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *Cours général de droit international privé*, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, vol. 387 Brill | Nijhoff, Leiden | Boston, 2018 ; voir également FARGE M., « L'eupéanisation du droit civil », in *L'Européanisation du droit, Quelle influence de l'Union européenne sur le droit français ?* Actes du colloque organisé le 10 octobre 2014, coll. Grands Colloques, LGDJ 2016, p. 15-41.

évolution.³⁶⁷ Il peut donc y avoir sur un même territoire deux sortes d'héritiers, ceux qui seront protégés par la réserve héréditaire et ceux qui ne le seront pas, selon que la situation aura été constituée à l'étranger.

Il est toujours possible d'expliquer que la réserve héréditaire est une institution d'ordre public en droit interne et qu'elle ne l'est pas en droit international privé, mais il faudra justifier, au regard du droit européen notamment, cette discrimination.³⁶⁸

195. Dans cette lutte entre des considérations économiques et utilitaristes, d'une part, et des considérations familiales, d'autre part, il est à craindre que les premières l'emportent sur les secondes. La Cour d'appel de Paris déjà explique que la « fonction alimentaire » prend désormais le pas sur les autres fondements de la réserve héréditaire, même si elle ajoute « qu'elle n'en demeure pas moins l'expression d'un devoir de famille et touche en cela aux fondements de la société ».³⁶⁹

196. Certains notaires, Me Benoît MOREL et le Think-tank GénérationLibre prônent une suppression de la réserve héréditaire qui perpétuerait une société d'héritiers.³⁷⁰ En réponse et pour le Président du CSN : « La modernité, c'est la réserve héréditaire qui garantit l'égalité entre les enfants, évite les conflits devant les tribunaux, écarte les intrigants accapareurs des héritages des personnes vulnérables. Qui veut déshériter ses enfants ? Une idée chimérique et abstraite » (@Président-CSN,12-3-2019).³⁷¹

³⁶⁷ Cass. Civ. I 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151.

³⁶⁸ FARGE M., « L'eupéanisation du droit civil », in *L'Européanisation du droit, Quelle influence de l'Union européenne sur le droit français ?* Actes du colloque organisé le 10 octobre 2014, coll. Grands Colloques, LGDJ 2016, p. 15-41. L'auteur montre l'influence du droit de l'Union européenne sur le droit français, notamment sur la notion d'ordre public. Si l'Union européenne n'a pas à définir le contenu de l'ordre public interne, elle peut néanmoins contrôler les limites dans lesquelles le juge interne utilise la notion d'ordre public.

³⁶⁹ CA PARIS 16 décembre 2015, n° 13/17078. En 2013 déjà, le doyen CARBONNIER avait mis en lumière « l'influence de la culture anglosaxonne » sur la réserve héréditaire, CARBONNIER J., CATALA P., SAINT AFRIQUE (de) J., MORIN G., *Des libéralités. Une offre de loi*, préface de CARBONNIER J., Éditions Defrénois 2003. Il convient de reprendre in extenso le propos : « à l'heure actuelle en France, une hostilité à la réserve a ressurgi, dont il est difficile de mesurer l'impact. Si la liberté testamentaire est ainsi de nouveau prônée, ce n'est plus, comme à l'époque de Le Play, dans un dessein de discipline familiale, c'est comme une conséquence suprême du libéralisme économique, et à l'arrière-plan on discerne l'influence de la culture anglo-saxonne ».

³⁷⁰ « Offensive des partisans de la liberté testamentaire », Solution Notaire, n° 10, du 21 mars 2019, p. 22.

³⁷¹ « Offensive des partisans de la liberté testamentaire », Solution Notaire, n° 10, du 21 mars 2019, p. 22.

La protection « alimentaire » de l'héritier est assurée en droit anglais au travers de la family provision. À n'y prendre pas garde, le risque est de voir la réserve héréditaire se transformer pour ne devenir qu'un mécanisme de protection de l'héritier dans le besoin. Sous cette limite, elle ne sera plus une institution d'ordre public, ni en droit international privé français, sauf circonstances particulières, ni en droit interne, c'est une évolution possible et redoutée du devenir de la réserve héréditaire.

197. Les attaques à la réserve héréditaire sont multiples. S'agissant du domaine de la philanthropie notamment, les études menées critiquent la réserve héréditaire, présentée comme un frein au développement du mécénat.³⁷²

Faut-il se réjouir de ces assauts contre la réserve héréditaire ? Du seul point de vue de la transmission de l'entreprise familiale, si l'existence d'une réserve héréditaire peut être considérée comme un frein à la transmission de l'entreprise, par la nécessité d'allotir les héritiers du montant de leur réserve, du point de vue de l'anticipation successorale et des pratiques d'estate planning, l'existence d'une quotité disponible fixée par la loi, pendant de la réserve, donne une grande sécurité juridique.³⁷³ Grâce à l'existence d'une quotité disponible fixée par la loi, les montages mis en place pour anticiper la transmission de l'entreprise familiale ne risquent pas d'être remis en cause a posteriori par une autorité judiciaire.

³⁷²JEVAKHOFF A., CAVAILLOLES D., *Le Rôle économique des fondations*, rapport n° 2017-M-008, avril 2017, p. 3 : « Un assouplissement des règles encadrant la réserve héréditaire facilitera la transmission d'entreprises à des fondations. La réservation d'une fraction majoritaire des biens du disposant à ses héritiers peut faire obstacle à la transmission d'entreprises à des fondations, sauf à ce que les héritiers présomptifs acceptent de renoncer à une partie de leurs droits. Le modèle de la fondation actionnaire majoritaire risque de rester peu développé si ces règles ne sont pas assouplies – ce qui du reste rapprocherait la France des autres pays européens, où la réserve héréditaire, lorsqu'elle existe, correspond à une fraction moindre des biens du léguaire », également disponible sur Internet : <https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2017/rapport-role-economique-fondations.pdf>. Cette proposition, compte tenu des développements qui précèdent, devrait être nuancée.

³⁷³CONIL P-A., *La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain. Une tentative d'aller au-delà des mythes*, Droit de la famille, fév. 2013, n° 2, Étude p. 17.

TITRE II : LES OBSTACLES FISCAUX

198. Le droit de lever l'impôt appartient à chaque Etat de sorte qu'il s'agit d'une prérogative nationale. En l'absence d'harmonisation, chaque Etat fixe ses règles fiscales en fonction des politiques économiques qu'il entend mener. L'on comprend ainsi aisément qu'il puisse exister entre les différents pays étudiés des inégalités entre les nationaux de chacun des Etats (**Chap. I**). S'agissant de la fiscalité de la transmission des entreprises familiales qui est au centre des politiques économiques, aussi bien sur le plan national, qu'au niveau européen, il convient de s'intéresser aux dispositifs mis en place pour favoriser leur transmission (**Chap.II**) et l'éventuelle influence du droit de l'Union Européenne sur les règles fiscales (**Chap.III**).

CHAPITRE I : LES INEGALITES FISCALES

199. Les stratégies de planification successorale qui sont mises en œuvre pour transmettre l'entreprise familiale ont des incidences fiscales, aussi bien pour le dirigeant que pour son entreprise. Le poids fiscal des mesures proposées est parfois tel qu'il peut dissuader le chef d'entreprise d'anticiper la transmission de son entreprise. Compte tenu du succès varié de la transmission des entreprises familiales au sein des pays étudiés, il est important de déterminer si la diversité des résultats tient aux différentes fiscalités nationales.

Il convient donc de déterminer, dans les développements suivants, si l'impôt sur les transmissions de patrimoines tel qu'il est organisé au sein des différents systèmes juridiques examinés (Allemagne, Angleterre, Espagne, France et Italie) serait de nature à expliquer les divers résultats concernant la transmission des entreprises familiales.

Formulée différemment, la problématique est la suivante : L'impôt français est-il un obstacle à la transmission des entreprises familiales ? Est-ce que l'impôt français serait de nature à expliquer les mauvais résultats de la France en termes de transmission des entreprises familiales ?

SECTION 1 : PRESENTATION DE L'IMPOT FRANÇAIS LORS DE LA TRANSMISSION DES ENTREPRISES FAMILIALES

§ 1. L'impôt sur la transmission des patrimoines

200. Sous ce vocable, il faut comprendre l'imposition sur les successions et l'impôt sur les donations. L'histoire nous apprend que la transmission gratuite des biens entre vifs ou à cause de mort fait l'objet d'une fiscalité analogue.³⁷⁴

La classification des droits de succession et des droits de donation au sein des différents impôts soulève des questions³⁷⁵ et des interrogations quand il s'agit de comparer ce qui se pratique dans les différents systèmes juridiques.

Les droits sur la circulation des biens à titre gratuit entre vifs ou à cause de mort constituent une sous-catégorie de l'imposition du capital ou du patrimoine et sont donc classés sous la rubrique de l'imposition sur le capital. C'est donc en détaillant l'impôt sur le capital qu'il faudra examiner la rentabilité de cet impôt prélevé à l'occasion de la transmission des patrimoines.

201. Méthodes. Pour comprendre les modalités d'imposition de la transmission des entreprises familiales et les comparer utilement, il est préalablement nécessaire de

³⁷⁴ NAVEZ É.-J., « La fiscalité des successions face à l'évolution des systèmes fiscaux étatiques », in *La Fiscalité des successions et des donations internationales*, Éditions Bruylant 2001, p. 52-72. L'auteur consacre des développements sur l'histoire des droits de mutation et des droits de succession à l'époque féodale, puis sur la création en France du droit du centième denier qui concernait la transmission des biens immobiliers. Sur l'histoire des différentes impositions, il est utile de se reporter aux travaux de ARDANT G., à ceux de CAGNAT R., *Étude historique sur les impôts indirects chez les Romains jusqu'aux invasions barbares*, Paris, Imprimerie Nationale 1882, ou encore, s'agissant spécialement de la France et sur une période plus récente, à la lecture de l'avant propos de MOLINEAU B., *Manuel des déclarations de succession et des droits de mutation par décès*, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, Maison Cosse 1875. Voir également GIRAUD J., « Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2019 », t. 2, déposé à l'Assemblée nationale le 11 octobre 2018, qui indique clairement que « Les droits de succession et de donation constituent un même impôt faisant l'objet de dispositions spéciales uniquement pour leur liquidation ». Référence Internet : <http://www.assemblee-nationale.fr/15/rapports/r1302-tii.asp>.

³⁷⁵ NAVEZ É.-J., « La fiscalité des successions face à l'évolution des systèmes fiscaux étatiques », in *La Fiscalité des successions et des donations internationales*, Éditions Bruylant 2001, p. 66.

déterminer le cadre fiscal général dans lequel cette imposition de la transmission des entreprises familiales s'inscrit.

La comparaison entre les différents systèmes juridiques est compliquée car la fiscalité est avant tout un sujet interne à chaque État et l'expression d'une histoire nationale. Dès lors, toute comparaison devient délicate.

Face à cette concurrence des droits, à l'existence de législations fiscales nationales non harmonisées, certains ressortissants pourraient être tentés de se délocaliser pour bénéficier d'une législation fiscale plus intéressante au moment de transmettre leur entreprise.

Cette tentation de délocalisation est d'autant plus forte que le Règlement Communautaire « successions » est entré en vigueur au 17 août 2015 a modifié le paysage des successions internationales avec la possibilité qui est offerte de choisir la loi applicable à sa succession par l'intermédiaire du mécanisme de la « *professio juris* ».376

202. Influence européenne. Il conviendra d'apprécier si ce choix comporte des conséquences fiscales. Par l'intermédiaire du mécanisme de la *professio juris*, les chefs d'entreprises ressortissants de l'Union européenne vont-ils pouvoir faire le choix de la loi fiscale applicable à leur succession ?

Indépendamment du Règlement UE « successions », la Cour de justice de l'UE, considérant que les successions constituent des mouvements de capitaux au sens des dispositions de la Directive 88/361, a rendu des décisions qui influencent directement les législations nationales en matière d'impôt sur les successions et les donations.³⁷⁷ Elle s'est notamment

³⁷⁶ Il faut toutefois préciser que le mécanisme dit de la *professio juris* existait antérieurement au règlement communautaire dans certains droits nationaux même s'il était rejeté par beaucoup de pays de droit continental. Sur l'origine de la « *professio juris* », voir le cours de M. BONOMI A., *Successions internationales : conflits de lois et de juridictions*, Cours de l'Université de La Haye, 2011, p. 196-260 : « L'idée de conférer au de cujus la faculté de désigner la loi applicable à sa succession n'est pas nouvelle. Déjà présente au Moyen Âge dans l'œuvre de quelques auteurs ainsi que dans certains droits coutumiers, la *professio juris* est admise dans un nombre, pour l'instant encore limité mais toutefois croissant de droits nationaux ».

³⁷⁷ La CJCE a rendu des décisions mettant en œuvre le principe de non-discrimination entre les nationaux et les étrangers qui ont contraint les États concernés à modifier leur législation. Tel est le cas de l'Allemagne (CJUE, 4 septembre 2013, Commission européenne c. République Fédérale d'Allemagne, aff. C-211-13), ou encore de l'Espagne (CJCE, 3 septembre 2014, Commission européenne c. Espagne, aff. C-127/12). Plus

prononcée, à plusieurs reprises, dans des affaires dans lesquelles il existait des discriminations entre les étrangers et les nationaux. À la suite de ces décisions, les États de l'Union européenne concernés ont modifié leur législation dans le domaine de la fiscalité des successions et des donations.

203. L'existence de législations nationales non harmonisées, la tentation pour le chef d'entreprise de se délocaliser dans un État qui applique une fiscalité favorable à la transmission des patrimoines et l'influence du droit européen montrent l'intérêt de comparer la fiscalité de la transmission des entreprises familiales au sein des différents systèmes juridiques constituant l'objet de la présente recherche.

204. Définition. « L'impôt est une technique, une des techniques de la vie en société (...) », précise M. ARDANT.³⁷⁸ En effet, si l'impôt est une technique qui permet à l'État, par l'intermédiaire des prélèvements obligatoires, d'obtenir des ressources pour réaliser ses objectifs³⁷⁹, l'impôt va bien au-delà, comme le souligne M. ARDANT, car il est le reflet d'un rapport entre l'État et la société.

§ 2. La priorité économique dans les analyses fiscales

205. Les discussions en matière d'imposition sur les transmissions de patrimoines sont largement dominées par des considérations économiques³⁸⁰ (intérêt économique de l'impôt sur les successions et poids dans le PIB) mises en balance avec le consentement à l'impôt.

généralement, les travaux de NAVEZ É.-J., « L'influence de la Cour de justice de l'UE », in *La Fiscalité des successions et des donations internationales en droit comparé*, Éditions Bruylant, 2011, p. 197-230. NAVEZ É.-J., « L'encadrement de la fiscalité des successions par le droit de l'Union européenne : vers une élimination progressive des obstacles à la circulation des personnes et des patrimoines », *Droit Fiscal*, n° 43-44 du 25 octobre 2012, p. 492 et s. À côté de la CJCE la Commission européenne a commencé à s'intéresser, dès 1994, à la fiscalité des donations et des successions à propos de la transmission des entreprises.

³⁷⁸ARDANT G., *Histoire de l'impôt, Livre I, de l'Antiquité au XVII^e siècle*, coll. Les Grandes Études Historiques, Fayard, 1971, introduction, p. 9.

³⁷⁹ARDANT G., *Théorie sociologique de l'impôt*, tome II, S.E.V.P.E.N. 1965, p. 8.

³⁸⁰GOTMAN A., *Hériter*, coll. Économie en Liberté, PUF 1988, p. 104-110. L'auteur met en lumière l'existence d'un déplacement du discours sur l'héritage vers les droits de succession et une vision utilitariste en termes de rendement fiscal et d'intérêts économiques, l'héritage étant appréhendé comme un outil de redistribution. Cette constatation est notable dans les textes fiscaux, ainsi le préambule de la loi fiscale espagnole est particulièrement éclairant : « La taxe contribue à la redistribution de la richesse en retirant à

Ainsi, pour la France et dans le cadre d'une actualité récente, M. GIRAUD, Rapporteur au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire du projet de loi de finance pour 2019, fait des données économiques le fondement de son analyse sur l'évolution du montant de l'impôt sur les successions. À cet égard, il précise dans son rapport que : « Les droits de succession et de donation constituent un même impôt faisant l'objet de dispositions spéciales uniquement pour leur liquidation. Leur rendement global est prévu à plus de 14 milliards d'euros pour 2019, en hausse de près de 60 % depuis 2012 ».381

206. Approche économique. Dans une approche strictement économique, l'évolution de la rentabilité de l'impôt sur les successions en France est à comparer avec celle des autres pays de l'Union européenne.382

En Grande-Bretagne par exemple, pour l'année 2016/2017, l'Inheritance Tax a rapporté 4,8 milliards de livres sterling, et, pour l'année 2017/2018, la somme de 5,3 milliards de livres sterling.383

chaque acquisition libre un pourcentage de celle-ci au profit du Trésor public ; à cette fin, et conformément à la directive énoncée à l'article 31 de la Constitution, les deux principes qui ont inspiré l'arrangement antérieur du tribut sont maintenus ; à savoir le montant de l'acquisition d'actifs et le degré de parenté entre le cédant et l'acquéreur, bien que ce dernier soit combiné pour tenir compte du patrimoine préexistant du contribuable lorsque son montant dépasse 50 millions de pesetas. En outre, comme on le verra plus loin, la progressivité des tarifs dans les acquisitions les plus importantes est renforcée et des règles d'application sont introduites » (loi 29/1987 «BOE» n° 303 du 19/12/1987).

381 GIRAUD J., « Rapport fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2019 », t. 2, déposé à l'Assemblée nationale le 11 octobre 2018. Référence Internet : <http://www.assemblee-nationale.fr/15/rapports/r1302-tii.asp>.

382 MASSON A., *L'Impôt sur l'héritage. Débats philosophico-économiques et leçons de l'histoire*, Revue de l'OFCE (n° 156), p. 132.

383 SEELY A., *Inheritance Tax*, briefing paper number 93, 30 april 2018/5 July 2019, Library House of Commons., p. 3: "In 2016/17 the tax raised £ 4,8 billion, receipt are forecast be £5,3 billion in 2017/18".

Référence Internet :

<https://www.google.fr/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN00093/SN00093.pdf&ved=2ahUKEwi-9WkuZneAhUFJsAKHa2ZCcg4FBAWMAF6BAGIEAE&usq=AOvVaw3nKHxXj8bU2jLBmnHvDBGR>.

Pour les données chiffrées, voir le rapport de l'Office for Budget Responsibility: *Economic and fiscal outlook Presented to Parliament by the Exchequer Secretary to the Treasury by Command of Her Majesty*, OBR, Economic & Fiscal Outlook, Cm9572, march 2018 (table 4.6). Référence Internet : <https://obr.uk/efo/economic-fiscal-outlook-march-2018/>.

Cette augmentation tient, pour la France, à l'évolution du patrimoine des ménages, mais également au passage de 40 à 45 % de la dernière tranche du barème pour les donations et les successions en ligne directe (mesure prise par le Président SARKOZY), ainsi qu'à l'allongement du délai entre deux donations défiscalisées.³⁸⁴

En France, l'imposition des successions est l'une des plus élevées, avec un taux marginal de 45 %. Si l'Allemagne a pu appliquer un taux marginal de 50 %, les exemptions étaient telles, notamment pour **la cession des entreprises**, que la fiscalité des successions a, en définitive, toujours été moindre.³⁸⁵

Hormis l'Allemagne, le Japon, la Belgique et la France, il semble que l'impôt sur les successions rapporte de moins en moins dans les recettes fiscales des États,³⁸⁶ ce que le comparateur en ligne des données statistiques de l'OCDE permet de confirmer.

³⁸⁴ HONORÉ R., *Le Bond des recettes des droits de succession*, *Les Échos*, 15 octobre 2018.

³⁸⁵ DIDIER M., OUVRARD J.-F., *L'Impôt sur le capital au XXI^e siècle, une coûteuse singularité française*, coll. Coe-Rexecoe, Economica 2016, p. 63 ; également DIDIER M., OUVRARD J.-F., SCAPECCHI P., *Réforme fiscale et retour de la croissance*, coll. Coe-Rexecoe, Economica 2014.

³⁸⁶ MASSON A., *Comment justifier une augmentation impopulaire des droits de succession*, *Revue de l'OFCE* 2015/3 (n° 139), p. 283 : « Dans cette perspective, le paradoxe est bien que l'impôt sur les transmissions patrimoniales rapporte aujourd'hui aussi peu : moins de 1 % du total des recettes fiscales dans la majorité des pays développés, et même moins de 0,5 % du PIB presque partout, à l'exception de la France (plus de 0,5 % avant 2007 tout du moins) et de la Belgique (près de 0,6 %). [...] Pire, les statistiques de l'OCDE montrent que dans la plupart des pays l'impôt sur les transmissions patrimoniales, de plus en plus décrié, rapporte de moins en moins depuis les années 1960. [...] La baisse brutale observée pour le Royaume-Uni et les États-Unis, où la taxation des transmissions était plus élevée au départ, est typique de ce que l'on observe dans les pays anglo-saxons. L'Italie et la Suède évoquent un autre cas assez représentatif : la suppression dans les années récentes des droits de transmission, en 2001 pour l'Italie [ils ont été rétablis depuis], en 2004 pour la Suède. D'autres pays ont fait de même : le Canada, le premier en 1972 ; en Europe, le Portugal en 2003, l'Autriche en 2008, la Suisse (au niveau fédéral). » Voir également le tableau comparatif de l'OCDE en ligne : https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/data/recettes-fiscales/tableaux-comparatifs_data-00262-fr.

Tableau comparatif des recettes fiscales en % du PIB de l'impôt sur les successions et les donations dans plusieurs pays :

Statistiques des recettes publiques - pays de l'OCDE : Tableaux comparatifs ¹

Personnaliser Exporter Graphiques Mes requêtes

Niveau d'administration		Total										
Recettes fiscales		4300 Impôts sur les mutations par décès, les successions et les donations										
Indicateur		Recettes fiscales en % du PIB										
Année		2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Pays	Unité											
France	Pourcentage	0.4	0.5	0.4	0.4	0.4	0.4	0.5	0.5	0.5	0.6	0.6
Allemagne	Pourcentage	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2
Irlande	Pourcentage	0.2	0.2	0.2	0.2	0.1	0.1	0.2	0.2	0.2	0.2	0.1
Italie	Pourcentage	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Espagne	Pourcentage	0.3	0.3	0.3	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.3	0.3	0.2
Royaume-Uni	Pourcentage	0.2	0.3	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2
États-Unis	Pourcentage	0.2	0.2	0.2	0.2	0.1	0.1	0.1	0.2	0.1	0.1	0.1
Moyenne OCDE	Pourcentage	0.1	0.1	0.1	0.1	0.1	0.1	0.1	0.1	0.1	0.1	0.1

Source OCDE : recettes fiscales en % du PIB

Tableau comparatif des recettes fiscales en € de l'impôt sur les successions et les donations dans plusieurs pays :

Statistiques des recettes publiques - pays de l'OCDE : Tableaux comparatifs ¹

Personnaliser Exporter Graphiques Mes requêtes

Niveau d'administration		Total										
Recettes fiscales		4300 Impôts sur les mutations par décès, les successions et les donations										
Indicateur		Recettes fiscales en monnaie nationale										
Année		2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Pays	Unité											
France	Euro, Milliards	8.3	8.9	7.9	7.4	7.7	8.6	9.6	10.4	10.3	12.2	12.3
Allemagne	Euro, Milliards	3.8	4.2	4.8	4.6	4.4	4.2	4.3	4.6	5.5	6.3	7.0
Irlande	Euro, Milliards	0.3	0.4	0.3	0.3	0.2	0.2	0.3	0.3	0.4	0.4	0.4
Italie	Euro, Milliards	0.0	0.1	0.4	0.5	0.5	0.5	0.6	0.6	0.6	0.7	0.7
Espagne	Euro, Milliards	2.6	2.9	2.9	2.6	2.4	2.2	2.2	2.5	2.7	2.7	2.6
Royaume-Uni	Livre sterling, Milliards	3.6	3.9	3.3	2.4	2.6	2.9	3.1	3.4	3.9	4.4	4.8
États-Unis	Dollar des États-Unis, Milliards	32.9	31.5	33.9	24.9	19.5	14.4	19.0	26.1	24.1	25.6	26.1
Moyenne OCDE		--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

C'est sous l'angle de l'efficacité et du poids des recettes par rapport au PIB que l'impôt sur les successions est examiné et validé. Les partisans de sa suppression préconisent son abolition, évoquant également l'attractivité de l'État en termes de concurrence des droits.

Il est souvent reproché à la législation française, en termes de droit de succession, d'être à contre-courant de ce qui se pratique en Europe, et plus largement dans le monde³⁸⁷.

207. C'est donc une vision utilitariste qui domine. À la faible rentabilité générale de l'impôt sur la transmission des patrimoines, s'ajoute l'impopularité de cette taxation.

§ 3. L'impopularité de l'impôt sur les successions

208. *Un impôt impopulaire.* L'impôt sur les successions est, en effet, un impôt impopulaire.³⁸⁸ Les enquêtes d'opinion et les sondages sont particulièrement éloquentes sur l'hostilité des Français à l'égard de ce type d'impôt.³⁸⁹

Toutefois, et de manière curieuse, si les personnes interrogées sont majoritairement favorables à une réduction, voire à une suppression des droits de succession, elles sont loin d'être toutes concernées par le paiement des droits de succession.³⁹⁰

³⁸⁷ BENOITEAU I., MESLIN O., *Les prélèvements obligatoires sur le capital des ménages : comparaisons internationales*, Rapport particulier n° 5, Cour des comptes, octobre 2017, spécialement p. 67-68 : « Si la législation fiscale de la plupart des États membres de l'Union européenne prévoit une imposition des successions et donations, une tendance à la réduction voire à la suppression de ces impôts est néanmoins observable depuis une quinzaine d'années. C'est notamment le cas de nombreux pays de l'Europe de l'Est. Certains pays ont opté pour une imposition alternative quand d'autres ont choisi de ne plus imposer du tout les donations et successions. Cette évolution récente s'inscrit dans une tendance de long terme de diminution du poids des droits de succession et de donation dans les prélèvements obligatoires dans les pays développés. Il importe toutefois de préciser que les pays ayant supprimé les droits de succession et de donation les ont réintégrés dans l'assiette d'un impôt général, de sorte que cette masse de recettes fiscales n'a pas été abandonnée. »

³⁸⁸ MASSON A., *Comment justifier une augmentation impopulaire des droits de succession*, Revue de l'OFCE 2015/3 (n° 139), p. 267-326.

³⁸⁹ *Fiscalité des héritages : impopulaire mais surestimée*, Defrénois, 1^{er} mars 2018, n° 09, p. 13. Cet article qui rapporte sur la base de l'étude du CREDOC missionnée par France Stratégie indique que « la grande majorité des personnes interrogées se prononce, toutes catégories confondues, en faveur d'une diminution de la taxation des héritages ».

³⁹⁰ ARRONDEL L., *Transmission du patrimoine et impôt successoral*, Informations sociales 2006/6 (n° 134), p. 42-53. À partir d'une étude TN Sofres-Delta 2002 effectuée à partir d'un échantillon de français âgés de 35 à 55 ans, l'auteur a montré que le paiement des taxes sur les successions se concentrait sur les successions des 10 % des défunts les plus riches. Sur ce point, voir également l'article *Fiscalité des héritages : impopulaire mais surestimée*, Defrénois, 1^{er} mars 2018, n° 09, p. 13.

209. Les travaux de recherche en la matière relayent et illustrent cette hostilité « populaire ». Ainsi en est-il de cette thèse au titre évocateur : « La perversion de l'imposition des successions ».³⁹¹

Selon M. MASSON, l'impopularité de l'impôt sur les successions et les tentatives de sa suppression seraient le fait de la « coalition dominante depuis 1980, entre riches néo-libéraux et familialistes, qui [expliquerait] le rejet actuel de l'impôt sur l'héritage. »³⁹² Tout discours différent sur le sujet serait, d'après lui, voué à l'échec.

Pour autant, ce ne sont pas les bons ou les mauvais résultats de l'impôt sur les successions qui devraient justifier son maintien ou sa suppression, pas plus que sa popularité ou son efficacité, car l'impôt est le reflet d'un rapport entre l'État et la société.

210. *Les enjeux de l'impôt.* Tout discours en matière d'imposition sur les transmissions de patrimoine suppose, en effet, d'appréhender et de concilier les intérêts en présence, aussi bien dans une dimension économique, psychologique, sociologique et philosophique, qu'au niveau familial ou collectif, ou bien du côté du cédant ou de celui de l'héritier. Il s'agit donc d'une approche pluridisciplinaire.³⁹³

M. MASSON, dans un article intitulé « L'Impôt sur l'héritage » a très précisément analysé les différents discours en matière d'imposition sur les successions.

³⁹¹ GÉNIN V., « La perversion de l'imposition des successions », Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), avril 1993. L'auteur condamne l'imposition sur les successions et écrit dès le début de sa recherche : « La perversion de l'imposition des successions découle de la perversion philosophique des justifications juridiques et idéologiques des droits de succession. Elle conduit à la fois à contrarier la perpétuation en confisquant le patrimoine et à la fois à dénaturer en détournant la signification du patrimoine. À terme, la seule entrave fiscale à la perpétuation précipitera le déclin de notre civilisation ».

³⁹² MASSON A., *L'Impôt sur l'héritage. Débats philosophico-économiques et leçons de l'histoire*, Revue de l'OFCE (n° 156), p. 123 et sa conclusion, p. 170 : « Les droits de succession, de plus en plus impopulaires et réduits à la portion congrue presque partout, ont-ils un avenir ? J'ai tenté de montrer que cette impopularité et ce déclin étaient liés à la montée en puissance, depuis les années 1980, d'une coalition particulièrement efficace qui regroupe les riches néolibéraux et les familialistes. Parce qu'elles ciblent le plus souvent la famille, les contre-propositions des partisans de la redistribution me paraissent vouées à l'échec dans les circonstances actuelles ».

³⁹³ NAVEZ É.-J., « La fiscalité des successions face à l'évolution des systèmes fiscaux étatiques », in *La Fiscalité des successions et des donations internationales*, Éditions Bruylant 2001, p. 54 et s. L'auteur rappelle dans la note de bas de page 139 que la légitimité de l'impôt successoral était discutée dès le XVIII^e siècle par des auteurs comme MONTESQUIEU ou BENTHAM au regard des lois naturelles.

Selon lui, « la plupart des discours ou des opinions sur l'héritage proposent ainsi un compromis (...). Ce point est important : la variété des compromis possibles explique la multiplicité des arguments pour ou contre l'héritage, ou au contraire sa taxation, puissent être rapportées in fine à un nombre restreint de philosophies pures ». ³⁹⁴

211. Selon cet auteur, les différentes philosophies en matière d'impôt sur l'héritage peuvent se résumer en trois catégories.

La première catégorie, qu'il désigne sous le vocable « épargnant-libre agent », regroupe les philosophies en faveur d'un droit de propriété absolu. Dans cette catégorie, le défunt peut faire ce qu'il souhaite, y compris déshériter ses enfants. La transmission du patrimoine est une affaire personnelle et il ne devrait pas y avoir d'impôt sur la transmission des patrimoines. Selon cet auteur, ces philosophies qui se rattachent plus largement à la philosophie de LOCKE se retrouveraient dans les discours des « classes riches et des libéraux ».

La seconde catégorie, dite familialiste regroupe les philosophies qui se rattachent à celle de HOBBS. Le patrimoine est appréhendé dans une dimension strictement familiale. Dès lors, non seulement la liberté de tester est limitée, mais l'impôt sur la transmission des patrimoines doit être modéré pour ne pas être confiscatoire, notamment lorsqu'il concerne la maison ou l'entreprise familiale. Selon cet auteur, ces philosophies seraient caractéristiques des discours « des classes moyennes aux fortes valeurs familiales ».

La troisième catégorie que M. MASSON qualifie « d'égalité citoyenne », regroupe les philosophies qui vont largement dans le sens de la redistribution des patrimoines entre les générations et qui se rattachent à la philosophie de ROUSSEAU. Dans cette catégorie, peu importe la famille du point de vue patrimonial, ce qui prime, c'est l'égalité des chances. Pour cet auteur, les philosophies de cette dernière catégorie seraient présentes dans les discours « relevant d'une sensibilité de gauche ».

³⁹⁴ MASSON A., *L'impôt sur l'héritage. Débats philosophico-économiques et leçons de l'histoire*, Revue de l'OFCE (n° 156), p. 123-174.

212. En réalité, les discours en matière d'imposition sur les successions sont le résultat d'une « coalition » entre ces différentes « philosophies pures ». Cette analyse de M. MASSON est d'autant plus intéressante qu'elle permet de replacer les discours actuels dans l'histoire des discours et des théories sur l'impôt et sa légitimité.

D'après l'auteur, l'analyse des différentes enquêtes d'opinion réalisées mettrait en exergue ces trois différents discours, sans pour autant que les personnes interrogées en aient conscience.³⁹⁵

Si l'État fait de l'héritage, non pas un droit naturel, mais une institution socialement protégée, alors il n'hésitera pas à prélever une part importante de la succession au travers de prélèvements obligatoires. Cette théorie est à l'origine de la réforme de l'impôt sur les successions dans l'Angleterre de 1894. Elle a failli connaître une existence légale en France avec un amendement déposé lors de la discussion sur la loi fiscale de 1920.³⁹⁶ Cet amendement a toutefois été rejeté.

213. FRANCE STRATÉGIE, un organisme d'expertise et d'analyse prospective sur les grands sujets sociaux et économiques, a publié un rapport sur la réforme de la fiscalité des successions.³⁹⁷ Dans cette étude, l'impôt sur les successions n'est plus perçu comme l'expression d'un rapport de l'État vis-à-vis de l'héritage, mais comme un outil de redistribution, laissant ainsi de côté de nombreuses dimensions et enjeux en termes de vision de la société.

FRANCE STRATÉGIE propose ainsi une réforme de l'imposition sur les successions, soit à la marge, soit en profondeur, en prenant pour exemple l'Irlande. En effet, l'Irlande appréhende la fiscalité des successions du point de vue de l'héritier en fonction de

³⁹⁵ FORSE M. FRENOT, A, GUIBET LAFAYE C., *Pourquoi les inégalités de patrimoine sont elles mieux tolérées que d'autres ?* Revue de l'OFCE 2018/2 (n° 156), p. 97-122.

³⁹⁶ ALLIX E., *Traité élémentaire de science des finances et de législation financière française*, 1921, 4^e édition, p. 592-613. L'auteur rappelle qu'un amendement avait été déposé le 25 juin 1920 dont l'objectif était d'attribuer à l'État, en qualité d'héritier, une part de l'héritage égale à celle d'un enfant légitime.

³⁹⁷ FRANCE STRATÉGIE, *Comment réformer la fiscalité des successions ?*, janvier 2017. Voir également les commentaires du rapport PANDO A., *Repenser la taxation de la transmission à titre gratuit*, Les Petites Affiches, 27 février 2017, n° 41, p. 3 ; VERNIÈRES C., *Vers un big-bang de la fiscalité successorale*, Defrénois, 22 mars 2018, n° 12, p. 1. Référence Internet : <http://www.strategie.gouv.fr/publications/20172027-reformer-fiscalite-successions-actions-critiques>

l'évolution du patrimoine qu'il recevra tout au long de sa vie. Cet organisme s'interroge également sur la voie de la création d'une dotation universelle.³⁹⁸

SECTION 2 : DES REGLES D'IMPOSITION NATIONALE INEGALITAIRES

214. Position du problème. Les règles fiscales relèvent traditionnellement de la souveraineté nationale. Elles sont l'expression même de la souveraineté nationale.³⁹⁹

L'histoire plus récente est celle d'une unification au sein des différents systèmes juridiques. En effet, autrefois, les situations locales étaient très distinctes les unes des autres.⁴⁰⁰ Ainsi, **en Angleterre**, jusqu'à la réforme de 1894, il existait une grande diversité d'impositions sur les successions et la situation était confuse. Il y avait trois impôts différents : les « probates duties » qui étaient des droits de timbre ; les « legacies duties » qui étaient un impôt progressif en fonction du lien de parenté avec le défunt pour les seuls meubles et enfin une

³⁹⁸ FRANCE STRATÉGIE, *Comment réformer la fiscalité des successions ?*, janvier 2017.

Référence Internet : [://www.strategie.gouv.fr/publications/20172027-reformer-fiscalite-successions-actions-critiques](http://www.strategie.gouv.fr/publications/20172027-reformer-fiscalite-successions-actions-critiques):

« Deux grandes options sont a priori envisageables. La première consiste à conserver la logique du système actuel tout en l'amendant, de façon à le rendre plus incitatif et plus efficace. La seconde, plus ambitieuse, consisterait à remplacer les droits de mutation par un système entièrement construit du point de vue de l'héritier, qui serait taxé en fonction de son âge et du montant de patrimoine qu'il reçoit tout au long de sa vie. À ces deux options vient s'ajouter une troisième complémentaire, consistant à financer une dotation universelle, de sorte que chacun bénéficie d'un capital de départ au moment de l'entrée dans la vie d'adulte. »

³⁹⁹ NAVEZ, É.-J., *La Fiscalité des successions et des donations internationales. Théorie générale et applications en droit comparé*, Éditions Bruylant 2011, p. 78 : « Traditionnellement, l'on enseigne que la matière fiscale relève de la souveraineté originaire des États, celle-ci renvoyant à ce qu'on a appelé la kompetenz-kompetenz, c'est-à-dire le pouvoir du souverain de déterminer sa propre compétence. Compte tenu des fonctions importantes dévolues à l'outil fiscal, au rang desquelles figure la fonction allocative, l'on a même pu affirmer que "l'impôt est non seulement la marque fondamentale de la souveraineté, mais aussi l'instrument privilégié de la souveraineté". ». Pour un bref historique de l'histoire de l'impôt, voir également NAVEZ, É.-J., *La Fiscalité des successions et des donations internationales. Théorie générale et applications en droit comparé*, Éditions Bruylant, 2011, p. 50-60.

⁴⁰⁰ARDANT G., *Histoire de l'Impôt, Livre II, du XVIII^e au XXI^e siècle*, coll. Les Grandes Études Historiques, Fayard, 1972. L'auteur explique page 65 les raisons des diversités locales : « Les conditions mêmes dans lesquelles les États européens s'étaient constitués, au cours des siècles précédents, les promesses qui avaient accompagné certains rattachements, les aménagements que conseillait la prudence à l'égard des territoires nouvellement conquis suffirent à expliquer l'hétérogénéité géographique des systèmes fiscaux, les particularismes, les privilèges, les régimes spéciaux d'un certain nombre de provinces ».

« succession duty »⁴⁰¹. La loi de 1894 leur a substitué deux droits : le Legacy and Succession Duty, et l'Estate Duty. Cette dernière imposition attribuait à l'État une quote-part de l'héritage.

215. En France. Avant la Révolution de 1789, les prélèvements étaient aussi nombreux que la situation était confuse et ils dépendaient des coutumes. Il existait également toute une série d'impositions entre le droit de rachat ou de relief, le droit de contrôle créé par l'Édit de Blois de 1581, l'insinuation créée par l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 et le centième denier.⁴⁰²

La fiscalité était si compliquée que : « les dirigeants de la Ferme disaient qu'il fallait vingt ans pour faire "un bon contrôleur" ».⁴⁰³ La Révolution française a mis fin à cette situation.⁴⁰⁴ C'est la Loi du 22 Frimaire de l'an II qui est venue simplifier l'ancien droit avec une loi sur les droits d'enregistrement.⁴⁰⁵ Sans qu'il soit nécessaire de rentrer dans les détails historiques de l'impôt sur les successions, il importe de souligner que l'évolution a été celle de

⁴⁰¹ALLIX E., *Traité élémentaire de science des finances et de législation financière française*, 1921, 4^e édition, p. 595 : « - 1^o Les probates duties, droit de timbre qui atteignait la reconnaissance ou la désignation de l'héritier par le juge ; - 2^o Les Legacy Duties, droit proportionnel, mais variant d'après le lien de parenté, qui frappait les legs mobiliers et s'ajoutait au Probate duty ; - 3^o Comme ces deux taxes n'atteignaient pas les transmissions d'immeubles, on avait créé en 1853 une succession Duty pour les frapper ».

⁴⁰²ARDANT G., *Théorie sociologique de l'impôt*, tome 1, S.E.V.P.E.N., 1965, p. 443-451, pour une histoire des droits d'enregistrement, spécialement p. 446 et sur les stratégies d'évitement de l'impôt qui ont favorisé le maintien des communautés taisibles. ; MOLINEAU B., *Manuel des déclarations de succession et des droits de mutation par décès*, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, Maison Cosse, 1875, p. 2 : « La succession, la donation, le mariage, étaient parmi les cas, diversement réglés par les coutumes, les plus communs de ceux auxquels s'appliquerait le rachat ou le relief. Nous ne nous occuperons que du premier (la succession). Régulièrement, et par le droit commun de la France, il n'était pas dû de rachat en ligne directe, parce que la succession des enfants était considérée moins comme une acquisition nouvelle que comme une continuation de la seigneurie, suivant la disposition du droit qui regardait le père et le fils comme une même personne et supposait que l'héritage du père passait au fils sans interruption et presque sans mutation [...]. C'était la règle générale mais elle comportait néanmoins quelques exceptions parmi lesquelles on peut citer celles qu'avaient introduites les coutumes d'Anjou (art. 84), et du Maine (art.97), d'après lesquelles le rachat était dû par les petits-enfants qui recueillaient la succession de leurs aïeuls et aïeules, ou autres ascendants. Au contraire, en ligne collatérale, la règle générale était pour l'exigibilité du rachat ».

⁴⁰³ARDANT G., *Histoire de l'impôt, Livre II, du XVIII^e au XXI^e siècle*, coll. Les Grandes Études Historiques, Fayard 1972, p. 172.

⁴⁰⁴PLESSIS A., « L'impôt des français au XIX^e siècle replacé dans une perspective européenne », in *L'Impôt en France aux XIX^e et XX^e siècles*, colloque des 2, 3 et 4 mai 2001, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2006, p. 13-47.

⁴⁰⁵ALLIX E., *Traité élémentaire de science des finances et de législation financière française*, 1921, 4^e édition, p. 596 : « De son côté, l'Empire d'Allemagne, par la loi du 3 juin 1906, a établi un droit d'empire sur les successions, sauf celles allant aux enfants ou au conjoint (droits auxquels s'ajoutaient ceux que les États particuliers pouvaient avoir établis) ».

l'assujettissement à l'impôt sur les successions, tant sur les biens meubles que sur les biens immobiliers, mais aussi sur les successions en ligne collatérale et en ligne directe, même si les taux variaient selon les situations. **Le Royaume d'Italie**, au gré des conquêtes napoléoniennes, a transposé la législation française et introduit les droits d'enregistrement, ce qui a été fortement contesté. À cause de cela, le ministère des Finances a disparu lors d'une émeute en 1814.⁴⁰⁶ **L'Allemagne** a connu une évolution similaire : si l'imposition était tout d'abord locale, la loi du 3 juin 1906 a créé un droit d'empire sur les successions en sus de ce qui existait déjà au niveau local.⁴⁰⁷

216. En l'absence d'harmonisation des règles fiscales d'imposition des transmissions des patrimoines au sein de l'Union européenne, c'est au niveau national qu'il convient d'examiner la réglementation fiscale. Ce principe d'autonomie nationale doit cependant être nuancé puisque, non seulement le droit européen (sous l'impulsion de la Cour de justice de l'Union et sous celui de la Commission) influence les autorités nationales⁴⁰⁸ mais il existe également des règles de coordination pour éviter les doubles impositions.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ARDANT G., *Histoire de l'impôt, Livre II, du XVIII^e au XXI^e siècle*, coll. Les Grandes Études Historiques, Fayard 1972, p. 229.

⁴⁰⁷ALLIX E., *Traité élémentaire de science des finances et de législation financière française*, 1921, 4^e édition, p. 592-613.

⁴⁰⁸L'article 63 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne - TFUE protège la libre circulation des capitaux : « 1. Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites. 2. Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux paiements entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites ». La CJUE considère que cette liberté de circulation des capitaux s'applique aux transmissions successorales et qu'elle a une valeur égale aux autres libertés protégées par le TFUE. Ainsi, sur la base de cette disposition, la CJUE a rendu des décisions contre les dispositions fiscales nationales qui portaient atteinte au principe de libre circulation des capitaux. Tel est le cas de l'Allemagne (CJUE, 4 Septembre 2013, Commission européenne c. République Fédérale d'Allemagne, aff. C-211-13), ou encore de l'Espagne (CJCE, 3 septembre 2014, Commission européenne c. Espagne, aff. C-127/12). Plus généralement, les travaux de NAVEZ É.-J., « L'influence de la Cour de Justice de l'UE », in *La Fiscalité des successions et des donations internationales en droit comparé*, Éditions Bruylant 2011, p. 197-230. NAVEZ É.-J., « L'encadrement de la fiscalité des successions par le droit de l'Union européenne : vers une élimination progressive des obstacles à la circulation des personnes et des patrimoines », *Droit Fiscal*, n° 43-44 du 25 octobre 2012, p. 492 et s. À côté de la CJCE, la Commission européenne a commencé à s'intéresser, dès 1994, à la fiscalité des donations et des successions à propos de la transmission des entreprises.

⁴⁰⁹Les États ont adopté des conventions bilatérales pour régler les éventuelles doubles impositions des successions. C'est ainsi que, dès le 28 juin 1966, le Comité fiscal de l'OCDE a proposé un modèle de convention. Voir NAVEZ, É.-J., « L'Étude sur les travaux de l'OCDE », in *La Fiscalité des successions et des donations internationales. Théorie générale et applications en droit comparé*, Éditions Bruylant 2011, p. 123-167. Voir également le rapport du comité des affaires fiscales de l'OCDE de 1982 : *Model Double Taxation Convention on Estates and Inheritances and on gifts*, International Bureau of Fiscal Documentation n° 8, août 1982.

217. Au moment du décès, plusieurs types d'impôts peuvent être appelés (impôt sur le revenu, impôt sur la plus-value, TVA, impôt sur les successions). Le défunt peut également avoir anticipé son décès et organisé les modalités de la transmission de son patrimoine. Afin d'apprécier l'imposition de la transmission des entreprises familiales en Allemagne, en Angleterre, en Espagne, en France et en Italie, il est nécessaire de présenter le cadre général de la fiscalité des successions et des donations.⁴¹⁰ Seul l'impôt sur les donations et sur les successions sera examiné. Cette présentation est délicate, dans la mesure où chaque État dispose d'une législation fiscale qui lui est propre, dotée de ses spécificités.⁴¹¹

218. Méthode. Dans une démarche de comparaison, il s'agit, non pas de présenter successivement les différents régimes fiscaux de chacun des États, de manière exhaustive, mais de trouver des critères de comparaison qui soient de nature à faire apparaître des oppositions, des similitudes et des singularités.

219. Les différents législateurs ont fait des choix, de taxer soit le patrimoine, indépendamment de l'héritier, soit la part reçue par l'héritier (§ 1). Lorsque les législateurs taxent la part reçue par l'héritier, ils fixent un taux d'imposition en fonction d'un lien de parenté avec le défunt, taux qu'ils font éventuellement varier selon l'importance du patrimoine reçu. Mais dans tous les cas, ils tentent de corriger la rigueur de leurs règles

⁴¹⁰ REVILLARD M., *Stratégie de transmission d'un patrimoine international. Nouvelles perspectives*, coll. Expertise Notariale, Éditions Defrénois Lextenso, 2^e édition, 2016, spécialement le n° 327, qui reprend dans un tableau la « fiscalité des successions, exonérations, abattements, ainsi que des taux dans 31 États d'Europe ». L'auteur indique également que les droits de succession n'existent pas en Autriche, à Chypre, en Estonie, en Lettonie, à Malte, au Portugal, en Russie, en Slovaquie, en Suède.

⁴¹¹ SANDFORD C., *Évolution de l'imposition des patrimoines dans différents pays*, coll. Économie et statistique, n° 105 « Croissance et compétitivité/Familles pauvres/L'enquête emploi de mars 1978/L'imposition des patrimoines dans 18 pays », Persée, novembre 1978, p. 11-23 : « Les comparaisons en matière d'impôts sur les transmissions de patrimoine sont particulièrement difficiles. Ce type d'impôts recouvre aussi bien les impôts sur les successions que sur les donations, mais les dispositions des uns et des autres sont souvent très différentes. En outre, on ne peut pas directement comparer de façon fondée les taux et les seuils d'imposition des impôts du type « impôt assis sur la masse des biens transmis » et ceux du type « impôt sur la part de chaque héritier » lorsque, comme dans le premier cas, l'impôt sur la succession est en général fondé sur la fortune du défunt, tandis que dans le second cas, l'impôt est assis sur la part reçue par le donataire. Qui plus est, le modèle courant dans les cas des droits de succession à la charge de l'héritier comporte une série de seuils qui varient en fonction des liens entre le donateur et le donataire ».

fiscales pour orienter la transmission des patrimoines ou pour réparer d'éventuelles inégalités (§ 2).

§ 1. L'imposition de la masse transmise ou de la personne de l'héritier :

220. Pour imposer la transmission du patrimoine et, donc, la transmission des entreprises familiales qui est un élément du patrimoine, deux possibilités s'offrent aux législateurs. D'une part, il peut se placer du côté du défunt ; dans ce cas, ce qui est imposé, c'est la masse transmise indépendamment de la personne bénéficiaire du patrimoine, mais le législateur peut aussi se placer du côté de l'héritier ; ainsi ce qui est imposé, c'est la part qui revient à ce dernier qui fait l'objet d'un traitement fiscal particulier. Dans cette dernière hypothèse d'imposition de la transmission du patrimoine dans la personne de l'héritier, deux options sont envisageables : soit l'imposition est fixée pour chaque transmission de patrimoine, peu importe alors que l'héritier reçoive successivement une ou plusieurs successions sa vie durant, soit l'imposition peut être fixée en fonction du nombre de patrimoines reçus par l'héritier sa vie durant.⁴¹²

221. En Irlande. Ainsi, l'Irlande impose la transmission du patrimoine dans la personne de l'héritier en fonction du nombre de successions que celui-ci va recevoir pendant toute sa vie. De même, mais dans une moindre mesure, l'Espagne applique un coefficient de

⁴¹² Selon le rapport collectif de TERRA NOVA qui se présente comme le « think tank progressiste », il y aurait non pas deux, mais trois systèmes différents, car les rapporteurs considèrent que la fiscalité des successions appliquée en Irlande constituerait un troisième système fiscal alors qu'il s'agit plutôt d'une sous-catégorie du système fiscal constitué sur la personne de l'héritier. TERRA NOVA, *Réformer l'impôt sur les successions*. Référence Internet : <http://tnova.fr/notes/reformer-l-impot-sur-les-successions> : « Depuis la fin du XIX^e siècle, les héritages sont taxés selon un barème progressif dans de nombreux pays développés. Trois systèmes différents ont vu le jour, selon que la fiscalité est construite du point de vue du défunt, de l'héritier ou des deux. Les pays anglo-saxons appliquent une taxe sur la fortune au décès (*estate tax*), dont la limite principale est de faire varier le taux d'imposition en fonction du patrimoine du défunt, mais pas du montant reçu. En Europe continentale ainsi qu'en Corée du Sud et au Japon, ce sont les parts reçues par les héritiers qui sont taxées (*inheritance tax*). Ce système a l'avantage de proportionner la fiscalité à ce qui est effectivement transmis. Mais il ignore le fait que les héritiers peuvent hériter de plusieurs individus. Un troisième et dernier système, en vigueur en Irlande depuis 1976, taxe l'ensemble du patrimoine hérité par un même individu au cours de sa vie (*acquisition tax*). Comme l'a montré l'économiste Anthony ATKINSON dans son ouvrage *Les Inégalités*, l'*acquisition tax* a la vertu de construire la progressivité de la manière la plus cohérente possible en appliquant un taux d'imposition plus élevé à celui qui reçoit plus - quels que soient le nombre et la valeur des parts transmises. Ce système limite également les stratégies d'optimisation fiscale (transmission par donations multiples ou via le conjoint survivant ».

majoration du taux d'imposition en fonction du nombre de patrimoines reçus et du lien de parenté avec le défunt.⁴¹³

Cette première distinction, l'imposition du patrimoine au moment de sa transmission, ou l'imposition dans la personne du bénéficiaire, oppose les systèmes juridiques anglo-saxons aux systèmes juridiques dits de droit continental. Il s'agit des « deux grandes conceptions de l'impôt successoral, lesquelles peuvent en outre se présenter sous des variantes différentes (voy. p. ex., les caractéristiques de la *capital transfer tax* britannique, de la *capital acquisition tax* irlandaise ou de l'*estate and gift tax* américaine) ».⁴¹⁴

222. Comparaison. Pour un tableau comparé de classement des différents pays selon qu'ils appliquent une « estate tax » ou une « inheritance tax », il est possible de se reporter à l'étude en langue anglaise de M. JESTL, économiste⁴¹⁵ :

Table 1 / Inheritance and estate taxes

<u>Inheritance tax (in a narrow sense)</u>	<u>Estate tax</u>
DE, DK, NL, FI, FR, IT	DK, UK, USA ¹⁾

Note: 1) The US applies an estate tax at the federal level. At the level of individual states, we however find both systems, estate and inheritance tax systems. In our analysis of the US regime we however only consider the federal estate tax.
Source: Nass-Schmidt, et al. (2011) & EY (2015); own illustration.

Parmi les pays européens qui appliquent une « inheritance tax », il faut ajouter l'Espagne qui n'était toutefois pas l'objet de l'étude de M. JESTL.

223. En Angleterre. En Angleterre, contrairement à ce qui est pratiqué dans les différents pays d'Europe, l'impôt sur les successions est calculé sur la masse de la succession et non sur la part qui revient à chaque héritier.⁴¹⁶

⁴¹³ BENOTEAU I., MESLIN O., *Les prélèvements obligatoires sur le capital des ménages : comparaisons internationales*, Rapport particulier n° 5, Cour des comptes, octobre 2017, spécialement p. 74.

⁴¹⁴ NAVEZ, É.-J., *La Fiscalité des successions et des donations internationales. Théorie générale et applications en droit comparé*, Éditions Bruylant, 2011, p. 68-69.

⁴¹⁵ JESTL S., *Inheritance Tax Regimes: A Comparison*, The Vienna Institute for International Economic Studies, Working paper 152, november 2018, p. 2.

⁴¹⁶ LAFERRÈRE A., *La taxation des héritages et donations : éléments de comparaisons internationales*, coll. Économie & prévision, n° 100-101, Persée, 1991-4-5, p. 177-188. Il convient d'ajouter que c'est la loi du 31 juillet 1894 qui a réformé le système d'imposition des transmissions de patrimoine, ayant fixé cette règle d'imposition sur la masse du patrimoine transmis.

Bien qu'il ne soit ni utile ni nécessaire de retracer l'histoire de l'impôt en Angleterre, il importe d'indiquer que le Finance Act de 1975 a largement modifié le système d'imposition des successions en créant un impôt général nommé « Capital Transfer Act ». À compter du mois de juillet 1986, le « Capital Transfer » Act est devenu l'« Inheritance Tax ».⁴¹⁷

L'impôt sur les successions est soumis à un taux général de 40 %, mais il existe toutefois un seuil en dessous duquel le transfert du patrimoine n'est pas soumis à une taxation. Le seuil est actuellement fixé à 325 000 £.⁴¹⁸ Seule la partie de l'actif qui dépasse ce seuil est soumise à l'impôt. Le seuil de déclenchement de l'impôt sur les transferts de patrimoines a été gelé une première fois, de juin 2010 jusqu'en 2013 et une seconde fois en 2015, cette mesure ayant été reconduite jusqu'en avril 2018.

Un projet de réforme de l'Inheritance Tax est actuellement à l'étude. Le Gouvernement a sollicité l'Office de Simplification des Taxations (Office of Tax Simplification - OTS) pour mener une consultation sur la simplification de l'impôt sur la transmission des patrimoines. L'OTS a émis une note de travail pour fixer le cadre de sa consultation.⁴¹⁹

224. Nuances. Toutefois, il faut nuancer le propos car, même dans ce système d'imposition du patrimoine, le bénéficiaire du patrimoine n'est pas ignoré puisque, quelle que soit sa valeur, la transmission du patrimoine n'est pas imposée lorsque celui-ci est, soit le conjoint survivant, soit le partenaire d'un PACS, soit une institution destinée à des œuvres sociales.

⁴¹⁷FONTANEAU P.-M., *Grande-Bretagne Partie 3 - Les impôts sur le capital*, Les Cahiers Fiscaux Européens. Référence Internet : <http://www.fontaneau.com/?p=2815>.

⁴¹⁸SEELY A., *Inheritance Tax*, briefing paper number 93, 30 avril 2018/5 July 2019, Library House of Commons. Référence Internet :

<https://www.google.fr/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN00093/SN00093.pdf&ved=2ahUKEwi-9WKuZneAhUFJsAKHa2ZCcg4FBAWMAF6BAGIEAE&usg=AOvVaw3nKHjXj8bU2jLBmnHvDBGR>.

⁴¹⁹OTS, *Inheritance Tax Review: Call for evidence*, avril 2018. Référence Internet : <https://www.gov.uk/government/consultations/inheritance-tax-review-call-for-evidence-and-survey>.

Il existe également des règles particulières en fonction de la nature du bien cédé. Il en est ainsi pour l'habitation principale ou pour l'entreprise familiale, ce qui fera l'objet de la discussion.⁴²⁰

225. Dans les autres systèmes juridiques dits de droit continental, l'impôt sur la transmission du patrimoine est calculé sur la part que reçoit l'héritier.

§ 2. L'imposition des successions dans la personne des héritiers

A. Le classement des héritiers bénéficiaires de la transmission des patrimoines.

226. Dès lors que l'imposition est fixée dans la personne de l'héritier, l'État opère un classement entre les héritiers pour fixer des règles d'imposition particulières à chaque catégorie. Il existe une grande diversité de méthodes de classement des héritiers, lesquels peuvent être répartis dans différentes classes. L'État détermine des classes d'héritiers, soit directement, comme dans le cas de l'Allemagne, soit indirectement, au travers de taux d'impositions spécifiques, comme dans les autres États (France, Italie, Espagne).

227. En Allemagne. Le système d'imposition des transmissions des patrimoines est fédéral depuis la loi du 3 juin 1906. Cette loi fédérale sur les successions est venue se superposer aux législations locales.⁴²¹

⁴²⁰ Pour les habitations principales, il existe un seuil particulier d'exemption lorsque le bien est transmis aux conjoints et aux descendants directs. Voir SEELY A., *Inheritance Tax*, briefing paper number 93, (30 avril 2018/5 July 2019), Library House of Commons., p. 4. Référence Internet : https://www.google.fr/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN00093/SN00093.pdf&ved=2ahUKEwi-_9WKuZneAhUFJsAKHa2ZCcg4FBAWMAF6BAGIEAE&usg=AOvVaw3nKHyXj8bU2jLBmnHvDBGR.

⁴²¹ ALLIX E., *Traité élémentaire de science des finances et de législation financière française*, 1921, 4^e édition, p. 592-613. ; SCHINKE C., *Inheritance in Germany 1911 to 2009: A mortality Multiplier Approach*, The German Socio-Economic Panel Study at DIW Berlin, 2012 : "Taxation of inheritance was introduced in Germany in 1906, except for transfers to spouses and children which were only subject to taxation from 1919 on. The spirit of the system has not changed since then: As we will see, inheritance of close relatives is still very much exempted from taxation, which is an effect of the family-oriented understanding of property in Germany".

La loi sur les successions et les donations (*Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz - ErbStg*) du 17 avril 1974 (BGBl 1974 I 933), modifiée à plusieurs reprises, fixe le calcul des droits dans sa section 3, articles 14 à 19.

La loi allemande distingue plusieurs classes selon le lien de parenté avec le défunt⁴²² :

- **La classe I** regroupe les parents en ligne directe (grands-parents, enfants) et le conjoint. Le fait que les enfants du conjoint figurent également dans cette classe I constitue une différence importante avec le droit français.
- **La classe II** regroupe les collatéraux (frères et sœurs, neveux et nièces), mais également les beaux-parents, les belles-filles et beaux-fils, ainsi que les conjoints divorcés et ex-partenaires enregistrés.
- **La classe III** regroupe toutes les personnes qui ne peuvent bénéficier des dispositions des classes I et II.

Sans entrer dans le détail de la législation allemande, ce qui ne présenterait pas d'intérêt pour la comparaison, il importe de relever que la loi allemande prévoit des seuils d'abattement spécifiques en fonction de l'appartenance à une classe. Mais ces seuils sont parfois différents, y compris au sein d'une même classe.

Enfin, indépendamment des abattements, la loi fixe des taux d'imposition à chaque classe en fonction des montants.⁴²³ Les taux applicables sont variables pour chaque classe. Dans la classe I, les taux varient entre 7 et 30 %, dans la classe II entre 15 et 43 % et dans la classe III entre 30 et 50 %, selon les seuils concernés.

⁴²² Article 15 de la Loi sur les successions et les donations (*Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz - ErbStg*) disponible sur Internet : <https://dejure.org/gesetze/ErbStG>. BACH S., *Inheritance Tax: Limit Corporate Privileges and Spread Tax Burden*, *Diw Economic Bulletin* n° 7/2015, February 11, 2015, p. 91-99, spécialement, p. 93, le tableau est établi pour le classement des héritiers par catégories.

⁴²³ Article 19 de la loi sur les successions et les donations (*Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz - ErbStg*). Cette disposition a été modifiée pour la dernière fois par la Loi du 23 juin 2017 disponible sur Internet : <https://dejure.org/gesetze/ErbStG>.

228. En Espagne. L'imposition des transmissions de patrimoines en raison du décès comporte des particularités par rapport aux différents systèmes juridiques de droit continental.⁴²⁴

Tout d'abord, d'un point de vue géographique, les Communautés autonomes peuvent adopter des mesures fiscales pour imposer la transmission du patrimoine du défunt. Dans ce cas, ce sont les dispositions propres à chaque communauté autonome qui s'appliquent, le droit commun étant un droit par défaut.⁴²⁵ Parmi les 17 Communautés autonomes ou Communautés forales, six d'entre elles disposent d'une réglementation propre et ce, depuis le VIII^e siècle (Navarre, Baléares, Pays Basque, Aragon, Galice, Catalogne). Cette particularité qui tient à l'existence de droits autonomes est consacrée par la Constitution espagnole en son article 149.1.8^e.

La Loi 21/2001 fixe les conditions de l'impôt (taux, abattements et coefficients) si la Communauté autonome dont dépend le défunt n'a pas exercé sa compétence ou n'a pas pris de disposition particulière en ce domaine. C'est donc un principe de subsidiarité.

229. L'existence de cette particularité, c'est-à-dire de concurrence des droits entre les Communautés autonomes et le droit de l'État, est à l'origine d'une décision de la Cour de justice de L'Union européenne du 3 septembre 2014 (affaire C-127/12),⁴²⁶ qui a estimé que la différence de droits entre les nationaux qui pouvaient bénéficier de dispositions d'une communauté forale et les résidents de l'Union européenne qui ne dépendaient que du droit de l'État constituait une violation du principe de la libre circulation des biens. Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2015, en fonction du lien de rattachement, tout ressortissant de l'Union européenne peut également bénéficier des dispositions fiscales applicables à la Communauté autonome dont il dépend.

⁴²⁴ RIBES RIBES A., DECHAMPS R., « Successions et donations en Espagne », in *La Fiscalité des successions et des donations internationales en droit comparé*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2011, p. 381-406 et NAVEZ É.-J., « Les principes généraux du droit fiscal des donations et des successions en Espagne », in *La Fiscalité des successions et des donations en droit comparé*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2011, p. 407-410.

⁴²⁵ BENOITEAU I., MESLIN O., *Les prélèvements obligatoires sur le capital des ménages : comparaisons internationales*, Rapport particulier n° 5, Cour des comptes, octobre 2017, spécialement p. 74.

⁴²⁶ Arrêt CJCE du 3 septembre 2014 disponible sur Internet : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A62012CJ0127>.

230. Comme pour l'Allemagne, la loi espagnole détermine directement des groupes d'héritiers, à la différence près qu'il ne s'agit pas de leur appliquer un taux d'imposition particulier, mais des abattements spécifiques :

Groupe I : les descendants (biologiques ou par adoption) de moins de vingt-et-un ans bénéficiant d'un abattement est de 15 956,87 euros. À cet abattement s'ajoute un abattement supplémentaire de 3 990,72 euros pour chaque année inférieure à vingt-et-un ans, sans que la réduction ne puisse excéder 47 858,59 euros.

Groupe II : les descendants de vingt-et-un ans ou plus, les conjoints, les ascendants et adoptants ont droit à une réduction de 15 956,87 euros.

Groupe III : les collatéraux de deuxième et troisième degrés, les ascendants et descendants par « affinité » (beaux-parents et beaux-enfants) bénéficient d'un abattement de 7 993,46 euros.

Groupe IV : les collatéraux du quatrième degré ou de degrés plus éloignés et les étrangers n'ont droit, quant à eux, à aucune réduction.⁴²⁷

231. *En France et en Italie.* La France et l'Italie ne déterminent pas directement de classes d'héritiers, mais appliquent à certaines catégories de personnes des taux d'imposition spécifiques, ce qui permet de déterminer l'existence de classes d'héritiers.

232. *En France.* Les trois tableaux ci-dessous qui résultent des dispositions de l'article 777 du Code Général des Impôts⁴²⁸ précisent les tarifs des droits de succession et de donation en ligne directe (Tableau n° 1), entre frères et sœurs (Tableau n° 2) et pour les autres successions (Tableau n° 3). Il s'agit des tarifs actuels susceptibles de modifications par des lois ultérieures.

⁴²⁷ Boletín Oficial del Estado, disponible sur Internet : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1987-28141> ; RIBES RIBES A., DECHAMPS R., « La fiscalité des donations et des successions en droit espagnol - lignes directrices », in *La fiscalité des successions et des donations internationales. Théorie générale et applications en droit comparé*, Éditions Bruylant, 2011, p. 394.

⁴²⁸L'article 777 du Code Général des Impôts fixe le tarif applicable et les conditions d'application des droits de succession. Référence Internet :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000026292569&cidTexte=LEGI TEXT000006069577&dateTexte=20130101&oldAction=rechCodeArticle>. Voir également les explications tirées du BOFIP, référence Internet : <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1501-PGP.html>.

Tableau n° 1 : Tarifs des droits de succession et de donation en ligne directe

Part nette taxable	Tarif applicable
N'excédant pas 8 072 €	5 %
Comprise entre 8 072 € et 12 109 €	10 %
Comprise entre 12 109 € et 15 932 €	15 %
Comprise entre 15 932 € et 552 324 €	20 %
Comprise entre 552 325 € et 902 838 €	30 %
Comprise entre 902 839 € et 1 805 677 €	40 %
Au-delà de 1 805 677 €	45 %

Tableau n° 2 : Tarifs des droits de succession entre frères et sœurs

Part nette taxable	Tarif applicable
N'excédant pas 24 430 €	35 %
Supérieur à 24 430 €	45 %

Tableau n° 3 : Tarifs des droits de succession pour les autres héritiers

Part nette taxable	Tarif applicable
Entre parents jusqu'au 4 ^e degré	45 %
Entre parents au-delà du 4 ^e degré et aux tiers	60 %

233. En Italie. L'imposition de la transmission des patrimoines a radicalement évolué au cours d'une période récente⁴²⁹. En effet, si, en 2001, l'État italien avait décidé de suspendre

⁴²⁹ SELLITTO E., STANS Y., « Successions et donations en Italie », in *La Fiscalité des successions et des donations internationales en droit comparé*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2011, p. 423-442.

toute imposition des successions (article 13 alinéa 1 de la loi n° 383 du 18 octobre 2001), il est revenu sur sa décision en réintroduisant une imposition sur les successions⁴³⁰, avec cependant des taux d'imposition limités oscillant entre 4 et 8 % en fonction du degré de parenté avec le défunt.⁴³¹ Ainsi la fiscalité des successions est fixée par le décret législatif n° 262 du 3 octobre 2006 (transposé dans la loi du 24 novembre 2006, n° 286), ainsi que par le décret législatif n° 346 du 31 octobre 1990.

Le tableau ci-dessous récapitule les droits de succession applicables aux successions ouvertes après le 3 octobre 2006 :

Part nette taxable	Tarif applicable
Conjoint et parents en ligne directe	4 %
Frères et sœurs ou parents jusqu'au 4 ^e degré	6 %
Autres héritiers	8 %

234. Synthèse. Tous les systèmes juridiques de droit continental examinés classent directement ou indirectement les héritiers en différentes catégories pour leur appliquer une

⁴³⁰ BENOTEAU I., MESLIN O., *Les prélèvements obligatoires sur le capital des ménages : comparaisons internationales*, Rapport particulier n° 5, Cour des comptes, octobre 2017, spécialement p. 68 : « L'Italie se distingue par un positionnement récent à rebours de cette tendance : après avoir été abrogés en 2001, les droits de succession et donation y ont été réintroduits en 2006. Des abattements et exonérations très significatifs ont toutefois été prévus, et les taux qui s'appliquent sont très bas (de 4 % à 8 %), de sorte que le taux effectif d'imposition est très faible ». ; JESTL S., *Inheritance Tax Regimes: A Comparison*, The Vienna Institute for International Economic Studies, Working paper 152, november 2018, p. 1. ; SELITO E., STANS Y., « La fiscalité des donations et des successions en droit italien - lignes directrices », in *La Fiscalité des successions et des donations internationales. Théorie générale et applications en droit comparé*, Éditions Bruylant, 2011, p. 416 : « Le régime de l'impôt indirect sur les cessions à titre gratuit, à savoir les donations ou les successions de biens et d'obligations, est fixé par le décret législatif n° 262 du 3 octobre 2006 (transposé dans la loi du 24 novembre 2006, n° 286, (le « Décret n° 262/2006 »). Il est opportun de se souvenir que l'impôt sur les successions et les donations a été suspendu temporairement d'octobre 2001 à octobre 2006 par l'article 13 alinéa 1 de la loi n° 383 du 18 octobre 2001 ».

⁴³¹ FONTANEAU P.-M. *Succession : comparaison France-Italie. Les aspects matériels et fiscaux*, Revue Fiscalité Européenne et Droit International des Affaires, n° 163. Référence Internet : <http://www.fontaneau.com/?p=2205> : « Le législateur italien – à travers la loi de conversion du décret lié à la loi financière (n.° 286 du 24 novembre 2006), puis à travers la loi financière de 2007 (n.°296 du 27 décembre 2006) – a prévu une réglementation exhaustive et détaillée en matière d'impôts grevant sur l'héritage et les donations, après leur abolition intégrale en 2001. »

fiscalité particulière, soit en appliquant un taux d'imposition spécifique, soit pour appliquer des abattements particuliers.

Pour un tableau comparé de classement des héritiers dans différents groupes, il est possible de se référer aux travaux en langue anglaise de M. JESTL⁴³² :

Table 3 / Tax classes

Country	Class assignments
Germany	I: close relatives ¹⁾ (incl. grand-/stepchildren), II: wider family (incl. siblings), III: others
Italy	I: close relatives (incl. grandchildren), II: siblings, III: other relatives (stepchildren), IV: others
Netherlands	I: close relatives, II: grandchildren, III: others
United Kingdom	-
Finland	I: close relatives (incl. grand-/stepchildren), II: all other cases
United States	-
France	I: ascendants and descendants, II: siblings, III: blood relatives (up to fourth degree), IV: others
Denmark	I: close relatives, II: others

Note: 1) close relatives comprise spouses (partner) and children.

Source: EY (2015) & EY (2016); own illustration.

Ce tableau comparatif ne comporte aucune donnée pour la Grande-Bretagne et les États-Unis, dans la mesure où, pour ces deux États, c'est la masse transmise qui est imposée et non la personne de l'héritier. Bien que ce tableau ne comporte pas d'indication pour l'Espagne, qui ne faisait pas l'objet de la comparaison, ce tableau est particulièrement intéressant. En effet, l'examen de ces différentes classes permet de tirer les enseignements suivants :

- dans la majorité des systèmes juridiques, les conjoints ou partenaires d'un PACS ne sont pas imposés lors de la transmission du patrimoine du défunt à leur profit, à l'exception de l'Italie, qui classe le conjoint dans la même catégorie que les parents en ligne directe ;
- dans la majorité des systèmes juridiques également, les descendants en ligne directe bénéficient d'une fiscalité avantageuse, avec une particularité pour l'Allemagne qui classe dans la catégorie des descendants les enfants du conjoint.

Ces classes d'héritiers auxquels les législateurs appliquent une fiscalité spécifique (taux spécifiques ou abattements particuliers) permettent de dessiner, au sens de la loi fiscale,

⁴³²JESTL S., *Inheritance Tax Regimes: A Comparison*, The Vienna Institute for International Economic Studies, Working paper 152, november 2018, p. 4.

les contours de la notion de famille. Mais ces classements ne permettent pas d'assurer la continuité de l'entreprise familiale au moment de sa transmission. En effet, l'entreprise familiale n'est pas nécessairement cédée aux proches parents (c'est le cas lorsque la personne la plus à même de reprendre l'entreprise n'appartient pas au cercle familial rapproché, c'est-à-dire le conjoint et/ou les descendants en ligne directe), et même si l'entreprise familiale leur est transmise, l'existence de taux d'imposition élevés et la progressivité peuvent mettre en échec le processus de transmission de l'entreprise en question.

235. *L'élévation du taux de l'impôt en fonction du lien de parenté entre le défunt et l'héritier et du patrimoine reçu.* Dans tous les pays soumis à examen, le taux d'imposition est fixé selon le lien de parenté entre le défunt et l'héritier, étant précisé que pour certains États, parmi une même classe, le taux varie en fonction du patrimoine reçu.

Il est possible de se référer à nouveau à l'étude en langue anglaise de M. JESTL, économiste, qui opère un classement en fonction des pays qu'il a étudiés, selon que l'État applique un taux fixe par catégorie d'héritier ou un taux variable au sein d'une même catégorie par rapport au montant du patrimoine reçu⁴³³ :

Table 2 / Tax rate design

Country	Determinants of tax rates
IT, DK	Relationship between persons
US	Value of (total) inherited assets
DE, NL, FI, FR	Relationship between persons & value of inherited assets
UK	None (flat rate)

Note: Tax exemptions and reliefs are not considered in the determinants (see below).
Source: EY (2015) & EY (2016); own illustration.

Il convient également d'ajouter la situation de l'Espagne qui ne faisait pas partie de l'étude et qu'il faut classer avec la France et l'Allemagne.

⁴³³JESTL S., *Inheritance Tax Regimes: A Comparison*, The Vienna Institute for International Economic Studies, Working paper 152, november 2018, p. 3.

236. *L'élévation du taux d'imposition est fonction du lien de parenté avec le défunt.* Les législateurs fixent un taux d'imposition qui s'applique à chacune des catégories ou classes qui vont avoir été préalablement déterminées. Ainsi qu'il a été indiqué, le classement des héritiers en catégories a lieu en fonction du lien de parenté entre le défunt et l'héritier.

Le principe est que plus le lien de parenté est éloigné, plus le taux d'imposition est élevé. Il s'agit là d'une constante commune à tous les systèmes juridiques examinés qui adoptent le principe de la progressivité de l'impôt. L'idée sous-jacente est que plus la transmission du patrimoine est faite à un parent éloigné, moins elle est naturelle, ou, formulé différemment, plus il en résulte un effet d'aubaine, ce qui autorise le législateur à appliquer un taux élevé. Ainsi, le taux d'imposition élevé sera d'autant mieux accepté que la transmission du patrimoine n'était pas attendue par son bénéficiaire.

Dans le cadre d'une analyse comparatiste, il faut relever qu'il existe une grande diversité entre les taux appliqués au sein d'une même classe, à l'intérieur des différents systèmes juridiques étudiés.

S'agissant du conjoint, si la transmission du patrimoine à son profit s'effectue généralement sans aucune fiscalité, il existe une exception pour l'Italie qui applique un taux de 4 %.

237. En ce qui concerne les descendants en ligne directe, les situations sont variées, parce que le taux applicable à la transmission du patrimoine est de 4 % en Italie, entre 5 % et 45 % selon l'importance du patrimoine transmis pour la France, et entre 7 % et 43 % pour l'Allemagne.

Pour les héritiers qui ne bénéficient pas d'un régime de faveur, le taux est de 60 % en France, tandis qu'il est de 50 % en Allemagne, à comparer avec le taux de 8 % appliqué en Italie.

238. *La variation du taux d'imposition en fonction du montant du patrimoine reçu.* Hormis l'Italie, les autres systèmes juridiques font varier le taux d'imposition en fonction du patrimoine reçu lors de chaque transmission. Tel est le principe de la progressivité de l'impôt au sein duquel, les systèmes sont plus ou moins complexes en fonction de la politique fiscale propre à chaque État.

Le principe de la progressivité de l'impôt sur les successions est assez récent. Il remonte, pour la France, au début du XX^e siècle. Sous l'impulsion de M. CAILLAUX, la loi du 25 février 1901 a introduit le principe de la progressivité de l'impôt sur les successions, mais le taux marginal était modeste (2,5 %). Il a ensuite été relevé à 40 % en 1920, puis réduit à 15 % en 1959 et à 40 % en ligne directe en 1983 pour atteindre actuellement le taux marginal de 45 %. À l'époque, l'application de ce principe était justifiée par ce qui était pratiqué à l'étranger en la matière.⁴³⁴

La progressivité de l'impôt peut prendre deux formes : soit le taux d'imposition est fonction de la part que l'héritier reçoit à l'occasion de la transmission du patrimoine (c'est le cas de la France et de l'Allemagne), soit il varie en prenant en tenant compte de l'ensemble des patrimoines que l'héritier recevra tout au long de sa vie. Ainsi qu'il a été indiqué, c'est l'Irlande qui applique cette règle dans sa conception la plus pure.

239. L'Espagne. L'Espagne, pour sa part, applique ce principe dans une version dite dégradée, dans la mesure où le législateur espagnol applique un coefficient de majoration pour prendre en considération les différents patrimoines que l'héritier a déjà reçus.

L'article 21 de la loi du 19 décembre 1987, modifié par la loi du 31 décembre 2001 applicable au 1^{er} janvier 2002 concernant les taux applicables fixe les taux suivants, à défaut de réglementation propre de la Communauté autonome :

⁴³⁴ RIVIÈRE Ch., *Courte étude sur la loi du 25 février 1901, l'administration de l'enregistrement et les petites successions*, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Marchal et Billard, 1908 : « Le 2 juin 1900, à l'occasion du dernier projet remanié, M. CAILLAUX, ministre des Finances s'exprimait ainsi : « Les dispositions que nous vous soumettons ont pour but d'opérer une réforme qui est réclamée en France depuis plus de trois quarts de siècle et qui est réalisée depuis longtemps, dans tous les pays étrangers à peu près sans exception ». La légitimité du droit progressif était notamment justifiée par l'existence de ce qui se faisait à l'étranger. Pour une appréciation de la situation à l'étranger avant la loi du 25 février 1901, il est utile de se reporter aux travaux de SEVENE E., *L'Impôt sur les successions, législation actuelle et projets de réformes*, Thèse pour le doctorat es sciences politiques et économiques, Montpellier, Imprimerie Gustave Firmin et Montane, 1900, p. 187-203. Voir également : FILHOL L., *La Famille et les Impôts sur les successions*, Thèse pour le doctorat, Lyon, Imprimerie BOSC Frères & Riou, 1930 et ALIX J., *Traité Pratique du régime fiscal des successions au courant de la nouvelle législation (loi du 25 février 1901)*, Paris, Gazette du Palais, 1901.

Base liquide - Jusqu'à euros	Plein tarif - Euros	Base de repos liquidable - Jusqu'à euros	Type applicable - En pourcentage
0.00		7 993,46	7,65
7 993,46	611.50	7 987,45	8,50
15 980,91	1 290,43	7 987,45	9,35
23 968,36	2.037.26	7 987,45	10,20
31 955,81	2 851,98	7 987,45	11.05
39 943,26	3 734,59	7 987,45	11.90
47 930,72	4 685,10	7 987,45	12,75
55 918,17	5 703,50	7 987,45	13.60
63 905,62	6.789,79	7 987,45	14h45
71 893,07	7 943,98	7 987,45	15h30
79 880,52	9 166.06	39 877,15	16h15
119 757,67	15.606.22	39 877,16	18,70
159 634,83	23 063,25	79 754,30	21.25
239,389.13	40 011,04	159,388.41	25.50
398 777,54	80 655,08	398 777,54	29,75
797,555.08	199 291,40	à partir de	34.00

Source : Boletín oficial del Estado

L'Espagne applique un coefficient de majoration en fonction du montant du patrimoine personnel déjà détenu par l'ayant droit et de son degré de parenté avec le de cujus.⁴³⁵

La loi 21/2001 du 27 décembre 2001, en son article 22, applique un coefficient de majoration en fonction du patrimoine détenu avant la succession, ce coefficient variant selon les groupes ci-dessous définis :

Patrimoine préexistant - Euros	Groupes de l'article 20		
	I et II	III	IV
De 0 à 402 678,11	1,0000	1 588	2,0000
De plus de 402 678,11 à 2 007 380,43	1,0500	1,6676	2,1000
De plus de 2 007 380,43 à 4 020 770,98 ...	1 000	1 747	2 000
Plus de 4 020 770,98	12 000	1 9059	24 000

Source : Boletín oficial del Estado

Cette disposition qui est singulière au regard de ce qui se pratique au sein de l'Union européenne est ancienne, puisqu'elle figurait déjà dans le texte de la loi 29/1987 relative à l'impôt sur les successions et les donations (Ley 29/1987, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones) du 18 décembre 1987.⁴³⁶

⁴³⁵ BENOTEAU I., MESLIN O., *Les prélèvements obligatoires sur le capital des ménages : comparaisons internationales*, Rapport particulier n° 5, Cour des comptes, octobre 2017, spécialement p. 74.

⁴³⁶ Loi 29/1987 relative à l'impôt sur les successions et les donations, (BOE n° 303, du 19 décembre 1987, p. 37402).

Pour être complet, il faut encore préciser que les Communautés autonomes suivantes ont adopté leurs propres taux d'imposition, à savoir : Les Îles Baléares, La Cantabrie, la Catalogne, Madrid et la Communauté valencienne.⁴³⁷

Pour un tableau comparé de classement des héritiers dans différents groupes, avec les taux applicables, il est possible de se reporter à l'étude en langue anglaise de M. JESTL, économiste ⁴³⁸ :

Table 4 / Tax rate groups

Country	Tax rates
Germany	Tax classes with different progressivity – I: 7-30%, II: 15%-43%, III: 30-50%
Italy ¹⁾	Tax classes with fixed rates – I: 4%, II: 6%, III: 6%, IV: 8%
Netherlands	Tax classes with different progressivity – I: 10%-20%, II: 18%-36%, III: 30%-40%
United Kingdom ²⁾	40%
Finland	Tax classes with different progressivity – I: 8-20%, II: 21-36%
United States	Class with progressivity – 18-40%
France	Tax classes with different progressivity – I: 5-45%, II: 35-45%, III: 55%, IV: 60%
Denmark	Tax classes with fixed rates – I: 15%, II: 36.25%

Notes: 1) Class II contains tax-free amount tax, whereas class III does not have it. - 2) The tax rate can be reduced in case of leaving 10% of estate to charity.
Source: EY (2015) & EY (2016); own illustration.

240. Parmi les pistes de réforme, FRANCE STRATÉGIE⁴³⁹ prend l'exemple de l'Irlande afin de faire varier le taux d'imposition en fonction de l'évolution du patrimoine que l'héritier recevra tout au long de sa vie, et s'interroge également sur la voie de la création d'une dotation universelle.⁴⁴⁰

⁴³⁷ RIBES RIBES A., DECHAMPS R., « La fiscalité des donations et des successions en droit espagnol - lignes directrices », in *La fiscalité des successions et des donations internationales. Théorie générale et applications en droit comparé*, Éditions Bruylant, 2011, p. 395.

⁴³⁸ JESTL S., *Inheritance Tax Regimes: A Comparison*, The Vienna Institute for International Economic Studies, Working paper 152, november 2018, p. 5.

⁴³⁹ FRANCE STRATÉGIE, *Comment réformer la fiscalité des successions ?*, janvier 2017, voir également les commentaires du rapport PANDO A., « Repenser la taxation de la transmission à titre gratuit », Les Petites Affiches, 27 février 2017, n° 41, p. 3 ; VERNIÈRES C., *Vers un big-bang de la fiscalité successorale*, Défrénois, 22 mars 2018, n° 12, p. 1. Référence Internet :

<http://www.strategie.gouv.fr/publications/20172027-reformer-fiscalite-successions-actions-critiques>.

⁴⁴⁰ FRANCE STRATÉGIE, *Comment réformer la fiscalité des successions ?*, janvier 2017. Référence Internet : <http://www.strategie.gouv.fr/publications/20172027-reformer-fiscalite-successions-actions-critiques> :

B. Des abattements en fonction des objectifs poursuivis par les législations nationales

241. Les différents pays étudiés appliquent des abattements dans les détails desquels il est inutile d'entrer, mais ceux-ci répondent tous à un objectif particulier.

Il s'agit de réparer des inégalités. Ainsi, les législateurs prévoient-ils des abattements en faveur des petites successions ou en considération du lien de parenté avec le défunt.⁴⁴¹ Dans cette dernière hypothèse, et jusqu'à un certain montant de patrimoine transmis, le bénéficiaire de la transmission est dispensé de payer des droits.

242. En Angleterre, le seuil de déclenchement du taux d'imposition de 40 % est fixé à 325 000 livres sterling.⁴⁴²

243. De même, en France, les petites successions sont exonérées de taxation. Les transmissions à titre gratuit en ligne directe jusqu'à 100 000 euros sont dispensées de droits. De plus, des abattements sont prévus en fonction des liens de parenté, puisque les transmissions de patrimoine entre frères et sœurs sont gratuites jusqu'à la somme de 15 932 euros et, entre les neveux et nièces, jusqu'à concurrence de la somme de 7 967 euros.⁴⁴³

Toutes les législations utilisent la fiscalité pour orienter la transmission du patrimoine. C'est ainsi que les transferts de patrimoines au profit de partis politiques sont exonérés de droit en Italie, de même que les transferts de patrimoines au profit d'œuvres sociales.

244. *Tableau synthétique.* Le tableau synthétique ci-dessous permet d'avoir une cartographie complète des États qui imposent les transmissions des patrimoines (successions

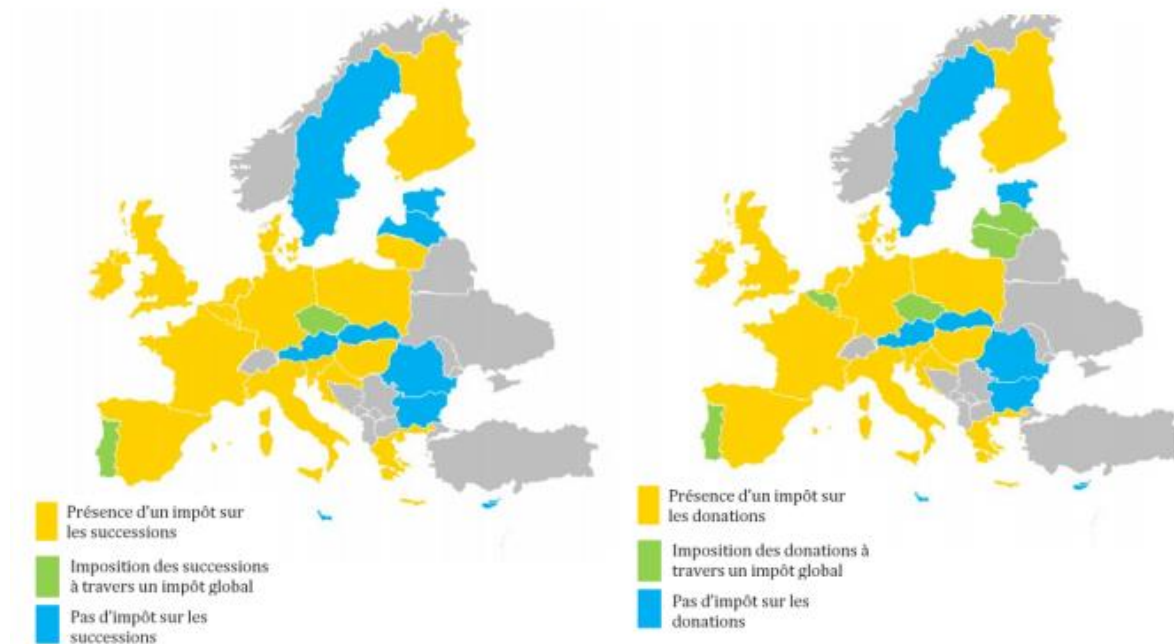
⁴⁴¹ JESTL S., *Inheritance tax regimes: A Comparison*, The Vienna Institute for International Economic Studies, Working paper 152, november 2018, p. 5, pour un tableau comparé des abattements en fonction des liens de parenté. Voir également le rapport de BENOITEAU I., MESLIN O., *Les prélèvements obligatoires sur le capital des ménages : comparaisons internationales*, Rapport particulier n° 5, Cour des comptes, octobre 2017. Référence Internet : <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/2018-01/20180125-rapport-particulier5-prelevements-obligatoires-capital-des-menages.pdf>.

⁴⁴² SEELY A., *Inheritance Tax*, briefing paper number 93, 30 april 2018/5 July 2019, Library House of Commons.

⁴⁴³ La notion d'abattement a été introduite en France par la loi du 14 avril 1952, puis individualisé par la loi du 28 décembre 1959. Voir ARRONDEL L., GARBINTI B., MASSON A., *Inégalités de patrimoine entre générations : les donations aident-elles les jeunes à s'installer ?* Revue Économie et Statistique, n° 472-473, 2014, p. 92.

et donations). Il est tiré du Rapport particulier n° 5 sur les prélèvements obligatoires sur le capital des ménages : comparaison internationale du mois d'octobre 2017.⁴⁴⁴

Figure 1 : Droits de succession (gauche) et de donation (droite) au sein de l'Union européenne



Source : Commission européenne, *Cross country review of taxes on Wealth and Transfers of Wealth, 2014*. Hormis l'Estonie, tous les pays sans droits de succession imposent les transferts immobiliers.

245. En définitive, il faut retenir que :

- Selon les États, l'imposition est prélevée sur la masse du patrimoine du défunt ou sur la part que reçoit l'héritier (cette différence distingue essentiellement les systèmes juridiques anglo-saxons de ceux de droit continental).
- Tous les systèmes juridiques déterminent différents groupes ou classes qui bénéficient de dispositions particulières propres à leur groupe ou classe. Ces groupes sont déterminés selon un lien de parenté avec le défunt.

⁴⁴⁴ BENOTEAU I., MESLIN O., *Les prélèvements obligatoires sur le capital des ménages : comparaisons internationales*, Rapport particulier n° 5, Cour des comptes, octobre 2017, spécialement p. 69. Référence Internet : <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/2018-01/20180125-rapport-particulier5-prelevements-obligatoires-capital-des-menages.pdf>.

Il importe toutefois de souligner la situation de l'Allemagne, pour laquelle les groupes incluent également un lien de proximité et pas seulement de parenté. Ainsi, les beaux-parents et beaux-enfants appartiennent à un même groupe, ce qui prend en considération les familles actuelles et les situations de remariage.

- Tous les États prévoient une progressivité de l'impôt, même si les taux et les seuils sont différents. Plus les liens de parenté ou de proximité sont éloignés, plus les taux sont élevés. L'idée sous-jacente est que plus le lien entre le défunt et le bénéficiaire est éloigné, plus la succession a un effet inattendu, à tel point que la fiscalité plus élevée est acceptée. Parmi les différents États, comme déjà mentionné, la France et l'Allemagne appliquent les taux les plus élevés. Mais ces taux élevés doivent être nuancés en raison de l'existence d'abattements particuliers.

246. Il résulte de la comparaison de la structure de la fiscalité des différents systèmes juridiques étudiés que des prélèvements plus ou moins élevés sont appliqués aux transmissions des patrimoines.

À défaut de dispositif particulier pour les transmissions des entreprises familiales, la fiscalité appliquée risque d'être fatale pour la survie de l'entreprise. Ceci est d'autant plus vrai que l'entreprise familiale constitue l'essentiel du patrimoine transmis, et qu'il n'y a pas de liquidités pour s'acquitter des droits correspondant à la transmission.

Dans ce schéma, la transmission de l'entreprise familiale peut être lourdement taxée, ce qui, de ce fait, peut dissuader le chef d'entreprise de transmettre son entreprise à ses héritiers, préférant la céder à des tiers, soit, en l'absence de tiers repreneur, peut conduire à son extinction.

Pour compenser les effets néfastes du système fiscal de droit commun, **tous les législateurs ont mis en place des abattements permettant de favoriser certaines transmissions de patrimoines**, soit en fonction de la qualité des bénéficiaires (États, collectivités, partis et mouvements politiques, associations et fondations), soit en relation avec la qualité du bien transmis. Ainsi, tous les États qui taxent la transmission des patrimoines, soit à titre gratuit entre vifs, soit à cause de mort, **ont adopté, sous l'impulsion des institutions**

européennes,⁴⁴⁵ des règles particulières pour favoriser la transmission des entreprises.

Ce sont ces règles spécifiques qu'il convient à présent d'examiner.

⁴⁴⁵ Les institutions européennes ont invité les différents États membres à prendre des mesures en faveur de la transmission des entreprises (voir en ce sens la Communication de la Commission sur l'amélioration de l'environnement fiscal des petites et moyennes entreprises, JO n° C 187/5 du 9 juillet 1994, p. 5). Dans sa communication, la Commission soulignait que : « le problème de la transmission concerne pratiquement toutes les entreprises. Tôt ou tard, chacune fera l'objet d'une transmission de propriété, bien que le problème se pose avec une gravité particulière pour les petites et moyennes entreprises. Les statistiques nationales confirment que l'ampleur de ce problème est effectivement considérable puisque près de 10 % des faillites seraient imputables à des mesures inappropriées prises lors du transfert d'entreprises par succession, ce qui ne signifie d'ailleurs pas que les problèmes de succession soient la cause unique des échecs enregistrés [...] Quand la transmission n'a pas été préparée (en raison du décès du chef d'entreprise), l'importance des droits de succession peut mettre en péril la vie de l'entreprise elle-même. Si les droits de succession sont trop élevés, il sera parfois nécessaire de mettre l'entreprise en liquidation, ce qui aboutira à la destruction du capital et à des pertes d'emplois ». Ainsi, au titre des orientations communautaires, la Commission était favorable à l'allègement du régime fiscal applicable aux donations et aux successions en cas de maintien de l'activité. Sur ce point, voir la Recommandation n° 94/1069/CE, Recommandation de la Commission, du 7 décembre 1994, sur la transmission des petites et moyennes entreprises (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE). L'exposé des motifs de cette recommandation est publié sous forme de communication dans le JO n° C 400 du 31. 12. 1994, p. 1. Voir aussi la Charte européenne des petites entreprises adoptée par le Conseil « Affaires générales » à Lisbonne, le 13 juin 2000, et l'approbation de cette Charte lors du Conseil européen de Feira, qui s'est tenu les 19 et 20 juin 2000, EUR-LEX n° 26002. Voir enfin la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Mise en œuvre du programme communautaire de Lisbonne pour la croissance et l'emploi - La transmission d'entreprise - La continuité grâce à un nouveau départ /* COM/2006/0117 final */. Il est également à noter que la fiscalité liée à la transmission des entreprises est depuis très longtemps une préoccupation essentielle des institutions européennes.

CHAPITRE II : LES DISPOSITIFS NATIONAUX EN FAVEUR DE LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE

247. Une histoire commune. Les pays de l'Union européenne ont pris conscience de la nécessité d'organiser un régime de faveur pour faciliter la transmission de leurs entreprises nationales, partant du constat qu'au moment du décès du fondateur, les héritiers doivent s'acquitter des droits de succession, parfois considérables, de telle sorte qu'ils ne peuvent pas assumer financièrement, risquant par là d'entraîner la ruine de l'entreprise. Cette situation se traduisait auparavant par la vente de l'entreprise familiale et, à plus ou moins court terme, par la disparition de celle-ci. Or, les entreprises familiales étant sources de croissance et d'emploi, les États ont pris conscience qu'elles devaient être particulièrement protégées.

248. En France. En 1997, le Conseil des Impôts a publié un rapport relevant le caractère limité des dispositifs existants en faveur de la transmission des entreprises.⁴⁴⁶ Une première tentative avait été mise en place en 1996 en faveur de la transmission à titre gratuit des entreprises (article 9 de la loi de finances pour l'année 1996). Mais ce dispositif a été annulé par le Conseil constitutionnel qui a jugé que l'abattement prévu par l'article 9 de la loi de finances (abattement de 50 % sur la valeur des biens professionnels plafonné à 100 000 000 de Francs par donataire) était contraire au principe d'égalité des citoyens devant l'impôt.⁴⁴⁷ La loi de finances pour l'année 2000 (loi n° 99-1172 du 30 décembre 1999) a organisé un premier dispositif d'exonération partielle des droits en faveur de la transmission des entreprises, lequel a ensuite été modifié, mais pas dans sa structure, par la loi de finances n° 2000-1352 du 30 décembre 2000 pour l'année 2001. D'abord prévu pour les successions, ce système fiscal de faveur a été étendu aux donations par la loi dite DUTREIL, du nom du Ministre qui l'a élaborée. Ce dispositif a fait l'objet de quelques modifications à l'occasion de son extension aux donations, ce qui a modifié du même coup l'objectif de l'abattement.

⁴⁴⁶ SAVOURÉ B., MICOLAU G., *Fiscalité successorale : la France est-elle attractive ?* La Revue Fiscale Notariale, n° 2, février 2010.

⁴⁴⁷ Décision du Conseil Constitutionnel, décision n° 95-369 du 28 décembre 1995 citée par GIRAUD J., « Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2019 », t. 2, Assemblée nationale, n° 1302.

Ainsi que le rappelle le député M. GIRAUD, l'application du dispositif aux donations a modifié le sens du régime de faveur. En effet, concernant les droits de succession, il avait pour but de favoriser la transmission des entreprises et d'éviter qu'elles ne périssent en raison de l'importance des droits de succession que les héritiers devaient régler. Cependant, dès lors que le dispositif a été étendu aux droits de donation, il est devenu une mesure d'anticipation successorale : « L'objectif poursuivi par cette extension était donc davantage de pousser les dirigeants à envisager sa transmission anticipée, tout en assurant une certaine stabilité de l'actionnariat lors de cette opération ».⁴⁴⁸

249. En Allemagne. Les mesures en faveur de la transmission des entreprises sont intervenues à la même époque, dès 1996. Mais ces dispositifs en faveur de la transmission des entreprises ont régulièrement été contestés devant le Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne.⁴⁴⁹ Ainsi, le Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne a jugé le 7 novembre 2006 que les règles d'évaluation des actifs des entreprises, des parts de sociétés, des biens immobiliers et des entreprises agricoles et forestières violaient le principe d'égalité protégé à l'article 3 de la Loi constitutionnelle. À la suite de cette décision, des modifications législatives sont intervenues. Après maintes négociations, une loi portant réforme des successions et des donations a été adoptée le 31 décembre 2008, avec effet au 1^{er} janvier 2009. Les articles § 13 et suivants de la loi relative à l'impôt sur les successions et les donations - ErtbStg -, fixent le dispositif en vigueur,⁴⁵⁰ dispositif à nouveau modifié après une décision récente du Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne du 17 décembre 2014.⁴⁵¹ La loi publiée au Journal Officiel le 9 novembre 2016, appliquée au 1^{er} juillet de la même année, a réformé l'impôt sur les successions.

⁴⁴⁸ GIRAUD J., « Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2019 », t. 2, Assemblée nationale, n° 1302, p. 535.

⁴⁴⁹ BVerfG, Decision du 16 octobre 1984 - 1 BvR 513/78, BVerfG67, p. 329-340. BVerfG du 07.11.2006. - BStBl II 1995, DSStR 2007, p. 235 ff in BRAUN C., *German Inheritance and gift reform 2009, Tax Burden on the Transfer of Business Assets*, German National Library, 2009. Référence Internet : <https://www.diplom.de/document/227318>, p. 2-6.

⁴⁵⁰ Par une décision du 17 décembre 2014, n° 1, BvI 21/12, le Tribunal Constitutionnel Fédéral d'Allemagne a jugé que le dispositif en faveur de la transmission était justifié, mais qu'il devait être amélioré. ; HELLIO F., KENK A., *Réforme du droit des successions allemand applicable aux entreprises*, Regards sur l'économie allemande, Bulletin économique du CIRAC, 2015, n° 118-119, p. 5-13.

⁴⁵¹ KALSS S., *Company Law and The Law of Successions, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Springer, 2015. Particulièrement, SANDERS A., *Company Law and The Law of Succession in Germany*, p. 213-259, spécialement p. 222 : “On December 17th 2014, the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) decided on the constitutionality of §§ 13a, 13b Erbschafts- und

250. L'Italie. La situation de l'Italie est plus singulière puisque, pendant la période allant d'octobre 2001 à octobre 2006, elle a suspendu toute imposition des successions et des donations.⁴⁵² Avant 2001, le siège de la matière était fixé par le décret législatif n° 346/1990 du 31 octobre 1990, dit TUS.⁴⁵³

251. L'Espagne. En Espagne également, sous l'impulsion des différentes communications et recommandations européennes, le décret-loi n° 7/1996 du 7 juin 1996 a été adopté pour favoriser la transmission des entreprises avec l'introduction d'une réduction de 95 % de la base imposable de l'impôt sur les donations et les successions. Ce dispositif, d'abord réservé aux entreprises commerciales, a été étendu aux participations dans ces mêmes entreprises, puis aux activités à caractère professionnel.⁴⁵⁴

252. Synthèse. Ainsi, 23 pays de l'Union européenne ont adopté des dispositifs afin de favoriser la transmission des entreprises familiales.⁴⁵⁵ Ces observations, datées de 2018,

Schenkungsteuergesetz. The decision was eagerly awaited by legal and tax advisers. The Court declare unconstitutional because it privileged heirs of business in an unjustified way compared to heirs of other assets. However, the Court decided, that the law remained applicable until the legislature has enacted a new law. At the latest, the new law, must be enacted by June 30th 2016".

⁴⁵² SELLITO E., STANS Y., « La fiscalité des donations et des successions en droit italien - lignes directrices », in *La Fiscalité des successions et des donations internationales, théorie générale et applications en droit comparé*, Éditions Bruylant 2011, p. 416.

⁴⁵³ Rapport sur la transmission de l'entreprise à titre gratuit, 3^e convention des juristes de la Méditerranée, Rome 7-8-9 Juin 2010, consultable sur Internet : https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2013/12/rapport_complet-fr.pdf.

⁴⁵⁴ ADAME MARTINEZ F., "El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: principales deficiencias de su regulación actual" , in Ouvrage collectif RAMOS PRIETO J., HORNERO MENDEZ C., *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: Una Perspectiva Multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi 2016, p. 597-615 : "España se hizo eco de la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de diciembre de 1994, con la aprobación del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización económica, que estableció por primera vez en nuestro país una reducción del 95 % en la base imponible del Impuesto Sobre Sucesiones y Donaciones con el fin -según se decía en su exposición de motivos- de aliviar el elevado coste fiscal que tenían que soportar los herederos en el momento de la transmisión mortis causa de las empresas familiares. Para entonces ya estaba vigente la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de los bienes y derechos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial y las participaciones en entidades siempre y cuando se cumplan determinados requisitos que se regulan en el Real Decreto 1704/1999, de 5 noviembre. Esta extensión inicialmente sólo se aplicaba a actividades empresariales pero la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas, y del Orden social, la extendió a las actividades de carácter profesional."

⁴⁵⁵ JESTL S., *Inheritance Tax Regimes : A Comparison*, The Vienna Institute for International Economic Studies, Working paper 152, november 2018, p. 5 : "The preferential treatment of family businesses in general is a debated central theme, and was so particularly in the discussion on the most reform of the German

mériteraient d'être comparées avec celles du rapport de Mme BENOITEAU et de M. MESLIN qui, reprenant les chiffres de la Commission européenne de 2014, indiquent que « Parmi les 18 États membres de l'Union européenne qui imposent les successions, 12 disposent de régimes favorables aux transmissions d'entreprises ».456

Quoiqu'il en soit, ces chiffres montrent une prise de conscience de l'importance de l'entreprise familiale du point de vue de la croissance économique et de l'emploi. S'agissant de la présente recherche, il convient de retenir que tous les pays étudiés (Allemagne, Angleterre, Espagne, France et Italie) ont adopté des mesures en vue de favoriser la transmission des entreprises qui profitent aux entreprises familiales. Dans ce contexte, la personne de l'héritier et la proximité de son lien avec le défunt sont moins importantes, car le critère essentiel est celui de l'entreprise, même si pour l'Italie et l'Espagne, ce lien de parenté avec le défunt a une incidence directe sur l'abattement mis en place.

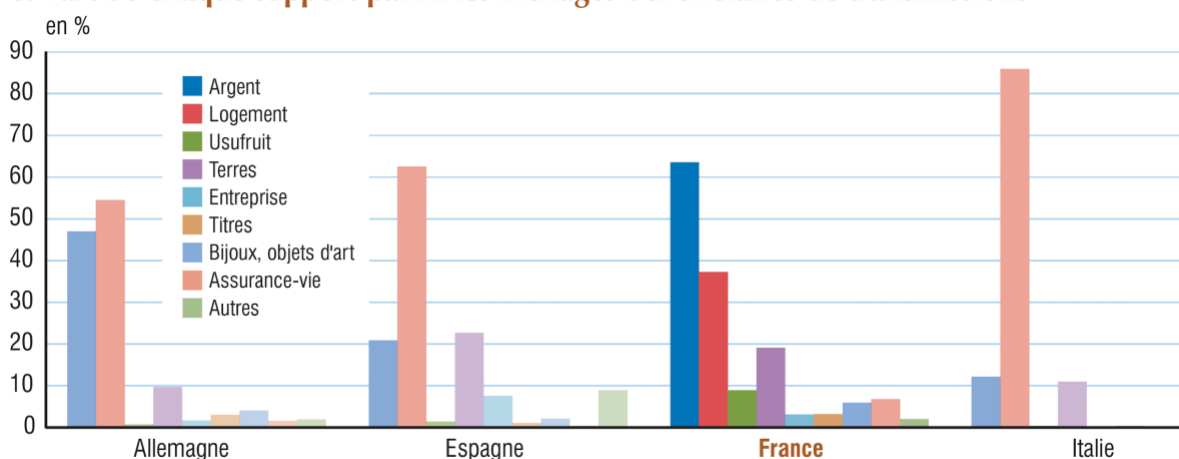
253. Tableau comparatif. Le tableau comparatif de la structure des transmissions de patrimoine établi à partir des chiffres de l'INSEE et des résultats de l'étude HFCS montre que l'entreprise est plus largement transmise en Allemagne que dans les autres États de la zone euro. Cette constatation conduit nécessairement à s'interroger sur l'efficacité des régimes fiscaux nationaux mis en place pour favoriser la transmission des entreprises familiales par voie de donation et de succession457 :

inheritance tax regime. The main argument for the preferential treatment suggests that the taxation of such transfers may lead to liquidity problems of firms and subsequently to its liquidations (see Brautigam et al., 2017). Thus, it is beneficial for the economy to dampen the inheritance tax burden on businesses. In 23 out of 28 EU Member states we find exemptions or special reliefs for the intergenerational transfer between family and closely held businesses upon death."

⁴⁵⁶ BENOITEAU I., MESLIN O., *Les prélèvements obligatoires sur le capital des ménages : comparaisons internationales*, Rapport particulier n° 5, Cour des comptes, octobre 2017, p. 82. Référence Internet : <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/2018-01/20180125-rapport-particulier5-prelevements-obligatoires-capital-des-menages.pdf>.

⁴⁵⁷ COFFINET J., MOULIOM M., « Des transmissions de patrimoine plus fréquentes mais de montants plus faibles en France que dans les autres grands pays de la zone euro - Une comparaison fondée sur les données de l'enquête européenne HFCS », dossier INSEE disponible sur Internet : https://www.insee.fr/fr/statistiques/fichier/3549494/REVPMEN18_D4_heritages.pdf.

6. Part de chaque support parmi les ménages bénéficiaires de transmissions



Champ : ménages ordinaires bénéficiaires de transmissions résidant en Allemagne, Espagne, France et Italie

Sources : BCE ; Banque de France, HFCS vague 2.

Cette interrogation sur le régime fiscal organisé pour favoriser la transmission des entreprises familiales est d'autant plus intéressante que la Fondation des Entreprises Familiales Allemandes a établi à la fin de l'année 2018 un rapport sur la transmission des entreprises familiales et a, de ce fait, placé l'Allemagne en avant dernière position d'un tableau comprenant vingt-et-un pays, dont dix-sept de l'Union européenne :

Table 2: Sub-index “taxes”

Country	Score 2018	Rank 2018	Score 2016	Rank 2016
Slovakia	83.97	1	84.16	1
Czech Republic	82.78	2	78.94	2
Hungary	81.94	3	70.95	5
Poland	79.87	4	75.36	3
Sweden	75.07	5	72.75	4
Austria	68.23	6	68.63	7
Switzerland	68.20	7	67.31	8
Netherlands	67.04	8	64.01	9
Portugal	64.68	9	60.82	12
Finland	63.82	10	61.56	11
Italy	61.43	11	57.14	13
United Kingdom	61.18	12	69.82	6
Canada	59.07	13	63.78	10
Belgium	58.94	14	35.22	19
Ireland	56.28	15	56.67	14
Denmark	52.25	16	51.82	15
Spain	48.02	17	46.51	17
France	38.46	18	38.27	18
United States	34.88	19	34.02	20
Germany	28.62	20	49.46	16
Japan	16.11	21	17.76	21

Source: ZEW calculations

Le rapport explique que les mauvais résultats de l’Allemagne seraient en partie dûs à la réforme des droits de succession de 2016.⁴⁵⁸ Plus que l’existence d’un impôt, se seraient les incertitudes fiscales qui seraient à l’origine de la dégradation des résultats de l’Allemagne.

254. Difficultés liées à l’accès aux sources. Le problème pour étudier les différents systèmes dérogatoires visant à favoriser la transmission des entreprises familiales tient à la difficulté d’accéder aux sources. Il faut cependant souligner l’existence d’un rapport détaillé réalisé sous la responsabilité de Mme BENOTEAU et de M. MESLIN, administrateurs de l’INSEE en octobre 2017, qui a été publié par le Conseil des prélèvements obligatoires.⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ Rapport de la Fondation des Entreprises familiales Allemande consultable sur Internet : https://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/publikationen-studien/studien/Country-Index-for-Family-Businesses-2018-edition_summary.pdf.

⁴⁵⁹ BENOTEAU I., MESLIN O., *Les prélèvements obligatoires sur le capital des ménages : comparaisons internationales*, Rapport particulier n° 5, Cour des comptes, octobre 2017. Référence Internet :

Si ce rapport présente des développements particulièrement intéressants sur les principaux régimes fiscaux liés à la transmission des patrimoines, il est regrettable qu'il ne comporte que peu de références sur le sujet. Ce rapport n'en reste pas moins particulièrement intéressant, car il est l'un des rares à effectuer une comparaison entre les différentes législations.

255. En vue d'appréhender les différents systèmes mis en place pour favoriser la transmission des entreprises familiales (Allemagne, Angleterre, Espagne, France et Italie), il est possible de faire une distinction selon que la transmission de l'entreprise est une transmission directe ou indirecte aux héritiers. Selon les cas, en effet, c'est l'entreprise qui est directement transmise aux héritiers (§1), tandis que dans d'autres situations, elle est transmise à une entité dans laquelle les héritiers ont ou auront éventuellement des droits (§2). Cette situation vise essentiellement **le trust** très utilisé en Angleterre et **la Fondation de droit privé**, en usage en Allemagne.

§ 1. La transmission directe de l'entreprise familiale aux donataires/héritiers

256. Lorsque l'entreprise est directement transmise aux héritiers, il est nécessaire de s'interroger sur les contours des différentes législations de faveur mises en place. Certaines conditions tiennent à l'entreprise (**A**), tandis que d'autres font référence aux parties à l'opération (**B**). Dès lors que les parties remplissent les conditions fixées par la législation à laquelle elles sont soumises, il faut examiner le montant de l'abattement dont elles bénéficient (**C**).

A. Les entreprises bénéficiaires des régimes fiscaux dérogatoires

257. Dans une démarche de comparaison des différents régimes fiscaux instaurés afin de favoriser la transmission des entreprises, il convient de déterminer la typologie des entreprises qui bénéficient des régimes de faveur. En effet, toutes les entreprises ne peuvent

prétendre au système fiscal dérogatoire mis en place ; dans ce cas, il faut procéder à une classification selon différents critères. Plusieurs critères présentent un caractère déterminant, il s'agit en particulier de l'activité de l'entreprise, de sa valeur, de son caractère familial ou encore de sa structure. Il importe également de préciser que certains critères se recoupent.

258. L'activité de l'entreprise. Le critère tiré de l'activité de l'entreprise peut être un critère intéressant pour distinguer les entreprises qui bénéficient d'une exonération totale ou partielle des droits de donation et de succession. Tous les États soumis à l'examen de la présente recherche fixent des règles particulières visant à discriminer les entreprises en fonction de leur activité. Au fur et à mesure des modifications nationales, un nombre toujours croissant d'activités a été pris en considération : « les entreprises doivent exercer une activité industrielle, commerciale, artisanale agricole ou libérale ».460 En Allemagne, l'activité de l'entreprise peut être tant agricole et forestière que commerciale (article §13 ErbStg).461

259. La France et l'Espagne. Ainsi, par exemple, en France et en Espagne462, le législateur a progressivement étendu le système fiscal dérogatoire à de nouvelles activités. Mais, dans tous les cas, l'entreprise doit participer d'une activité économique. Au Royaume-Uni, l'entreprise ne doit pas avoir une activité principale financière. Cette nécessité de disposer d'une activité économique réelle a posé des difficultés avec les holdings qui détenaient les sociétés d'exploitation.

260. Le critère tiré de la structure de l'entreprise. L'entreprise est une entité polyforme qui regroupe de nombreuses situations juridiques, ce qui rend difficile, tout au moins du point de vue du droit, toute définition de l'entreprise. L'activité peut être exercée à titre

⁴⁶⁰ BENOITEAU I., MESLIN O., *Les prélèvements obligatoires sur le capital des ménages : comparaisons internationales*, Rapport particulier n° 5, Cour des comptes, octobre 2017, tableau comparatif, p. 83. Référence Internet : <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/2018-01/20180125-rapport-particulier5-prelevements-obligatoires-capital-des-menages.pdf>.

⁴⁶¹ BRAUN C., *German Inheritance and gift Tax Reform 2009, Tax Burden on the Transfer of Business Assets*, Diplomica Verlag GmbH, 2010, p. 30 : "The favoured assets are defined in §13 sec. 1 ErbStG and correspond in the principle to the past definition in §§13a sec.4, 19a sec.2 ErbStg o.v. The list covers agriculture and forestry assets (§13b sec. 1 ErbStG), certain business assets (§13 sec.1 No.2 ErbStG) and certain shares of corporations (§13 sec.1 No.2 set of 1)."

⁴⁶² ADAME MARTINEZ F., "El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: principales deficiencias de su regulación actual", in Ouvrage collectif RAMOS PRIETO J., HORNERO MENDEZ C., *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: Una Perspectiva Multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi 2016, p. 597-615.

individuel ou sous forme de société, l'entrepreneur pouvant également être propriétaire des murs dans lesquels est exercée l'activité.

261. Lorsque l'activité est exercée en société, il peut exister une variété de situations, puisqu'il peut y avoir une société, voire plusieurs (dans l'hypothèse d'un groupe de sociétés), selon la structuration de l'activité. Une société holding de tête, pour détenir les participations dans une ou plusieurs sociétés d'exploitation, peut aussi avoir été constituée. Si l'entreprise est ancienne et qu'elle a déjà fait l'objet, par le passé, de transmission par voie de donation ou de succession, elle peut être constituée de différents groupes d'héritiers, chaque groupe étant réuni dans une société qui détient une participation dans l'entreprise familiale. Dans cette dernière hypothèse, il ne s'agit pas tant de transmettre l'entreprise familiale que de transmettre une participation au sein de l'entreprise familiale. Ainsi, il existe une variété de situations que le droit interne de chaque État doit appréhender pour favoriser, notamment du point de vue fiscal, la transmission des entreprises familiales. Le droit interne doit déterminer le périmètre du régime de faveur en fonction de ces différentes situations.

262. Tous les systèmes nationaux mis en place s'appliquent aux entreprises familiales, que les activités soient exercées à titre individuel, sous forme sociale et même aux participations au sein d'une entreprise familiale. **En Italie**, les articles 768-bis et suivants du Code civil relatif aux pactes de familles concernent toutes les entreprises, parts sociales et actions, mais ils s'appliquent aux participations pour lesquelles le défunt avait un pouvoir de contrôle au sens des dispositions de l'article 2359 alinéa 1, n° 1 du même Code. En substance, cela vise les situations dans lesquelles le défunt détenait une participation lui donnant plus de 50 % des droits de vote.⁴⁶³ **En Allemagne**, la réforme des droits de succession de 2009 a également élargi le dispositif fiscal, car il concerne à la fois les entreprises individuelles, les sociétés, les participations dans différentes entreprises commerciales, agricoles et associations. Mais, s'agissant de la détention d'une participation, le donateur ou le défunt doit au moins détenir plus de 25 % de l'entreprise. Ici ce n'est pas

⁴⁶³SELLITO E., STANS Y., « *La fiscalité des donations et des successions en droit italien - lignes directrices* », in *La Fiscalité des successions et des donations internationales, théorie générale et applications en droit comparé*, Éditions Bruylant 2011, p. 429.

la notion de contrôle qui constitue le critère discriminant, mais celle de détention minimale.⁴⁶⁴

263. Il convient toutefois de relativiser car, si le donateur ou le défunt détient au moins 25 % du capital social, il a le plus souvent également le contrôle de l'entreprise. **En Espagne**⁴⁶⁵, la situation est beaucoup plus compliquée en raison de l'existence de plusieurs droits, certaines communautés autonomes ayant adopté des règles particulières. Le régime dérogatoire de droit commun, c'est-à-dire le droit commun qui s'applique en l'absence de disposition particulière prise par les Communautés autonomes, pour celles qui ont le droit de légiférer en la matière, distingue les entreprises individuelles des participations dans les sociétés et fixe des règles propres à chaque situation. Pour l'entreprise individuelle, il faut en substance que les biens affectés à l'entreprise soient nécessaires à son développement, que l'activité soit le fait du donateur ou du défunt et, enfin, que l'entreprise soit la source principale des revenus du donateur ou du défunt. S'agissant d'une participation dans l'entreprise, là encore, la loi fixe des critères spécifiques dont l'objectif est de distinguer la participation dans une entreprise familiale qui peut bénéficier du régime dérogatoire, de la simple participation financière dans une entreprise qui, quant à elle, ne peut profiter du régime fiscal dérogatoire.⁴⁶⁶ **En Angleterre**, le régime fiscal de faveur concerne à la fois les

⁴⁶⁴ WATRIN C., La fiscalité des donations et des successions en droit allemand- lignes directrices, in la fiscalité des successions et des donations internationales, théorie générale et applications en droit comparé, Éditions Bruylant, 2011, p. 519 ; BRAUN C., German Inheritance and gift Tax Reform 2009, Tax Burden on the Transfer of Business Assets, Diplomica Verlag GmbH, 2010, p. 30 et s.

⁴⁶⁵ Article 4.8 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio « BOE » núm. 136, de 07/06/1991.

⁴⁶⁶ ADAME MARTINEZ F., "El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: principales deficiencias de su regulación actual", in Ouvrage collectif RAMOS PRIETO J., HORNERO MENDEZ C., *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: Una Perspectiva Multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi 2016, p. 606 : "Allí se distingue entre empresarios individuales y profesionales o participaciones en entidades. En el primer caso la Ley exige tres requisitos para el disfrute de esta extensión: primero, que los bienes y derechos que sean necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, segundo, que la actividad empresarial o profesional se realice por el empresario de forma habitual, personal y directa y tercero, que los rendimientos procedentes de la actividad constituyan la principal fuente de rentas de empresario o profesional (requisito que está generando muchos problemas en la práctica y una elevada litigiosidad). En el caso de participaciones en entidades los requisitos que deben cumplirse son cuatro: primero que la sociedad ejerza una actividad empresarial; segundo que la entidad no tenga por objeto la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario; tercero, que el empresario o socio familiar sea titular de un porcentaje mínimo de participación en la sociedad individual o conjuntamente con su grupo familiar (dicho porcentaje sea al menos de 5% computado de forma individual, o del 20% conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado) y cuarto, que un miembro del grupo familiar ejerza funciones de dirección en la empresa percibiendo por ello una remuneración que sea su principal fuente

entreprises individuelles tout autant que les participations détenues par le donateur ou le défunt dans une entreprise.⁴⁶⁷

264. En France, la loi DUTREIL s'applique tant aux entreprises détenues par le défunt ou le donateur qu'aux participations dans les entreprises. Dans ce dernier cas, le législateur a prévu des seuils de participation, puisque la participation du donateur ou du défunt dans l'entreprise doit représenter au moins 20 % des droits de vote et des droits financiers si l'entreprise est admise sur un marché réglementé et, à défaut, 34 %.⁴⁶⁸

265. Pour conclure sur le critère tiré de la structure de l'entreprise, il faut retenir que, dans tous les pays étudiés, le régime fiscal dérogatoire s'applique, quelle que soit la forme de l'entreprise, étant précisé qu'il concerne également les participations détenues par le donateur ou le défunt dans une entreprise. Dans cette dernière hypothèse, les dispositifs nationaux fixent des règles visant à faire profiter de réductions et abattements les seules participations dans les entreprises qui présentent un caractère familial.

266. Le critère lié à la valeur de l'entreprise transférée. Au sein de l'Union européenne, certains États limitent aux petites et moyennes entreprises un régime fiscal dérogatoire, tandis que d'autres États l'ouvrent beaucoup plus largement, sans aucune distinction de la valeur de l'entreprise dont la transmission est envisagée. Lié à la valeur de l'entreprise, ce critère, permet de distinguer le cas de l'Allemagne de celui des autres États dont les systèmes fiscaux sont examinés.

267. L'Allemagne. En Allemagne, à la différence des autres États, l'abattement total ou partiel des droits de donation et de succession dépend de la valeur de l'entreprise. Cette

de renta (este requisito y el enunciado en tercer lugar está generando muchos problemas y también una elevada litigiosidad)."

⁴⁶⁷KING L., *Private Client : Wills, Trusts and Estate Planning 2018*, College of Law Publishing Legal Practice Guides, The University of Law 2018, p. 48. Selon le type d'actifs de l'entreprise, l'abattement sera total ou partiel.

⁴⁶⁸ *Le Guide des donations et des successions*, 2^e édition, Les Guides RF, Groupe Revue Fiduciaire 2016, n° 866 ; voir également le Bulletin Officiel des Finances Publiques - BOFIP qui fixe la doctrine de l'administration, spécialement l'article sur les droits d'enregistrement: ENR - Mutations à titre gratuit - Successions - Champ d'application des droits de mutation par décès - Exonération partielle en raison de la nature du bien transmis : transmission des parts ou actions de société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale (BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10-20140519, version du 19/05/2014).

situation est, au demeurant, conforme aux recommandations de l'Union européenne pour qui la transmission des petites et moyennes entreprises doit être favorisée.⁴⁶⁹

Ainsi, les plafonds de 26 millions d'euros ou de 52 millions d'euros « selon les cas » sont retenus, ce que précise le rapport établi par Mme BENOITEAU et M. MESLIN.⁴⁷⁰ Plus exactement, ce n'est qu'indirectement que la valeur de l'entreprise est prise en considération, car ce qui importe, souligne le texte de l'article § 13 B de la Loi relative à l'impôt sur les successions et les donations - ErbStg⁴⁷¹, c'est la valeur des actifs dévolus à son bénéficiaire au cours des dix dernières années. Si, au cours d'une période de dix ans, les avoirs transmis au bénéficiaire, en une ou plusieurs fois, dépassent les 26 millions d'euros, alors les exonérations fiscales accordées pour les transferts passés seront supprimées avec effet rétroactif. De plus, si le bénéficiaire a déjà profité du régime de faveur sur une même période de dix ans, il faut prendre en considération les opérations passées pour déterminer si l'entreprise sera transmise avec une exonération totale ou partielle de droits. Dans ce cadre, le transfert d'une entreprise dont la valeur serait largement inférieure au plafond de 26 millions d'eurospourrait ne pas bénéficier du régime de faveur.

⁴⁶⁹ Communication de la Commission sur l'amélioration de l'environnement fiscal des petites et moyennes entreprises, JO n° C 187/5 du 9 juillet 1994, p. 5. Recommandation n° 94/1069/CE: Recommandation de la Commission, du 7 décembre 1994, sur la transmission des petites et moyennes entreprises (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE). L'exposé des motifs de cette recommandation est publié sous forme de communication dans le JO n° C 400 du 31. 12. 1994, p. 1.; Charte européenne des petites entreprises adoptée par le Conseil « Affaires générales » à Lisbonne, le 13 juin 2000, et l'approbation de cette Charte lors du Conseil européen de Feira, qui s'est tenu les 19 et 20 juin 2000, EUR-LEX n° 26002 ; Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Mise en œuvre du programme communautaire de Lisbonne pour la croissance et l'emploi- La transmission d'entreprise - La continuité grâce à un nouveau départ /* COM/2006/0117 final */. Aussi, la fiscalité liée à la transmission des entreprises est depuis très longtemps une préoccupation majeure des institutions européennes.

⁴⁷⁰ BENOITEAU I., MESLIN O., *Rapport sur les prélèvements obligatoires sur le capital des ménages : comparaisons internationales*, Rapport particulier n° 5, Cour des comptes, octobre 2017, tableau comparatif, p. 191. Référence Internet : <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/2018-01/20180125-rapport-particulier5-prelevements-obligatoires-capital-des-menages.pdf>.

⁴⁷¹ Article 13 a ErbStG : « *Begünstigtes Vermögen im Sinne des § 13b Absatz 2 bleibt vorbehaltlich der folgenden Absätze zu 85 Prozent steuerfrei (Verschonungsabschlag), wenn der Erwerb begünstigten Vermögens im Sinne des § 13b Absatz 2 zuzüglich der Erwerbe im Sinne des Satzes 2 insgesamt 26 Millionen Euro nicht übersteigt. Bei mehreren Erwerben begünstigten Vermögens im Sinne des § 13b Absatz 2 von derselben Person innerhalb von zehn Jahren werden bei der Anwendung des Satzes 1 die früheren Erwerbe nach ihrem früheren Wert dem letzten Erwerb hinzugerechnet. Wird die Grenze von 26 Millionen Euro durch mehrere innerhalb von zehn Jahren von derselben Person anfallende Erwerbe überschritten, entfällt die Steuerbefreiung für die bis dahin nach Satz 1 oder Absatz 10 als steuerfrei behandelten früheren Erwerbe mit Wirkung für die Vergangenheit. Die Festsetzungsfrist für die Steuer der früheren Erwerbe endet nicht vor dem Ablauf des vierten Jahres, nachdem das für die Erbschaftsteuer zuständige Finanzamt von dem letzten Erwerb Kenntnis erlangt.* »

B. Les obligations mises à la charge des parties à l'opération de transmission

268. Toutes les législations étudiées imposent des obligations aux parties à la transmission de l'entreprise familiale, que se soit en la personne du donateur/défunt ou en celle de la personne du donataire/héritier.

269. *Les obligations mises à la charge du donateur/défunt.* Afin de bénéficier du régime fiscal dérogatoire, les législations imposent des conditions en la personne du donateur/défunt, lesquelles se traduisent soit en termes de durée de détention de l'entreprise dont la transmission est envisagée, soit en termes de direction de l'entreprise. **En France**, pour bénéficier du régime fiscal dit DUTREIL, l'entreprise individuelle doit avoir été détenue par le donateur/défunt depuis au moins deux années avant la transmission. Mais aucune durée de détention n'est exigée pour les entreprises individuelles acquises à titre gratuit ou en cas de création. S'agissant de transmettre une participation dans une société, le pacte DUTREIL suppose un engagement collectif de conservation des participations pendant une durée de deux années, pris par le donateur/défunt, le pacte devant être en vigueur au jour de la transmission⁴⁷². Une condition de durée s'applique en **Angleterre**, puisque l'entreprise doit avoir été possédée depuis au moins deux années par celui qui la transfère. Cette condition de durée est transférée à l'épouse lorsqu'elle acquiert le droit par succession. Elle bénéficie donc de la durée de détention de l'entreprise par son époux.⁴⁷³ En revanche, **l'Espagne** n'impose pas de durée minimale de détention antérieure à la transmission de l'entreprise⁴⁷⁴, pas plus que l'Allemagne⁴⁷⁵ ou l'Italie.

⁴⁷²Article 787 B du Code Général des Impôts, BOFIP-ENR-DMTG-10-20-40-10-§ 20/19/05/2014 ; Le guide des donations et des successions, LES GUIDES RF, Groupe Revue Fiduciaire 2016, n° 861 et suivants.

⁴⁷³ BENOTEAU I., MESLIN O., *Les prélèvements obligatoires sur le capital des ménages : comparaisons internationales*, Rapport particulier n° 5, Cour des comptes, octobre 2017, p. 83. Référence Internet : <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/2018-01/20180125-rapport-particulier5-prelevements-obligatoires-capital-des-menages.pdf>. KING L., *Private Client : Wills, Trusts and Estate Planning 2018*, College of Law Publishing Legal Practice Guides, The University of Law 2018, p. 48: "*The relevant business property must have been owned by the transferor for at least two years immediately priorly the transfer.*"

⁴⁷⁴ Artículo 4.8 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, BOE núm. 136, de 07/06/1991. Référence Internet : <https://www.boe.es/eli/es/l/1991/06/06/19/con>.

⁴⁷⁵ Article §13 ErbStG. Référence Internet : <https://dejure.org/gesetze/ErbStG/13a.html>.

270. Les obligations mises à la charge des donataires/héritiers. Si toutes les législations n'imposent pas une durée de détention en la personne du donateur/défunt, en revanche, et excepté l'Angleterre, elles imposent directement ou indirectement des conditions visant à s'assurer de la continuité de l'entreprise. **En Italie**, les ayants-droit doivent assurer la continuité de l'entreprise en en conservant le contrôle pendant une durée de cinq années après la date de sa transmission.⁴⁷⁶ Il en va de même **en France**, que ce soit pour la transmission de droits sociaux ou pour celle d'une entreprise individuelle. Pour ce qui est de la transmission de droits sociaux, il a été indiqué que les parties devaient avoir signé un engagement collectif de conservation des titres. Dans cette hypothèse, où l'un des associés a pris l'engagement collectif de conservation, celui-ci ou l'un des signataires doit conserver des fonctions de direction.⁴⁷⁷ Lorsqu'il s'agit de la transmission d'une entreprise individuelle, les donataires/héritiers doivent continuer l'entreprise pendant une durée de trois années après la donation ou le décès. Il faut toutefois préciser qu'il n'est pas exigé que la fonction de direction soit exercée par le même donataire/héritier pendant la période de trois années. **En Allemagne**, la poursuite de l'entreprise doit être assurée pendant une période de cinq années après sa transmission ou sept années selon le montant de l'abattement, et des conditions particulières sont fixées en termes de masse salariale. **En Italie**, la continuité de l'entreprise doit être assurée pendant une période de cinq années après la transmission.

271. L'Angleterre. En Angleterre, si des règles de poursuite d'activité existent en cas de donation, cette activité doit être poursuivie jusqu'au décès du donateur ; il semble qu'il n'y ait aucune condition particulière en cas de succession.

272. Comparaison délicate. La comparaison entre les différentes législations s'avère délicate, spécialement en matière fiscale, en raison de la complexité de ladite matière. Il importe de saluer le travail de qualité réalisé sous la seule responsabilité de Mme BENOITEAU et M. MESLIN, qui ont établi un rapport comparatif sur les prélèvements

⁴⁷⁶ SELLITO E., STANS Y., « *La fiscalité des donations et des successions en droit italien - lignes directrices* », in *La Fiscalité des successions et des donations internationales, théorie générale et applications en droit comparé*, Éditions Bruylant 2011, p. 429 : « La mesure s'applique à condition que les ayants droit continuent ou détiennent le contrôle pendant une période minimale de 5 ans en établissant une déclaration de succession dans ce sens. Le manquement à cette obligation entraîne l'extinction du bénéfice de la mesure et le paiement de l'impôt de la manière ordinaire, une sanction administrative prévue dans l'article 13 du décret législatif n° 471 du 18 décembre 1997 et des intérêts moratoires à partir de la date à laquelle ledit impôt devait être payé. »

⁴⁷⁷ Article 787 B du Code Général des Impôts, BOFIP-ENR-DMTG-10-20-40-10-§ 270-19/05/2014.

obligatoires sur le capital des ménages au mois d'octobre 2017. C'est le seul rapport qui semble exister ces dernières années et qui montre la complexité d'étudier et de comparer les différents systèmes mis en place. Ce rapport émet quelques réserves qui traduisent la difficulté de la comparaison.

273. Synthèse. En définitive, les pays qui ont mis en place des législations fiscales pour favoriser la transmission des entreprises familiales imposent tous le respect de règles spécifiques dont le but est d'assurer la poursuite et la pérennité de l'entreprise familiale. Certaines législations insistent sur la protection de l'emploi, comme l'Allemagne, qui impose le maintien de la masse salariale.

C. Sur le montant des exonérations nationales

274. Une fois le bénéfice du dispositif de faveur mis en place au niveau national acquis, il est nécessaire de relever que le montant de l'exonération varie d'un pays à l'autre, allant d'une exonération partielle des droits à payer à une exonération totale. Il existe une disparité d'abattements, mais celle-ci doit être légèrement nuancée.

275. La France. En France, les entreprises individuelles et les participations dans des entreprises qui bénéficient du dispositif DUTREIL sont exonérées de droit à concurrence de 75 % de leur valeur. La taxation s'effectue ensuite en fonction des règles de droit commun, de sorte que peuvent s'ajouter d'autres avantages.

Pour les donations en pleine propriété, dès lors que le donateur est âgé de moins de 70 ans, la donation ouvre droit à un abattement supplémentaire de 50 %. Aussi, l'exonération de droits à concurrence de 75 % est-elle trompeuse car, compte tenu des différents abattements et exonérations, la transmission d'une entreprise familiale peut être effectuée avec une taxation, in fine, beaucoup moins importante.

276. L'Allemagne. En Allemagne, l'abattement peut être de 85 % à 100 % selon la durée de détention de l'entreprise. Lorsqu'il est de 85 %, cet abattement se cumule avec d'autres avantages. D'autres abattements existent, dont celui de 150 000 euros sur la part non exonérée.

277. L'Espagne. En Espagne, si l'abattement est de 95 % de la valeur de l'entreprise, cette règle ne s'applique que lorsque l'entreprise est transmise au conjoint ou aux héritiers en ligne directe, sous réserve, là encore, qu'ils respectent un engagement de conservation de l'entreprise ou des titres pendant dix ans. Si le but des dispositifs nationaux instaurés est la conservation de l'entreprise parce qu'elle est source de richesses et d'emploi, il n'est pas logique de limiter le bénéfice de l'abattement à certaines catégories de donataires ou d'héritiers.

278. L'Italie. En Italie, il existe une exonération totale des droits lorsque la transmission est faite au profit du conjoint survivant ou aux descendants. Il en est de même en cas de donation.⁴⁷⁸ Pour les autres bénéficiaires de la transmission de l'entreprise, il n'y a pas d'exonération de droits. Toutefois, les taux sont extrêmement faibles, car le taux d'imposition des successions et des donations peut atteindre au maximum 8 %.

279. L'Angleterre. En Angleterre, la transmission d'une entreprise non cotée est exonérée de droits, tandis que la transmission d'une société cotée est taxée à 50 %, mais, pour ces dernières, la personne qui transfère les biens doit au moins détenir 50 % des droits de vote, directement ou indirectement, au travers d'une société dont elle détient également le contrôle.⁴⁷⁹

280. Tableau comparatif. Le tableau ci-dessous est tiré du Rapport particulier n° 5 sur « Les Prélèvements obligatoires sur le capital des ménages : comparaison internationale du

⁴⁷⁸ Article 3 alinéa 4 ter du décret n° 346/1990 du 31 octobre 1990, Fondation de droit continental, 3^e convention des juristes de la Méditerranée des 7-8 et 9 Juin 2010, Rapport sur la transmission de l'entreprise à titre gratuit - droit italien, p. 23-37. Référence Internet : https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2013/12/rapport_complet-fr.pdf.

⁴⁷⁹KING L., *Private Client : Wills, Trusts and Estate Planning 2018*, College of Law Publishing Legal Practice Guides, The University of Law 2018, p. 48

mois d'octobre 2017 ». Il retrace les différents dispositifs mis en place en faveur de la transmission des entreprises.⁴⁸⁰

Tableau 10 : Principaux régimes pour les transmissions d'entreprises à titre gratuit

Pays	Dispositif
Allemagne	Abattement de 85 % (100 % sur option, avec allongement de deux ans de la durée de conservation de l'entreprise) prévu pour les biens professionnels sous un certain plafond (26 millions d'euros ou 52 millions d'euros selon les cas), puis abattement de 150 000 euros au maximum sur la part non exonérée. Abattement dégressif au-delà de ce plafond, ou abattement soumis à des conditions de ressources de l'héritier (voir encadré 24).
Royaume-Uni	Exonération totale en cas de transmission d'une entreprise ou d'une participation dans une société non cotée dont le défunt détenait le contrôle avant le décès (ou lorsque celle-ci lui conférait au moins 25 % des droits de vote). Abattement de 50 % sur les participations dans une société cotée, et sur les terrains et biens immobiliers détenus par le défunt et utilisés par l'entreprise contrôlée par le défunt.
Pays-Bas	Abattement de 100 % en cas de transmission d'entreprise lorsque la valeur de celle-ci n'excède pas 1 063 479 euros. Abattement de 83 % sur la valeur excédant ce plafond.
Belgique	Exonération totale de la transmission d'entreprise en cas de donation (sauf à Bruxelles). Successions totalement exonérées en Wallonie et soumises à taux réduit de 3 % en Flandre pour une transmission en ligne directe, et 7 % dans les autres cas.
Italie	Exonération totale du paiement des droits de succession en cas de transmission au conjoint survivant ou aux descendants.
Espagne	Abattement égal à 95 % ⁴⁸¹ de la valeur de l'entreprise familiale (industrielle, commerciale, artisanale, libérale ou agricole) accordé lorsqu'elle est transmise dans le cadre d'une donation ou d'une succession au conjoint ou aux héritiers en ligne directe légitimes ou adoptés.
France	Abattement de 75 % à travers le dispositif « Pacte Dutreil ». En cas de donation en pleine propriété, si le donateur est âgé de moins de 70 ans, réduction des droits de 50% en sus.

Source : Direction de la Législation fiscale et sites officiels des administrations nationales.

§ 2. La transmission indirecte de l'entreprise familiale

281. Les modes indirects de transmission de l'entreprise familiale sont également à envisager. Les modes de transmission de l'entreprise familiale ont été exposés selon qu'elle était détenue individuellement par le donateur/défunt ou sous une forme de participation dans une structure sociétaire. Cette dernière forme de détention/transmission de l'entreprise n'épuise pas le sujet de la transmission indirecte de l'entreprise familiale. En effet, certains pays connaissent des structures qui leur sont propres, lesquelles ne sont pas utilisées dans d'autres pays (trusts et fondations actionnaires), qui permettent la transmission de l'entreprise familiale. Il convient donc de déterminer le coût fiscal de cette forme de détention, lors de la transmission de l'entreprise familiale.

⁴⁸⁰ BENOITEAU I., MESLIN O., *Les prélèvements obligatoires sur le capital des ménages : comparaisons internationales*, Rapport particulier n° 5, Cour des comptes, octobre 2017, spécialement p. 82.

A. Le Trust

282. Le trust qui signifie « confiance » en anglais, est une institution importante du droit anglais dans laquelle le propriétaire d'un bien, appelé le « settlor », confie ce bien à un tiers détenteur que l'on désigne sous le terme de « trustee », à charge pour lui d'administrer le bien au profit d'un bénéficiaire ou « beneficiary ». ⁴⁸¹ S'agissant d'une institution du droit anglo-saxon, celle-ci a été adaptée aux droits continentaux. ⁴⁸²

283. Cependant, il est très difficile de donner une définition du trust. « Le Trustee Act de 1925 ne fournit aucune définition exhaustive : la section 68 (17) exclut l'hypothèque, inclut les trusts implicites et d'interprétation, étend ses règles aux cas où le trustee est bénéficiaire et aux exécuteurs testamentaires quand le contexte le justifie. La définition a été également esquivée par le Trustee Act 2000 ». ⁴⁸³

284. Droit français. En droit français, la fiducie a été créée par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 ⁴⁸⁴. À ce stade, sans qu'il soit besoin de rentrer dans le détail du trust et de la fiducie ⁴⁸⁵, il faut retenir que la fiducie se distingue du trust, ne serait-ce que parce que la fiducie libéralité ⁴⁸⁶ est interdite en droit français alors que le trust-transmission est admis en

⁴⁸¹ Pour une définition du trust en droit fiscal français, voir les dispositions de l'article 792-0 Bis du Code Général des Impôts : « I. — 1. Pour l'application du présent code, on entend par trust l'ensemble des relations juridiques créées dans le droit d'un État autre que la France par une personne qui a la qualité de constituant, par acte entre vifs ou à cause de mort, en vue d'y placer des biens ou droits, sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou pour la réalisation d'un objectif déterminé ». Sur ce point, voir également la note publiée dans le BOFIP : BOI-DJC-TRUST-20150304.

⁴⁸² BERAUDO J.-P., TIRARD J.-M., *Les Trusts anglo-saxons et les pays de droit civil. Approche juridique et fiscale*, Academy and Finance, Genève, 2006.

⁴⁸³ BERAUDO J.-P., TIRARD J.-M., *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, approche juridique et fiscale, Academy and Finance, Genève, 2006, p. 47.

⁴⁸⁴ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, JORF du 21 février 2007, articles 2011 à 2031 du Code civil. Sur l'histoire de la fiducie, il est possible de se référer à ROSSIER Y., *Étude comparée de certains aspects patrimoniaux de la fiducie*, Revue de Droit de McGill, vol. 34, 1989, p. 817-907.

⁴⁸⁵ SAINZ F., *Étude comparée sur le plan juridique et fiscal de la fiducie française et du trust britannique*, mémoire Master 2, droit des affaires : droit des PME-PMI, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2016-2017. Référence Internet : <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01703930/document>.

⁴⁸⁶ Article 2013 du Code civil : « Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public », 107^e congrès des Notaires de France, Le financement, n° 4486 et suivants : « Inopposabilité au fisc. À la nullité civile s'ajoute une sanction fiscale : les contrats de fiducie consentis dans une intention libérale et qui conduisent à une minoration des droits au titre de tous impôts et

droit anglais. Si toutefois un donateur/défunt utilisait le contrat de fiducie pour tenter de transmettre son entreprise, non seulement le contrat de fiducie serait annulé, il s'agit d'une nullité d'ordre public, mais l'administration fiscale serait aussi en droit de requalifier la transmission et de percevoir les droits correspondants avec des pénalités et des intérêts de retard. Il importe d'ajouter que, lorsque le trust est régulièrement constitué et qu'il produit ses effets en France, l'administration fiscale prévoit des modes spécifiques d'imposition.

285. Droit italien. En droit italien⁴⁸⁷, l'article 2645 ter du Code civil italien introduit par la loi du 23 février 2006 dispose que : « Les actes authentiques établis dans un but déterminé relatifs à des biens meubles ou immeubles voués, pour une durée maximum de quatre vingt dix ans ou pour la durée de vie de la personne physique bénéficiaire, à la sauvegarde d'intérêts légitimes tels que la protection des personnes handicapées, des administrations publiques, ou d'autres personnes physiques ou morales, peuvent être transcrits afin de les rendre opposables aux tiers ; le constituant lui-même peut agir, pour la réalisation de ces buts déterminés, mais il peut également confier la gestion de ces biens à un trustee. »

286. Droit anglais. En droit anglais, il existe des règles spécifiques d'imposition des trusts, ne serait-ce que du fait de leur grande variété, d'autant que le trust peut être exprès ou implicite⁴⁸⁸. Les trusts exprès peuvent également être très divers et des classifications peuvent être opérées selon de nombreux critères, comme la détermination du bénéficiaire du trust (fixed trust vs discretionary trust), le but poursuivi (charitable trusts, par exemple). La loi de 2011 a fixé une douzaine de domaines dans lequel un charitable trust pouvait être constitué, le moment où il intervient (inter vivos trust versus testamentary trust) ou encore la nature de l'opération. Ainsi, en Angleterre le shareholding est utilisé pour détenir des entreprises ou des participations dans une société. Le trust peut également être utilisé à des fins d'optimisation fiscale et ce, d'autant que le Recognition of Trust Act de 1987 permet de

taxes dus par l'une des parties au contrat ou le bénéficiaire, s'il n'a pas signé l'acte de fiducie, ne peuvent être opposés à l'administration. Celle-ci est en droit de rétablir le véritable caractère de l'opération litigieuse » ; article L 64 C du Livre des Procédures Fiscales issu de la loi du 19 février 2007 : « Sans préjudice de la sanction de nullité prévue à l'article 2013 du Code civil, les contrats de fiducie consentis dans une intention libérale au sens de l'article 792 bis du Code général des impôts et qui conduisent à une minoration des droits au titre de tous impôts et taxes dus par l'une quelconque des personnes parties au contrat ou en tenant des droits ne peuvent être opposés à l'administration qui est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse. »

⁴⁸⁷ BERLINGUER A., *Trust et fiducie en Italie*, Revue Dalloz 2008, n° 9, p. 600.

⁴⁸⁸ LE GALLOU C., WESLEY S., *Droit Anglais des Affaires*, coll. Précis Domat, LGDJ 2018, n° 854 et s. Voir également WORTLEY B.A., *Le « trust » et ses applications modernes en droit anglais*, RIDC, vol. 14, n° 4, octobre-décembre 1962, p. 699-710.

choisir une loi étrangère avec les avantages fiscaux qu'elle comporte.⁴⁸⁹ Cette grande diversité de situations suppose toute une série de règles d'imposition. S'agissant des droits de donation et de succession, il importe de distinguer de nombreuses situations selon que le trust est révocable ou non, c'est-à-dire selon qu'il opère ou non un transfert définitif du patrimoine du constituant. Des droits différents sont perçus en fonction de la durée de détention du trust avant le décès, ainsi qu'une taxe décennale.

287. Droit allemand. Le droit allemand connaît, depuis longtemps l'équivalent du trust : le « *treuhand* ». ⁴⁹⁰ Toutefois, il faut préciser que l'utilisation du terme de « *treuhand* », dont il n'existe pas de définition, manque de précision et regroupe des opérations très différentes. Lorsqu'il est créé par contrat, tel le *fiduziarisches Rechtsgeschäft*, il se rapporte à différents mécanismes fiduciaires dont certains sont proches de ceux qui existent en France, à savoir la fiducie-sûreté et la fiducie-gestion. Mais à la différence du droit français, le « *treuhand* » n'est pas organisé par la loi.

⁴⁸⁹ LE GALLOU C., WESLEY S., *Droit Anglais des Affaires*, coll. Précis Domat, LGDJ 2018, n° 910.

⁴⁹⁰ BUREAU A., *Le contrat de fiducie : étude de droit comparé Allemagne, France, Luxembourg*, Juripole de Lorraine. Référence Internet : https://www.juripole.fr/memoires/comparaison/Antoine_Bureau/partie1.html.

« En Allemagne, il n'existe pas de réglementation générale concernant la *Treuhand*. Plusieurs formes de *Treuhand* peuvent exister et parmi les institutions basées sur des rapports fiduciaires seules quelques-unes font l'objet d'une réglementation par le législateur. L'énumération exhaustive est fastidieuse, d'autant plus que le développement de la fiducie en Allemagne est ancien, et qu'il recouvre des concepts plus ou moins larges de la fiducie. La notion de *Treuhand* est de fait, beaucoup plus vague et imprécise que celle de fiducie, telle qu'elle est connue notamment au Luxembourg et en France. Monsieur Dieter LIEBICH relève l'existence d'une centaine de textes législatifs ou réglementaires qui mentionnent le *Treuhänder* sans en donner une définition. Il existe également des formes de *Treuhand* créées par contrat *Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse*. Le droit allemand connaît en effet plusieurs types de contrats de fiducie, développés par la doctrine et consacrés par la jurisprudence. La théorie du *fiduziarisches Rechtsgeschäft* a servi à valider certains actes, notamment les transferts de propriété à titre de sûreté. Cette théorie trouve son origine dans la *fiducia* du droit romain (la doctrine et la jurisprudence du XIX^e siècle ont eu très souvent recours au droit romain pour suppléer les lacunes des droits régionaux et unifier ces droits). Le *fiduziarisches Rechtsgeschäft* a pour effet le transfert de la propriété du *Treugut* (les biens mis en fiducie) au *Treuhänder* (le fiduciaire), dont les pouvoirs sont définis par le *Treuhandvertrag* (le contrat fiduciaire). Le fiduciaire exerce ses nouveaux droits conformément au pacte fiduciaire et rétrocède ses droits en fin de contrat. La *fiduziarische Treuhand* se compose de deux actes distincts, un premier acte créateur d'obligations notamment à la charge du nouveau titulaire : la *Treuhandabrede* ou *Pactum fiduciae*. Il est accompagné d'un deuxième acte qui a pour effet de transférer des droits patrimoniaux au fiduciaire. Il faut également mentionner la *deutschrechtliche Treuhand*, développée surtout par Monsieur Alfred SCHULTZE, qui repose sur l'ancien droit germanique. Peu utilisée, elle consiste en un transfert de propriété du *Treugut* au *Treuhänder*, mais ce transfert est effectué sous condition résolutoire. De même l'*Ermächtigungstreuhand*, qui sans opérer un transfert de propriété, confère au *Treuhänder* des droits si étendus que sa position vis-à-vis des tiers peut être assimilée à celle d'un propriétaire. La *fiduziarische Treuhand*, opérant seule un transfert de propriété sans condition, sera donc comparée avec le contrat fiduciaire luxembourgeois et la fiducie française, car elle correspond à ces deux derniers exemples de fiducie. »

288. Droit espagnol. En droit espagnol, en l'absence de reconnaissance de la fiducie, hormis en droit catalan avec la notion de patrimoine protégé (article 227.2 du Code civil Catalan)⁴⁹¹, l'administration fiscale estime que les relations entre les parties à la fiducie doivent être considérées comme des relations directes entre les personnes physiques.⁴⁹²

B. La fondation actionnaires en droit allemand

289. Les fondations actionnaires sont utilisées dans les pays du Nord de l'Europe pour détenir et transmettre des entreprises, notamment en Allemagne⁴⁹³. Le vocable désignant ces structures n'est, au demeurant, pas figé. Les Suisses évoquent les « fondations entrepreneuriales », tandis que les Danois utilisent le vocable de « fondations commerciales ».⁴⁹⁴

Plusieurs situations sont envisageables, selon que la fondation actionnaire est constituée par testament ou bien si elle existe déjà. Dans le premier cas, il y a alors un exécuteur testamentaire chargé de la constituer, dans le second cas, les biens du défunt sont transmis à la fondation. Il faut encore indiquer, sans qu'il soit besoin de détailler les différents montages juridiques, qu'il est possible d'adjoindre une fondation strictement familiale à une fondation d'intérêt général.

290. En somme, toutes les législations nationales fixent des règles fiscales particulières pour favoriser la transmission des entreprises familiales. Selon les circonstances, les abattements sont plus ou moins importants. Dès lors, il est légitime de s'interroger sur la tentation que pourrait avoir un donateur/défunt de se délocaliser afin de bénéficier des dispositions fiscales les plus intéressantes.

⁴⁹¹ Article 227.2 du Code civil Catalan, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre 2003, BOE.es - Documento consolidado BOE-A-2003-21053 pour la protection des personnes handicapées.

⁴⁹² HIJAS E., *Se puede adaptar el trust al ordenamiento juridico espanol?*, in la revista *Notario del siglo XXI*, mayo 2017 : "En la legislación estatal, el intento más cercano de recoger el trust lo constituye el patrimonio protegido de las personas con discapacidad, regulado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre."

⁴⁹³ TANDEAU MARSAC (de) V., *Guide pratique des entreprises familiales. Manuel opérationnel, juridique et fiscal*, Éditions Eyrolles, 2011, p. 207.

⁴⁹⁴« Une fondation actionnaire désigne une fondation à but non lucratif, propriétaire d'une entreprise industrielle ou commerciale : elle possède tout ou partie des actions et la majorité des droits de vote et/ou la minorité de blocage », in *Les Fondations d'actionnaires : quand l'Europe devrait inspirer la France*, étude réalisée par PROPHIL disponible sur le site www.fondations-actionnaires.eu.

CHAPITRE III : L'INFLUENCE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE SUR LES REGLES FISCALES NATIONALES

SECTION 1 : L'EVOLUTION DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE SUR LES REGLES FISCALES

§ 1. Sur le caractère national des législations en matière fiscale

291. L'article 1^{er} du Règlement UE du 4 juillet 2012 exclut clairement de son champ d'application la matière fiscale.⁴⁹⁵ En effet, le droit fiscal est essentiellement national et repose sur un principe de consentement du citoyen à l'impôt qui est aujourd'hui constitutionnellement garanti.

Il faut cependant préciser qu'il n'en a pas été toujours ainsi. En effet, les systèmes fiscaux en Europe se sont construits soit sur la contrainte, soit sur le consentement à l'impôt. Si, au XIV^e siècle, tous les États ont essayé de mettre en place un système fiscal fondé sur l'assentiment à l'impôt, à partir du XVI^e siècle et du XVII^e siècle, il y a une évolution, car de nombreux systèmes vont imposer la contrainte, là où la Grande-Bretagne va maintenir un système de consentement à l'impôt. Cette différence dans les systèmes fiscaux va expliquer l'évolution des droits nationaux.⁴⁹⁶

292. Par ailleurs, selon les différentes parties de l'europe, il faut distinguer les États unitaires (France, Angleterre et Italie) des États dits fédérés (Allemagne et Espagne), pour

⁴⁹⁵Article 1^{er} du « Règlement (UE) n° 650/2102 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen », *Journal Officiel de l'Union européenne*, L 201/107, 27.7.2012.

⁴⁹⁶Pour une description des différents systèmes fiscaux, il est utile de se reporter aux travaux de ARDANT G., in *Théorie sociologique de l'impôt*, t. I, S.E.V.P.E.N., 1965, p. 872 et s.

lesquels il existe une concurrence fiscale entre l'État fédéral et les États fédérés (Länders, provinces ou régions).

En France, l'article 14 de la Déclaration de l'Homme et du Citoyen dispose que : « Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ».497 Si le droit fiscal s'applique aux nationaux, il a également vocation à s'appliquer aux étrangers dès lors qu'ils ont leur résidence dans un État membre. **En Angleterre**, le principe du consentement du citoyen à l'impôt est à l'origine de l'histoire des luttes entre la monarchie et le Parlement qui s'est traduit par le Bill of Rights du 13 février 1689, lequel en son article 4 consacre ce principe.498 **En Italie**, l'impôt est également édicté par le Parlement, de sorte que le consentement à l'impôt est également protégé constitutionnellement.499 Il existe une particularité qui doit être relevée à l'article 53 de la Constitution, car non seulement le principe de la progressivité de l'impôt est protégé, mais l'obligation faite aux citoyens de contribuer est édicté.500

293. En Allemagne, le principe du consentement à l'impôt des citoyens est posé à l'article 20 de la Loi Fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne501 et, s'il existe une

497 DELALANDE N., *Les Batailles de l'impôt. Consentement et résistances de 1789 à nos jours*, Éditions du Seuil, mars 2014, p. 29 ; ROUSSEAU J.-J., *Discours sur l'économie politique*, Introduction et commentaire sous la direction de BERNARDINI B., Vrin 2002. Dans son discours, Rousseau indique que « les impôts ne peuvent être établis légitimement que par le consentement du peuple ou ses représentants » ; PEZET F., *Le caractère confiscatoire de l'impôt et les exigences constitutionnelles françaises*, Revue de Droit Fiscal n° 22 du 30 mai 2013, étude n° 300 sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel et sa décision du 29 décembre 2012. Pour une histoire de l'impôt en France, il est possible de se référer à l'ouvrage ARDANT G., *Théorie sociologique de l'impôt*, t. 2, S.EV.P.E.N., 1965, p. 983-1036.

498 En Angleterre, l'histoire du consentement à l'impôt a débuté avec la Magna Carta de 1214 par laquelle le roi ne pouvait créer des impôts sans le consentement de ses sujets, histoire qui s'est prolongée par la pétition des droits de 1628, enfin par le Bill of Rights du 16 février 1689 qui dispose en son article 4 : « *qu'une levée d'impôt pour la Couronne ou à son usage, sous prétexte de prérogative, sans le consentement du Parlement, pour un temps plus long et d'une manière autre qu'il n'est ou ne sera consenti par le Parlement est illégale* ». Sur l'histoire de l'impôt en Grande-Bretagne et le consentement à l'impôt, il est utile de se reporter à ARDANT G., *Théorie sociologique de l'impôt*, t. 2, S.EV.P.E.N., 1965, p. 931-982.

499 LUCIANI M., *La Cour constitutionnelle et l'équilibre des finances publiques*, Annuaire International de Justice constitutionnelle, 2013, n° 28-2012, p. 341-349.

500 Article 53 de la Constitution italienne, (G.U. n° 298 du 27 décembre 1947, ed. Straord) : Chacun est tenu de contribuer aux dépenses publiques suivant ses possibilités. Le système fiscal observe les critères de la progressivité ».

501 Article 20 de la Loi Fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne, du 23 mai 1949 (Journal officiel fédéral, p. 1) (BGBl. III 100-1) avec les 52 modifications intervenues depuis cette date : « (1) La République

concurrence fiscale entre le Bund et les Länder, ces derniers doivent respecter les principes fondamentaux⁵⁰², dont celui du consentement à l'impôt. **En Espagne**, il est institué une concurrence des droits entre l'État central et les Communautés autonomes.⁵⁰³ Cela conduit à une grande diversité de situations entre les Communautés autonomes, entre celles dites de plein exercice (Pays Basque, Catalogne, la Galice auxquelles est assimilée la Navarre qui a un statut particulier depuis les lois de 1839 et de 1841) et les Communautés autonomes à compétence restreinte. L'article 156-1 de la Constitution pose le principe de l'autonomie financière des Communautés autonomes pour le développement et l'exercice de leurs compétences. En matière d'impôt sur les successions et les donations, certaines Communautés ont adopté des dispositions propres. La Constitution et la loi organique (LOFCA) prévoient des règles de répartition de compétence.

§ 2. Sur le rôle de l'UE en matière d'impôt sur les donations et les successions

294. Si l'impôt est national, il n'en reste pas moins que l'Europe joue un rôle important en matière d'harmonisation des législations. Il convient alors de faire la distinction entre l'impôt direct, qui relève de la compétence nationale, et l'impôt indirect (TVA, droit d'accises et autres impôts indirects), qui touche à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation au sein du marché unique pour lequel l'Union européenne dispose d'un pouvoir d'harmonisation.⁵⁰⁴

Fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social. (2) Tout pouvoir d'État émane du peuple. (2) Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. (3) Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit. (4) Tous les Allemands ont le droit de résister à quiconque entreprendrait de renverser cet ordre, s'il n'y a pas d'autre remède possible. »

⁵⁰² Article 28 alinéa 3 de la Loi Fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne, du 23 mai 1949 (Journal officiel fédéral, p. 1) (BGBl. III 100-1) : « (3) La Fédération garantit la conformité de l'ordre constitutionnel des Länder avec les droits fondamentaux et avec les dispositions des alinéas 1 et 2. »

⁵⁰³ COLIN R., *L'Espagne des Communautés Régionales Autonomes*, Revue de l'OFCE, n° 20, juillet 1987. L'auteur retrace l'histoire des Communautés Régionales Autonomes et leur rapport avec le pouvoir central, la répartition des compétences entre l'État et les différentes Communautés autonomes.

⁵⁰⁴ MAITROT de LA MOTTE A., *L'Impôt européen, enjeux juridiques et politiques*, Revue de l'OFCE, 2014/3 (n° 134), p. 149-160.

En outre, étant donné que chaque État membre est libre de déterminer la quotité, l'assiette et la durée de ses impôts et, donc, de l'impôt sur les successions et les donations, il peut exister des différences entre les États, ce qui a été démontré, que ce soit pour les règles de droit commun de l'impôt sur les donations et les successions ou pour les dérogations mises en place pour favoriser la transmission des entreprises familiales.

Pour ces dernières dispositions, les différences doivent être nuancées, car toutes les législations nationales ont adopté des règles pour permettre la transmission des entreprises familiales avec une fiscalité réduite, voire sans fiscalité.

295. Même si l'UE n'a pas de rôle d'harmonisation pour les contributions directes, la Commission européenne conserve un rôle pour s'assurer de l'effectivité des principes sur lesquels l'UE s'est construite au travers du recours en manquement qui lui permet de saisir la CJUE. En matière de droit de donation et de succession, la CJUE s'est prononcée pour lutter contre les pratiques discriminatoires entre les nationaux et les étrangers qui résident dans l'État.

Ainsi, la CJUE a sanctionné les États qui avaient une législation discriminatoire selon la nationalité du contribuable, édictant le principe que l'étranger ne pouvait pas être plus mal traité que le national.⁵⁰⁵

⁵⁰⁵ La CJCE a rendu des décisions mettant en œuvre le principe de non discrimination entre les nationaux et les étrangers qui ont contraint les États concernés à modifier leur législation. Tel est le cas de l'Allemagne (CJUE, 4 septembre 2013, Commission européenne c. République Fédérale d'Allemagne, aff. C-211-13), ou encore de l'Espagne (CJCE, 3 septembre 2014, Commission européenne c. L'Espagne, affaire C-127/12).

SECTION 2 : LA TENTATION DU FORUM SHOPPING ET SES LIMITES EN MATIERE FISCALE

§ 1. Le rôle du droit européen

296. Dès lors que l'impôt direct est national et qu'il existe des différences entre les États membres, il peut être tentant, pour le chef d'entreprise d'aller chercher la loi la plus favorable pour transmettre l'entreprise familiale. Sur le plan civil, ainsi qu'il a été indiqué, le Règlement UE du 4 juillet 2012, par le mécanisme de la *professio juris*, autorise le défunt à soumettre sa succession à la loi de sa nationalité plutôt qu'à celle de sa résidence.

En matière fiscale, cette possibilité est limitée, d'une part par l'existence de conventions bilatérales, d'autre part, par la théorie de l'abus de droit.

Les institutions de l'Union européenne ont pris des mesures pour lutter contre les pratiques abusives. À côté des opérations illégales, qui constituent de la fraude fiscale et qui sont sanctionnées, y compris pénalement, les institutions européennes se sont intéressées aux pratiques d'optimisation fiscale, qui sont légales puisqu'inscrites dans la loi, tout en permettant d'obtenir un avantage fiscal.

Dès 2006, la Cour de justice des Communautés européennes devenue par la suite la Cour de justice de l'UE a rendu une décision pour lutter contre l'abus de droit en matière fiscale.⁵⁰⁶

Elle a ainsi jugé qu'étaient abusives les pratiques légales mises en place, dont le but « essentiel » était l'obtention d'un avantage fiscal. La Cour de cassation italienne, par l'intermédiaire d'une question préjudicielle, a saisi la Cour de justice pour connaître le sens

⁵⁰⁶ CJCE HALIFAX du 21 février 2006, Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise, n° C-255/02, *European Court Reports 2006 I-01609*. La cour a fixé les conditions de l'abus de droit : « La constatation de l'existence d'une pratique abusive exige, d'une part, que les opérations en cause, malgré l'application formelle des conditions prévues par les dispositions pertinentes de la sixième directive et de la législation nationale transposant cette directive, aient pour résultat l'obtention d'un avantage fiscal dont l'octroi serait contraire à l'objectif de ces dispositions. D'autre part, il doit également résulter d'un ensemble d'éléments objectifs que les opérations en cause ont pour but essentiel l'obtention d'un avantage fiscal. »

du terme « essentiel ». La Cour de justice s'est prononcée dans un arrêt Part Service du 24 février 2008⁵⁰⁷, jugeant qu'il pouvait y avoir une pratique abusive, y compris lorsque l'opération n'avait pas pour but exclusif l'obtention d'un avantage fiscal.

Dès lors, pour la CJUE, il peut y avoir une pratique abusive lorsque l'objectif est l'obtention d'un avantage essentiellement fiscal, ce qui peut être le cas pour des opérations de planification successorale. Lorsque le chef d'entreprise envisage la transmission de son entreprise, que ce soit par donation, ou par succession, il a nécessairement en vue, parmi les objectifs de sa planification, des intérêts fiscaux.

297. Dans une communication au Parlement européen et au Conseil sur la transparence fiscale du 18 mars 2015,⁵⁰⁸ la Commission distingue la fraude fiscale, qui est illégale, de l'évasion fiscale, dont elle donne une définition.

§ 2. L'abus de droit en matière fiscale

298. Les États membres ont également adopté dans leur droit national des mesures destinées à lutter contre l'abus de droit.

299. *La France.* En France, jusqu'à la loi de finances pour 2019, l'administration disposait de deux moyens pour remettre en cause des montages juridiques, à savoir la

⁵⁰⁷ CJCE PART SERVICE du 21 février 2008, Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Part Service Srl., C425/06, Recueil de la jurisprudence, 2008 I-00897.

⁵⁰⁸ Communication de la Commission faite au Parlement européen et au Conseil sur la transparence fiscale pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscale du 18 mars 2015, COM (2015) 136 final : « La lutte contre la fraude fiscale est essentielle pour garantir une plus grande équité et une plus grande efficacité économique sur le marché intérieur, conformément aux grandes priorités politiques de la Commission. La lutte contre l'évasion fiscale des entreprises est étroitement liée à cet enjeu prioritaire. **Contrairement à la fraude fiscale, qui est illégale, l'évasion fiscale s'inscrit généralement dans les limites fixées par la loi.** De nombreuses formes d'évasion fiscale sont toutefois contraires à l'esprit de la loi, s'appuyant sur une interprétation très extensive de ce qui est "légal" pour réduire au minimum la contribution fiscale globale d'une entreprise. Recourant à des techniques de planification fiscale agressive, certaines sociétés exploitent les failles juridiques des systèmes fiscaux et les asymétries qui existent entre les règles nationales pour éluder le paiement de leur juste part de l'impôt. De plus, dans un grand nombre de pays, le régime fiscal en vigueur permet aux entreprises de transférer artificiellement leurs bénéfices sur le territoire de ces pays, ce qui a pour effet d'encourager la planification fiscale agressive. »

fictivité de l'opération à travers la notion d'abus de droits⁵⁰⁹ d'une part, et la fraude à la loi⁵¹⁰ d'autre part. Le législateur, par la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008 a instauré une nouvelle définition de l'abus de droit à l'article L 64 du Livre des Procédures Fiscales - LPF⁵¹¹. Cette nouvelle législation ne s'appliquera qu'aux opérations passées après le 1^{er} janvier 2020.

300. L'Italie. Si, en Italie, le législateur a pris des mesures contre la fraude et l'évasion fiscales⁵¹², il n'en a pas pris pour lutter contre l'abus de droit en matière fiscale. Aussi, c'est la Cour de cassation italienne qui a développé la théorie de l'abus de droit en matière fiscale⁵¹³. Il ne s'agit pas d'une spécificité fiscale propre à la France, car on la retrouve dans divers États membres, comme aux Pays-Bas, ou en Allemagne par exemple.

⁵⁰⁹ Sur l'évolution de l'abus de droit depuis la loi du 13 janvier 1941, voir les développements intéressants in *La Transmission*, 108^e congrès, Montpellier, 2012, n° 4127.

⁵¹⁰ La fraude à la loi a été développée par les tribunaux à un moment où il n'existait aucun texte fiscal. En ce sens, CE sect. 17 septembre 2006, JEANFIN, n° 260050.

⁵¹¹ Article 35 de la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008 et l'instruction du 9 septembre 2010 BOI 13 L-9-2010 citée in *La transmission*, 108^e congrès, Montpellier, 2012, n° 4127. L'article L 64 du *Livre des Procédures Fiscales – LPF* : « Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles. En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du comité de l'abus de droit fiscal. L'administration peut également soumettre le litige à l'avis du comité. Les avis rendus font l'objet d'un rapport annuel qui est rendu public. »

⁵¹² Décret législatif n° 74 du 10 mars 2000 contre la fraude fiscale, décret présidentiel n° 600/1973 qui prohibe l'évasion fiscale in *La Lettre d'Italie*, Droit et vie politique italienne, n° 4, février 2014, p. 32-34.

⁵¹³ Cass. n° 22932 du 14 novembre 2005, n° 20398 du 29 avril 2005 et n° 20816 du 12 mai 2005.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

301. Les deux obstacles avancés à la transmission de l'entreprise familiale constituent également les deux piliers du droit français des successions, à savoir : la réserve héréditaire et les pactes sur successions futures. Aussi, il est tout aussi facile que tentant de contester ces institutions qui modèlent pourtant le droit français des successions en évoquant une concurrence des droits au sein de l'Union européenne. Le droit français serait moins attractif que celui de ses voisins, de sorte que dans une vision purement utilitariste et économique, il devrait être changé.

302. La présente partie ayant insisté sur les obstacles à la transmission de l'entreprise familiale au sein de plusieurs États membres a permis de démontrer des différences fondamentales entre les systèmes dits de droit anglo-saxon et les systèmes dits de droit continental.

303. La comparaison des systèmes juridiques a permis de mettre en lumière différentes traditions et l'existence de rapprochements sur la période récente, puisque, d'une part, la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 sur le droit des successions a rapproché le droit français des autres traditions de droit continental, consacrant le principe d'une réserve en valeur et, d'autre part, si l'interdiction des pactes sur succession future subsiste, la loi de 2006 a multiplié les dérogations au point que les juristes s'interrogent sur le maintien du principe d'interdiction des pactes sur succession future. Cette interrogation est d'autant plus légitime que la jurisprudence se livre à une casuistique pour distinguer ce qui est permis de ce qui est interdit, rendant difficiles les opérations d'anticipation successorale pour ne pas courir le risque d'une éventuelle remise en cause ultérieure. **Les évolutions récentes permettent de constater un rapprochement des différents systèmes juridiques. Particulièrement, les dernières législations adoptées en France et leur référence au système allemand invitent à se demander si la France n'est pas progressivement en train de changer de sous-catégorie au sein des systèmes de droit continental.**

Ces évolutions entre ces différents sous-groupes sont permanentes et sont le résultat d'un dialogue incessant entre les différents systèmes juridiques. Le premier mouvement qui a

commencé dès le Moyen Âge partout en Europe a d'abord été celui d'une unification d'un paysage juridique morcelé, ce qui a nécessité de surmonter des oppositions entre les différents droits applicables.

Ce dépassement des oppositions n'a été rendu possible que parce qu'il y avait un pouvoir central fort et unificateur. Il faut toutefois mesurer le propos en indiquant que, dans plusieurs régions, certains citoyens ont persisté à appliquer des règles qui étaient devenues *contra legem*.

304. Si, aujourd'hui, les législations changent et se rapprochent, ce n'est certainement pas en raison de l'existence d'un pouvoir central fort et unificateur dont les institutions européennes seraient détentrices (il existe des mouvements un peu partout en Europe qui contestent la légitimité même des institutions européennes), mais parce qu'elles mettent en lumière l'existence de changements plus profonds qui touchent aux fondements même de la société.

À y regarder de plus près, il y a des changements qui se font par touches successives et qui modifieront à plus ou moins long terme la configuration du droit français des successions. L'exemple le plus révélateur est peut-être celui qui concerne les fondements même de la réserve héréditaire, dont la fonction « alimentaire » viendrait primer sur toute autre considération. La question se pose à tout le moins depuis la jurisprudence de la Cour de cassation du 27 septembre 2017. Cette vision économique et utilitariste aurait ainsi pris le pas sur les autres fondements de la réserve héréditaire et dessinerait les nouveaux contours d'un droit de la famille dans lequel l'individu supplanterait la notion de famille.

L'existence de ces différences et de ces rapprochements a une influence sur la transmission de l'entreprise familiale, car les limites à la liberté du chef d'entreprise ne sont pas identiques selon les États membres. Quoi qu'il en soit, les freins qui pouvaient exister en termes de transmission d'entreprise ont largement disparu en droit français, de sorte que les limites à cette transmission ne sont pas de nature à expliquer les mauvais résultats en France.

Du point de vue non plus civil, mais fiscal, l'examen des différents systèmes fiscaux au sein de l'UE a permis de mettre en lumière l'existence de structures fiscales distinctes en fonction des histoires nationales. Il a été également démontré que toutes les législations nationales

étudiées avaient mis en place des mesures fiscales plus ou moins cohérentes pour favoriser la transmission des entreprises familiales.

Même si les taux applicables aux transmissions des entreprises familiales varient entre les différents États membres, il faut relever qu'aujourd'hui, il est possible de transmettre une entreprise familiale sans que le coût fiscal de l'opération ne remette en cause la survie de l'entreprise, sous réserve, bien entendu, d'avoir préparé le moment de sa transmission par des opérations de planification successorale.

PARTIE II : LES STRATEGIES DE LA TRANSMISSION DES ENTREPRISES FAMILIALES

305. Le cadre juridique ayant été exposé, l'existence de limites et d'interdits ayant été posée, il convient à présent d'examiner les différentes stratégies utilisées pour transmettre l'entreprise familiale.

306. Définitions. « Anticipation successorale », « planification successorale », voire « estate planning », pour utiliser une terminologie anglophone, sont autant d'expressions employées pour regrouper les différentes modalités de transmission anticipée du patrimoine et, donc, de l'entreprise familiale. Pourtant, ces notions ne sont pas identiques, car « l'anticipation successorale » suppose une anticipation, ce qui devrait donc exclure la transmission du patrimoine au moyen du testament⁵¹⁴, à la différence de la notion de « planification successorale » qui paraît ainsi plus large. Il semble que la notion d'« estate planning » ne soit pas réductible à ces deux notions et soit plus large encore. Issue du droit anglosaxon, elle intéresse des institutions inconnues, sinon méconnues des systèmes de droit continental. L'expression « estate planning » regrouperait donc toutes les institutions de transmission anticipée du patrimoine, qu'elles soient ou non successorales.⁵¹⁵

⁵¹⁴ Voir en ce sens GUIDEC (le) R., *Observations sur l'anticipation successorale*, Mélanges en l'honneur du professeur Gilles GOUBEUX, LGDJ, 2009, p. 345-352, spécialement, p. 345 : « Elle implique que le propriétaire mette en œuvre la transmission de ses droits et de ses biens en amont de sa succession même, c'est-à-dire par donation. Dans sa note de bas de page n° 3, l'auteur adopte également un sens beaucoup plus large de l'anticipation successorale : « L'anticipation successorale peut être comprise plus largement comme une prévision et des dispositions quant à sa succession. Dans ce sens, de nombreux moyens sont disponibles, le testament, le testament-partage, l'institution contractuelle, les avantages matrimoniaux, l'assurance-vie... Et parmi les nouveautés de la réforme, le mandat à effet posthume pour la gestion de la succession (C. Civ, art. 812 à 812-7. »

⁵¹⁵ Pour la distinction des différentes expressions habituellement utilisées pour regrouper les stratégies de transmission du patrimoine, il est possible de se reporter à BENDELAC E., *Le Transfert des biens au décès autrement que par succession en droit international privé, le choix de la loi applicable aux institutions d'estate planning*, Éditions Bruylant, 2016, spécialement le n° 4, p. 21. Il est utile également de se référer aux notes de bas de page pour connaître les différentes notions ; GORÉ M., « Estate Planning : quelques aspects de l'anticipation successorale en droit américain », in *Le Droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Études offertes à Pierre CATALA, Éditions Litec 2001.

Pourtant, il semblerait que ces expressions soient interchangeables. Ainsi, pour Mme BOULANGER, la définition de l'anticipation successorale doit regrouper les opérations dites d'« estate planning ».⁵¹⁶ Cette définition particulièrement large de l'anticipation successorale est reprise par d'autres auteurs qui se doivent, dans la mesure où cette définition ne va pas de soi, de l'expliciter.⁵¹⁷ Selon Mme REVILLARD, les opérations d'« estate planning » et de « planification successorale » seraient similaires, la notion d'« estate planning » étant réservée aux successions internationales.⁵¹⁸

307. Pour M. LEQUETTE⁵¹⁹, la notion de « planification successorale » serait la meilleure pour traduire les opérations dites d'« estate planning », car elle serait la plus « expressive ».⁵²⁰

⁵¹⁶ BOULANGER F., *Droit international des successions, nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Economica, octobre 2004, n° 66 : « Par cette expression d'anticipation successorale, on peut entendre, dans le sens le plus large du terme, toute disposition ou mise en place d'un mécanisme juridique, du vivant d'une personne, dans une perspective de transmission ou de dévolution de toute ou partie de ses biens après son décès. Ceci que la disposition émane initialement de la volonté d'une seule personne (cas du testament et du trust) ou même un concours de deux volontés (testament conjonctif ou contrat successoral). Cette préparation « pour l'au-delà » est, semble-t-il, ce qui correspond le mieux au terme d'« estate planning » du droit américain ». Cette définition particulièrement large de l'anticipation successorale, englobe la planification successorale et les opérations dites « d'« estate planning » ».

⁵¹⁷ BONOMI A., *Successions internationales : conflits de lois et de juridictions*, Cours de l'Université de La Haye, 2011, chap. IV « L'anticipation successorale », où l'auteur est contraint de définir la notion en reprenant la définition de BOULANGER F., p. 261, note de bas de page n° 673.

⁵¹⁸ REVILLARD M., *Stratégie de transmission d'un patrimoine international. Nouvelles perspectives*, coll. Expertise Notariale, Éditions Defrénois Lextenso, 2^e édition, 2016, n° 4 : « Précisément, la préparation d'une succession internationale (appelée aussi estate planning, planification successorale) a pour but une meilleure répartition de son patrimoine ou un choix de domicile en suggérant certaines options civiles et fiscales qui permettront la transmission la plus favorable du patrimoine dans le contexte international » et n° 301, où l'auteur donne la définition suivante de l'« estate planning » : « l'« estate planning » ou la préparation d'une succession internationale a pour but une meilleure répartition de son patrimoine sur le plan civil et fiscal » ;. Voir également du même auteur *Droit international privé et européen : pratique notariale*, 8^e édition, Éditions Defrénois Lextenso 2014 :, n° 1105.

⁵¹⁹ SOUDEY G., *L'« estate planning ». Optimisation civile et fiscale d'une succession internationale*, coll. Pratique Notariale, LexNexis, 2011, préface de M. LEQUETTE.

⁵²⁰ SOUDEY G., *L'« estate planning ». Optimisation civile et fiscale d'une succession internationale*, coll. Pratique Notariale, LexNexis, 2011, n° 14 : M. SOUDEY donne une « traduction » de la notion « d'« estate planning » » : « l'« estate planning » – qu'il est possible de traduire par "planification successorale" consiste au contraire à anticiper et à optimiser une succession internationale et ce, tant sur le plan civil que fiscal ».

L'expression de stratégies de transmission anticipée de l'entreprise familiale sera toutefois préférée. S'agissant d'étudier les stratégies pour anticiper la transmission de l'entreprise familiale par voie successorale, la transmission de l'entreprise familiale par voie testamentaire ne sera pas spécialement examinée. Certes, au moyen d'un testament, le défunt peut organiser les modalités de la transmission de son entreprise, c'est-à-dire qu'il peut indiquer à qui et comment celle-ci sera transmise, mais il ne s'agit pas d'une véritable opération d'anticipation, car les décisions prises par la personne en question ne prendront effet qu'à la date de son décès.

L'opération de transmission de l'entreprise, qui plus est lorsqu'elle est familiale, est une opération particulièrement complexe, car elle suppose la maîtrise de nombreuses données. Du point de vue juridique, le professionnel doit avant tout maîtriser le cadre juridique dans lequel s'inscrit la stratégie de transmission de l'entreprise familiale. Il s'avère impératif de connaître l'environnement juridique et fiscal, c'est-à-dire, d'une part, les règles de dévolution légale, les limites juridiques à la liberté du testateur que fixe chaque système juridique, puis le régime fiscal applicable. Comme démontré dans la PARTIE I, les règles de dévolution légales diffèrent selon les pays étudiés et les limites à la liberté du défunt ne sont pas les mêmes selon les systèmes juridiques. Si tous les pays étudiés prévoient des mesures de faveur à la transmission de l'entreprise familiale, les dispositifs fiscaux se distinguent selon les États.

308. *L'audit.* Avant de pouvoir définir la meilleure stratégie, il importe de connaître la structure de la famille et celle de l'entreprise, mais également les souhaits du chef d'entreprise. Certains professionnels proposent des méthodes de planification successorales fondées sur une volonté - il s'agit de déterminer l'objectif visé par le chef d'entreprise - sur une analyse de la situation et, enfin, sur la formulation de solutions.⁵²¹

309. *La détermination de la cible de la transmission.* Les objectifs du chef d'entreprise sont multiples. Il en existe en effet quasiment autant que de chefs d'entreprise, ce qui complique toute démarche de systématisation. Ceci est d'autant plus difficile que, dans les stratégies de transmission d'entreprises, les professionnels utilisent dans une même

⁵²¹ TANDEAU MARSAC (de) V., *Guide pratique des entreprises familiales. Manuel opérationnel, juridique et fiscal*, Éditions Eyrolles, 2011 ; 108^e Congrès des notaires de France, *La Transmission*, Partie II, Schémas de transmission – Objectifs et stratégies, n° 4129, Montpellier, du 23 au 26 septembre 2012.

opération plusieurs outils relevant du droit des successions et des libéralités, mais également du droit des sociétés.⁵²² Par ailleurs, selon les pays, les outils diffèrent et les sensibilités nationales font choisir certains véhicules de transmission de l'entreprise familiale plutôt que d'autres.⁵²³ Toutefois, dans une tentative de regroupement, il est possible d'envisager plusieurs hypothèses, selon que le chef d'entreprise veut aménager les règles de dévolution légale (**TITRE I**), ou bien seulement transmettre le pouvoir au sein de l'entreprise. Pour ce faire, le chef d'entreprise dispose de plusieurs options en fonction de ses objectifs qui vont de la transmission du pouvoir, à la constitution d'un patrimoine d'affectation pour mettre l'entreprise familiale à l'abri de toutes tentatives personnelles de prise de pouvoir (**TITRE II**).

310. Mise en situation. Pour illustrer les développements qui vont suivre, le cas examiné sera celui de la transmission d'une entreprise de taille intermédiaire détenue à 100% sous forme de société par le chef d'entreprise, l'entreprise constituant l'essentiel de son patrimoine. Il est ici précisé que la famille se compose de deux époux mariés sous le régime de la séparation de biens et de trois enfants majeurs. A titre de variable, le bénéficiaire de la transmission de l'entreprise familiale sera, selon les circonstances, le conjoint ou l'un des trois enfants majeurs.

⁵²² KALSS S., *Company Law and The Law of Successions, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Springer, 2015. ; KALSS S., *The Interaction Between Company Law and the Law of Succession – A Comparative Perspective*, p. 3-46. Voir également le 108^e congrès des notaires de France, *La Transmission*, Montpellier, du 23 au 26 septembre 2012, n° 4090. Il est justement souligné, à propos de la fiducie, que de nombreuses techniques « alliant différents concepts juridiques » sont possibles pour permettre la transmission du patrimoine.

⁵²³ Ainsi, les pays anglosaxons le trust est l'instrument privilégié de la transmission de l'entreprise familiale, tandis qu'en Allemagne, il s'agit de la fondation. Voir en ce sens KALSS S., *Company Law and The Law of Successions, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Springer, 2015. ; KALSS S., *The Interaction Between Company Law and the Law of Succession – A Comparative Perspective*, p. 3-46, spécialement p. 29 : "In all considered legal systems it is possible to transfer a business during the lifetime of the testator. The most common forms of anticipated succession are gift and sale (e.g. Germany, Austria, Netherlands, Japan, Greece, Finland). Another option is to transfer a business by setting a trust (e.g. England, Cyprus). Finally in Austria, Switzerland and Liechtenstein, a foundation can be established". Sur l'application du trust en Angleterre, voir également LE GALLOU C., WESLEY S., *Droit Anglais des Affaires*, coll. Précis Domat, LGDJ, 2018, n° 909-921.

TITRE I : LES STRATEGIES FONDEES SUR L'AMENAGEMENT DES REGLES DE DEVOLUTION LEGALE

311. Il se peut que le chef d'entreprise veuille transmettre son entreprise à une personne déterminée, par hypothèse, dans le cercle familial. Il peut aussi désirer avantager son conjoint ou bien l'un de ses enfants ou encore ses petits-enfants. Ainsi, au moment de conseiller le chef d'entreprise sur la transmission de l'entreprise familiale, il est impératif de connaître son souhait ainsi que sa situation personnelle. A-t-il des enfants ? Dans ce cas, ceux-ci sont-ils issus d'une ou de plusieurs unions ? Est-il célibataire, pacsé ou marié ?

312. Ce sont autant de questions auxquelles il convient de répondre afin de définir la meilleure stratégie pour transmettre l'entreprise familiale. Cette opération est délicate car, selon la situation et les souhaits du chef d'entreprise, les conseils donnés seront largement différents. Les cas du chef d'entreprise célibataire, concubin, pacsé ou marié ne sont pas traités de manière identique. Lorsque le chef d'entreprise est marié, la maîtrise des différents régimes matrimoniaux est fondamentale car le choix du régime matrimonial, tout autant que la possibilité d'en changer, constitue un outil efficace de planification successorale (**Chap. I**). Le dirigeant peut également souhaiter transmettre son entreprise à l'un de ses enfants, il dispose alors de l'outil que constituent les libéralités pour parvenir à ses fins (**Chap. II**).

313. De même, la composition et l'importance du patrimoine du chef d'entreprise sont déterminantes des stratégies qui seront élaborées afin de transmettre l'entreprise familiale. En effet, le sujet de la transmission de l'entreprise familiale se pose différemment selon que l'entreprise familiale n'est qu'un élément du patrimoine ou selon qu'elle constitue l'élément essentiel, voire le seul élément du patrimoine du chef d'entreprise. Dans le premier cas, nul besoin d'imaginer des stratégies inventives, puisque le patrimoine comprend suffisamment de biens et de liquidités pour remplir les droits de chacun.⁵²⁴ En revanche, lorsque

⁵²⁴CHAMPAUD C., DANET D., « Les stratégies de pérennisation du contrôle familial d'une entreprise (le cas français) », in *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, Éditions Larcier 2012, p. 271-307 : « L'un des successibles reçoit la quantité nécessaire de droits sociaux pour exercer un contrôle majoritaire. Le ou les autres reçoivent des actifs patrimoniaux en quantité suffisante mais de natures différentes. Eu égard au principe de

l'entreprise familiale constitue l'élément essentiel ou le seul élément du capital, le sujet de sa transmission est crucial, et c'est exclusivement cette situation qui sera examinée dans les développements suivants.

l'égalité successorale et des règles de réserve héréditaire du droit français qui en résultent, cette stratégie patrimoniale doit être longuement préparée. Cela suppose que le contrôleur de l'entreprise accumule, en dehors de l'entreprise, un patrimoine important et éventuellement divisible dont le total des lots successoraux équivaldra, pour le moins, à la part successorale du successeur plus la quotité disponible. Généralement les biens qui permettent de parvenir à cette situation patrimoniale sont des immeubles ».

CHAPITRE I : LE CHOIX DU REGIME MATRIMONIAL COMME MODE DE TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE FAMILIALE

314. Méthode. Quelle que soit sa situation, dès lors que le chef d'entreprise est marié, il est indispensable de connaître et de maîtriser les différents régimes matrimoniaux, lesquels peuvent, ensuite, constituer des outils de transmission privilégiés de l'entreprise familiale, que ce soit en droit interne ou dans une dimension internationale.⁵²⁵

Dans une démarche comparatiste, il faut tenter de définir la notion de régime matrimonial : il s'agit d'une institution liée au mariage. S'il n'est pas aisé de trouver une définition de la notion de régime matrimonial en droit français⁵²⁶, il est possible de le définir comme une institution constituée par un corps de règles qui organisent le patrimoine familial.

315. Les États ne connaissent pas tous cette institution du régime matrimonial identique au droit français. Il existe une première différence, désormais bien connue, entre les droits de common law et les systèmes dits de droit continental. Ainsi, les droits de common law ne connaissent pas la notion de régime matrimonial au sens où l'entend le droit français. Il

⁵²⁵ REVILLARD M., *Stratégie de transmission d'un patrimoine international. Nouvelles perspectives*, coll. Expertise Notariale, Éditions Defrénois Lextenso, 2^e édition, 2016 n° 309-312. L'auteur rappelle que : « Le régime matrimonial des époux joue un rôle déterminant dans la préparation d'une succession internationale et la liquidation de ce régime matrimonial constituera un préalable indispensable au règlement de la succession. » ; Voir également SOUDEY G., *L'estate planning. Optimisation civile et fiscale d'une succession internationale*, coll. Pratique Notariale, LexNexis, 2011, n° 149 à 156. Pour l'importance du régime matrimonial en droit interne dans la transmission de l'entreprise, voir aussi Les Guides de la Revue Fiduciaire, *Transmission d'entreprise*, 5^e édition, 2017, n° 316 : « Pour avantager son conjoint, l'autre solution en dehors des libéralités entre époux (voir § 3603-3615) consiste à aménager ou changer son régime matrimonial ».

⁵²⁶AUBRY C., RAU C., *Cours de droit civil français*, t. 5, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, p. 213 ; y sont évoqués les différents régimes matrimoniaux dans un chapitre second intitulé : « Du mariage considéré quant aux biens des époux. » ; PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1910, t. 3, n° 763 et s. Il est possible de trouver une définition de la notion de régime matrimonial en 1933, JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, t. 3, Recueil Sirey 1933, n° 3 : « On entend par régime matrimonial le statut qui régit les intérêts pécuniaires des époux » ; ou encore en 1946, RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil, Marcel Planiol. Régimes matrimoniaux, successions – libéralités*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1946, n° 2 : « Le régime matrimonial est l'ensemble des règles relatives aux intérêts pécuniaires des époux pendant la durée du mariage. Presque toujours l'administration et la disposition de leurs biens respectifs sont soumises à des règles particulières. Le mariage crée entre eux une communauté d'intérêts, et chaque conjoint affecte ses biens aux besoins de la famille. Cette affectation est réalisée d'une façon plus ou moins complète suivant le régime adopté. »

existe cependant des règles, et pour l'Angleterre, il est traditionnellement indiqué que les époux se trouvent dans une situation proche de celle des époux soumis à un régime de séparation de biens.⁵²⁷ S'il s'agit, pour ainsi dire, d'un raccourci, il a le mérite de donner une idée de la situation des couples mariés en Angleterre. En réalité, comme il n'existe pas de statut global et cohérent, c'est au niveau de chaque bien et dans chacune des situations qu'il convient de puiser les règles de droit applicable pour trouver la solution.

Parmi les systèmes dits de droit continental, il existe également diverses sensibilités ou influences selon les traditions. Là encore, la distinction classique entre les droits germaniques et les droits issus de la tradition du Code civil conserve sa pertinence.

316. Ainsi, pour appréhender la diversité des situations en Europe, la notion de « régime matrimonial », au sens où nous l'entendons en droit français, peut paraître inadaptée. Il serait donc préférable d'évoquer les relations pécuniaires entre époux. Il faut retenir que le corps de règles qui régit le patrimoine familial a une importance capitale dans la stratégie de transmission de l'entreprise familiale. La notion de régime matrimonial qui sera reprise dans

⁵²⁷MALAUURIE Ph., AYNES L., *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ 2017, n° 25. Il est exposé que les droits de la Common law ne connaîtraient pas, au sens du droit français, l'institution du régime matrimonial, de sorte que les relations pécuniaires entre les époux seraient proches du régime de séparation de biens. De même, l'Allemagne serait dans une situation différente de celle de la France : « Le régime matrimonial n'est pas une institution universelle : les droits musulmans et arabes et la Common law l'ignorent et le remplacent, plus ou moins, par d'autres règles qui ne constituent pas un système cohérent et stable. Le droit français est sur ce point plus complexe que beaucoup de droits étrangers, même ceux qui connaissent un régime matrimonial, tel le droit allemand avec la participation aux acquêts, ce qui explique peut-être que le régime franco-allemand récemment organisé doit plus au droit allemand qu'au droit français. Les pays anglo-saxons ne connaissent pas de corps de règles applicables à la situation patrimoniale des époux. Le mariage ne produit pas de conséquences sur les biens des conjoints qui sont donc, pour employer la terminologie française, séparés de biens ». Voir également : GAUDEMET-TALLON H., « Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux : tendances actuelles en droit comparé », in *Travaux du Comité français de droit international privé* 1972, p. 197-228 : « Ignorance tout d'abord de la notion de régime matrimonial : en effet, dans certains pays, en nombre non négligeable, les dispositions relatives aux relations pécuniaires des époux sont éparées, voire inexistantes, et l'on ne saurait parler de véritable "régime matrimonial" formant un ensemble cohérent : les pays de common law offrent un bon exemple de droits ne systématisant pas les règles relatives aux biens des époux. Sans doute en Angleterre et aux États-Unis, l'incidence du mariage sur les biens des époux n'est-elle pas niée mais, pour chaque question, il faudra puiser à des sources juridiques différentes ». Avec moins de nuance sur la notion de régime matrimonial, voir BOURBOUSSON E., *Du mariage, des régimes matrimoniaux, des successions, dans les cinq parties du monde*, Librairie Marchal et Billard 1934, Grande-Bretagne, n° 1867 qui mentionne que : « Depuis 1882, le régime légal est celui de la séparation de biens. » ; QUINZÁ REDONDO J.P., *Régimen Económico Matrimonial, Aspectos Sustantivos y Conflictuales*, coll. Derecho de Familia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 84.

les développements à venir sera comprise dans le sens d'un ensemble de règles régissant les relations que les époux entretiennent entre eux et avec les tiers.⁵²⁸

SECTION 1 : L'IMPORTANCE DU CHOIX DU REGIME MATRIMONIAL

317. Le choix du régime matrimonial est un élément fondamental de la transmission de l'entreprise familiale. Qu'il ait été ou non choisi par les futurs époux, le régime matrimonial est une donnée capitale dans la stratégie de transmission de l'entreprise familiale.

318. *Dualité.* Quelles que soient les spécificités propres à chacun des pays étudiés, il existe une dualité de situations selon que les époux ont organisé ou non leurs relations pécuniaires. Dans cette dernière hypothèse, c'est la loi qui fixe, par défaut, les règles concernant leurs relations patrimoniales. En effet, les différents législateurs édictent des règles qui s'appliquent aux relations pécuniaires entre époux, à défaut de choix de leur part : soit que ces derniers ne sont pas informés de la possibilité qui leur est offerte de choisir le régime matrimonial qui va s'appliquer à leurs relations pécuniaires, soit qu'ils estiment que le régime matrimonial dit « légal » leur convient.

Le régime matrimonial légal diffère en fonction des périodes et des États⁵²⁹. De manière synthétique et malgré quelques variantes, il existe trois séries de situations, allant de la séparation la plus complète des patrimoines (régimes de séparation de biens), à la confusion la plus totale (régimes de communauté universelle), en passant, dans une situation intermédiaire, par la constitution d'un patrimoine commun (régimes dits communautaires avec des variantes).

⁵²⁸ L'Union européenne a adopté la définition suivante de la notion de régime matrimonial : « ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux entre époux et dans leurs relations avec des tiers, qui résultent du mariage ou de sa dissolution », article 3.1.a du « Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux », *Journal Officiel de l'Union européenne*, L 183/1 du 8 juillet 2016.

⁵²⁹ JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, t. 3, Recueil Sirey 1933, n° 6 : « droit comparé et projet de réforme ». L'auteur expose les influences réciproques entre les pays qui appliquent un régime de communauté et ceux qui appliquent un régime séparatiste et les luttes pour faire prévaloir un type de régime sur l'autre.

319. Historique. À l'image de l'histoire de la réserve héréditaire qui a connu un phénomène de concentration et d'unification, l'histoire du régime matrimonial est similaire. Ainsi, **en Allemagne**, jusqu'à l'adoption du BGB, il existait plus d'une centaine de régimes matrimoniaux.⁵³⁰ **En France**, l'évolution est la même⁵³¹ de même qu'**en Italie** et **en Espagne**, avec, pour cette dernière la particularité des Communautés autonomes.⁵³²

320. Sur une période récente, il importe de relever que le régime légal propre à chacun des pays étudiés a également évolué. En **Italie** par exemple, le régime légal de la communauté d'acquêts s'est substitué au régime de la séparation de biens et ce, par l'effet de la loi.⁵³³ Ce régime légal n'est pas identique à celui qui régit le régime français. **En Allemagne**, la situation a également évolué car, lors de l'élaboration du BGB, les rédacteurs avait opté pour le régime dit de communauté d'administration (« Verwaltungsgemeinschaft »). Ce régime légal a ensuite été remplacé par un régime de séparation de biens, auquel a succédé, par la loi du 18 juin 1957, un régime légal dit de participation aux acquêts⁵³⁴, également nommé « communauté différée des augmentations ». **En Espagne**, la situation est beaucoup plus contrastée puisque, d'un côté le droit commun adopte le régime légal de la communauté d'acquêts, tandis que les Communautés autonomes

⁵³⁰ BOURBOUSSON E., *Du mariage des régimes matrimoniaux des successions dans les cinq parties du monde*, Librairie Marchal et Billard, 1934, n° 71.

⁵³¹ Pour une histoire des régimes matrimoniaux au Moyen Âge jusqu'à l'adoption du Code civil, il est utile de se reporter aux ouvrages suivants : AUBRY C., RAU C., *Cours de droit civil français*, t. 5, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 4^e édition, 1878 ; PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1910, t. 3. Sur l'évolution des régimes matrimoniaux de 1804 à 1989, voir SIMLER P., *L'Évolution du droit des régimes matrimoniaux en France de 1804 à 1989 et la conquête de l'égalité*, p. 555-560, dans l'ouvrage collectif dirigé par GANGHOFER R., *Le Droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.

⁵³² ROMÁN GARCÍA A.M., PERALTA Y CARRASCO (de) M., CASANUEVA SÁNCHEZ I., *Derecho de familia*, Editorial Dykinson 2019, p. 156-162.

⁵³³ BRULLIARD G., *La réforme du droit de la famille en Italie*, Revue Internationale de droit comparé, 1975, 27-3, p. 645-660, spécialement les développements concernant les régimes matrimoniaux, p. 654. Voir également l'ouvrage collectif intitulé *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé, étude des solutions en vigueur dans les six états du marché commun*, publié par la Fédération des notaires de Belgique, 1963. Concernant l'Italie, voir GRECO A., *Diritto internazionale privato italiano*, p. 575-646.

⁵³⁴ FROMONT M., RIEG A., *Introduction au droit allemand, République fédérale*, Éditions Cujas 1991, spécialement les pages 217-218 qui évoquent les changements de régimes matrimoniaux depuis l'adoption du BGB. Voir également, l'ouvrage collectif intitulé *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé, étude des solutions en vigueur dans les six états du marché commun*, publié par la Fédération des notaires de Belgique, 196. Concernant la République fédérale d'Allemagne, voir REITHMANN C.I., *Les Régimes matrimoniaux*, p. 323-334.

adoptent une variété de régimes matrimoniaux.⁵³⁵ L'examen des différentes Communautés permet d'affirmer que tous les régimes matrimoniaux coexistent depuis la séparation de biens (Communauté catalane), régime de meubles et acquêts (Aragon) jusqu'à la communauté universelle (Fuero de Baylio).⁵³⁶ **En Angleterre**, il n'existe pas véritablement de régime matrimonial légal, les futurs époux contractant, le plus souvent, des conventions pré-nuptiales (« prenuptial agreement »).

321. Diversité actuelle. Il existe actuellement une diversité de situations au sein de l'Europe, mais également entre les différents systèmes juridiques examinés, ce qui aura des conséquences sur le sort de l'entreprise familiale au moment du décès du chef d'entreprise.

Au moment du mariage, si les futurs époux n'ont pas fait de choix particulier, ils seront soumis au régime légal, lequel s'appliquera au moment de sa dissolution, soit du fait du divorce, soit du fait du décès, ce qui aura bien évidemment des conséquences sur la transmission de l'entreprise familiale.

Actuellement, **en Allemagne**, le régime matrimonial légal est le régime dit de la communauté différée des augmentations, qui est assimilé au régime de la participation aux acquêts, tel que prévu aux articles §1362 du BGB. **En France**, c'est le régime légal de la communauté réduite aux acquêts prévu aux articles 1400 à 1491 du Code civil.⁵³⁷ **En Italie**, il s'agit du régime dit de la communauté de biens, prévu aux articles 159 et suivants du Code civil. **En Espagne**, le régime matrimonial ou régime de droit commun est le régime de la communauté de biens (« regimen de gananciales ») qui est prévu aux articles 1316 et suivants. Ainsi, hormis le cas de l'Angleterre qui appartient au groupe des systèmes de common law, les autres pays dits de tradition continentale ont tous adoptés un régime communautaire.

Il convient cependant d'être extrêmement prudent, surtout lorsqu'il s'agit d'élaborer une stratégie de transmission de patrimoine, de ne pas se limiter aux intitulés des différents

⁵³⁵ ROMÁN GARCÍA A.M., PERALTA Y CARRASCO (de) M., CASANUEVA SÁNCHEZ I., *Derecho de familia*, Editorial Dykinson 2019, p. 156-162.

⁵³⁶ CREMADES Y SANZ-PASTOR J.A., *Les régimes matrimoniaux légaux du droit espagnol*, RIDC, année 1962, 14-2, p. 341-367. L'auteur évoque les différents régimes matrimoniaux légaux et leur application.

⁵³⁷ Pour un aperçu du régime légal italien, outre les ouvrages usuels, il est utile de se référer à : CENDON P., VENCIARUTTI A., BUSSANI M., *Italie*, Revue internationale de droit comparé, 1990, p. 1269-1279.

régimes matrimoniaux, ni de raisonner exclusivement par analogie avec des régimes matrimoniaux connus, car chacun des régimes matrimoniaux légaux comporte des singularités.⁵³⁸

Selon les différents pays étudiés, lorsque les futurs époux n'auront pas établi les règles qui régiront leurs relations patrimoniales, le sort de l'entreprise familiale sera réglé différemment et ce, à raison du régime matrimonial légal qui sera applicable.

Le tableau récapitulatif ci-dessous reprend les différents régimes matrimoniaux légaux au sein de l'Union européenne et comprend la Grande-Bretagne et la Suisse⁵³⁹ :

Allemagne	Participation aux acquêts
Autriche	Séparation de biens
Belgique	Communauté d'acquêts et de revenus
Danemark	Participation aux acquêts
Espagne	Communauté d'acquêts, sous réserve des spécificités des communautés autonomes ainsi que de celles de Fuero del Baylio
Finlande	Participation aux acquêts
Grande-Bretagne Angleterre (Pays-de-Galles) Ecosse	Pas de régime : une sorte de séparation de biens Communauté d'acquêts ; dans le divorce, le juge peut corriger l'égalité du partage pour cause d'équité
Grèce	Participation aux acquêts
Italie	Communauté d'acquêts
Luxembourg	Communauté d'acquêts
Pays-Bas	Communauté universelle
Portugal	Communauté d'acquêts
Suède	Communauté universelle différée
Suisse	Participation aux acquêts

⁵³⁸ Pour une comparaison des régimes matrimoniaux français et italien voir : CASTAGNARO-GENIN A., *Les régimes matrimoniaux en droit français et en droit italien*, Thèse de doctorat de l'Université Paris II, 2002.

⁵³⁹ Ce tableau récapitulatif est tiré de l'ouvrage : MALAURIE Ph., AYNES L. avec le concours de PETERKA N., *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 7^{ème} édition, n°890. Pour les régimes matrimoniaux légaux en Espagne au sein des Communautés forales, il est possible de se reporter à l'ouvrage en langue espagnole : ROMÁN GARCÍA A.M., PERALTA Y CARRASCO (de) M., CASANUEVA SÁNCHEZ I., *Derecho de familia*, Editorial Dykinson 2019, p. 156-162.

Biblio. : JCP, N, 1998, p.1655 ; j. -cl. Not. Formul. V°législation comparée, 1998, par M. REVILLARD ; G. CORNU, n°8, p.70 et s. ; dossier « les régimes matrimoniaux dans le monde » Aj. Fam. 2017. 619 et s. (1^{ère} partie) ; Aj. Fam. 2018.11 et s.(2^{ème} partie)

322. Choix d'un régime conventionnel-type. Les époux peuvent également faire le choix soit d'un régime matrimonial-type, soit d'organiser entre eux plus précisément leurs relations pécuniaires. Pour ce faire, ils peuvent conclure un contrat de mariage en y insérant des clauses particulières, convention qui va régir entre eux, leurs relations pécuniaires. Si l'un des futurs époux a déjà une entreprise, il aura certainement pris des engagements personnels qui affecteront son patrimoine. Par conséquent, pour éviter que leurs activités professionnelles exposent les biens du couple et de la famille, les époux feront le choix d'un régime matrimonial séparatiste. Il en sera de même si l'un des époux désire mener une activité professionnelle non salariée. Mais il en sera également ainsi pour éviter de faire entrer en communauté, en cas de divorce, le patrimoine personnel qu'il aura constitué pendant le mariage et son outil de travail. Dans tous les cas, il est conseillé aux futurs époux de faire le choix d'un régime de séparation de biens, ce qui est possible dans tous les pays étudiés.

323. Ainsi, à côté du régime matrimonial légal, dans chacun des pays objets de la présente recherche, les futurs époux peuvent faire le choix d'un autre régime matrimonial. **En Allemagne**, les futurs époux pourront opter pour le régime matrimonial de la séparation de biens (prévu au §1414 du BGB), de la communauté de biens (prévu aux §§1415 et suivants du BGB) ou encore faire le choix du régime optionnel franco-allemand de la participation aux acquêts.⁵⁴⁰ **En Italie**, les futurs époux, à côté du régime légal de communauté de biens, pourront opter pour le régime de la séparation de biens qui devra être déclaré au moment du mariage (article 162 du Code civil). Les futurs époux pourront également constituer un fonds patrimonial qui est une institution inconnue du droit français. Il s'agit d'un patrimoine

⁵⁴⁰QUINZÁ REDONDO J.P., *Régimen Económico Matrimonial, Aspectos Sustantivos y Conflictuales*, coll. Derecho de Familia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 232-238. ; LETELLIER H., *Les contrats nuptiaux, Accords financiers pour la vie commune et la séparation*, Lexisnexis, Collection Droits Professionnels, 2011, pour les développements relatifs à l'Allemagne, voir l'article de DELERUE K. ; Pour des développements sur le régime matrimonial optionnel franco-allemand, voir SIMLER Ph., « *Le nouveau régime matrimonial optionnel franco-allemand de participation aux acquêts* », Droit patrimonial européen de la famille, sous la coordination de Eric FONGARO, Lexisnexis, 2013.

autonome affecté à une destination particulière, qui peut regrouper des biens mobiliers et immobiliers ainsi que des titres de crédit nominatif.⁵⁴¹ Il existe également une réglementation particulière pour les entreprises familiales, prévue à l'article 230 bis du Code civil qui est seulement mentionnée à titre informatif, car cette disposition ne concerne pas les opérations de planification successorale. Il en est de même **en Espagne** où les époux peuvent également faire le choix d'un régime de participation aux acquêts (article 1411 à 1433 du Code civil) ou de séparation de biens (articles 1435 à 1444 du Code civil).⁵⁴² **En Angleterre**, il a été indiqué qu'il n'existait pas véritablement de régime matrimonial légal au sens de l'existence d'un corpus cohérent de règles visant à régir les intérêts pécuniaires des biens entre époux. Par souci de simplicité, il a été indiqué que les époux étaient donc soumis à un régime de séparation de biens. Les futurs époux pourront conclure des conventions et établir des trusts pour régler entre eux leurs situations.⁵⁴³

Aussi, si le régime légal de chacun des pays étudiés est différent, **en France**, c'est le régime de la communauté réduite aux acquêts, **en Espagne** et **en Italie**, c'est le régime de la communauté d'acquêts, **en Allemagne**, c'est le régime de la participation aux acquêts, tous les systèmes connaissent des régimes conventionnels de sorte que les régimes matrimoniaux peuvent se classer sous trois catégories : les régimes matrimoniaux de type séparatiste, les régimes matrimoniaux de type communautaire et les régimes matrimoniaux mixtes de participation aux acquêts. S'il n'existe pas de différence fondamentale entre chacun des pays

⁵⁴¹ Sur le sujet du fonds patrimonial, il est possible de se référer à : JURISCLASSEUR Droit Comparé, Italie – Régimes matrimoniaux – Fonds patrimonial – Entreprises familiales, Fascicule n° 15, CASTAGNARO A., 30 mai 2016, n° 229 à 243. L'auteur donne une définition du fonds patrimonial : « Inexistant en France, il serait considéré comme un patrimoine d'affectation uniquement destiné à satisfaire les besoins du mariage avec une protection particulière pour les enfants, en prévoyant pour certains actes et en présence d'enfants mineurs l'intervention du juge ainsi que l'obligation d'employer les fruits pour les besoins exclusifs de la famille. L'administration des biens constituant le fonds patrimonial est conjointe aux deux époux quelle qu'en soit l'origine » ; Voir également CASTAGNARO-GENIN A., *Les régimes matrimoniaux en droit français et en droit italien*, Thèse de doctorat de l'Université Paris II, 2002 ainsi que CENDON P., VENCHIARUTTI A., BUSSANI M., *Italie*, *Revue internationale de droit comparé*, 1990, p. 1269-1279, spécialement, p. 1276-1277.

⁵⁴² ROMÁN GARCÍA A.M., PERALTA Y CARRASCO (de) M., CASANUEVA SÁNCHEZ I., *Derecho de familia*, Editorial Dykinson 2019, p. 88-129. ; Voir également LETELLIER H., *Les contrats nuptiaux, Accords financiers pour la vie commune et la séparation*, Lexisnexus, Collection Droits Professionnels, 2011, pour les développements relatifs à l'Espagne, voir l'article de ZARRALUQUI L.

⁵⁴³ Pour une étude des différentes conventions matrimoniales en Angleterre et une comparaison avec les systèmes juridiques de droit continental, il est intéressant de se reporter à l'ouvrage en langue espagnole : QUINZÁ REDONDO J.P., *Régimen Económico Matrimonial, Aspectos Sustantivos y Conflictuales*, coll. Derecho de Familia, Tirant lo Blanch, 2016, p.84-117. ; Voir également l'ouvrage collectif sous la direction de VERBEKE A.-L., *Confronting the frontiers of family law and succession law : Liber amicorum Walter Pintens* éd. Cambridge Intersentia, 2012, spécialement l'article de LOWE N., « *prenuptial agreements. The developing english position* », p.867-885.

étudiés, il existe toutefois des spécificités nationales, les différents régimes matrimoniaux n'étant pas strictement identiques.

324. La connaissance des divers systèmes juridiques est d'autant plus importante en raison du déplacement des individus au sein de l'Union européenne. Il est possible en effet que les futurs époux commencent leur vie dans un pays, se marient et s'y installent, puis déménagent dans un autre pays au cours de leur vie commune. Cela constitue une source de complication lors du choix d'une stratégie de planification successorale pour transmettre l'entreprise familiale.⁵⁴⁴ En effet, il s'agit d'un cas de mutation automatique du régime matrimonial applicable aux époux.⁵⁴⁵

325. *Influence du droit européen.* Le Règlement européen sur les régimes matrimoniaux vient également bouleverser la situation.⁵⁴⁶ Ce Règlement « régimes matrimoniaux » constitue une avancée pour les États signataires, car désormais, pour les mariages, à compter du 29 janvier 2019, il n'y a plus de mutation automatique des régimes matrimoniaux à l'insu des époux. Par conséquent, de nombreuses situations devront être distinguées selon la date du mariage. Ainsi, pour les époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992, la loi applicable sera celle du lieu de leur première installation et ce, en application de la jurisprudence dite GOUTHERTZ. Pour les époux mariés entre le 1^{er} septembre 1992 et le 29 janvier 2019, date d'entrée en vigueur du Règlement européen, il faudra appliquer la convention de La Haye

⁵⁴⁴ REVILLARD M., *Droit international privé et européen : pratique notariale*, 8^e édition, Éditions Defrénois Lextenso 2014 : Dans cet ouvrage, l'auteur expose de nombreuses situations de mutations automatiques du régime matrimonial des époux, en raison de leur déplacement. À titre d'exemple, l'auteur évoque le cas d'époux italiens qui se sont mariés en Italie avant le 1^{er} septembre 1992 et sans contrat de mariage, et qui se sont installés en France quelques semaines après leur mariage. Ils sont soumis au régime français de la communauté réduite aux acquêts.

⁵⁴⁵ SOUDEY G., *L'estate planning. Optimisation civile et fiscale d'une succession internationale*, coll. Pratique notariale, LexisNexis, 2011, n° 86. L'auteur évoque, trois hypothèses de mutations automatiques du régime matrimonial par l'effet de la Convention de La Haye. Mais l'optique adoptée est celle d'une succession internationale examinée du point de vue français.

⁵⁴⁶« Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux », *Journal Officiel de l'Union européenne*, L 183/1 du 8 juillet 2016. Sur l'évolution du droit antérieur, il est utile de se référer à GAUDEMET-TALLON H., « Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux : tendances actuelles en droit comparé », in *Travaux du Comité français de droit international privé* 1972, p. 197-228, : également après la convention de La Haye du 14 mars 1978 : BONOMI A., STEINER M., *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé*, Droz 2006. Voir également sur l'histoire du Règlement (UE) QUINZÁ REDONDO J.P., *Régimen Económico Matrimonial, Aspectos Sustantivos y Conflictuales*, coll. Derecho de Familia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 302-304.

du 14 mars 1978 pour les États qui l'ont adoptées⁵⁴⁷, et désormais, pour ceux mariés depuis le 29 janvier 2019, c'est le Règlement européen 2016/1103 qui est appliqué.⁵⁴⁸

SECTION 2 : UN MODE DE TRANSMISSION AU PROFIT DU CONJOINT

326. Pour organiser la transmission de l'entreprise familiale, les époux peuvent au moment du mariage conclure un contrat de mariage en y insérant des clauses particulières à leur situation personnelle, notamment tenant à l'existence d'une entreprise familiale. C'est-à-dire que les époux vont faire le choix d'un régime matrimonial qu'ils vont adapter à leur situation personnelle. La question est alors celle de la validité des clauses matrimoniales particulières au sein de leur contrat de mariage. Il faut donc déterminer au sein des différents pays étudiés le domaine de liberté qui s'offre aux époux pour organiser leur situation patrimoniale.

Si la question de l'organisation de la transmission de l'entreprise familiale n'est pas la préoccupation du couple au moment du mariage, ce peut être le cas à raison du jeune âge des futurs époux qui commencent leur vie professionnelle, ils feront souvent le choix d'un

⁵⁴⁷ Il faut noter qu'aucun des autres États étudiés n'a ratifié la convention de La Haye du 14 mars 1978. Pour l'Italie, voir les développements de :Juris-classeur de Droit Comparé, Fascicule n° 15 Italie – Régimes matrimoniaux - Fonds Patrimonial - Entreprise familiale, CASTAGNARO A., 30 mai 2016, spécialement n° 29 à 33. Si l'Italie n'a pas ratifié la convention, elle n'en a pas moins modifié son droit international privé pour harmoniser ses règles de DIP avec la convention de La Haye.

⁵⁴⁸ Revue AJ Famille décembre 2018, Dossier *Règlement « régimes matrimoniaux »*, p. 643-668. ; BOICHE A., *Présentation du Règlement « régimes matrimoniaux »*, p. 644-645 ; BOICHE A., GOSSART C., *Règles de compétence, de reconnaissance et d'exécution des juridictions dans le cadre du Règlement « régimes matrimoniaux »*, p. 646-651. ; BOICHE A., AVENA-ROBARDET V., *Liquidation des régimes matrimoniaux : règles de compétence directe*, p. 652. ; BOICHE A., *Règles de conflit introduites par le Règlement « régimes matrimoniaux »*, p. 653-657. ; GUICHARD A., *Règlement européen sur les régimes matrimoniaux et pratique notariale : de nouveaux réflexes*, p. 658-661. ; UNSALAN C., MURA L., *Cas pratiques*, p. 662-667. Pour une étude approfondie du *Règlement « régimes matrimoniaux »*, voir BERGQUIST U., DAMASCELLI D., FRIMSTON R., LAGARDE P., ODERSKY F., REINHARTZ B., *Commentaire des règlements européens sur la liquidation des régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés*, Revue Dalloz, novembre 2018. ; Sous la direction de CORNELOUP S., EGEA V., GALLANT E., JAULT-SESEKE F., SLC, Coll. Trans Europe Experts, vol. 13. BUIGUES J.L.I., MORENO G.P., *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la union europea*, Édition Tirant, 2019. BONOMI, A., *«The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions»*, Yearbook of private international law, vol. 13, 2011.

régime matrimonial séparatiste pour éviter que leur activité professionnelle puisse avoir des conséquences financières sur le patrimoine de la famille. S'ils ne sont pas conseillés et si leur attention n'a pas été attirée au moment du mariage sur la nécessité de conclure un contrat de mariage, les futurs époux ne prendront aucune disposition particulière et seront soumis, une fois le mariage célébré, au régime matrimonial légal.

Indépendamment des possibilités qui s'offrent aux époux au moment du mariage pour organiser, par l'intermédiaire d'un contrat de mariage, la transmission de l'entreprise familiale, c'est la possible mutabilité du régime matrimonial au cours du mariage qu'il convient d'aborder pour apprécier l'étendue des stratégies de transmission des entreprises familiales. En effet, si le chef d'entreprise souhaite transmettre son patrimoine à son conjoint, et donc son entreprise, il doit pouvoir changer de régime matrimonial au cours du mariage et en faire un véritable outil de transmission de l'entreprise familiale. Ceci est d'autant plus vrai si l'entreprise familiale constitue l'essentiel du patrimoine du défunt.

§ 1. La liberté offerte aux époux d'organiser leur régime matrimonial

327. Tous les pays étudiés, mis à part l'Angleterre qui n'a pas de régime matrimonial au sens des systèmes dits de droit continental⁵⁴⁹, permettent aux futurs époux d'organiser leur situation patrimoniale. A côté du régime légal, ils peuvent faire le choix d'un autre régime matrimonial en adoptant un régime conventionnel-type, cela a été exposé. Les futurs époux peuvent également adapter le régime matrimonial qu'ils vont choisir en y insérant des clauses particulières pour répondre au plus près à leurs besoins. En revanche, la liberté des époux n'est pas absolue et c'est donc le domaine de la liberté contractuelle des futurs époux qu'il convient d'examiner.⁵⁵⁰

⁵⁴⁹ En Angleterre, il existe cependant des dispositions particulières qui sont la conséquence du mariage et qui rapproche le système de Common law, des systèmes de droit continental, spécialement sur le régime primaire. Voir en ce sens : QUINZA REDONDO J.P., *Regimen economico matrimonial, Aspectos Sustantivos y Conflictuales*, éd. TIRANT LO BLANCH, Valencia 2016, p.110-111. ; Voir également l'ouvrage collectif sous la direction de VERBEKE A.-L., *Confronting the frontiers of family law and succession law : Liber amicorum Walter Pintens* éd. Cambridge Intersentia, 2012, spécialement l'article de LOWE N., « *pre-nuptial agreements. The developing english position* », p.867-885.

⁵⁵⁰ Pour une approche historique de la liberté matrimoniale en Allemagne, en Espagne, en Italie et en France, voir l'article : CABANILLAS SANCHEZ A., « *La contratacion entre conyuges* », *Anuario de derecho civil*, 1985, Vol. 38, p.505-584.

En France, quel que soit le régime matrimonial, qu'il soit légal ou bien choisi par les futurs époux, il existe un ensemble de dispositions impératives auquel les époux ne peuvent pas déroger. Ce corps de règles impératives est désigné selon les auteurs sous différentes appellations : « statut patrimonial de base », « statut fondamental », « statut impératif de base », ou encore « régime patrimonial primaire », « régime primaire impératif » ou plus simplement « régime primaire »⁵⁵¹. Ainsi, la liberté matrimoniale des époux trouve sa limite dans les règles impératives du régime primaire. **En Espagne**, il existe également un corps de règles impératives auquel les époux ne peuvent pas déroger. L'article 1328 du Code civil espagnol prohibe les clauses qui seraient contraires aux dispositions impératives de la loi, à celles qui seraient contraires aux bonnes mœurs, ou encore à celles qui porteraient atteinte au principe d'égalité entre les époux.⁵⁵² **En Italie**, la liberté matrimoniale des futurs époux est également encadrée. Elle trouve également ses limites dans des règles impératives.⁵⁵³ L'article 160 du Code civil italien dispose que : « Les époux ne peuvent déroger ni aux droits ni aux devoirs prévus par la loi par effet du mariage. » S'il n'existe pas de régime impératif clairement défini dans le code civil italien, il n'en reste pas moins que les règles concernant la contribution aux besoins de la famille, la présomption de copropriété des biens et la succession constituent des règles impératives. Ces règles sont contenues aux articles 143 à 148 du Code civil italien.⁵⁵⁴ Il faut ajouter que le Code civil italien contient des dispositions sur les entreprises familiales en son article 230 Bis mais qui concernent exclusivement la participation du conjoint à l'activité de l'entreprise familiale.⁵⁵⁵ **En Allemagne**, il n'existe

⁵⁵¹ Sur l'utilisation des différents vocables, voir : MALAURIE Ph., AYNES L. avec le concours de PETERKA N., *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 7^{ème} édition, n°21. ; CABRILLAC R., *Droit des régimes matrimoniaux*, éd. LGDJ, 11^{ème} édition, n°125.

⁵⁵² Article 1328 du Code civil espagnol qui dispose que seront nulles toutes dispositions qui sont contraires à la loi, aux bonnes mœurs ou celles qui limitent l'égalité entre les époux : « Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge. » ; voir également : ROMÁN GARCÍA A.M., PERALTA Y CARRASCO (de) M., CASANUEVA SÁNCHEZ I., *Derecho de familia*, Editorial Dykinson 2019, p. 83. ; LETELLIER H., *Les contrats nuptiaux, Accords financiers pour la vie commune et la séparation*, Lexisnexis, Collection Droits Professionnels, 2011, pour les développements relatifs à l'Espagne, voir l'article de ZARRALUQUI L.

⁵⁵³ BONOMI A., STEINER M., *Les Régimes Matrimoniaux en Droit Comparé et en Droit International privé*, Librairie DROZ, Genève, 2006, p.98-101. Les auteurs consacrent des développements à l'article 230 Bis du Code civil italien.

⁵⁵⁴ BOICHE A., AZKENAZ D., introduction, « *Régimes matrimoniaux dans le monde* », (1^{ère} partie), Italie, dossier, *Aj. Famille*, décembre 2017, p.629-631.

⁵⁵⁵ Article 230 Bis du Code civil italien : « *impresa familiare*

pas de régime primaire comparable à la France de sorte que les futurs époux disposent d'une grande liberté pour organiser leur régime matrimonial. Toutefois, cette liberté n'est pas absolue et certaines dispositions conventionnelles pourraient être annulées, par exemple si elles étaient contraires aux bonnes mœurs, ou bien encore en cas de changement de circonstances, ultérieurement à la conclusion du contrat de mariage.⁵⁵⁶

328. Il faut retenir de ce qui précède qu'hormis la limite tenant à des dispositions impératives⁵⁵⁷, les futurs époux disposent d'une liberté pour organiser leur régime matrimonial.

Salvo che sia configurabile un diverso rapporto (2094, 2251 ss, 2549), il familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa ha diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia e partecipa agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquisitati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato (36 cost). Le decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché quelle inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa sono adottate, a maggioranza, dai familiari che partecipano alla impresa stessa. I familiari partecipanti alla impresa che non hanno la piena capacità di agire sono rappresentati nel voto da chi esercita la potestà su di essi (316).

Il lavoro della donna è considerato equivalente a quello dell'uomo (37 cost.)

Ai fini della disposizione di cui al primo comma si intende come familiare il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo (76 ss), per impresa familiare quella cui collaborano il coniuge, il parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo.

il diritto di partecipazione di cui al primo comma è intransferibile, salvo che il trasferimento avvenga a favore di familiari indicati nel comma precedente col consenso di tutti i partecipanti. Esso può essere liquidato in danaro alla cessazione, per qualsiasi causa, della prestazione del lavoro, ed altresì in caso di alienazione dell'azienda. il pagamento può avvenire in più annualità, determinate, in difetto di accordo, dal giudice.

In caso di divisione ereditaria (713 ss) o di trasferimento della azienda (2556) i partecipanti di cui al primo comma hanno diritto di prelazione sulla azienda. Si applica, nei limiti in cui è compatibile, la disposizione dell'articolo 732.

La comunione tacita familiare nell'esercizio dell'agricoltura sono regolate dagli usi che non contrastino con le precedenti norme. »

⁵⁵⁶BOICHE A., AZKENAZ D., introduction, « Régimes matrimoniaux dans le monde », (1ère partie), Allemagne, dossier, Aj. Famille, décembre 2017, p.620-622. ; SIMLER Ph., *Droit de la Famille*, 2010, n°5, p.9. ; LETELLIER H., *Les contrats nuptiaux, Accords financiers pour la vie commune et la séparation*, Lexisnexis, Collection Droits Professionnels, 2011, pour les développements relatifs à l'Allemagne, voir l'article de DELERUE K.

⁵⁵⁷ Pour synthétiser les dispositions impératives qui forment un régime primaire fondamental, il est possible de consulter l'ouvrage en espagnol de QUINZA REDONDO J.P., *Regimen economico matrimonial, Aspectos Sustantivos y Conflictuales*, éd. TIRANT LO BLANCH, Valencia 2016, p.110 : « Como se ha señalado, en los sistemas de derecho civil se reconocen una serie de derechos y obligaciones de contenido económico matrimoniales y que reciben e algunos Estados miembros el nombre de régimen económico matrimonial primario. Dentro de este concepto se incluyen disposiciones referentes a la igualdad del hombre y la mujer, la independencia patrimonial de los esposos, el deber de información entre los cónyuges, la protección de la vivienda familiar o la prestación de ayuda económica recíproca y contribución a las necesidades de la familia».

329. Il n'est pas possible d'examiner toutes les clauses qui peuvent être insérées dans un contrat de mariage pour répondre au plus près aux besoins des futurs époux, mais certaines clauses méritent d'être mentionnées car elles ont une incidence sur l'organisation de la transmission de l'entreprise familiale. Ces clauses consistent à introduire une dose de séparation dans un régime matrimonial communautaire ou à l'inverse une dose de communauté dans un système séparatiste. Enfin, les futurs époux peuvent insérer des clauses particulières pour organiser le régime matrimonial mixte de participation aux acquêts.⁵⁵⁸

Dans un régime matrimonial communautaire, les futurs époux peuvent vouloir insérer des clauses qui viennent modifier les règles de liquidation du régime matrimonial, soit en attribuant à l'un des conjoint un bien sans contrepartie, soit en lui attribuant un bien, à charge pour lui d'en payer le prix. La première hypothèse est connue du **droit Français**, il s'agit de la clause dite de préciput par laquelle l'un des époux va pouvoir prélever un bien de la communauté sans avoir à supporter le paiement d'une contrepartie. Cette clause peut s'avérer forte utile dans un régime de communauté car elle va permettre d'attribuer l'entreprise familiale à l'époux survivant. Le prélèvement peut également s'opérer à titre onéreux et l'on retrouve alors la technique du droit notarial de la clause dite commerciale. **En Espagne**, les futurs époux peuvent prendre des accords pour organiser, même de manière inégalitaire, la répartition des biens communs.⁵⁵⁹ En revanche, il n'est pas possible d'insérer une clause dite de préciput dans un régime communautaire, permettant à l'époux survivant de reprendre sans bourse déliée un bien de communauté.⁵⁶⁰ **En Italie**, le système matrimonial est beaucoup plus restrictif. Les futurs époux ne peuvent pas prévoir un partage inégalitaire de la communauté de sorte que la clause de préciput n'est pas reconnue. **En Allemagne**, il existe une grande liberté matrimoniale de sorte qu'il est possible de prévoir une clause de préciput.

⁵⁵⁸ BRENNER C., SAVOURE B., « Les aménagements conventionnels du régime de participation aux acquêts », Actes pratiques et stratégie patrimoniale, n°4, oct. 2015, dossier 28. Les auteurs examinent pour la situation de la France les différentes clauses qui peuvent être insérer dans un régime de participation aux acquêts.

⁵⁵⁹ QUINZA REDONDO J.P., *Regimen economico matrimonial, Aspectos Sustantivos y Conflictuales*, éd. TIRANT LO BLANCH, Valencia 2016, p.69.

⁵⁶⁰ ROMÁN GARCÍA A.M., PERALTA Y CARRASCO (de) M., CASANUEVA SÁNCHEZ I., *Derecho de familia*, Editorial Dykinson 2019, p. 153. L'auteur précise que s'il est possible de prévoir une répartition inégale, en revanche, il n'est pas possible d'attribuer gratuitement à l'un des conjoints, tout ou partie des biens de la communauté.

Dans un régime matrimonial séparatiste, les futurs époux peuvent vouloir introduire une dose de communauté. **En France**, les futurs époux qui font le choix d'un régime de séparation de biens peuvent adjoindre à leur régime matrimonial une société d'acquêts qu'il peuvent organiser conventionnellement. Soit ils limitent la société d'acquêts à certains biens, soit, en sens inverse, il l'appliquent à tous les biens acquis ou créés après le mariage en prévoyant des exceptions, par exemple pour des biens professionnels.⁵⁶¹ **En Espagne**, la constitution d'une société d'acquêts dans un régime de séparation de biens ne soulève pas de difficulté. En effet, l'article 1325 du Code civil espagnol dispose que les futurs époux, par contrat de mariage, peuvent modifier tout ou partie des dispositions du régime matrimonial⁵⁶², bien entendu sous réserve de respecter les dispositions d'ordre public. **En Italie**, les époux peuvent modifier la composition de la communauté légale, ce qui leur donne une marge de liberté pour organiser leur régime matrimonial. En revanche la liberté des futurs époux est loin d'être totale puisque les biens qui servent à l'exercice de l'activité professionnelle ne peuvent pas rentrer dans la communauté conventionnelle.⁵⁶³

Dans un régime matrimonial de participation aux acquêts, les époux peuvent vouloir insérer des clauses particulières pour organiser leur relation financière. Il faut rappeler que le régime de la participation aux acquêts est un régime matrimonial mixte qui fonctionne comme un système de séparation de biens pendant le mariage et pour sa liquidation comme un régime communautaire puisque chacun des époux participe aux acquêts de l'autre. Chacun des époux détient une créance de somme d'argent sur les acquêts de l'autre, ce qui rapproche la liquidation du régime matrimonial d'un régime communautaire.⁵⁶⁴ Dans ce système mixte, les futurs époux peuvent insérer une grande variété de clauses⁵⁶⁵ qui concernent essentiellement les règles de détermination et de valorisation des biens et des créances entre époux. Ces clauses sont valables dans les différents systèmes juridiques étudiés.

⁵⁶¹ MALAURIE Ph., AYNES L. avec le concours de PETERKA N., *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 7^{ème} édition, n°817-818.

⁵⁶² REVILLARD M., « Législation comparée . – Europe occidentale . – Allemagne à Espagne. – Régimes matrimoniaux et successions », juriscasseur notarial formulaire, fascicule n°10.

⁵⁶³ REVILLARD M., « LÉGISLATION COMPARÉE . – Europe occidentale . – Grande-Bretagne à Suisse. – Régimes matrimoniaux et successions », Juriscasseur notarial formulaire, fascicule n°12.

⁵⁶⁴ Sur le régime de la participation aux acquêts en droit français, voir : MALAURIE Ph., AYNES L. avec le concours de PETERKA N., *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 7^{ème} édition, n°850-872. ; En droit espagnol, sur « el regimen de participacion » voir : QUINZA REDONDO J.P., *Regimen economico matrimonial, Aspectos Sustantivos y Conflictuales*, éd. TIRANT LO BLANCH, Valencia 2016, p.70-77.

⁵⁶⁵ BRENNER C., SAVOURE B., « Les aménagements conventionnels du régime de participation aux acquêts », Actes pratiques et stratégie patrimoniale, n°4, oct. 2015, dossier 28.

Ainsi, le choix du régime matrimonial et les pactes matrimoniaux constituent des outils de stratégie patrimoniale et permettent d'organiser la transmission des entreprises familiales au sein du couple.

§2. Sur la mutabilité du régime matrimonial au cours du mariage

330. Les choix effectués par les futurs époux au moment du mariage peuvent, avec le temps et selon les objectifs poursuivis, s'avérer inadaptés dans la perspective de transmettre l'entreprise familiale. Aussi, les époux doivent pouvoir changer de régime matrimonial au cours du mariage, ou bien l'adapter, pour favoriser la transmission de l'entreprise familiale, par exemple au profit du conjoint survivant. **En droit français**, pour partir d'un domaine connu, c'est le régime de la communauté universelle qui est le plus souvent choisi, avec l'adjonction d'une clause qui prévoit d'une part l'attribution intégrale de la communauté au conjoint survivant et exclut d'autre part la reprise des apports entrés en communauté du chef d'un des époux. En substance, il s'agit de reporter au décès du dernier des survivants l'ouverture de la succession.⁵⁶⁶ En procédant ainsi, l'entreprise familiale sera dévolue au conjoint survivant et les héritiers ne pourront pas se prévaloir d'une atteinte à leur réserve car, s'ils sont issus d'une même union, ils retrouveront le patrimoine au décès du dernier survivant.⁵⁶⁷ Le régime matrimonial de la communauté universelle est également connu **en Allemagne** (articles §§1415-1518 du BGB).⁵⁶⁸ Mais **en Italie**, dans le cas d'une

⁵⁶⁶ Pour un exemple, en droit français, de clause usuelle de contrat de mariage pour transmettre l'intégralité du patrimoine au conjoint survivant : « **Dépendront également de la communauté : : les biens considérés comme propres par nature** par l'article 1404 du Code civil (...). En cas de dissolution du mariage par le décès de l'un des époux, le survivant aura droit, à titre de "convention de mariage", à l'attribution en totalité de la communauté, à charge d'en acquitter toutes les dettes, le tout dans les termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 1524 du Code civil. **En outre, par dérogation aux dispositions de l'article 1525 alinéa 2 du même Code, les héritiers du conjoint prédécédé ne pourront faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur.** De même, aucune récompense ne sera due à la communauté par la succession du premier mourant, en raison des contrats d'assurance souscrits par lui et dont il est l'assuré, lorsque le ou les bénéficiaires désignés auxdits contrats sont les descendants des époux, et dans ce cas seulement. »

⁵⁶⁷ GRIMALDI M., *Droit des successions*, 7^e édition, LexisNexis 2017, n° 358 : l'héritier : « retrouvera dans la succession du survivant ce dont l'avantage matrimonial l'aura privé dans la succession du prémourant ».

⁵⁶⁸ BOICHE A., AZKENAZ D., introduction, « *Régimes matrimoniaux dans le monde* », (1^{ère} partie), Allemagne, dossier, Aj. Famille, décembre 2017, p.620-622.

communauté conventionnelle, il est impossible de prévoir que certains biens propres tomberont en communauté de sorte qu'il ne peut pas y avoir de communauté universelle similaire au droit français.⁵⁶⁹ De même, **en Espagne**, le régime de la communauté universelle n'existe pas. Ce dernier est toutefois consacré dans certains droits foraux.

Aussi, la mise en place d'une stratégie de transmission de l'entreprise familiale au conjoint suppose, d'une part, la mutabilité du régime matrimonial au cours du mariage, d'autre part, le fait qu'aucune disposition de droit interne ne s'y oppose. L'exemple de la communauté universelle montre l'existence d'une disparité de situation entre les pays étudiés.

331. Tous les régimes étudiés permettent aux époux de modifier, au cours du mariage leur régime matrimonial. Le **droit allemand** ne connaît pas le principe d'immutabilité du régime matrimonial, de sorte que les époux peuvent librement modifier, d'un commun accord, leur régime matrimonial (article §1408 du BGB)⁵⁷⁰. Mais, pour être opposable aux tiers, ce changement doit bien évidemment faire l'objet d'une publicité particulière auprès du registre matrimonial. De plus, le régime matrimonial auquel les époux sont soumis peut être modifié, soit par la volonté des parties, soit par la voie judiciaire (§§1147, 1448 et 1469 du BGB).⁵⁷¹ Le **droit italien** ne connaît pas non plus le principe d'immutabilité du régime matrimonial, de sorte que les époux peuvent modifier leur régime au cours du mariage (articles 162 et 163 du Code civil). Toutefois, le changement de régime matrimonial doit faire l'objet d'une mesure d'homologation judiciaire et d'une publicité. Le **droit espagnol**, pour sa part, admet également le changement de régime matrimonial par les époux, sans

⁵⁶⁹ BOICHE A., AZKENAZ D., introduction, « Régimes matrimoniaux dans le monde », (1ère partie), Italie, dossier, Aj. Famille, décembre 2017, p.629-631.

⁵⁷⁰ FROMONT M., RIEG A., *Introduction au droit allemand, République fédérale*, Éditions Cujas, 1991, p. 218 ; voir également QUINZÁ REDONDO J.P., *Régimen Económico Matrimonial, Aspectos Sustantivos y Conflictuales*, coll. Derecho de Familia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 54 pour un contrôle par le juge des accords des époux en cas de divorce : "Por su parte, en Alemania, a pesar de estar perfectamente consagrada la libertad contractual de los conyuges en relacion con su regimen economico matrimonial, el juez puede examinar si una distribucion inequitativa de las carages emanda del contenido del acuerdo vulnera el "nucleo duro" que debe respetarse en todos los casos relacionados con las consecuencias del divorcio".

⁵⁷¹ Sur les mutabilités du régime matrimonial, voir REITHMANN C., *Les Régimes matrimoniaux*, spécialement p. 331-334, in *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé, étude des solutions en vigueur dans les six pays du marché commun, République fédérale d'Allemagne*, Ouvrage collectif, Fédération des notaires de Belgique, 1963. DOLLE H., *L'Allemagne*, RIDC, 1965, 17-3, p. 607-614.

qu'il soit besoin de recourir à une mesure d'homologation judiciaire.⁵⁷² Il faut une mesure de publicité pour rendre la modification opposable et elle ne doit pas porter atteinte au droit des tiers. **En Angleterre**, il ne s'agit pas d'un sujet dès lors qu'il n'existe pas de régime matrimonial au sens où l'entendent les systèmes juridiques de droit continental. Il convient donc de conclure que tous les systèmes juridiques autorisent aux époux, avec ou sans homologation, la possibilité de modifier leur régime matrimonial.

332. En revanche, ces mutabilités n'autorisent pas toutes les opérations de planification pour favoriser la transmission de l'entreprise familiale au profit du conjoint survivant. Pour que la transmission de l'entreprise familiale au profit du conjoint survivant soit efficace et réussie, il importe non seulement d'opter pour un régime de communauté, de préférence universelle, ce que tous les pays examinés autorisent, mais il faut également insérer dans le contrat de mariage une clause d'attribution intégrale au profit du conjoint survivant avec, éventuellement et selon les circonstances, une exclusion de reprise des biens tombés dans la communauté du chef de leur auteur.

333. Or, cette dernière opération n'est pas sans poser de difficultés. Ainsi, **en Italie**, si les époux peuvent modifier leur régime matrimonial et opter pour un régime de communauté universelle, les époux ne peuvent pas insérer une clause d'attribution intégrale au conjoint survivant. L'article 194 du Code civil italien impose en effet qu'au moment de la dissolution du régime matrimonial, le patrimoine soit partagé en deux parts égales. Au demeurant, une clause d'attribution intégrale au profit du conjoint survivant serait assimilée à un pacte sur succession future, ce qui est prohibé par l'article 458 du Code civil italien. **En Allemagne**, la difficulté ne se rencontre pas, puisque le principe d'interdiction des pactes sur succession

⁵⁷² *Regímenes Económico-Matrimoniales*, 3^e édition, Colección Francis Lefebvre 2018, p. 12 : "El principio de autonomía de la voluntad de los conyuges, respecto de la articulación del régimen económico matrimonial, se introduce en el CC mediante la reforma operada por la ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre la reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los conyuges, al derogarse el principio de inmutabilidad del régimen económico, principio clásico en el esquema del Derecho Civil, no así en el sistema de los Derechos Civiles Forales reconocidos". ; Voir également ROMÁN GARCÍA A.M., PERALTA Y CARRASCO (de) M., CASANUEVA SÁNCHEZ I., *Derecho de familia*, Editorial Dykinson 2019, p. 156-162. Ainsi, dans la communauté forale du Pays Basque, le principe est celui de la liberté de choix des époux (artículo 93 de la ley 3/1992 de 1 de julio), pour la communauté de Catalogne (artículo 9/1998 de 15 julio), pour les Îles baléares (artículo 3 del Decreto Legislativo 79/1990 de 6 de septiembre), pour la communauté de Aragon (artículo 232 de la Ley 15/1967 de 8 de abril), pour la communauté de Navarre (Ley 1/1973 de 1 de marzo), pour la communauté de Galice (artículo 100 de la ley 4/1995 de 24 de mayo), pour la communauté de Baylio pour laquelle il existe une diversité de situation.

future n'existe pas.⁵⁷³ De même, et pour des raisons différentes, la question ne se pose pas **en Angleterre. En Espagne**, la question de la validité de la clause d'attribution intégrale de la communauté au profit du conjoint survivant est beaucoup plus compliquée à résoudre en raison de la multiplicité des systèmes de droit applicables (entre le droit commun et le droit des Communautés autonomes⁵⁷⁴). Il semble que le choix du régime matrimonial de la communauté universelle soit très peu utilisé en Espagne en tant qu'outil de planification successorale.⁵⁷⁵

334. Synthèse. Si les stratégies de planification successorale peuvent s'appuyer sur les régimes matrimoniaux pour favoriser la transmission de l'entreprise familiale au profit du conjoint survivant, selon les pays, ces stratégies sont plus ou moins pertinentes, comme en Italie, en raison de règles impératives contraignantes.

335. Illustration. Dans le cas choisi pour illustrer le propos, les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens. Dans tous les pays étudiés, le régime matrimonial légal n'est pas celui de la séparation de biens de sorte qu'il faut retenir que les futurs époux ont conclu un contrat de mariage et donc ont fait le choix d'un régime conventionnel. Quel que soit le pays étudié, les époux peuvent modifier leur contrat de mariage. Si le chef d'entreprise souhaite transmettre en priorité son entreprise à son conjoint, l'une des solutions consistera à faire le choix d'un régime matrimonial communautaire. Il faut toutefois faire attention à la situation des époux soumis à la loi italienne car ces derniers ne peuvent pas introduire dans leur communauté les biens qui servent à l'exercice d'une activité professionnelle. Il faut

⁵⁷³ ROMÁN GARCÍA A.M., PERALTA Y CARRASCO (de) M., CASANUEVA SÁNCHEZ I., *Derecho de familia*, Editorial Dykinson 2019, p. 117. Les auteurs rappellent qu'avant le BGB, le régime matrimonial de la communauté universelle était le régime matrimonial le plus utilisé.

⁵⁷⁴ MORAL LOPEZ P., *Les droits successoraux du conjoint survivant en droit espagnol et en droit français comparés*, RIDC, 1959, 11-1, p. 34-63 : « Il faut remarquer dès l'abord que les règles successorales du Code espagnol diffèrent profondément de celles qui sont en vigueur dans le droit foral. Les unes et les autres sont difficiles à harmoniser, parce que leur point de départ est différent ».

⁵⁷⁵ ROMÁN GARCÍA A.M., PERALTA Y CARRASCO (de) M., CASANUEVA SÁNCHEZ I., *Derecho de familia*, Editorial Dykinson 2019, p. 117 : "Convencionalmente podrá pactarse en capitulaciones matrimoniales un regimen de comunidad universal, que como tecnica juridica supone la comunicacion de todos la bienes de los conuges, presentes y futuros, muebles e inmuebles, tanto fueren adquiridos a titulo oneroso o lucrativo. Como pone de relieve J.L. de los Mozos la tendencia moderna de utilizacion de esta formula juridica actualmente esta en franca recesion. Esto se comprende facilmente por las nuevas exigencias de la economica familiar y por el desarrollo de la responsabilidad civil, que por est sistema prodra involucrar a la totalidad del patrimonio familiar. Tuvo est regimen un amplio desarllo en centroeuropa, en Alemania, en Suiza."

retenir également que la France n'est pas dans une situation défavorable par rapport aux autres pays étudiés.

CHAPITRE II : LES LIBERALITES

336. Ainsi qu'il a été exposé dans la Première Partie, le défunt peut décider du sort de son patrimoine, soit pour le moment où il ne sera plus, et il rédige alors un testament pour fixer ses dernières volontés qui prendront effet à son décès, soit de son vivant, en effectuant des libéralités. Il transmet alors, de son vivant et à titre gratuit, son patrimoine à une ou plusieurs personnes déterminées.

337. Les libéralités entre vifs sont des modes privilégiés de transmission anticipée du patrimoine et, par conséquent, un outil afin de transmettre l'entreprise familiale. Les libéralités permettent non seulement de transmettre progressivement l'entreprise familiale, mais elles autorisent également le chef d'entreprise à apprécier la pertinence des choix qu'il a effectués. Toutefois, selon la structure de l'entreprise familiale, l'existence d'un ou de plusieurs descendants, ou encore selon le système juridique dans lequel l'opération se réalise, le choix de ce mode de transmission de l'entreprise familiale ne va pas sans poser de difficultés.

338. *Difficulté liée à la structure de l'entreprise familiale.* Le premier obstacle à surmonter tient à la structure de l'entreprise familiale. En effet, selon que l'entreprise familiale est constituée ou non sous une forme sociale, l'objet de la libéralité n'est pas le même. L'existence de droits sociaux (parts sociales ou actions de société) rend plus aisée la transmission de l'entreprise familiale, notamment en présence de plusieurs descendants. Ainsi, elle permet le transfert à parts égales de l'entreprise familiale entre les descendants.

339. Ensuite, le chef d'entreprise en présence de plusieurs descendants peut également souhaiter transmettre son entreprise à l'un d'entre eux par préférence, ou encore à un tiers qu'il estime le plus à même de reprendre et de poursuivre l'aventure de l'entreprise familiale. Cette transmission ciblée de l'entreprise familiale par le chef d'entreprise ne soulève pas, d'un point de vue juridique, de difficulté majeure, dès lors que le patrimoine du disposant est suffisamment important pour constituer des lots équivalents. Le choix du chef d'entreprise se résume à une attribution privilégiée. En revanche, lorsque l'entreprise familiale constitue l'essentiel du patrimoine du chef d'entreprise, la transmission de l'entreprise à l'un des descendants risque de créer des inégalités entre eux. De même, si le

chef d'entreprise décide de transmettre à titre gratuit son entreprise à un tiers, son choix risque de heurter la protection accordée à certaines personnes spécialement protégées par la loi.

340. Comparaison. D'un point de vue comparatif, dans les systèmes anglo-saxons, l'absence de réserve héréditaire facilite la transmission de l'entreprise et la désignation d'un bénéficiaire de l'entreprise familiale, même extérieur à la famille. Il existe toutefois une limite qui tient à l'existence d'une « family provision ».⁵⁷⁶

En revanche, dans les systèmes juridiques qui connaissent une réserve héréditaire ou un équivalent, la transmission de l'entreprise à un descendant voire à un tiers au détriment des autres soulève l'épineuse question de l'atteinte aux droits des personnes spécialement protégées⁵⁷⁷, dès lors que l'entreprise familiale compose l'essentiel du patrimoine du défunt. S'agissant de la France, le passage d'une réserve en nature à une réserve en valeur, par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, a facilité la transmission de l'entreprise familiale car, dans l'hypothèse d'une atteinte à la réserve héréditaire, l'inégalité est compensée, en principe, par une somme d'argent. C'était l'un des objectifs de la réforme.⁵⁷⁸ Ce faisant, le système juridique français s'est rapproché des

⁵⁷⁶ BALL J., *The interaction between Company Law and the Law of Succession in England*, in *Company Law and the Law of Succession*, Susanne Kalss Editor, coll. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Springer International Publishing Switzerland 2015, p. 174. L'auteur expose qu'en Angleterre, il est possible de donner librement son entreprise avec la limite de la « family provision ». Pour l'auteur la différence avec la France ne serait pas si éloignée. Pourtant, il existe une différence substantielle entre les deux systèmes juridiques puisque la « family provision » dépend d'une appréciation d'un juge et donc est source d'une insécurité juridique, tandis que la réserve héréditaire est fixée par la loi.

⁵⁷⁷ Pour l'exemple de l'Allemagne, voir SANDERS A., *Company Law and the Law of Succession in England*, in *Company Law and the Law of Succession*, Susanne Kalss Editor, coll. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Springer International Publishing Switzerland 2015, p. 213-259, spécialement le n° 7.1., à propos du « Pflichtteil ». Pour l'Italie, FUSARO A., *Company Succession in the latin Lax Tradition using the Example of the Italian Legal System*, in *Company Law and the Law of Succession*, Susanne Kalss Editor, coll. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Springer International Publishing Switzerland 2015, p. 289-304, spécialement 2.3.1.4 pour les développements sur la « Prohibition of Inheritance Agreements ».

⁵⁷⁸ Il faut signaler qu'avant la réforme de 2006, il était possible d'éviter l'éclatement de l'entreprise familiale entre les différents héritiers, par l'intermédiaire du mécanisme de l'attribution préférentielle. D'abord prévu pour les exploitations agricoles, le mécanisme a été étendu par la suite aux entreprises industrielles et commerciales. Mais l'attribution préférentielle ne permettait pas d'anticiper la transmission de l'entreprise familiale, s'agissant d'une modalité du partage ; l'héritier qui souhaitait recevoir l'entreprise familiale devait en faire la demande au Juge dans le cadre du partage.

systèmes juridiques germanique et anglo-saxon, à la différence des systèmes juridiques espagnol et italien.

341. Mais cela ne règle pas toutes les difficultés, car si la réserve est une réserve en valeur ou bien un droit de créance, s'agissant de l'Allemagne, il n'en reste pas moins qu'il est nécessaire de satisfaire les cohéritiers ou les personnes protégées de leurs droits. La question essentielle reste celle des modalités de détermination de l'atteinte aux droits des personnes protégées lorsqu'une entreprise familiale est impliquée.

SECTION 1 : DES LIBERALITES ENCADREES

342. La libéralité entre vifs constitue le mode privilégié de la transmission de l'entreprise familiale. La donation permet, du vivant du chef d'entreprise, de choisir le ou les bénéficiaires de l'entreprise familiale en fonction des capacités.

Dans sa démarche d'anticipation, le chef d'entreprise peut, tout d'abord, transmettre à parts égales son patrimoine entre ses héritiers. Dans cette première situation, c'est le pouvoir de direction de l'entreprise qu'il transmet à une personne déterminée, tandis que ses héritiers conservent, à parts égales, la propriété de l'entreprise familiale. Dans cette première hypothèse, le chef d'entreprise n'a pas vraiment besoin d'anticiper la transmission de son entreprise, sauf pour ce qui concerne le pouvoir de direction. Le chef d'entreprise doit toutefois anticiper le paiement des droits de succession et rentrer dans l'un des dispositifs nationaux dérogatoire pour minorer le montant des droits à payer par les héritiers.

343. Mais le chef d'entreprise peut également décider d'anticiper la transmission de son entreprise en ciblant un bénéficiaire qu'il juge le mieux à même de reprendre son entreprise. Il peut s'agir de l'un de ses enfants ou petits-enfants, ou encore d'un tiers qu'il estime le plus capable de reprendre et de faire prospérer l'entreprise familiale. Ce faisant, le chef d'entreprise va rompre l'égalité entre ses descendants et sa liberté sera affectée par les dispositions impératives qui protègent les droits de certaines personnes déterminées.

344. En Angleterre, ainsi qu'il a été indiqué, la liberté du chef d'entreprise est la plus grande, hormis la limite qui tient à l'existence d'une « family provision ». Il n'y a pas d'interaction entre la transmission de l'entreprise et les lois successorales. **En Allemagne**, si la liberté du défunt est également importante quant au choix du bénéficiaire de la transmission, ce choix trouve sa limite dans le droit de créances des personnes protégées par la loi.⁵⁷⁹ La liberté du défunt est beaucoup plus encadrée au sein des systèmes juridiques de tradition du Code Napoléon qui organisent la transmission du patrimoine. Ainsi, **en Italie**, si le défunt peut effectuer des donations, leur effectivité sera limitée par la protection qui est accordée aux héritiers.⁵⁸⁰ De même, **en Espagne**, la liberté du défunt d'organiser la transmission de son entreprise sera encadrée, même s'il existe des situations différentes selon les Communautés autonomes⁵⁸¹. **En France**, la liberté du défunt est également encadrée, même si la réforme du droit des successions de 2006 a eu pour objectif de favoriser la transmission des entreprises familiales.⁵⁸²

345. Illustration. Dans l'hypothèse d'une famille avec trois enfants, qui est l'hypothèse qui a été retenue, la liberté du chef d'entreprise est encadrée par des dispositions impératives. **En France**, en présence de trois enfants, la réserve héréditaire est fixée, selon les dispositions de l'article 913 du Code civil, au trois quart du patrimoine du défunt, ce dernier ne pouvant disposer que du quart. Il faut réserver également les droits du conjoint survivant. **En Espagne**, exception faite de la situation des Communautés forales, le tiers du patrimoine du défunt est réservé aux enfants, indépendamment du nombre d'enfants, tandis que le défunt peut disposer au profit de l'un d'eux seulement d'un tiers supplémentaire de son patrimoine

⁵⁷⁹ SCHWAB D., GOTTWALD P., LETTMAIER S., *Family and Succession Law in Germany*, 3^e édition, Wolters Kluwer 2017, spécialement n° 400-414. ; SCHINKE C., *Inheritance in Germany 1911 to 2009: A mortality Multiplier Approach*, The German Socio-Economic Panel Study at DIW Berlin, 2012.

⁵⁸⁰ CASTAGNARO A., Droit comparé, Italie – Successions, Jurisclasseur Fascicule n°20, 31 janvier 2018.

⁵⁸¹ CREMADES GARCÍA P., *Sucesión mortis causa de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*, Editorial Dykinson 2014, p. 15-16. ; ROMÁN GARCÍA A.M., PERALTA Y CARRASCO (de) M., CASANUEVA SÁNCHEZ I., *Derecho de familia*, Editorial Dykinson 2019 ; COBAS COBIELLA M.E., *La sucesión mortis causa de la empresa familiar*, Actualidad Civil, revista jurídica de doctrina y jurisprudencia civil, mercantil y procesal, 2016, n° 7-8, p. 39 ; COBAS COBIELLA M.E., *La modernización del derecho de sucesiones, algunas propuestas*, *Cuestiones de Interés Jurídico*, ISSN 2549-8402, IDIBE, julio 2017. Référence Internet <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/cij-16.pdf>

⁵⁸² MALAURIE P., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 8^e édition, L.G.D.J Lextenso 2018, spécialement les développements sur la donation-partage. ; GRIMALDI M., *Droit des successions*, LexisNexis, 7^e édition, 2017.

(système de la « mejora »). Le défunt ne dispose de la libre disposition de son patrimoine que sur le tiers restant (articles 807 et suivants du Code civil). Il faut réserver les droits du conjoint survivant, lequel en présence d'enfants du conjoint est constitué d'un usufruit portant sur la moitié de la succession (article 837 du Code civil). **En Italie**, en présence de plusieurs enfants, le tiers du patrimoine du défunt leur est réservé, c'est l'application de l'article 537 du Code civil. **En Allemagne**, le droit de créance des enfants est de la moitié de ce à quoi ils auraient pu prétendre, s'il n'y avait pas eu de testament. En Angleterre, s'il n'y a pas de réserve héréditaire, les enfants dans le besoin pourront faire valoir une « family provision » qui sera soumise à l'appréciation du Tribunal.

Dans toutes ces situations, la transmission de l'entreprise familiale à l'un des enfants, dès lors qu'elle constitue l'essentiel du patrimoine du défunt, soulève des difficultés en raison des droits accordés par la loi à chacun des enfants.

346. Systèmes de protection des droits des héritiers. Dès lors que le système juridique protège les droits des héritiers ou de certaines personnes déterminées en leur réservant une partie de la succession ou bien en leur reconnaissant un droit de créance, dont l'évaluation dépend du montant de la succession, il est légitime de s'interroger sur le traitement de la libéralité, spécialement lorsqu'elle porte sur une entreprise familiale.

Lorsque les droits des héritiers et de certains membres de la famille sont protégés, ils détiennent une action pour s'assurer de la protection effective de leurs droits. **En France**, il s'agit de l'action en réduction des libéralités qui portent atteinte à la réserve, laquelle est organisée aux articles 924 et suivants du Code civil. **En Italie**, il s'agit de l'« azione di riduzione », **en Allemagne**, de la « Pflichtteilserganzungrecht » prévue par les articles §§ 2325 et 2329 du BGB. **En Espagne**, il existe une situation très contrastée en fonction des Régions et des Communautés autonomes. Comme précédemment indiqué, il faut exclure la situation de **l'Angleterre**, car il n'existe pas d'action en réduction, mais un droit pour les héritiers d'obtenir des subsides lorsqu'ils sont dans le besoin, c'est la « family provision ».

Pour que l'action soit ouverte à son titulaire, il est nécessaire que les droits de ces derniers aient été lésés, ce qui suppose préalablement de le déterminer au moyen d'une opération comptable qui consiste à réunir fictivement aux biens présents au jour du décès les donations

faites par le défunt. Cette opération existe dans tous les systèmes juridiques qui réservent une part de la succession à des personnes déterminées.

347. La France. Dans cette opération, en France, la réunion fictive est une opération comptable qui permet de calculer l'atteinte éventuelle à la réserve héréditaire des héritiers. Elle consiste dans la reconstitution du patrimoine du défunt, ce qui suppose de réunir fictivement aux biens existants ceux qui ont été donnés.⁵⁸³ Il convient donc d'évaluer le patrimoine du défunt et, pour les biens qui ont été donnés, une discussion peut survenir quant à la date de leur évaluation. Faut-il évaluer le bien donné au jour de la donation, ou bien au jour du décès ?

Il est certain que, lorsque la libéralité entre vifs porte sur une entreprise, des parts sociales ou une entreprise personnelle, non seulement la valeur peut être difficile à déterminer, mais elle peut encore avoir considérablement évolué entre le jour de la donation et le jour du décès, ce qui peut donner lieu à des rectifications si la valeur du bien a progressé par le travail du donataire.⁵⁸⁴ Cette situation est non seulement source de conflit entre les héritiers, mais également à l'origine d'incertitudes.

348. L'Allemagne. Dans cette opération de réunion, l'Allemagne adopte une démarche différente de celle de la France, puisque les biens donnés sont évalués non pas au jour du décès du donateur, mais un an avant, et, sur cette valeur, il est appliqué une réduction de 10 % par année qui sépare la date de la donation de celle de son évaluation.⁵⁸⁵ Il en résulte que les donations les plus anciennes ne sont pas réunies fictivement à la masse successorale pour déterminer l'atteinte aux droits des personnes protégées.

S'agissant d'évaluer une entreprise, il n'existe pas de règle particulière d'évaluation, de telle sorte que le juge peut demander l'avis d'un expert pour valoriser l'entreprise. Ceci ne diffère en rien du droit français qui ne fixe pas de règles spécifiques d'évaluation de l'entreprise

⁵⁸³ Sur le calcul de la réserve héréditaire, il est utile de se reporter à l'ouvrage de MALAURIE P., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 6^e édition, LGDJ Lextenso 2014, n° 625.

⁵⁸⁴ GRIMALDI M., *Droit des successions*, LexisNexis, 7^e édition, 2017, n° 761 et la jurisprudence citée sous la note de bas de page n° 202.

⁵⁸⁵ SCHWAB D., GOTTWALD P., LETTMAIER S., *Family and Succession Law in Germany*, 3^e édition, Wolters Kluwer 2017, n° 410 : "According to the reform of 2009 (in force since 1 January 2010), a gift is calculated in the first year before the death with the full value, and then with 10% less for any year which has passed since it was made, §2325III BGB."

familiale. Toutefois, il convient de signaler qu'en Allemagne, des règles particulières existent pour fixer la valeur d'une entreprise agricole.⁵⁸⁶

D'autres opérations qui pourraient être qualifiées de donation sont exclues, en droit allemand, de la masse successorale, lorsqu'il s'agit d'une entreprise. Ainsi, l'intégration d'un associé dans une entreprise, même familiale, n'est pas considérée comme une donation, quand bien même ce nouvel associé ne ferait aucun versement.⁵⁸⁷

349. L'Italie. En Italie, cette réunion fictive est nommée la « riunione fittizia ». Elle consiste à réunir à la masse successorale les biens présents et les biens donnés.⁵⁸⁸ Il n'y a pas de règle particulière d'évaluation des biens. Ainsi, la valeur des biens donnés est celle qui existe à l'ouverture de la succession.⁵⁸⁹

350. Dans ce contexte, il n'existe pas, à l'évidence, de sécurité juridique, dans la mesure où, si des donations peuvent être effectuées à l'intérieur du cercle familial, voire à l'extérieur, les personnes protégées pourront engager une procédure pour être remplies de leurs droits, ce qui ne va pas sans poser de difficultés, notamment lorsque l'entreprise familiale constitue l'essentiel du patrimoine du défunt.

⁵⁸⁶ SANDERS A., *Company Law and the Law of Succession in England* in *Company Law and the Law of Succession*, Susanne Kalss Editor, *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Springer International Publishing Switzerland 2015, p. 213-259, spécialement le n° 7.3. qui rappelle les règles de l'article §2312 du BGB. Ces règles d'évaluation dérogatoires de l'entreprise agricole qui permettent de retenir une valeur moindre que la valeur réelle sont largement critiquées en doctrine. Voir sur ce dernier point la note n° 157. Si une personne qui devait recevoir une entreprise agricole est déshéritée, alors son droit protégé est calculé sur la valeur réelle de l'entreprise, tandis que si le bénéficiaire de l'entreprise agricole est une personne qui devait la recevoir, alors les droits des autres seront calculés selon la règle dite « Höfeordnung » qui retient une valeur moindre que la valeur réelle.

⁵⁸⁷ SANDERS A., *Company Law and the Law of Succession in Germany*, in *Company Law and the Law of Succession*, Susanne Kalss Editor, *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Springer International Publishing Switzerland 2015, p. 213-259, spécialement le n° 7.1.

⁵⁸⁸ MAZZON R., *Manuale pratico per la successione ereditaria*, Maggioli Editore, 2015, p. 239 : "*Quanto alla determinazione dell'ammontare della quota di cui il defunto potera disporre, è necessario : (1) formare una massa di tutti i beni che appartenevano al defunto al tempo della morte, detraendone i debiti; (2) riunire, quindi, fittiziamente, i beni di cui sia stato disposto a titolo di donazione, secondo il loro valore, determinato in base alle regole dettate negli articoli 747 a 750 del codice civile; (3) sull'asse così formato, calcolare la quota di cui il defunto poteva disporre*".

⁵⁸⁹ L'article 747 du Code civil précise que pour les biens immobiliers, ceux-ci sont évalués au jour de l'ouverture de la succession. Il convient toutefois de rectifier, comme en droit français, de l'augmentation de valeur qui serait liée au travail du donataire. L'article 750 prévoit la même règle d'évaluation pour les biens mobiliers.

SECTION 2 : LES PACTES EN FAVEUR DE LA TRANSMISSION DES ENTREPRISES FAMILIALES :

351. Au cours du XX^e siècle, les différentes législations nationales ont pris des séries de mesures pour faciliter la transmission des entreprises familiales, au stade du partage, incluant des dispositions spécifiques en faveur des entreprises agricoles et artisanales⁵⁹⁰, dans les règles d'évaluation des entreprises familiales, enfin, dans les modalités de réparation de l'atteinte aux droits des personnes protégées.

352. Dans une période plus récente, les législations nationales qui encadrent la liberté du défunt et, par voie de conséquence, du chef d'entreprise, ont autorisé de véritables pactes de famille pour favoriser la transmission des entreprises familiales et éviter le risque que la transmission ne soit remise en cause après le décès du disposant, ce qui pourrait avoir des conséquences désastreuses pour la survie de l'entreprise.

353. Tous les dispositifs nationaux ne sont pas identiques. En **Italie** et en **Espagne**, les législateurs ont pris des mesures spécifiques pour la seule transmission des entreprises familiales : le « patto di famiglia » du droit italien⁵⁹¹ et le « protocolo familiar » du droit espagnol⁵⁹². Ces deux institutions sont strictement limitées aux entreprises et autorisent les accords avec les héritiers pour en organiser la transmission.

⁵⁹⁰ **En Espagne**, des dispositions particulières ont été prises en faveur des entreprises agricoles : ainsi, el decreto 118/1973, de 12 de enero 1973 a approuvé la loi sur le développement agricole et a édicté des mesures pour éviter le morcellement de la propriété agricole. Puis la Ley 42/1981, de 24 de diciembre a pris des mesures en faveur de l'intégration des jeunes agriculteurs aux exploitations agricoles, voir en ce sens : CREMADES GARCÍA P., *Sucesión mortis causa de la empresa familiar : la alternativa de los pactos sucesorios*, Editorial Dykinson 2014, p. 98-110.

En France, c'est le décret-loi du 17 juin 1938, puis la loi du 19 décembre 1961 dont le but est d'éviter le morcellement des exploitations agricoles.

⁵⁹¹Le "patto di famiglia" est organisé aux articles 768 bis à 768 octies du Code civil italien. Il ne concerne que les entreprises familiales. Ainsi l'article 768 bis du Code civil italien dispose que : "*E patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti*". ; Voir également BAUCO C., CAPOZZI V., *Il patto di famiglia. Profili civilistici e fiscali*, Giuffrè editore 2007. ; ANGRISANI A., SICA S., *Il patto di famiglia e gli altri strumenti di successione dell'impresa*, G. Giappichelli editore 2007 ; PALERMO G., *Il patto di famiglia*, Giappichelli editore 2009.

⁵⁹² FERNANDEZ-SANCHO TAHOCES A.S., *La vertiente sucesoria de la empresa familiar*, in PRIETO J.R., MENDEZ C.H., *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: Una Perspectiva*

La France va beaucoup plus loin au travers de la donation-partage, qui est une institution autorisant également de véritables pactes de famille et qui n'a aucun équivalent dans les différents pays de l'Union européenne.⁵⁹³ Elle ne se limite pas aux transmissions d'entreprise. La matière est organisée aux articles 1075 et suivants du Code civil.⁵⁹⁴ La donation-partage est un acte complexe, puisqu'il s'agit à la fois d'une libéralité, c'est-à-dire d'une donation qui dessaisit immédiatement le donateur et d'un partage successoral.

S'agissant de la transmission des entreprises, l'article 1075-2 du Code civil dispose spécialement que : « Si ses biens comprennent une entreprise individuelle à caractère industriel, commercial, artisanal, agricole ou libéral ou des droits sociaux d'une société exerçant une activité à caractère industriel, commercial, artisanal, agricole ou libéral et dans laquelle il exerce une fonction dirigeante, le disposant peut en faire, sous forme de donation-partage et dans les conditions prévues aux articles 1075 et 1075-1, la distribution et le partage entre le ou les donataires visés auxdits articles et une ou plusieurs autres personnes, sous réserve des conditions propres à chaque forme de société ou stipulées dans les statuts.

Cette libéralité est faite sous réserve que les biens corporels et incorporels affectés à l'exploitation de l'entreprise ou les droits sociaux entrent dans cette distribution et ce partage, et que cette distribution et ce partage aient pour effet de n'attribuer à ces autres personnes que la propriété ou la jouissance de tout ou partie de ces biens ou droits ». La donation-partage est un outil pour transmettre l'entreprise familiale.⁵⁹⁵

Multidisciplinar, Thomson Reuters Aranzadi 2016, p. 139-150. Dans cette étude, l'auteur expose le mécanisme du "protocolo familiar", comme outil pour transmettre l'entreprise familiale d'une génération à une autre.

⁵⁹³ Sur l'interdiction de la donation-partage en Espagne, voir : GARCÍA RUBIO M.P., MEYER M.E., Espagne – Successions et donations, JURISCLASSEUR, n° 4 ; CORONA J.F., AMAT J., *El protocolo familiar : La experiencia de una década*, Ediciones Deusto, 2007.

⁵⁹⁴ Article 1075 alinéa 1^{er} du Code civil : « Toute personne peut faire, entre ses héritiers présomptifs, la distribution et le partage de ses biens et de ses droits ». Article 1075-1 du Code civil : « Toute personne peut également faire la disposition et le partage de ses biens entre ses descendants de degrés différents, qu'ils soient ou non héritiers présomptifs ».

⁵⁹⁵ La donation-partage est un outil pour transmettre l'entreprise familiale qui est utilisé dans les opérations complexes de transmission. La donation-partage permet d'attribuer à un ou plusieurs héritiers repreneurs les parts de la société familiale, tandis que ces derniers devront servir une soulte aux autres héritiers pour les remplir de leurs droits. Pour ce faire, la constitution d'une société holding peut s'avérer efficace car cette dernière peut s'acquitter de la soulte par l'intermédiaire d'un prêt qui sera financé au moyen de la société d'exploitation. Pour ces mécanismes il est intéressant de se reporter aux articles suivants : PICHARD H., PICHARD B., *Le Family Buy Out : une technique innovante*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 16, 17 avril 2008, n° 1534. ; GUILLAUD-BATAILLE S., *Family buy out : donation-partage d'entreprise avec soulte et constitution d'une holding*, Décideurs Magazine, 6 octobre 2017.

354. Il existe des différences fondamentales entre ces différentes institutions, puisque la donation-partage est une donation, de sorte qu'elle transmet immédiatement le patrimoine du défunt et un partage anticipé de la succession. C'est la raison pour laquelle, par exception aux règles qui précèdent, dans une donation-partage, la valeur des biens donnés est celle du jour de la donation.⁵⁹⁶

En revanche, les signatures du « patto di famiglia » et du « protocolo familiar » n'entraînent pas la transmission immédiate, au demeurant totale ou partielle de l'entreprise familiale, ni le partage anticipé de la succession. Ces deux dernières institutions organisent la détention puis la transmission, au décès du chef d'entreprise, de l'entreprise familiale. Les clauses du « protocolo familiar » sont très variées.⁵⁹⁷ Le « protocolo familiar » se rapproche d'un pacte d'associés entre les membres d'une même famille. Il n'a pas vraiment la valeur d'un contrat et ses effets sont très particuliers puisque, si le fondateur peut décider dans le pacte de la transmission de son entreprise, de tester d'une façon ou d'une autre, cette déclaration du fondateur n'est en rien obligatoire.

355. Par ailleurs, il existe des différences quant aux personnes concernées par ces différentes institutions.

⁵⁹⁶ Sur les conséquences de la donation-partage quant à la liquidation d'une succession, il est possible de se référer à l'article suivant : DUMAZER J., *Liquidation de succession en présence d'une donation-partage inégalitaire*, Defrénois, 28 février 2019, p. 16 qui rappelle que même en présence d'une donation-partage inégalitaire, si chacun des co-héritiers a reçu sa part de réserve, aucun ne pourra remettre en cause l'inégalité issue de la donation-partage.

⁵⁹⁷ Pour la grande variété des clauses qui sont insérées dans le "protocolo familiar", voir CREMADES GARCÍA P., *Sucesión mortis causa de la empresa familiar : la alternativa de los pactos sucesorios*, Editorial Dykinson 2014, p. 146 et s. : "El contenido de un PF puede incluir las siguientes cláusulas o pactos : 1. Sobre el gobierno o dirección de la empresa, como la creación de una Junta de Familiar y un Consejo de Familia. 2. Pactos sobre el acceso y salida de los miembros de la familia de la empresa, entre los que se encontrarían todos aquellos acuerdos relativos a la posibilidad de acceso de los miembros y los requisitos necesarios por ello, como la necesidad del puesto de trabajo, titulación, experiencia, previa en otra empresa o propuesta de algún órgano competente. 3. Pactos relativos a la propiedad de la empresa, como las clases de acciones o participaciones, régimen de transmisión de las mismas o autocartera, pactos relativos al régimen económico matrimonial de los socios y pactos relativos a la sucesión de la empresa familiar en las que se impone la obligación de testar de una forma determinada, par conservar la empresa en la familia. 4. Pactos relativos a las relaciones económicas entre la empresa y la familia con los criterios que han de regir la retribución y financiación de los socios, estableciendo un dividendo mínimo obligatorio salvo que existan pérdidas, o la concesión de préstamos por la sociedad a los socios (...)"

356. La donation-partage. La donation-partage a considérablement évolué avec la réforme des successions, par la loi du 23 juin 2006, notamment pour favoriser la transmission des entreprises familiales.⁵⁹⁸ Désormais, non seulement la donation-partage est possible au profit des héritiers présomptifs, au profit des petits-enfants (elle est alors transgénérationnelle), mais un tiers peut aussi participer à une donation-partage pour recevoir une entreprise et ce, quelle que soit sa forme sociale (entreprise individuelle ou société).⁵⁹⁹ La donation-partage a donc un champ d'application extrêmement large, puisqu'elle autorise la transmission de l'entreprise à titre gratuit au profit d'un tiers.⁶⁰⁰

Transformée par la réforme des successions et des libéralités de 2006, la donation-partage est une institution particulièrement souple et constitue un pacte de famille. Ainsi que l'indique M. le Professeur BRENNER : « Cette évaluation dérogatoire, qui constitue l'un des attraits majeurs de la donation-partage et un enjeu essentiel de sa qualification, repose sur un véritable pacte de famille : c'est l'accord de tous les réservataires présomptifs qui autorise avec l'aval de la loi, afin de sécuriser le règlement successoral convenu, l'entorse majeure faite aux principes habituels. Lorsque la concorde règne, une égalité figée au jour de l'acte peut ainsi être substituée à l'égalité minimale des vocations au jour de l'ouverture de la succession que garantit normalement la réserve, chaque copartageant faisant siennes les plus ou moins-values afférentes à son lot ».⁶⁰¹

⁵⁹⁸ MALAURIE (Ph.), BRENNER (C.), *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 8^e édition, LGDJ Lextenso 2018, n° 1062 sur la donation-partage d'entreprise : « La loi de 2006 a étendu la possibilité pour un entrepreneur de faire une donation-partage portant sur une entreprise individuelle à caractère industriel commercial, artisanal, agricole ou libéral qu'avait admis la loi de 1988. Dorénavant, un tiers peut aussi recevoir par donation-partage des droits sociaux d'une société exerçant une telle activité (art.1075-2) » ; Voir également RICHEMONT H., *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale portant sur la réforme des successions et des libéralités*, n° 343.

⁵⁹⁹ *Mémento Successions et libéralités 2019*, Éditions Francis Lefebvre, n° 370.

⁶⁰⁰ Sur l'intérêt de comparer la fiscalité de la donation-partage et de la cession, il est utile de se reporter au *Mémento Successions et libéralités 2019*, Éditions Francis Lefebvre, spécialement le n° 380. Il est intéressant de s'interroger sur l'intérêt pour le chef d'entreprise d'intégrer un tiers dans une donation-partage plutôt que de lui céder l'entreprise familiale. Mais la donation-partage qui intègre un tiers présente des avantages par rapport à la cession d'entreprise. En effet, il est possible de mettre à la charge de ce dernier le paiement de soultes au profit d'autres héritiers avec une fiscalité différente, parfois plus intéressante que celle résultant d'une cession. Par ailleurs, il faut préciser qu'un petit-enfant peut également prendre la qualité de tiers à l'opération lorsque la donation-partage n'est pas une donation-partage transgénérationnelle. ; TISSERAND-MARTIN A., *La donation-partage et la transmission d'entreprise*, Les Petites Affiches, 28 Juin 2007, p. 27-31. ; OLIVIER S., *La transmission anticipée du patrimoine : aspects civils et fiscaux*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n° 27, 6 Juillet 2012, art. 691.

⁶⁰¹ MALAURIE Ph., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 8^e édition, LGDJ Lextenso 2018, n° 1081.

357. Si les libéralités permettent une transmission ciblée de l'entreprise familiale, il n'en reste pas moins que les droits des personnes spécialement protégées par la loi ne doivent pas être négligés. Dans la détermination de ces droits, la transmission de l'entreprise familiale peut poser des difficultés d'évaluation. Si des mesures sont prises pour favoriser la transmission des entreprises, chacun des systèmes juridiques intégrant respectivement dans son droit les exigences du droit européen, il existe de fortes inégalités nationales. La France, avec la donation-partage, a favorisé la transmission de l'entreprise familiale.

TITRE II : LES STRATEGIES LIEES A L'ADMINISTRATION DE L'ENTREPRISE FAMILIALE

358. La transmission d'une entreprise familiale est avant tout l'expression d'une volonté individuelle, celle du dirigeant. Dans sa démarche, il peut souhaiter avantager un membre de sa famille, conjoint ou héritier, et rompre l'égalité entre eux. Ainsi qu'il a été exposé, il travaille sur son régime matrimonial, et dispose de l'outil des libéralités pour parvenir à ses fins.

359. Mais le dirigeant, dans sa démarche, peut également souhaiter maintenir les règles de dévolution légale et l'égalité entre les héritiers. Dans cette situation, la stratégie de planification consiste à modifier les règles de transmission du pouvoir dans l'entreprise, c'est-à-dire de son administration. Plusieurs options s'offrent au dirigeant qui passent soit par la seule prévision de l'administration de son entreprise (**Chap. I**), soit par la constitution d'un patrimoine d'affectation qui mettra l'entreprise à l'abri de toutes revendications (**Chap. II**).

CHAPITRE I : L'ADMINISTRATION DE L'ENTREPRISE SANS MODIFICATION DES REGLES DE DEVOLUTION LEGALE

360. L'entreprise familiale est un mode particulier d'organisation, créateur de richesse et d'emplois dans lequel la famille dispose d'un pouvoir de direction et de contrôle. C'est donc une organisation et un pouvoir, créateurs de richesse et d'emploi. Si le chef d'entreprise a pu anticiper le règlement de sa succession et la transmission de son patrimoine, il doit aussi organiser la transmission de son pouvoir, cette transmission pouvant être progressive. Si le chef d'entreprise n'a pas laissé les rênes de son outil de travail de son vivant et qu'il demeure à sa tête, se posera nécessairement la question de la transmission de ses prérogatives au moment de son décès. Cette période peut être critique pour la survie de l'entreprise, car le temps de l'entreprise n'est pas le temps du règlement de la succession. Il est nécessaire, pour la survie de l'entreprise, d'organiser cette période intermédiaire.

Pour ce faire, le chef d'entreprise dispose de plusieurs outils pour organiser la transmission de son pouvoir au sein des membres de sa famille.⁶⁰²

SECTION 1 : LES OUTILS DU DROIT DES SUCCESSIONS : L'ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

361. La question de l'administration de la succession est une question fondamentale lorsque, dans la succession, se trouve une entreprise et ce, quelle que soit sa forme sociale. Dans les systèmes de droit continental, au jour du décès du chef d'entreprise, son patrimoine est dévolu à ses héritiers qui disposent d'un délai pour accepter la succession. Si des mesures conservatoires sont envisageables, elles cadrent mal avec la nécessité de poursuivre l'activité

⁶⁰² CHAMPAUD C., DANET D., « Les stratégies de pérennisation du contrôle familial d'une entreprise (le cas français) », in *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, Éditions Larcier 2012, p. 271-307. Les auteurs exposent différentes stratégies envisageables pour transmettre le pouvoir et le contrôle dans l'entreprise.

de l'entreprise. Les différents pays étudiés ont adopté des outils qui, avec leurs spécificités, visent à permettre la transmission du pouvoir dans l'entreprise, même pour un temps limité.

§ 1. L'opposition de principe entre les différents systèmes juridiques :

362. Ainsi qu'il a été indiqué, il existe des différences fondamentales entre les systèmes juridiques de common law, spécialement le droit anglais et les systèmes dits de tradition continentale. Ces différences existent quant à l'administration et la transmission de la succession.⁶⁰³

363. Ainsi, dans les systèmes de droit de common law, la succession est une succession aux biens, tandis que dans les systèmes dits de droit continental, la succession est à la personne. Pour ces derniers, l'idée est qu'il ne saurait y avoir de patrimoine sans titulaire. Ainsi, dans les systèmes de droit continental, l'héritier prend possession des biens du défunt par l'effet du décès, de sorte qu'il peut immédiatement gérer le patrimoine du défunt. Le principe est celui de la saisine. En **droit français**, la saisine « permet à l'héritier de se mettre en possession sans investiture, ni contrôle judiciaire ». ⁶⁰⁴ Le **droit italien** est similaire au droit français et l'hérédité se transmet à l'héritier par l'effet du décès.⁶⁰⁵ Ainsi, en droit italien, l'héritier peut également prendre toutes les mesures provisoires et il n'a pas besoin d'une investiture légale pour être mis en possession des biens et des droits du défunt. Le **droit espagnol** connaît le même principe : l'héritier est mis en possession des biens du défunt par l'effet du décès, en application des dispositions de l'article 440 du Code civil espagnol.⁶⁰⁶ De son côté, le **droit allemand** connaît pareillement le mécanisme de la

⁶⁰³ PETITJEAN H., *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*, LGDJ 1959, spécialement p. 37 et s. L'auteur expose les différences fondamentales qui existent dans le règlement des successions en droit anglais et en droit français, notamment pour l'Angleterre, par l'existence d'un tiers chargé de liquider la succession : « La transmission en droit anglais se différencie de ce système par deux caractères, d'ailleurs étroitement liés : en premier lieu, la transmission s'effectue en deux étapes par le fait de l'interposition, entre le défunt et les bénéficiaires, d'un intermédiaire qui a reçu mission de liquider la succession comme un syndic liquide une faillite ; en second lieu, cette transmission en deux phases s'effectue par le moyen d'une procédure qui requiert nécessairement l'intervention des tribunaux et dont les opérations successives s'échelonnent dans le temps ».

⁶⁰⁴ MALAURIE Ph., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 8^e édition, LGDJ Lextenso 2018, n° 160 et s, spécialement pour une histoire de la saisine.

⁶⁰⁵ CASTAGNARO A., *Droit Comparé, Italie - Successions*, Jurisclasseur, Fascicule n° 20, n° 13.

⁶⁰⁶ GARCÍA RUBIO M.P., MEYER M.-E., *Droit Comparé, Espagne - Successions et donations*, Jurisclasseur, Fascicule n° 2, n° 13.

saisine.⁶⁰⁷ Au contraire, en **droit anglais**, la succession suppose l'intervention d'un tiers le « personal representative », « executor » ou « administrator », selon qu'il a été ou non désigné par le défunt dans son testament, de sorte que les biens du défunt sont dévolus aux héritiers après que la succession ait été liquidée.⁶⁰⁸

364. Cette différence fondamentale, à savoir la succession aux biens avec un tiers liquidateur et la succession à la personne a nécessairement une incidence lorsqu'une entreprise familiale compose en tout ou en partie le patrimoine du défunt. Des différences existent également au sein de chaque système juridique selon que l'entreprise familiale est exercée à titre individuel par le défunt ou bien en société.

365. Droit anglais. Plus précisément, en droit anglais, tout d'abord, le « personal representative » est chargé de liquider la succession du défunt, avant de la transmettre aux héritiers. L'administration de la succession est donc, a priori, assurée par celui-ci. Mais, s'agissant des entreprises, le principe est que le « personal representative » n'est pas en charge de la poursuite de l'activité du défunt.⁶⁰⁹ Ainsi, lorsque le défunt exerçait son activité dans le cadre d'un « partnership business », dans l'hypothèse où ses partenaires n'ont pas l'obligation de racheter la participation du défunt, le « personal representative » devra solliciter sa liquidation. Lorsque l'entreprise est exercée en société, le « personal representative » n'a pas la capacité de poursuivre la gestion de la société. Celui-ci détient les actions de l'entreprise. Il ne prend donc pas la direction de l'entreprise. Le principe de l'interdiction faite au « personal representative » de poursuivre l'activité économique du défunt trouve cependant des exceptions soit, parce que la poursuite de l'activité est nécessaire le temps de la liquidation de l'activité⁶¹⁰, soit pour respecter un engagement

⁶⁰⁷KORNICKER H.W., MARIT MANN A., *Droit Comparé, Allemagne - Droit civil - Successions et donations*, Jurisclasseur, Fascicule n° 25, n° 117 et 118 ; SCHWAB D., GOTTWALD P., LETTMAIER S., *Family and Succession Law in Germany*, 3^e édition, Wolters Kluwer 2017, n° 362.

⁶⁰⁸PARRY E.A., KERRIDGE R., *The Law of Succession*, Sweet & Maxwell, 2016, p. 439-458. Voir également PROBERT R., HARDING M., *Family and Succession Law in England and Wales*, Wolters Kluwer 2016, n° 596.

⁶⁰⁹ Voir en ce sens des décisions de principe : *Barker V Parker* (1786) 1 T.R. 287, 295 et également *Kirkman V Booth* (1848) 11 Beav. 273 cités dans KERRIDGE R., *The Law of Succession*, SWEET & MAXWELL, Tom REUTERS édition, 2016 ; PARRY E.A., KERRIDGE R., *The Law of Succession*, Sweet & Maxwell, 2016, n° 20-35, note n° 103. Voir aussi KING L., *Private Client: Wills, Trusts and Estate Planning 2018*, College of Law publishing 2018, spécialement p. 198.

⁶¹⁰ Voir en ce sens : *Dowse V Gordon* (1891) A.C. 190, 199 et *Garett V Noble* (1834) 6 Sim. 504 cités PARRY E.A., KERRIDGE R., *The Law of Succession*, Sweet & Maxwell, 2016, n° 20-35, note n° 110.

contractuel pris par le défunt⁶¹¹ ou bien, pour un temps limité, selon les souhaits du défunt exprimés dans un testament.

366. Il résulte de ce qui précède que, malgré les pouvoirs qui lui sont conférés⁶¹², la présence d'un « personal representative » n'est pas de nature à régler les problématiques liées à la poursuite de l'entreprise familiale, dès lors qu'il est chargé de liquider la succession et que ses missions sont, en substance, celles d'un « syndic (qui) liquide une faillite », pour reprendre l'expression éclairante de M. le Professeur PETITJEAN dans sa thèse pour le doctorat de 1959.⁶¹³ Cette situation explique que le chef d'entreprise préfère organiser sa succession dans le cadre d'un trust qui permet non seulement la poursuite de l'activité de l'entreprise familiale, mais évite également la publicité qui est attachée à la liquidation de la succession par un « executor ».

367. *Systèmes de droit continental.* Dans les systèmes juridiques dits de tradition de droit continental, soit l'Allemagne, l'Espagne, la France et l'Italie, la situation est très différente, puisque la succession est une succession à la personne et non aux biens, de sorte qu'il n'y a pas l'entremise d'un intermédiaire entre le défunt et ses héritiers. Le patrimoine du défunt est dévolu directement aux héritiers qui, tant qu'ils n'ont pas accepté la succession, ne peuvent que prendre des mesures conservatoires pour protéger le patrimoine. Se pose donc nécessairement la question de l'administration de la succession. Lorsqu'une entreprise familiale compose la succession du défunt, l'exigence de célérité de l'activité économique se heurte aux mécanismes du droit des successions, surtout en présence de plusieurs héritiers. L'entreprise familiale ne peut pas souffrir l'existence de désaccords entre les héritiers quant aux conditions de la poursuite de l'activité. Lorsque l'entreprise est exercée à titre individuel, se pose la question du repreneur. Lorsque l'entreprise est exercée sous une forme sociale, les héritiers deviennent propriétaires des actions ou parts sociales. Ce n'est que lorsque le défunt était chef d'entreprise et qu'il n'a pas organisé sa succession dans l'entreprise que les difficultés surviennent, puisqu'il sera nécessaire aux héritiers de nommer un nouveau

⁶¹¹ Voir en ce sens : Marshall V Broadhurst (1831) 1 Cr & J 403 ; Edwards V Grace (1836) 2 M& W 190 cités dans PARRY E.A., KERRIDGE R., *The Law of Succession*, Sweet & Maxwell, 2016, n° 20-35, note n° 109.

⁶¹² Sur les pouvoirs du "personal representative" il est utile de se référer à KING L., *Private Client: Wills, Trusts and Estate Planning 2018*, College of Law publishing 2018, spécialement p. 196.

⁶¹³ PETITJEAN H., *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*, LGDJ 1959, spécialement p. 37.

dirigeant. Dans toutes ces situations, l'absence d'anticipation est problématique pour la pérennité de l'entreprise qui ne peut pas faire les frais de dissensions entre les héritiers.

§ 2. Les rapprochements entre les différents systèmes juridiques et l'existence de mandats de gestion de la succession

368. Tous les pays qui appartiennent aux systèmes juridiques dits de droit continental connaissent l'institution de l'exécuteur testamentaire. Il s'agit de l'« Abwicklungsvollstrecker » du **droit allemand**, de l'« albaceas » du **droit espagnol**, ou bien encore de l'« esecutore testamentario » du **droit italien** et enfin de l'exécuteur testamentaire du droit français. Précisément **en France**, par la réforme du droit des successions et des libéralités du 23 juin 2006, le législateur a institué différents mandats pour faciliter l'administration de la succession⁶¹⁴ et pour éviter que les entreprises ne disparaissent à défaut pour les héritiers d'accepter la succession suffisamment rapidement avec les risques que cette acceptation comporte.⁶¹⁵ Le législateur de 2006⁶¹⁶ a institué le mandat à effet posthume⁶¹⁷, le mandat conventionnel et le mandat judiciaire. Les deux derniers mandats

⁶¹⁴ RICHEMONT (de) H., Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement de l'administration générale sur le projet de loi, ADOPTE PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE, portant réforme des successions et des libéralités, Session ordinaire du Sénat 2005-2006, Annexe au procès-verbal de la séance du 10 mai 2006. Le rapporteur expose que : « Le projet de loi tente de remédier au phénomène trop souvent constaté de dépérissement des biens successoraux, qu'il intervienne en raison d'une option tardive de l'héritier, d'une gestion difficile de l'indivision ou de l'incompétence des héritiers ».

⁶¹⁵ RICHEMONT (de) H. Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement de l'administration générale sur le projet de loi, ADOPTE PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE, portant réforme des successions et des libéralités, Session ordinaire du Sénat 2005-2006, Annexe au procès-verbal de la séance du 10 mai 2006, p. 29.

⁶¹⁶ AYNES A., *L'Administration de la succession par autrui*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 29, 18 juillet 2008, 1246.

⁶¹⁷ MALAURIE P., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 8^e édition, LGDJ Lextenso 2018, n° 169. ; BRENNER C., *L'Administration de la succession*, Defrénois 15 janvier 2017, p. 30-47 ; PÉRÈS C., VERNIÈRES C., *Droit des successions*, coll. Thémis Droit, PUF 2018, n° 600-603. ; WICKER G., *Successions - Mandats successoraux - Le mandat à effet posthume*, Jurisclasseur, 1^{er} février 2014, Art.812 à 812-7 du Code civil ; GRIMALDI M., *Le Mandat à effet posthume*, Defrénois, 15 janvier 2007, n° 1, p. 3. ; CALVET G., *Mandat à effet posthume et droit des sociétés : l'opportunité de la SAS*, Defrénois 2010, n° 6, p. 685. ; BOUQUEMONT A., *Le mandat à effet posthume appliqué aux titres sociaux*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 22, 30 mai 2014, 1209. ; CENAC P., CLERMON M., *Le « package successoral » du chef d'entreprise*, Cahiers de droit de l'entreprise n°3, mai 2008, 30. ; COMBRET J., *Le mandat à effet posthume : un acte manqué ?*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 29, 19 juillet 2013, 1191 ; FAVARIO T., *Le décès du dirigeant social, aspects de droit des sociétés*, Dalloz 2017, p. 1668.

sont moins innovants, car le mandat conventionnel est celui donné par tous les héritiers et présente donc un caractère contractuel, et le mandat judiciaire est celui donné par le tribunal.

Mais il faut immédiatement relever qu'il existe des différences entre les pays examinés, qui tiennent autant aux pouvoirs de ce tiers chargé par le défunt d'administrer la succession qu'à la durée de sa mission.

369. L'Allemagne. En Allemagne⁶¹⁸, le défunt peut désigner dans un testament un tiers chargé d'exécuter ses volontés,¹ « Abwicklungsvollstrecker ». En règle générale, il a pour mission d'exécuter les dernières volontés du défunt⁶¹⁹ et de répartir le patrimoine entre les héritiers. Les responsabilités confiées à l'administrateur sont très variées et, même lorsqu'il administre la succession, il en prend possession et peut en disposer. La seule limite est l'interdiction de faire des actes à titre gratuit, sauf pour l'exécution d'une obligation morale ou selon les circonstances.⁶²⁰ La durée de la mission de l'exécuteur testamentaire est également variable dans la durée puisque celle-ci peut s'étendre jusqu'à trente années et, si le défunt l'exprime dans son testament, jusqu'au décès de l'exécuteur ou de l'héritier.⁶²¹

Lorsqu'une entreprise compose en tout ou en partie le patrimoine du défunt, l'exécuteur testamentaire peut, lorsque l'entreprise est individuelle, poursuivre l'activité du défunt mais en son nom propre, soit également en qualité de représentant de l'héritier, précisément parce

⁶¹⁸ Sur le rôle de l'exécuteur testamentaire en droit allemand, il est utile de se reporter à l'ouvrage : SCHWAB D., GOTTWALD P., LETTMAIER S., *Family and Succession Law in Germany*, 3^e édition, Wolters Kluwer 2017, n° 454-459.

⁶¹⁹ Article 2203 du BGB : "*Der Testamentsvollstrecker hat die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen*", soit en français : « L'exécuteur doit exécuter les dernières volontés du testateur ».

⁶²⁰ Article 2205 du BGB : "*Der Testamentsvollstrecker hat den Nachlass zu verwalten. Er ist insbesondere berechtigt, den Nachlass in Besitz zu nehmen und über die Nachlassgegenstände zu verfügen. Zu unentgeltlichen Verfügungen ist er nur berechtigt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen*", soit en français : « L'exécuteur doit administrer la succession. En particulier, il a le droit de prendre possession de la succession et d'en disposer. Il n'a droit à des dispositions gratuites que dans la mesure où elles correspondent à une obligation morale ou à une considération à prendre à la convenance ».

⁶²¹ Article 2210 du BGB : "*Eine nach § 2209 getroffene Anordnung wird unwirksam, wenn seit dem Erbfall 30 Jahre verstrichen sind. Der Erblasser kann jedoch anordnen, dass die Verwaltung bis zum Tode des Erben oder des Testamentsvollstreckers oder bis zum Eintritt eines anderen Ereignisses in der Person des einen oder des anderen fort dauern soll. Die Vorschrift des § 2163 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung*", soit en français : « Une ordonnance prise en vertu de l'article 2209 devient inopérante si 30 ans se sont écoulés depuis la succession. Le testateur peut toutefois ordonner la poursuite de l'administration jusqu'au décès de l'héritier ou de l'exécuteur testamentaire ou jusqu'à la survenance d'un autre événement en la personne de l'un ou de l'autre. L'article 2163 (2) s'applique en conséquence ».

que ce dernier lui en aura donné le pouvoir. Lorsque l'entreprise est exercée sous une forme sociale, il peut intervenir plus facilement par le recours aux mécanismes du droit des sociétés.⁶²²

370. L'Italie. En Italie⁶²³, le défunt peut désigner un « *esecutore testamentario* », exécuteur testamentaire, qui sera chargé d'exécuter ses dernières volontés.⁶²⁴ Tout comme en droit allemand, il peut prendre possession des biens du défunt. Si la durée de la mission de « l'executore testamentario » n'est pas définie, le législateur fixe la durée maximale de la possession à une année, à laquelle est ajoutée une année supplémentaire avec une autorisation de justice.

371. L'Espagne. L'Espagne connaît également l'exécuteur testamentaire ou « *albaceas* », qui est régi par les dispositions des articles 892 et suivants du Code civil espagnol. Le testateur fixe dans son testament les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, le temps de sa mission. À défaut de précision, il a les pouvoirs qui sont définis à l'article 902 du Code civil espagnol.⁶²⁵

⁶²² SCHWAB D., GOTTWALD P., LETTMAIER S., *Family and Succession Law in Germany*, 3^e édition, Wolters Kluwer 2017, n° 458.

⁶²³ CASTAGNARO A., Droit Comparé, Italie - Successions, Jurisclasseur, Fascicule n° 20, n° 43-45.

⁶²⁴ Article 703 du Code civil Italien : "*L'esecutore testamentario deve curare che siano esattamente eseguite le disposizioni di ultima volontà del defunto. A tal fine, salvo contraria volontà del testatore, egli deve amministrare la massa ereditaria, prendendo possesso dei beni che ne fanno parte. Il possesso non può durare più di un anno dalla dichiarazione di accettazione, salvo che l'autorità giudiziaria, per motivi di evidente necessità, sentiti gli eredi, ne prolunghi la durata, che non potrà mai superare un altro anno. L'esecutore deve amministrare come un buon padre di famiglia (1176) e può compiere tutti gli atti di gestione occorrenti. Quando è necessario alienare beni dell'eredità, ne chiede l'autorizzazione all'autorità giudiziaria, la quale provvede sentiti gli eredi (Cod. Proc. Civ. 747 e seguenti). Qualsiasi atto dell'esecutore testamentario non pregiudica il diritto del chiamato a rinunciare all'eredità (519 e seguenti) o ad accettarla col beneficio d'inventario (484 e seguenti)*", soit en français : « L'exécuteur testamentaire doit s'assurer que les dispositions du dernier testament du défunt sont exécutées avec exactitude. À cette fin, à moins que le testateur ne veuille le contraire, il doit administrer la succession en prenant possession des biens qui lui appartiennent. La possession ne peut durer plus d'un an à compter de la déclaration d'acceptation, à moins que l'autorité judiciaire, pour des raisons de nécessité évidente, après avoir entendu les héritiers, prolonge sa durée, laquelle ne peut jamais dépasser une autre année. L'exécuteur doit administrer comme un bon père de famille (1176) et peut effectuer tous les actes de gestion nécessaires. Lorsqu'il est nécessaire de vendre des actifs du patrimoine, il demande l'autorisation de l'autorité judiciaire, qui fournit les héritiers (Cod. Proc. Civ. 747 et suivants). Tout acte de l'exécuteur testamentaire ne porte pas atteinte au droit de la personne appelée à renoncer à l'héritage (519 et suivants) ou de l'accepter au bénéfice d'un inventaire (484 et suivants). »

⁶²⁵ Article 902 du Code civil espagnol : "*No habiendo el testador determinado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes : 1.ª Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento ; y, en su defecto, según la costumbre del pueblo. 2.ª Satisfacer los*

372. La France. En France, selon les promoteurs de la réforme de 2006, l'introduction du mandat à effet posthume dans le droit positif instituait un mécanisme similaire à la fiducie-transmission que connaissaient d'autres pays et, partant, au trust très pratiqué dans les pays anglo-saxons. En cela, le législateur a entendu rapprocher le système juridique français des systèmes juridiques voisins. Il est toutefois curieux de noter que le mandat à effet posthume avait pour but d'introduire un mécanisme similaire à la fiducie-transmission, alors que cette dernière est interdite en France, comme cela sera exposé ci-après. S'il s'agissait de cela, il aurait été préférable d'admettre la fiducie-transmission en droit français, laquelle est réclamée par les professionnels. Bien plus, le mandat à effet posthume n'entraîne pas la dépossession des héritiers du patrimoine du défunt, à la différence d'autres systèmes juridiques de droit continental. Ainsi, en France, il suffit que les héritiers vendent le bien du défunt dont le mandataire a l'administration, pour mettre fin à sa mission. En effet, la mission du mandataire à effet posthume prend fin avec la vente du bien du défunt. En tout état de cause, sa mission reste limitée dans le temps, même si elle peut être prorogée, soit avec l'accord des héritiers, soit sur décision du Tribunal.

Malgré les critiques apportées au mandat à effet posthume⁶²⁶, celui-ci peut permettre d'éviter une situation de vacance à la tête de l'entreprise familiale au moment du décès du chef d'entreprise et constitue en ce sens un outil de planification successorale intéressant pour le chef d'entreprise.⁶²⁷ Si l'entreprise est individuelle, le mandataire à effet posthume prendra la place du défunt dans la gestion de l'entreprise. Lorsque l'entreprise est exercée sous forme

legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero. 3.ª Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él. 4.ª Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes" , soit en français : « Lorsque le testateur n'a pas spécialement défini les pouvoirs des exécuteurs, ceux eux-ci doivent : 1. organiser et payer le suffrage et les obsèques du testateur conformément aux dispositions de ce dernier figurant dans le testament ; et, à défaut, selon la coutume du peuple. 2. Satisfaire les legs qui consistent en espèces, avec la connaissance et l'approbation de l'héritier. 3. Surveiller l'exécution de tout ce qui est ordonné dans le testament et maintenir juste, sa validité devant et au-delà des tribunaux. 4. Prendre les précautions nécessaires pour la conservation et la garde du bien, avec l'intervention des héritiers présents ».

⁶²⁶ COMBRET J., *Le mandat à effet posthume : un acte manqué ?*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 29, 19 juillet 2013, 1191 ; AYNES A., *L'administration de la succession par autrui*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 29, 18 Juillet 2008, 1246.

⁶²⁷ CENAC P. et CLERMON M., *Le « package successoral » du chef d'entreprise*, Cahiers de droit de l'entreprise n°3, mai 2008, 30. ; CALVET G., *Mandat à effet posthume et droit des sociétés : l'opportunité de la SAS*, Defrénois 2010, n° 6, p. 685. ; BOUQUEMONT A., *Le mandat à effet posthume appliqué aux titres sociaux*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 22, 30 mai 2014, 1209.

sociale, le mandataire à effet posthume disposera de prérogatives sur les titres sociaux, mais il ne sera pas, sauf si cela a été envisagé et selon la forme sociale de l'entreprise, le dirigeant de l'entreprise. Ainsi, il peut s'avérer utile, dans le cadre d'une stratégie d'anticipation successorale, de modifier la forme sociale de l'entreprise, d'adopter la forme sociale de la société par action simplifiée qui autorise une grande liberté d'action de son dirigeant.⁶²⁸

373. Comparaison. La comparaison entre les différents systèmes juridiques permet de montrer que l'opposition de principe entre les systèmes juridiques de droit de common law et les systèmes juridiques de droit continental est beaucoup moins marquée par l'existence des mandats d'administration de la succession. Quant à l'administration de l'entreprise familiale pendant la période transitoire entre le décès du chef d'entreprise et la désignation de son successeur, les pouvoirs du « personnel représentative » sont limités, car celui-ci doit avant tout liquider la succession, ce qui est difficilement compatible avec la poursuite de l'activité. Dans tous les systèmes juridiques, seule la volonté du défunt permet la poursuite de l'entreprise familiale, soit parce qu'il a désigné son successeur de longue date (tiers ou héritier), soit, à défaut, parce qu'il a désigné un tiers pour gérer son entreprise pendant la période transitoire. Mais, dans tous les cas, la seule désignation d'un tiers chargé d'administrer une entreprise est insuffisante pour régler la question de son administration à compter du jour du décès du chef d'entreprise.

⁶²⁸ Il est particulièrement utile de se reporter à l'article suivant : CALVET G., *Mandat à effet posthume et droit des sociétés : l'opportunité de la SAS*, Defrénois 2010, n° 6, p. 685 qui permet de mesurer l'intérêt de la Société par Action Simplifiée au regard des autres formes sociales. En l'état actuel du droit français, seule cette forme sociale permet de désigner le mandataire à effet posthume comme dirigeant de la société.

SECTION 2 : LES OUTILS DU DROIT DES SOCIÉTÉS

374. Si, dans les stratégies d'organisation du transfert de l'avoir et/ou du pouvoir⁶²⁹ au sein des entreprises familiales, il est nécessaire de maîtriser les outils du droit des successions, il est tout aussi indispensable de connaître les mécanismes du droit des sociétés. La transmission d'une entreprise familiale est une opération complexe. Selon la structure de la famille et les objectifs poursuivis par le chef d'entreprise, il sera préalablement nécessaire de transformer l'entreprise familiale, de faire le choix d'une forme sociale et d'une organisation, voire même de constituer une nouvelle société, comme une société holding, dans le but de détenir, selon diverses modalités, l'entreprise familiale.⁶³⁰

§ 1. Le choix de la forme sociale pour favoriser la transmission du pouvoir

375. *L'exercice d'une activité à titre individuel.* Lorsque l'activité est exercée à titre individuel, il s'agit, le plus souvent, des plus petites entreprises qui ne sont pas structurées. Dans ce cas, le pouvoir et l'avoir se confondent, en ce sens que celui qui est propriétaire des

⁶²⁹ Sur la notion de pouvoir en droit de société, voir ROUSSEAU S., *Rapport Général, Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 62, 2012, Éditions Bruylant, Journées chiliennes, p. 23-47, spécialement p. 25-30. L'auteur, au travers des différents rapports dont il fait la synthèse, se livre à une tentative de définition de la notion de pouvoir dans les sociétés.

⁶³⁰ Le « Leverage Buy-Out » ou LBO est une opération de rachat d'une entreprise avec levier. Une société est constituée, dite société holding, laquelle va racheter une société, dite société cible, et l'emprunt contracté par la société holding pour le rachat des titres de la société cible va être remboursé au moyen des résultats de la société cible. Sur une définition de l'opération de LBO, voir : CATABELLE J.-M., CERINI J., *Transmettre ou reprendre une entreprise*, PRAT éditions, septembre 2018. ; également CATABELLE J.-M., CERINI J., *Reprise d'entreprise, trois montages financiers possibles*, Les Échos Société, 17 septembre 2019. Les auteurs citent la définition du LBO par l'AFIC : « Un LBO peut être défini comme l'achat d'une entreprise financée partiellement par emprunt, dans le cadre d'un schéma juridique spécifique et fiscalement optimisé » ; LE CANNU P., *Rapport de synthèse, Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 62, 2012, Éditions Bruylant, Journées chiliennes, p. 15. Il existe des formes spécifiques de LBO, telle le FBO ou « Family Buy-Out » dans le but de transmettre l'entreprise familiale. Pour réaliser cette opération complexe, il sera nécessaire d'utiliser des outils du droit des successions, tels que la donation, et la donation-partage en droit français et les outils du droit des sociétés pour distribuer l'avoir et le pouvoir de l'entreprise familiale au sein de la famille.

éléments de production est aussi celui qui détient le pouvoir de prendre des décisions.⁶³¹ Tous les systèmes juridiques étudiés comportent cette forme d'activité. **En France**, il s'agit de l'entrepreneur individuel qui exerce en nom propre. **En Angleterre**, il s'agit du « sole proprietorship ». L'on retrouve également cette forme d'exercice à titre individuel **en Espagne** avec le statut de travailleur autonome ou « autonomo », **en Italie** avec la « ditta individuale » et l'« Einzelunternehmen » en Allemagne. Dans tous les cas, il n'y a pas de séparation entre l'entreprise et l'entrepreneur.⁶³²

L'absence d'organisation structurée heurte parfois les objectifs du chef d'entreprise, qui peut vouloir transmettre le patrimoine que constitue l'entreprise tout en conservant sa direction ou encore des revenus.⁶³³ Aussi, l'une des premières opérations de planification de la transmission de l'entreprise familiale consiste dans une opération de structuration. Il est alors proposé au chef d'entreprise de faire le choix d'une forme sociale pour lui permettre d'anticiper la transmission de l'entreprise familiale en fonction de ses objectifs et de ses besoins.

376. Le choix de la forme sociale est donc une opération capitale de la transmission de l'entreprise familiale. Dans tous les pays soumis à l'étude, il existe une convergence des droits des sociétés avec des particularités nationales. Il existe deux séries de sociétés, à savoir : les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. En substance, pour le premier groupe, la personne des associés ou partenaires est capitale et en règle générale, la responsabilité de ceux-ci est le plus souvent illimitée, tandis que pour les sociétés qui appartiennent au second groupe, la responsabilité se trouve limitée.⁶³⁴ Il existe également

⁶³¹ CAHN A., DONALD D.C., *Comparative Company Law, Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press, 2^e édition 2018, p. 106.

⁶³² CREDA, *L'entreprise individuelle, Expériences européennes*, Librairies Techniques, 1978.

⁶³³ PRIEUR J., *Transmission d'entreprise et gestion de patrimoine*, Le Conservateur Les Échos, 2016 ; BERGER P., LATXAGUE J.-A., *La transmission des entreprises : règlements de successions et donations, égalité des enfants et partage, mise en société, filiation, scission et apport partiel, cession*, Nouvelles éditions fiduciaires, 3^e édition 1986 ; EZRAN-CHARRIÈRE N., *L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'Union européenne*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 373, LGDJ 2002.

⁶³⁴ Pour une étude des différents types de sociétés :

En Allemagne, voir TEICHMANN C., *Le pouvoir dans les sociétés en Allemagne*, in *Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 62, 2012, Éditions Bruylant, Journées chiliennes, p. 51-58. L'auteur distingue la société civile « Gesellschaft bürgerlichen rechts, GbR », la société commerciale « Offene Handelsgesellschaft-OHG », la société en commandite « Kommanditgesellschaft Kg », la société à responsabilité limitée « Gesellschaft mit beschränkter Haftung-GmbH » et la société anonyme

d'autres spécificités, qui tiennent notamment à la possibilité de désigner un successeur en cas de vacance du pouvoir de direction.⁶³⁵

377. L'exercice d'une activité en société. Pour les sociétés qui appartiennent au groupe des sociétés de personnes, le principe est celui de l'absence de transmission de la participation du défunt aux héritiers. Ceci résulte du fort « intuitu personae » entre les membres de l'organisation. Il est possible de prévoir des clauses particulières dans les statuts. En revanche, dans les sociétés dites de capitaux, le principe est inversé, à savoir celui de la libre transmission aux héritiers de la participation au sein de l'entreprise, sauf clauses particulières qui seraient plus restrictives.⁶³⁶

« Aktiengesellschaft AG ». CAHN A., DONALD D.C., *Comparative Company Law, Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press, 2^e édition 2018, p. 108-115 qui effectue une classification plus précise entre les partnership et corporations.

En Angleterre, CAHN A., DONALD D. C., *Comparative Company Law, Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press, 2^e édition 2018, p. 115-123. L'auteur distingue le « partnership », le « limited partnership » et le « limited liability partnership – LLP » et compare ces différents modes d'organisation de l'activité économique avec les structures germaniques. Sur les différentes structures juridiques, voir également : LE GALLOU C., WESLEY S., *Droit Anglais des Affaires*, coll. Précis Domat, LGDJ, 2018, p. 443-472.

En Italie, voir WEIGMANN R., *Le pouvoir dans les sociétés en Italie*, in *Le Pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 62, 2012, Éditions Bruylant, Journées chiliennes, p. 151-154.

⁶³⁵ Ainsi par exemple en France, dans les sociétés par actions simplifiée, il est possible d'insérer des clauses dans les statuts pour désigner un successeur au décès de l'associé fondateur qui est à la tête de l'entreprise familiale.

⁶³⁶ **En Italie**, lorsque le défunt exerçait son activité sous forme d'un partnership, les associés survivants ne sont pas contraints d'intégrer les héritiers du défunt, sauf clauses particulières, mais dans ce cas, ils doivent leur payer leurs droits. L'article 2284 du Code civil italien règle les problématiques liées à l'intégration des héritiers du défunt. FUSARO A., *Company Succession in the Latin Law Tradition using the Example of the Italian legal system*, in *Company Law and the Law of Succession, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Susanne Kalss Editor, 2015, p. 289-304, spécialement p. 299-300. La situation est inversée dans les sociétés de capitaux, sociétés à responsabilité limitée « societa a responsabilita limitata » ou société par actions « societa per azioni ». L'article 2469 du Code civil italien est le siège de la matière.

En Allemagne, la situation est similaire : SANDERS A., *Company Law and the Law of Succession in Germany*, in *Company Law and the Law of Succession, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Susanne Kalss Editor, 2015, p. 213-259.

En Angleterre : BALL J., *The interaction between Company Law and the Law of Succession in England*, in *Company Law and the Law of Succession, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Susanne Kalss Editor, 2015, p. 171-195, spécialement p. 184-187.

En France, pour les sociétés de personne, le principe est celui de la fin de la société par le décès d'un des associés. Pour les sociétés de capitaux, l'article 223-13 du Code de commerce prévoit que les actions de société anonymes et les parts de société à responsabilité limitée sont transmises aux héritiers, sauf clauses restrictives contraires.

Pour une étude comparative des clauses restrictives **en France, en Italie, en Espagne et en Allemagne** : MALBERTI C., VENTORUZZO M., *Limitations of the shareholder's right to transfer shares*, in *Comparative Company Law*, Mathias Siems & David Cabrelli editore, 2018, p. 429-469.

Une des formes d'anticipation peut donc consister dans l'introduction de clauses particulières dans les statuts constitutifs de l'entreprise pour favoriser largement ou bien pour cibler la transmission de l'entreprise familiale aux héritiers. Si l'introduction de clauses spécifiques constitue un moyen d'anticiper la transmission de l'entreprise familiale, la transmission de l'entreprise familiale ne prendra effet qu'au décès du fondateur. Une véritable stratégie de planification successorale suppose de prendre beaucoup plus de précautions et notamment de définir toute une série de mesures, pour certaines avec des effets immédiats et pour d'autres avec des effets différés. En règle générale, la propriété de l'entreprise familiale va être immédiatement transmise aux successeurs, du moins partiellement, tandis que le pouvoir va être redistribué ou conservé par le chef d'entreprise. Cette distinction de l'avoir et du pouvoir au sein de l'entreprise peut permettre au chef d'entreprise d'apprécier la capacité du successeur qu'il pense le plus apte à reprendre la direction de l'entreprise familiale ou bien de conserver le pouvoir de direction.

378. Le choix d'une structure sociale permet, sous certaines conditions et selon certaines modalités, de dissocier le pouvoir de l'avoir. L'avoir appartient aux associés, c'est la valeur de leur participation au sein de l'entreprise familiale. Le pouvoir s'exerce à deux niveaux : au niveau des associés, c'est la possibilité qui leur est offerte de participer aux votes, de désigner un dirigeant, de participer à toute prise de décision ; au niveau de la direction de l'entreprise, c'est la possibilité donnée au dirigeant de prendre toutes les décisions concernant l'entreprise.

379. *La société en commandite.* La société en commandite, simple ou par actions, permet d'aboutir à une séparation de l'avoir et du pouvoir au sein de l'entreprise.⁶³⁷ Cette forme sociale se caractérise par deux séries d'associés : les commandités et les commanditaires. Les premiers ont un rôle actif dans la direction de la société et ont une responsabilité illimitée, sauf en Allemagne⁶³⁸, tandis que les seconds ont un rôle passif et ne prennent pas

⁶³⁷ BLOUIN S., *La société en commandite en droit comparé et le pouvoir d'aliénation du commandité*, Thèse de doctorat de droit Privé, Paris II, 2004. CHARLIER P, CARTIER J.-B., *Les particularités de la société en commandite par actions au regard des conflits d'agence*, Fiscalité, Droit et Sciences de Gestion, 4^e Colloque international, décembre 2012, Marrakech, Maroc. halshs-00807573f. Dans cette étude, les auteurs analysent la société en commandite par action comme moyen, dans les sociétés familiales, de dissocier le pouvoir de la propriété du capital.

⁶³⁸ En Allemagne le commandité est une société à responsabilité ou GmbH.

part à la direction de l'entreprise. Cette forme sociale est donc un compromis entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. Cette forme sociale existe dans tous les pays étudiés. **En France**, la société en commandite simple est prévue par les articles L 222-1 et suivants du Code de commerce, et la société en commandite par actions résulte des articles 226-1 et suivants du Code de commerce. **L'Allemagne** connaît la société « Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Companie Kommanditgesellschaft – GmbH & Co KG », qui est une forme sociale très utilisée au sein de l'entrepreneuriat familial.⁶³⁹ De même, **l'Italie** dispose de la société en commandite, simple et par actions : « societa dans accomandita semplice sas »⁶⁴⁰ et « societa dans accomandita per azioni »⁶⁴¹, qui sont utilisées comme forme sociale des sociétés holding familiales par « les grandes familles patronales ».⁶⁴² **L'Espagne** possède également cette forme sociale, simple ou par actions : « sociedad en comandita simple »⁶⁴³ et « sociedad en comandita por acciones ».⁶⁴⁴ **L'Angleterre** a un équivalent de cette forme sociale avec le « limited partnership », qui se rapproche de la société en commandite simple.⁶⁴⁵

Aussi, le choix de cette forme sociale permet au chef d'entreprise de séparer l'avoir et le pouvoir en transmettant dès à présent et immédiatement une partie de son entreprise, tandis qu'il conserve le pouvoir. Cette structure est très utilisée en Allemagne et en Italie, mais également en France pour transmettre une entreprise familiale. Ainsi qu'il a été indiqué, s'agissant de l'Italie, cette forme sociale est également utilisée comme forme sociale des sociétés holdings familiales dans le cadre des opérations de transmission des entreprises

⁶³⁹ BOURGEOIS I., *Entreprises familiales : un rôle clef outre-Rhin*, Regards sur l'économie allemande, Bulletin économique du CIRAC, 82/2007, p. 31-34. L'auteur rappelle une étude réalisée par « l'Institut für Mittelstandsforschung » selon laquelle les sociétés en commandites seraient majoritairement familiales ; GUINERET-BROBBEL DORSMAN A., *La GmbH et Co. KG allemande et la SARL en commandite française : une illustration de la liberté contractuelle en droit des sociétés*, Thèse de doctorat de droit privé, Paris LGDJ, 1998.

⁶⁴⁰ Articles 2213 et suivants du Code de commerce italien.

⁶⁴¹ Articles 2254 et suivants du Code de commerce Italien.

⁶⁴² WEIGMANN R., *Le pouvoir dans les sociétés en Italie*, in *Le Pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 62, 2012, Éditions Bruylant, Journées chiliennes, p. 151-154.

⁶⁴³ Articles 145 à 150 du Code de commerce espagnol

⁶⁴⁴ Articles 151 à 157 du Code de commerce espagnol

⁶⁴⁵ Voir le Limited Partnership Act de 1907 ; LE GALLOU C., WESLEY S., *Droit Anglais des Affaires*, coll. Précis Domat, LGDJ, 2018, p. 449. Les auteurs exposent que le « Limited Partnership » comprend un associé qui supporte une responsabilité illimitée, il s'agit du « general partner », tandis que les autres ont une responsabilité limitée « limited partners ».

familiales.⁶⁴⁶ À titre d'exemple, **en France**, le groupe LAGARDÈRE, la société FINANCIÈRE PINAULT sont constitués en société en commandite par actions, de même que la société HERMÈS INTERNATIONAL, ODDO, MICHELIN ; **en Allemagne**, il est possible de citer BOSCH ou encore MERCK dans l'industrie pharmaceutique.

§ 2. Les opérations sur les participations dans l'entreprise

380. Si le choix d'une forme sociale est un moyen de séparer l'avoir du pouvoir dans l'entreprise, il existe toutefois d'autres mécanismes qui ne nécessitent pas de tels changements. Une stratégie de planification peut également consister dans l'aménagement des droits de vote au sein de l'entreprise. En principe, le droit de vote de l'associé est proportionnel à sa participation dans la société, mais des aménagements sont envisageables avec des différences selon les pays étudiés.⁶⁴⁷

381. Les droits de vote. Cette liberté laissée aux fondateurs d'organiser différentes catégories d'associés permet de répartir l'avoir et le pouvoir au sein de l'entreprise familiale. Selon les pays et les structures sociales, il est possible de conférer à certains associés des prérogatives particulières. Ainsi, **en France**, dans les sociétés anonymes, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés en commandite par actions, il est possible de conférer des droits particuliers à certains associés, de leur donner des droits de vote double, voire, pour d'autres associés, de leur retirer tout droit de vote. **En Allemagne**, la situation est différente, puisqu'il est impossible de créer des actions sans droit de vote et chaque associé doit avoir un droit de vote. Le fait de supprimer un droit de vote à une catégorie d'associés est une infraction pénale.⁶⁴⁸ **En Italie**, il est possible de constituer différentes catégories d'associés et de supprimer des droits de vote à certaines catégories. Toutefois, selon les différentes sociétés, il existe des limites à la liberté contractuelle. Ainsi, pour les sociétés par actions,

⁶⁴⁶ SEGOND V., *Les solutions pour éviter les empoignades entre les héritiers*, Le Monde, 16 février 2014. ; CHARLIER P., *La société en commandite par actions : un outil de transmission pour l'entreprise familiale cotée*, Revue Finance, Contrôle, Stratégie, 2014, 17-3.

⁶⁴⁷ Voir ROUSSEAU S., *Rapport Général, Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 62, 2012, Éditions Bruylant, Journées chiliennes, p. 23-47, spécialement p. 41-42.

⁶⁴⁸ TEICHMANN C., *Le pouvoir dans les sociétés en Allemagne*, in *Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 62, 2012, Éditions Bruylant, Journées chiliennes, p. 51-58. ; CAHN A., DONALD D. C., *Comparative Company Law, Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press, 2^e édition 2018, p. 577-582.

les dérogations ne peuvent pas dépasser la moitié du capital social.⁶⁴⁹ Compte tenu des contraintes qui existent selon les législations nationales, il est admis également, plutôt que de supprimer des droits de vote, de créer des actions avec des droits de vote double, ce qui permet également de distribuer le pouvoir au sein de l'entreprise. Mais, là encore, il existe des différences nationales selon que le droit national laisse ou non une grande liberté aux associés dans l'acte constitutif de la société.

382. Comparaison. La comparaison des systèmes juridiques a pour effet de montrer l'existence de différences quant à la liberté qui est laissée aux associés de s'organiser. Selon les pays et les structures sociales, la liberté des associés sera plus ou moins grande. De manière générale, quant aux droits de vote, il semble que l'Allemagne laisse une moindre liberté aux associés de s'organiser que les autres pays étudiés.⁶⁵⁰

383. Démembrement des participations. Il est également permis au chef d'entreprise désireux de planifier la succession de son entreprise de procéder au démembrement des participations⁶⁵¹. Tous les pays étudiés connaissent le mécanisme du démembrement du droit de propriété au travers de la constitution d'un usufruit.⁶⁵² Une partie des prérogatives attachées à la propriété des titres sociaux est transmise aux héritiers ou à des personnes désignées, tandis qu'une autre partie est, soit conservée par le chef d'entreprise, soit

⁶⁴⁹ WEIGMANN R., *Le pouvoir dans les sociétés en Italie*, in *Le Pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 62, 2012, Éditions Bruylant, Journées chiliennes, p. 152.

⁶⁵⁰ SYNDET H., Rapport Général, *Le pouvoir dans les sociétés en Italie*, in *Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome LXII, 2012, Éditions Bruylant, Journées chiliennes, p. 265-277, spécialement les p. 265-266.

⁶⁵¹ 108^e Congrès des notaires de France, *La Transmission*, Partie II, Les fondamentaux de la planification, n° 4016, Montpellier, du 23 au 26 septembre 2012.

⁶⁵² **En France**, le mécanisme de l'usufruit est prévu aux articles 578 et suivants du Code civil. L'article 581 du Code civil dispose que : « Il (c'est-à-dire l'usufruit) peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles ». Ainsi, rien n'interdit la constitution d'un usufruit sur des titres sociaux. **En Allemagne**, l'usufruit ou « *nießbrauch* » est prévu aux articles §§1030 à 1067 du BGB. La constitution d'un usufruit peut être révisé sur des droits sociaux et celle que soit la forme sociale de l'entreprise familiale : SANDERS A., *Company Law and the Law of Succession in Germany*, in *Company Law and the Law of Succession*, *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, éditions Susanne Kalss, 2015, p. 213-259, spécialement le n° 8.3. L'auteur examine les stratégies de transmission du pouvoir de direction au sein de l'entreprise familiale. Il expose que la question de la répartition du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propriétaire est discutée en doctrine car il est interdit de transmettre l'intégralité des droits liés à une part sociale, sans la part sociale. **En Espagne**, le démembrement de propriété peut également se réaliser au travers d'un usufruit qui est prévu aux articles 467 à 522 du Code civil espagnol et rien n'interdit de le constituer sur des parts sociales : CAMPOBASSO G., *Manuale di diritto commerciale*, Roma, Utet, 2012 ; GAMBINO A., SANTOSUOSSO D. U., *Fondamenti di diritto commerciale*, vol. 1, Torino, éditions GIAPPICHELLI, 2007.

transmise à d'autres personnes désignées, le plus souvent il s'agit de la nu-propriété. Dans cette hypothèse, le chef d'entreprise transmet une partie des prérogatives de propriétaire à ses héritiers et en conserve l'autre, car les droits qu'il conserve sont des droits viagers et, à son décès, ses héritiers nu-proprétaires disposeront de la pleine propriété des titres sociaux. La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE⁶⁵³ est venue préciser la répartition des droits de vote au sein des sociétés entre l'usufruitier et le nu-proprétaire. Hormis les décisions qui concernent l'affectation des bénéfices, pour lesquelles le droit de vote appartient nécessairement aux usufruitiers, les parties peuvent aménager entre elles, le droit de vote pour toutes les autres décisions⁶⁵⁴. Des accords peuvent donc être pris entre l'usufruitier et le nu-proprétaire, ce qui permet la mise en place d'une stratégie de planification successorale. Mais cette solution est limitée à la vie du dirigeant et ne permet pas la désignation de son successeur.

§ 3. Les pactes d'associés et leurs limites

384. Une autre solution pour séparer l'avoir du pouvoir au sein de l'entreprise consiste à conclure des accords entre les associés et ce, en dehors du fonctionnement de la société. Ceux-ci sont formalisés dans des pactes intitulés pactes d'associés. Ces pactes sont d'une grande diversité. Dans ces hypothèses, il existe donc deux séries de règles, les premières, découlant du contrat de société et les secondes, du pacte signé entre les associés. Comme le souligne très justement M. le Professeur SYNDET : « Le fonctionnement de la société obéit alors à deux conventions mises en parallèle : le contrat de société ; le pacte d'actionnaire ».⁶⁵⁵

⁶⁵³ La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE (Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises), JORF, n° 01119 du 23 mai 2019. COURET A., DONDERO B., *Loi Pacte et Droit des Affaires*, Éditions Francis Lefebvre, 2019.

⁶⁵⁴ Article 1844 alinéa 3 du Code civil : « Si une part est grevée d'un usufruit, le nu-proprétaire et l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives. Le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Toutefois, pour les autres décisions, le nu-proprétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier ».

⁶⁵⁵ SYNDET H., *Rapport Général, Le pouvoir dans les sociétés en Italie*, in *Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 62, 2012, Éditions Bruylant, Journées chiliennes, p. 265-277, spécialement p. 265.

385. Dans les pays étudiés, ces conventions extrastatutaires sont très fréquemment utilisées, soit parce que les associés n'ont pas la liberté d'insérer certaines dispositions dans les statuts constitutifs, c'est notamment le cas en Allemagne⁶⁵⁶, mais également parce que les associés souhaitent conserver la plus grande discrétion sur les accords pris entre eux, ce qui peut être le cas dans les sociétés familiales.

386. Par ailleurs, en raison de la qualité des associés dans les sociétés familiales, ces conventions peuvent se heurter, selon les dispositions qu'elles contiennent, à l'interdiction des pactes sur successions futures, spécialement en Espagne et en Italie, qui ont respectivement pris des dispositions particulières avec le « protocolo familiar » et « il patto di famiglia ».

387. Par l'intermédiaire de ces conventions extrastatutaires, dans les sociétés familiales, le dirigeant fondateur peut s'assurer du sens du vote des associés. À cet effet, il peut être intéressant d'insérer une convention de vote. Une convention de vote est une convention par laquelle les associés prennent l'engagement de voter dans un sens sur certaines résolutions, voire de ne pas participer aux votes. Particulièrement utiles, elles sont toutefois encadrées.

388. Par ailleurs, la portée de ces conventions extrastatutaires est discutée en cas de violation par l'un des associés de la convention au regard des statuts constitutifs.

389. Illustration. Les stratégies de transmission de l'entreprise familiale supposent l'accomplissement de différentes opérations, surtout lorsque l'entreprise familiale constitue l'essentiel du patrimoine du chef d'entreprise et qu'il y a plusieurs enfants. **En France**, si le chef d'entreprise veut transmettre l'entreprise à l'un de ses enfants, il peut utiliser l'outil de la donation-partage. Il va ainsi transmettre les titres de son entreprise à ses trois enfants, en propriété ou bien en démembrement de propriété, se réservant dans cette dernière hypothèse un usufruit sur les titres sociaux. A ce stade, les trois enfants sont propriétaires de

⁶⁵⁶ SYNDET H., *Rapport Général, Le pouvoir dans les sociétés en Italie*, in *Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 62, 2012, Éditions Bruylant, Journées chiliennes, p. 265-277, spécialement p. 265. Sur l'intérêt des pactes d'associés et des conventions de vote, voir également : APPENZELLERE H., *Stimmbindungsabsprachen in Kapitalgesellschaften : Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht*, édition Schulthess, 1996.

l'entreprise, ce qui satisfait aux règles impératives de la réserve héréditaire, mais ne permet pas au chef d'entreprise d'atteindre son objectif. Dans ce schéma, le chef d'entreprise doit constituer une nouvelle société dite « Holding » à qui l'enfant repreneur va apporter les participations qu'il a reçues dans le cadre de la donation-partage. Les deux autres enfants vont céder les participations qu'ils détiennent dans l'entreprise familiale à la société nouvellement constituée qui va, au moyen d'un prêt, leur en payer le prix. Les règles d'évaluation de la donation-partage permettent de stabiliser l'opération et le prêt bancaire permet aux autres héritiers d'être remplis de leurs droits. Bien évidemment, ce schéma général est susceptible de différentes variations puisque la cession et le paiement des parts de l'entreprise familiale ne sont pas nécessairement immédiats. Ceci peut nécessiter de conclure un pacte d'associé pour faciliter la gestion de l'entreprise par l'enfant repreneur. Dans les autres pays étudiés, il est possible de faire de même, mais une difficulté peut survenir avec les règles d'évaluation des donations avec une situation contrastée selon les pays étudiés. Le chef d'entreprise peut décider de conclure un pacte de famille, comme **en Allemagne**, ou bien un « protocolo familiar », comme **en Espagne** ou un « patto di famiglia », comme **en Italie**. Aujourd'hui il n'est pas possible de soutenir que les mauvais résultats de la France en terme de transmission des entreprises familiales tiendraient à des raisons juridiques. Cette illustration permet de démontrer le contraire.

CHAPITRE II : L'ADMINISTRATION DE L'ENTREPRISE AU MOYEN DE LA CONSTITUTION D'UN PATRIMOINE D'AFFECTION

390. Parmi les stratégies offertes au chef d'entreprise pour transmettre son entreprise, il est possible de lui proposer, selon les circonstances, de constituer un patrimoine d'affectation. Le trust est largement utilisé dans les pays anglo-saxons comme outil de gestion et de transmission de l'entreprise familiale.⁶⁵⁷ Mais dans les pays dits de droit continental, la situation est beaucoup plus contrastée.

L'opposition classique des systèmes juridiques anglo-saxons et des systèmes juridiques de droit continental est particulièrement pertinente à propos du trust qui est classiquement comparé, voire opposé à la fiducie du droit français⁶⁵⁸, à la « fiducia » du droit espagnol et du droit italien, au « Treuhand » du droit allemand. Du point de vue de la comparaison des systèmes juridiques, il est souvent expliqué la difficulté d'implanter le trust du système de droit anglo-saxon dans les systèmes juridiques de droit continental, de sorte qu'une analyse

⁶⁵⁷ KALSS S., *Company Law and The Law of Successions, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Springer, 2015, vol. 5, 2015. Spécialement sur le droit anglais, voir BALL J., *The interaction between Company Law and the Law of Succession in England*, in *Company Law and the Law of Succession*, Susanne Kalss Editor, coll. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Springer International Publishing Switzerland 2015, p. 171-195. L'auteur expose l'importance du trust comme mécanisme pour transmettre progressivement l'entreprise familiale et pour permettre à la génération future de prendre progressivement un rôle dans l'entreprise. Ce type de trust est appelé « family office », terme généralement utilisé en France pour dénommer la structure de gestion d'un patrimoine familial : "A particular use of the trust require mention for larger family businesses : This is the 'family office' where a trust is the vehicle to hold shares in a number of companies. Youngers members of the family can obtain varied experience in the family office of the management of different companies under the care of older members. Here the trust is a family business in its own right, but this is more normally a managerial form of joint ownership. Any liability or legal personality is likely to belong to the managed companies".

⁶⁵⁸ Sur la fiducie, voir : *Fiducie sur titres, les nouvelles perspectives*, Actes du colloque organisé le 22 octobre 2015 par l'Association Française des Fiduciaires, LGJD 2017. ; *La Fiducie : assise théorique et applications pratiques*, actes du colloque tenu le 28 septembre 2017 à l'Université Lyon 2, LexisNexis, juin 2018, SAVAGE V.N., *La fiducie sur parts et actions de sociétés, aspects juridiques et fiscaux*, Éditions Larcier 2015. ; ESTIENNY F., *La fiducie : aspects juridiques et fiscaux - Contribution à l'étude du patrimoine fiduciaire*, t. 60, Defrénois 2018 ; DANET D., LIGER A., *Pérennisation des entreprises patrimoniales : l'apport de la fiducie*, Revue Juridique de l'Ouest, n° spécial 2011. ; BARRIÈRE F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, LITEC, Bibliothèque du droit de l'entreprise, t. 66, 2004 ; BARRIÈRE F., *Fiducie*, Répertoire de Droit Civil, Dalloz ; IBARRA GARZA R., *La Protection du patrimoine fiduciaire-trust fund*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 553, LGDJ 2014. ; CHAUMEILLE A., *Le trust en droit français*, Dalloz Revues, AJDI 2011, p. 679-684.

du trust et des mécanismes fiduciaires des systèmes juridiques de droit continental est intéressante du point de vue de la transmission de l'entreprise familiale.

SECTION 1 : LE TRUST ET LA FIDUCIE COMME OUTILS DE TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE FAMILIALE

§ 1. Analyse comparative du trust et de la fiducie

391. *La notion de trust.* En droit anglais, le trust a vocation à régir une grande diversité de situations, lesquelles, dans les systèmes dits de droit continental, se déclinent sous différentes institutions. Cette première différence justifie de préciser ce qu'il faut entendre par trust pour distinguer le trust comme outil de gestion et/ou de transmission d'une entreprise familiale d'autres opérations. Or, immédiatement, il faut constater que la notion de trust se laisse difficilement saisir et que sa définition diffère selon qu'elle émane de juristes anglo-saxons ou bien de juristes de droit continental.

Ainsi, dans son ouvrage intitulé *The Law of trust*, M. KEETON définit ainsi le trust : “*All that can be said of a trust, therefor, is that it is the relationship which arises whenever a person called the trustee is compelled in equity it hold property, whether personal or real, and whether by legal or equitable title, for the benefit of some persons (of whom hem ay be one, and who are termed beneficiaries) or some object permittend by law, in such a way that the real benefit of the property accrues, not to the trustees, but to the beneficiaires or objects of the trust.*”⁶⁵⁹

Les juristes anglais s'accordent pour reconnaître qu'il est difficile, sinon impossible de donner une définition plus précise du trust. Ainsi, selon MAITLAND : « Lorsqu'une personne a des droits qu'elle est tenue d'exercer a) pour le compte d'une autre personne ou

⁶⁵⁹ KEETON G.W., SHERIDAN L.A., *The Law of Trusts*, 10th ed, London Professional Book, ltd, 1974, p. 5 cité par WATERS DONOVAN W.M., *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, The Hague Academy of international Law, p. 125.

b) pour l'accomplissement de quelque fin particulière, elle est dite avoir ces droits en trust (en confiance) pour cette personne ou à cette fin : et on l'appelle "trustee" ».660

392. Classification des trusts. Il existe une grande diversité de trusts et, de ce fait, de nombreuses classifications sont envisageables. Dans la décision *Cook vs Fountain* datant de 1676 et qui fait toujours autorité dans les pays de *Common law*, une classification des trusts a été établie entre les trusts créés par la volonté des parties et appelés « express trusts », et ceux qui sont le fait de la loi « implied trusts ».661 Il semble que dans les systèmes dits de droit continental, la définition du trust se limite à la définition des « express trusts ».

Ces « express trusts » se distinguent des « implied trusts », qui ne sont pas des trusts voulus par les parties, mais qui sont imposés par la loi ou par les juridictions. Ainsi, le « constructive trust » est un trust imposé par les juridictions pour saisir certaines situations non prévues/voulues par des parties.

Il est possible de classer ces différents « express trusts » selon leur finalité, par exemple. Ainsi, les « charitable trusts » se consacrent à la lutte contre la pauvreté, ce sont les « trusts for the relief of poverty » ; les « trusts for the advancement of education » favorisent l'instruction ; les « trusts for the advancement of religion », la religion et les « trusts to benefit the public », la communauté. Ces différents trusts remplissent des missions réalisées dans les systèmes dits de droit continental par d'autres institutions telles que les associations ou les fondations.

Le trust est également utilisé comme outil de transmission du patrimoine familial, soit par testament, c'est le « trust à cause de mort », soit du vivant du constituant, c'est le « trust inter vivos », et dans ce dernier sens et dans les pays de *common law*, c'est un outil de transmission de l'entreprise familiale.

⁶⁶⁰ WORTLEY B.A., *Le « trust » et ses applications modernes en droit anglais*, RIDC, vol. 14, n° 4, octobre-décembre 1962, p. 699-710. Sur les différents trusts, voir également ODY B., *De l'acceptation du trust dans l'instauration de la fiducie en France*, in DANET D., LIGER A., *Pérennisation des entreprises patrimoniales : l'apport de la fiducie*, Revue Juridique de l'Ouest, n° spécial 2011, p. 171-186, spécialement p. 183-185 sur l'histoire et les différentes catégories de trusts.

⁶⁶¹ WATERS DONOVAN W.M., *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, The Hague Academy of international Law, p. 210.

393. *L'express trust.* Pour s'en tenir aux « express trusts », il est possible de définir le trust comme une opération triangulaire dans laquelle une personne nommée « constituant » ou « settlor », propriétaire d'un patrimoine ou d'un bien, le transmet à une personne dénommée le « trustee », à charge pour cette dernière de l'administrer au profit d'un tiers, dénommé le bénéficiaire.⁶⁶² Si le « trustee » a la propriété dite « légale » sur les biens transmis, ces biens sont distincts de son patrimoine personnel et les intérêts du bénéficiaire du trust sont spécialement protégés. En droit anglais, le bénéficiaire est également propriétaire du patrimoine, mais en « équité » : il en a la possession équitable, ou « equitable ownership ». Le trust du droit anglo-saxon opère donc un démembrement original du droit de propriété, entre le « legal ownership » et l'« equitable ownership ». Ce démembrement original du droit de propriété est inconnu des systèmes de droit continental. Comme l'indique Mme REVILLARD, notamment, le « trust crée un démembrement de propriété inconnu du droit français ».⁶⁶³

Ce démembrement original, inconnu du droit français, pour reprendre les termes de Mme REVILLARD, et plus généralement des droits des systèmes juridiques de droit continental, rend difficile l'implantation de cette institution. En effet, ce démembrement heurte tout à la fois l'absolutisme du droit de propriété que le principe d'unicité du patrimoine développé par AUBRY et RAU⁶⁶⁴, pour ce qui concerne le droit français.

Pour autant, ces différents trusts de droit étranger ont été reçus par les systèmes dits de droit continental, et spécialement par les pays étudiés (Allemagne, Espagne, France⁶⁶⁵ et Italie).

⁶⁶² Parmi les nombreux ouvrages qui traitent du trust, pour une définition de cette institution, il est possible de citer GODECHOT S., *L'articulation du trust et du droit des successions*, Thèse, Éditions Panthéon Assas, Diffuseur LGDJ, 2004, n° 2.

⁶⁶³ REVILLARD M., *Stratégie de transmission d'un patrimoine international. Nouvelles perspectives*, coll. Expertise Notariale, Éditions Defrénois Lextenso, 2^e édition, 2016, n° 108.

⁶⁶⁴ AUBRY et RAU, *Droit civil français par ESMEIN P.*, Tome IX, 6^e édition, Librairies Techniques, 1953 ; HALPERIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 1996, p.66.

⁶⁶⁵ REVILLARD M., *Stratégie de transmission d'un patrimoine international. Nouvelles perspectives*, coll. Expertise Notariale, Éditions Defrénois Lextenso, 2^e édition, 2016, n° 109 et s. L'auteur cite des arrêts qui montrent que la jurisprudence a d'abord tenté d'assimiler le trust à des mécanismes internes du droit français, avant de reconnaître les spécificités du trust. Ainsi, l'auteur reprend un attendu d'un jugement du Tribunal de Grande Instance de Bayonne du 28 avril 1975 (rev. Crit. DIP 1976, p. 331) qui distingue précisément le trust du mandat.

Il s'agit de l'œuvre de la jurisprudence qui a été conduite à examiner et à reconnaître dans leur droit interne des situations constituées à l'étranger qui produisaient leurs effets, pour partie, dans un système de droit continental.

394. La Convention relative à la loi applicable et à son application au trust du 1^{er} juillet 1985 fournit une définition générale du trust en son article 2, en se gardant bien de se positionner sur les droits de propriété sur les biens transférés :

« Aux fins de la présente convention, le terme “trust” vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le trust présente les caractéristiques suivantes :

- a) Les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee,
- b) Le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee,
- c) Le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi. »

Cette convention n'a pas vocation à régir tous les trusts, mais seulement les « express trusts » puisque, en son article 3, il est clairement indiqué que : « La Convention ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit », ce qui laisse de côté les « implied trusts », spécifiques aux pays anglo-saxons.

Il faut également souligner l'article 6 de cette convention qui dispose que : « Le trust est régi par la loi choisie par le constituant (...) », ainsi que l'article 8 : « La loi déterminée par les articles 6 et 7 régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust (...) ». Ces dispositions permettent donc au constituant du trust, lorsqu'elles sont applicables, de désigner la loi applicable au trust, cette loi ainsi choisie permettant de régir tous les éléments de l'opération.

395. La Convention internationale de La Haye du 1^{er} juillet 1985 concernant les trusts a été ratifiée par la France, l'Italie et le Royaume-Unis, mais n'a été ratifiée ni par l'Espagne⁶⁶⁶ ni par l'Allemagne.⁶⁶⁷

396. Comparaison. De leur côté, certains des pays étudiés ont adopté une législation particulière pour instituer un mécanisme proche du trust dans leur droit interne, mais avec un périmètre beaucoup plus réduit que celui du trust des pays anglo-saxons. Il s'agit de la France et de l'Italie, alors que les autres (Allemagne et l'Espagne) n'ont pas adopté de législation spécifique. Ce deuxième critère de classification des pays, selon qu'ils ont adopté ou non une législation particulière, est intéressant du point de vue du droit comparé. Mais il faut être particulièrement vigilant car cette distinction ne traduit pas, ou mal, l'utilisation du trust dans chacun de ces pays.

397. La France. En France, la loi n° 2007-211 du 19 février 2007⁶⁶⁸ a institué la fiducie.⁶⁶⁹ Cette loi a été modifiée à plusieurs reprises⁶⁷⁰ et des modifications sont encore en perspective. L'article 2011 du Code civil définit la fiducie comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des 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 ». Le champ d'application de

⁶⁶⁶ CAMARA LAPUENTE S., *Trust in spanish law*, sous la direction de CUMYN C., *La Fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Éditions BRUYLANT 1999, p. 194.

⁶⁶⁷ Voir la liste des États signataires de la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 accessible par Internet : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=59>.

⁶⁶⁸ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007, instituant la fiducie, publiée au JORF du 21 février 2007. La nécessité d'introduire la fiducie en droit français a été justifiée, principalement par la concurrence des droits et la nécessité pour la France, de se doter d'un outil suffisamment pertinent pour concurrencer la fiducie. Comme le rappelle GODECHOT S., *L'articulation du trust et du droit des successions*, Thèse, Éditions Panthéon Assas, Diffuseur LGDJ, 2004, certaines industries françaises ont été contraintes d'utiliser un trust (par exemple, Citroën ou bien encore la Française Des Jeux lors de sa participation à l'opération EuroMillions).

⁶⁶⁹ Il faut toutefois relever qu'avant la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 qui a instauré la fiducie en droit français, il existait des mécanismes fiduciaires : voir en ce sens notamment WITZ V.C., *Fiducie en droit privé français*, Thèse dactylographiée, Strasbourg III, 1979 et *La fiducie en droit privé français*, Economica 1981. Voir également BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit International privé*, tome II, partie spéciale, coll. Thémis Droit, 4^e édition, PUF, n° 707 et s., spécialement l'état des questions pour la bibliographie.

⁶⁷⁰ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite loi de modernisation de l'économie ; Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, portant diverses mesures relatives à la fiducie ; Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, portant réforme du droit des entreprises en difficulté ; Ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention et l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme ratifiées par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

la fiducie, tel qu'il résulte de l'article 2011 du Code civil, est beaucoup plus restreint que celui du trust. Le législateur a clairement exclu la fiducie comme outil de transmission du patrimoine pour la circonscrire aux opérations de gestion et de sûreté.⁶⁷¹

398. L'Italie. En Italie⁶⁷², la loi n° 51 du 23 février 2006 qui a converti le décret-loi n° 273 du 30 décembre 2005, est venue instituer « il negozio di destinazione » ou « acte de destination », en introduisant un article 2645 ter dans son Code civil⁶⁷³ : *“Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone physiques ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono*

⁶⁷¹ Il est intéressant de se reporter à la proposition de loi instituant la fiducie déposée le 8 février 2005 par M. MARINI, ainsi qu'aux travaux et aux conclusions de la Commission des lois, puis enfin au « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Philippe MARINI instituant la fiducie », établi par RICHEMONT (de) H.. Ces travaux montrent clairement le domaine de la fiducie en tant qu'outil de gestion et de sûreté, à l'exclusion de la transmission du patrimoine. Pour les sénateurs, à l'époque, la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme du droit des successions et des libéralités, avec le mandat à effet posthume et les libéralités graduelles et résiduelles a clairement diminué l'intérêt de la fiducie comme outil de transmission du patrimoine. Pour un point de vue étranger : DOUGLAS J., *Trust And Their Equivalents In Civil Law Systems: Why did the French introduce the fiducie into civil code un 2007? What might its effects be? The WA Lee Lecture 2012*, QUT Law Review, sept. 2013, disponible sur Internet : <https://doi.org/10.5204/qutlr.v13i1.531>

⁶⁷² GRAZIADEI M., *The development of Fiducia in Italian and French Law from the 14th Century to the end of the Ancien Régime*, in *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Edited by HELMHOLZ R. et ZIMMERMANN R., Dunker & Humblot, 1998, p. 327-359.

⁶⁷³ RICHEMONT (de) H., « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Philippe MARINI instituant la fiducie », p. 20 : « En dernier lieu, l'Italie a introduit, par la loi n° 51 du 23 février 2006, la fiducie dans son droit interne. L'article 2645 ter du Code civil italien prévoit en effet la possibilité de créer, pour une durée maximale de quatre-vingt deux ans ou jusqu'au décès du bénéficiaire, un patrimoine séparé du patrimoine d'une personne juridique déterminée, soumis à des conditions de « destination ». Ce dispositif nouveau permet de dépasser les possibilités jusqu'alors offertes par l'article 1344 du Code civil italien qui, tout en permettant le *negozio fiduciario*, n'admettait pas l'autonomie totale du patrimoine d'affectation ». DAPEI C., *Italie - L'article 2645 ter du Code civil italien et la loi du 19 février 2007 relative à la fiducie au regard du trust*, disponible sur Internet : <https://blogs.parisnanterre.fr/content/italie-1%E2%80%99article-2645-ter-du-code-civil-italien-et-la-loi-du-19-f%C3%A9vrier-2007-relative-%C3%A0-la-f>

costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo”.

Cette disposition a été très commentée en doctrine, notamment pour déterminer s’il s’agissait de l’introduction d’un trust à l’italienne, car les conditions de constitution de ce patrimoine de destination sont particulièrement restrictives.⁶⁷⁴ Il ne faudrait toutefois pas conclure trop rapidement que le trust n’est pas utilisé en Italie parce que l’article 2645 ter du Code civil est très restrictif. En effet, la Convention de La Haye sur le trust, spécialement les articles 6 et 8, a été largement utilisée en Italie pour constituer des trusts de droit interne qui étaient soumis au droit anglais.⁶⁷⁵

⁶⁷⁴ Voir en ce sens, la 3^e convention des juristes de la Méditerranée qui s’est tenue à Rome les 7-8-9 Juin 2010, spécialement, la transmission de l’entreprise à titre gratuit en droit italien, accessible sur le site de la fondation pour le droit continental : les intervenants rappellent que l’acte de destination ne règle que très partiellement les questions liées au trust à la différence de la fiducie.

⁶⁷⁵ KOESSLER J., *Is There Room for the Trust in a Civil Law System ? The French and Italian Perspectives*, march 2012, disponible sur Internet : <http://www.jameskoessler.com/wp-content/uploads/2012/08/Trust-in-Civil-Law.pdf>. L’auteur rapporte qu’entre 1992, date de ratification de la convention de La Haye par l’Italie et 2002, plus de 200 décisions ont été rendues en Italie sur le trust, ces décisions concernant en grande majorité des trusts de droit interne. Lors de la constitution du trust, le constituant avait désigné la loi anglaise pour régir le trust. Voir également BERLINGUER A., *Trust et fiducie en Italie*, Revue Dalloz 2008, n° 9.

399. L'Espagne. En Espagne⁶⁷⁶, la fiducie n'a pas été intégrée à la loi avec un statut spécifique⁶⁷⁷, mais des opérations fiduciaires sont admises, soit à titre de gestion (« fiducia cum amico »), soit à titre de crédit (« fiducia cum creditore »).⁶⁷⁸

400. L'Allemagne. En Allemagne, s'il n'existe pas de statut général à l'image du trust ou de la fiducie, il est possible d'aboutir à des résultats proches de certaines fonctions du trust/de la fiducie, avec le « gemeinsamer Vertreter » et le « Anleihetreuhänder », par exemple. Le droit allemand connaît également des libéralités qui peuvent s'analyser en tant qu'opérations fiduciaires. Avec la « fiduziarische Treuhand »⁶⁷⁹ (fiducie fiduciaire), il est ainsi possible d'aboutir à des résultats similaires au trust.⁶⁸⁰ Dans l'institution de la « Treuhand »⁶⁸¹, les biens sont transférés au « Treuhänder » qui en devient propriétaire. Celui-ci est lié par un

⁶⁷⁶Pour une comparaison de la fiducie et du trust, il est utile de se référer à SANCHEZ R., MORALEJO IMBERNON N., *Property and Trust Law in Spain*, Wolters Kluwer 2011, spécialement n° 242 : "As stated above (see General Introduction), although the institution of trust is unknown in Spanish Law, some other institution of fiduciary nature that can fulfil a function very similar to the trust's one are admitted in our legal order. Nevertheless, there are noticeable differences between trust and those other fiduciary mechanism" ; voir également n° 72 : "In Spanish law, as occurs in most civil law countries, some fiduciary mechanisms with exceptional character are admitted basically in the field of successory law. Nevertheless, the trust is alien to our legal tradition and there are not any statutory rules on it. It is even said that the hypothetical admission of trust in Spain's legal system would be very difficult because it goes against several basic principles of the patrimonial civil law."

⁶⁷⁷Il faut toutefois préciser que dans la Communauté autonome de Navarre, il existe des dispositions particulières, voir en ce sens CAMARA LAPUENTE S., *Trust in spanish law*, sous la direction de CANTIN CUMYNN C., *La Fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Éditions BRUYLANT 1999, spécialement, p. 191-235. Voir également TUDELA CHORDA S., *Negocio fiduciario y simulacion*, Departamento de derecho civil, UNED, Thésis 2015, consultable sur Internet : http://espacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Studela/TUDELA_CHORDA_Sergio_Tesis.pdf. De même, la Communauté autonome d'Aragon a adopté des dispositions particulières, en matière fiscale avec la Loi 15/2018 du 22 novembre sur l'imposition de la fiducie aragonaise sur l'impôt sur les successions et les donations, consultable sur Internet : http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/633258-l-15-2018-de-22-nov-ca-aragon-tributacion-de-la-fiducia-aragonesa-en-el-impuesto.html.

⁶⁷⁸ ARROYO MARTINEZ I., *Trust and the civil Law*, Louisiana Law Review, vol. 42, n° 5, 1982, p. 1709-1720.

⁶⁷⁹ KOTZ H., *Trust in germany*, in *La Fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, sous la direction de CUMYNN C., Éditions Bruylant, 1999, spécialement, p. 175-189. Voir également WURDINGER H., *The German Trust*, Journal of Comparative Legislation and International Law, vol. 33, No. 3/4 (1951), p. 31-40.

⁶⁸⁰ C'est avec une certaine prudence qu'il faut considérer les propos des auteurs qui considèrent que les trusts seraient très répandus en Allemagne. Voir en ce sens DANET D., LIGER A., *Pérennisation des entreprises patrimoniales : l'apport de la fiducie*, Préface, Revue Juridique de l'Ouest, n° spécial 2011, p. 14.

⁶⁸¹ HELMHOLZ R., ZIMMERMANN R., *Views of Trust and Treuhand : An introduction*, in *Itinera Fiducia, Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Edited by HELMHOLZ R., ZIMMERMANN R., Dunker & Humblot, 1998, p. 27-44.

contrat, en général un mandat avec le constituant, pour administrer le bien ainsi transféré.⁶⁸² Il ne faut pas la confondre avec le « Treuhand » ou « Treuhandastalt » qui était un organisme créé par la loi du 17 juin 1990 chargé de la privatisation des biens en Allemagne lors de la réunification.

401. Comparaison. Parmi les systèmes juridiques étudiés, il existe ainsi des différences fondamentales entre le trust des pays de common law et la fiducie ou les mécanismes fiduciaires des systèmes de droit continental qui tiennent à l'éclatement de la propriété qui est opéré par l'existence, en Angleterre de deux systèmes juridiques distincts (système juridique de *common law* et système juridique de l'« equity » qui confèrent des droits concurrents entre propriété légale et propriété « équitable »).⁶⁸³ Cet éclatement provoque des résistances dans les pays de droit continental⁶⁸⁴, en raison, d'une part, du caractère absolu du droit de propriété⁶⁸⁵, et d'autre part de la notion d'unité du patrimoine.

Ainsi, il existe une différence significative entre les pays dits de droit anglo-saxon et les pays dits de droit continental puisque, si les premiers connaissent l'institution du trust qui joue un très grand rôle, les seconds sont plus réservés, soit parce qu'il n'y a pas de statut spécifique pour le trust (tel l'Espagne ou l'Allemagne), soit, lorsqu'il existe une « fiducie » (comme la France et l'Italie), celle-ci est étroitement encadrée. S'agissant de l'Italie, il faut préciser que la Convention de La Haye sur le trust occupe une place importante dans l'utilisation du trust.

Tous les pays qui appartiennent aux systèmes de droit continental connaissent des mécanismes qui permettent d'aboutir à des résultats proches de ceux du trust. Selon les pays

⁶⁸² Pour un examen plus détaillé du treuhand, il est possible de se référer à l'article de GELTER M. et HELLERINGER G., *Fiduciary Principles in European Civil Law Systemes*, in *Fodham University School of Law*, Oxford Handbook of Fiduciary Law, mars 2018.

⁶⁸³ ODY B., *De l'acceptation du trust dans l'instauration de la fiducie en France*, in DANET D., LIGER A., *Pérennisation des entreprises patrimoniales : l'apport de la fiducie*, Revue Juridique de l'Ouest, n° spécial 2011, p. 171-186. Voir également IBARRA GARZA R., *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 553, LGDJ 2014, n° 5 ; BOLGAR V., *Why NoTrusts In The Civil Law?*, The American Journal of Comparative Law, vol. 2, Issue 2, Spring 1953, p. 204-219 ; GODECHOT S., *L'articulation du trust et du droit des successions*, Thèse, Éditions Panthéon Assas, Diffuseur LGDJ, 2004, p. 18.

⁶⁸⁴ MILO M., SMITS J., *Trusts in Mixed Systemes : A challenge to Comparative Trust Law*, European Review of Private Law, vol. 3, 2000, p. 421-426.

⁶⁸⁵ TOSI-DUPRIET I., *La fiducie-gestion, un cas de pouvoir sans propriété*, Études en l'honneur du Professeur Marie-Laure MATHIEU, Éditions Bruylant 2019, p. 819-841.

étudiés, l'institution de droit anglo-saxon qu'est le trust est éclatée en diverses institutions,⁶⁸⁶ associations et fondations, notamment.

§ 2. Le trust et la fiducie comme outils de transmission de l'entreprise familiale

402. Rôle du trust. Ainsi qu'il vient d'être précisé, l'utilisation du trust est très large dans les pays anglo-saxons et le trust remplit de nombreuses fonctions. Il est à la fois un outil de gestion, un outil de garantie et un outil de transmission du patrimoine. Si la fiducie est un outil de gestion ou de garantie⁶⁸⁷, elle est rarement un outil de transmission de l'entreprise familiale, ne serait-ce que parce que la fiducie-transmission est largement prohibée dans les États qui ont adopté une législation globale sur l'institution.

Le trust joue un rôle primordial dans la gestion et la transmission du patrimoine du chef d'entreprise.⁶⁸⁸ Dans son cours sur le trust, M. WATERS donne plusieurs exemples d'utilisation du trust en tant que véhicule pour réaliser certains objectifs du chef d'entreprise. Il en va ainsi du trust constitué pour gérer l'entreprise familiale, mais également pour transmettre son patrimoine. Le trust est un instrument juridique particulièrement souple, capable de s'adapter aux différentes situations. Ainsi, l'auteur prend l'exemple d'un propriétaire d'une entreprise, âgé de 60 ans et père de trois enfants, dont l'un serait en mesure de reprendre l'entreprise familiale. La stratégie de planification consiste à transférer l'entreprise familiale à un trustee. En principe, le trustee ne doit pas avantager l'un des

⁶⁸⁶ IBBETSON D., *The Edinburgh Law Review*, vol. 4, 2000, p. 244-247, à propos de l'ouvrage *Itinera fiduciare, Trust and Treuhand in historical perspective*, Édition Richard Helmholz & Reinhard Zimmermann Berlin, Duncker & Humblot, 1998. *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, Band 19.

⁶⁸⁷ BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit International privé*, tome II, partie spéciale, coll. Thémis Droit, 4^e édition, PUF, n° 706 ; CHAMPAUD C., *La fiducie-entreprise*, *Revue juridique de l'Ouest* 2011, p. 199-224 ; TANDEAU MARSAC (de) V., *La pratique de la fiducie dans les pays de droit civil*, *Revue Juridique de l'Ouest* 2011, p. 162-170.

⁶⁸⁸ À propos du rôle du trust, il est possible de se reporter à l'article de ODY B., *De l'acceptation du trust dans l'instauration de la fiducie en France*, in DANET D., LIGER A., *Pérennisation des entreprises patrimoniales : l'apport de la fiducie*, *Revue Juridique de l'Ouest*, n° spécial 2011, p. 171-186. L'auteur reprend dans son article les propos de LEPAULLE P., *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau, 1932, VII-463, p. 114. LEPAULLE P. est également cité dans IBARRA GARZA R., *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 553, LGDJ 2014, n° 4, et sa note de bas de page n° 20.

héritiers par rapport aux autres, à moins qu'il ait reçu des instructions contraires. Ainsi, avec des instructions précises de la part du settlor, le trustee doit effectuer un partage inégalitaire entre les enfants, l'enfant repreneur récupérant, par exemple, 50 % de l'entreprise, et chacun des autres enfants 25 %.⁶⁸⁹ L'enfant repreneur pourra ensuite racheter la participation de ses frères et sœurs.

403. Le chef d'entreprise peut également anticiper la transmission de son entreprise en intégrant progressivement l'enfant repreneur au sort de l'entreprise. À cette fin, le chef d'entreprise peut transférer son entreprise à un trustee après avoir interposé une société holding qui détiendra le pouvoir de contrôle de l'entreprise et dont il restera l'unique associé. Ainsi, le chef d'entreprise conserve le pouvoir de direction de l'entreprise et, par l'intermédiaire d'un trust, il peut transférer l'entreprise, ce qui va générer des revenus à ses enfants. Ensuite, il va progressivement transférer le pouvoir dans l'entreprise à l'enfant qu'il juge capable de reprendre l'entreprise familiale. Pour le chef d'entreprise, ce montage est également l'occasion de vérifier le bon fonctionnement du trust avant son décès.

404. Ces montages juridiques ne soulèvent pas de grandes difficultés au regard du droit des successions dans la mesure où, en Angleterre, il n'y a pas de réserve héréditaire. Certes, il existe, selon la formule de M. BONOMI, un « équivalent fonctionnel » avec la notion de « family provision »⁶⁹⁰, mais les règles d'octroi sont largement distinctes de la réserve héréditaire des systèmes de droit continental. Il serait intéressant d'examiner la réception du trust en Écosse qui connaît une réserve héréditaire pour envisager les modalités sous lesquelles l'entreprise familiale est transmise par le chef d'entreprise à ses héritiers.

405. *La fiducie-transmission.* À la différence des pays anglo-saxons, la fiducie-transmission n'est pas admise en droit français⁶⁹¹, pas plus qu'elle ne l'est en droit italien, de

⁶⁸⁹ WATERS DONOVAN W.M., *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, The Hague Academy of international Law, p. 293-296.

⁶⁹⁰ Voir en ce sens notamment, PARRY E.A., KERRIDGE R., *The Law of Succession*, Sweet & Maxwell, 2016, p. 183-238.

⁶⁹¹ Voir sur l'interdiction de la fiducie-transmission, l'article de BARREAU C., *Pérennisation des entreprises « personnelles » et séparation patrimoniale*, in DANET D., LIGER A., *Pérennisation des entreprises patrimoniales : l'apport de la fiducie*, Préface, Revue Juridique de l'Ouest n° spécial 2011, p. 25-76. L'auteur rappelle que des outils créés lors de la réforme du droit des successions et des libéralités de 2006 permettent de compenser l'absence de fiducie-transmission, comme le mandat à effet posthume et les libéralités graduelles et résiduelles. Pour d'autres auteurs dont BOUTEILLE M., *La fiducie, un potentiel inexploité*, in DANET D.,

sorte que tout débat pourrait être clos et la comparaison pourrait s'arrêter immédiatement. Les auteurs expliquent la méfiance du législateur français à l'égard de la fiducie-libéralité par des raisons de fraude : aux règles du droit des successions et des libéralités, notamment les atteintes qui pourraient être portées à la réserve héréditaire, aux règles fiscales en termes de perception des droits.⁶⁹²

406. Droit français. Ainsi, en droit français, le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale.⁶⁹³ À cette nullité d'ordre public, comme l'indique l'article 2013 du Code civil, s'ajoutent des sanctions fiscales prévues à l'article 792 bis du Code Général des Impôts.⁶⁹⁴ Toutefois, cette interdiction de principe pourrait être contournée en partie au moyen des libéralités.

La stratégie de planification successorale consiste à utiliser plusieurs outils, à savoir, en l'occurrence, la libéralité, le contrat de société et la fiducie, pour parvenir au résultat souhaité. Dans cette hypothèse, le chef d'entreprise constitue une convention de fiducie. Il va interposer une société dont les parts pourraient être transmises par voie de donation.

407. Une seconde solution consiste, pour le chef d'entreprise, à réaliser une donation avec une charge, celle de constituer une fiducie.⁶⁹⁵ Ce mode de transmission peut présenter un

LIGER A., *Pérennisation des entreprises patrimoniales : l'apport de la fiducie*, Revue Juridique de l'Ouest n° spécial 2011, p. 189-197, le mandat à effet posthume et les libéralités graduelles et résiduelles seraient largement insuffisants et inadaptés.

⁶⁹²Voir par exemple, l'article de BARREAU C., *Pérennisation des entreprises « personnelles » et séparation patrimoniale*, in DANET D., LIGER A., *Pérennisation des entreprises patrimoniales : l'apport de la fiducie*, Revue Juridique de l'Ouest n° spécial 2011, p. 189-197, le mandat à effet posthume et les libéralités graduelles et résiduelles seraient largement insuffisants et inadaptés. Voir également SANCHEZ LOZADA (de) L., *Trust exprès privé, fidéicommiss latino-américain et fiducie française*, Éditions Universitaires Européennes, 2018.

⁶⁹³ Article 2013 du Code civil : « Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public ».

⁶⁹⁴ Article 792 bis du Code Général des Impôts : « Lorsqu'il est constaté une transmission dans une intention libérale de biens ou droits faisant l'objet d'un contrat de fiducie ou des fruits tirés de l'exploitation de ces biens ou droits, les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent sur la valeur des biens, droits ou fruits ainsi transférés, appréciée à la date de ce transfert. Ils sont liquidés selon le tarif applicable entre personnes non parentes mentionné au tableau III de l'article 777. Pour l'application des dispositions mentionnées au premier alinéa, l'intention libérale est notamment caractérisée lorsque la transmission est dénuée de contrepartie réelle ou lorsqu'un avantage en nature ou résultant d'une minoration du prix de cession est accordé à un tiers par le fiduciaire dans le cadre de la gestion du patrimoine fiduciaire. Dans ce dernier cas, les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent sur la valeur de cet avantage ».

⁶⁹⁵ 108^e congrès des notaires de France, la Transmission, Montpellier, du 23 au 26 septembre 2012, n° 4086. Les auteurs évoquent les difficultés liées aux atteintes à la réserve héréditaire qui doit être libre de toute charge.

intérêt afin de protéger, par exemple, certaines personnes mineures ou incapables. Les biens sont transmis aux héritiers par voie de donation et la gestion du patrimoine est transférée à un professionnel qualifié.⁶⁹⁶ Il faut cependant être particulièrement prudent, en France du moins, car la réserve héréditaire doit être transmise aux héritiers libre de toute charge. Aussi, l'opération, si elle se réalise, ne devrait concerner que la quotité disponible. Par ailleurs, le constituant devant être majeur, ce montage ne peut pas être proposé lorsque le donataire est mineur.

408. Droit allemand. En Allemagne, la fondation est l'outil le plus utilisé pour transmettre une entreprise, y compris familiale, même si le Treuhand peut éventuellement être utilisé pour transférer une entreprise.⁶⁹⁷

SECTION 2 : L'INFLUENCE DU NORD-EST DE L'EUROPE : LA FONDATION ET LE FONDS DE DOTATION

409. La fondation et le fonds de dotation sont des outils pour permettre au chef d'entreprise de transmettre son entreprise familiale.⁶⁹⁸ Cette affirmation peut paraître

Voir également LEROND S., La fiducie-gestion dans un cadre patrimonial, C'M'S' Francis Lefebvre, 27 mars 2009, accessible sur internet : <https://cms.law/fr/FRA/Publication/La-Fiducie-gestion-dans-un-cadre-patrimonial>. Voir également 107^e Congrès des Notaires de France, Le Financement, les moyens de ses projets – la maîtrise des risques, 2011, n° 4485 et suivants, spécialement le n° 4489.

⁶⁹⁶ SANCHEZ LOZADA (de) L., *Trust exprès privé, fidéicomis latino-américain et fiducie française*, Éditions Universitaires Européennes, 2018, p. 606.

⁶⁹⁷ KALSS S., *Company Law and The Law of Successions, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Springer, 2015, vol. 5, 2015, spécialement sur le droit allemand, SANDERS A., *Company Law and the Law of Succession in Germany*, p. 213-259 : "German law does not know the trust as it is understood in common law systems. However, sometimes, German courts are concerned with actions of trusts set up in common law jurisdictions, for example in relation to tax issues. A treuhand, which is roughly comparable, is rarely used in succession cases, though it can be used in transfer of business". Sur le rôle de la fondation en droit étranger, voir également : BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit International privé*, tome II, partie spéciale, coll. Thémis Droit, 4^e édition, PUF, n° 700.

⁶⁹⁸ KALSS S., *Company Law and The Law of Successions, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Springer, 2015, vol. 5, 2015, spécialement sur le droit allemand, SANDERS A., *Company Law and the Law of Succession in Germany*, p. 213-259 : "A familienstiftung is set up to purpose the interests of the family, including the maintenance of its members, while allowing to keep the estate undivided for much longer than other testamentary provisions allows. Moreover, if a foundation is set up, the founder of a business may transfer the business to the foundation and leave detailed instructions for the management of the business and its assets".

curieuse car ces notions de fondation et de fonds de dotation appartiennent au domaine de la philanthropie qui est par nature opposé, sinon étranger, au monde de l'entreprise, du moins dans la culture française. En effet, en Allemagne, le « Mittelstand », c'est-à-dire la catégorie des entreprises de dimensions moyennes, s'est appropriée ces institutions.⁶⁹⁹ Il est souvent mentionné que la fondation actionnaires, dont il sera discuté ci-après, viendrait du Nord de l'Europe.⁷⁰⁰ Il faut toutefois nuancer immédiatement le propos car la fondation est également utilisée en Espagne pour transmettre l'entreprise.

Fondation, fondation reconnue d'utilité publique, fonds de dotation, fondation d'entreprise, fondation actionnaires et, à présent, fonds de pérennité⁷⁰¹, pour le droit français, autant d'expressions qui recouvrent des réalités différentes et sur lesquelles la précision est de mise. Ceci est d'autant plus important que cette diversité d'instruments se retrouve au sein des différents États européens.⁷⁰² Le secteur de la philanthropie n'est pas homogène.

410. Définition de la fondation. Il est difficile de formuler une définition de la fondation car, selon les pays et les époques, la fondation recouvre des réalités extrêmement différentes.

Une définition de la fondation a été donnée en droit comparé ; cependant, elle ne se limite pas à une structure juridique : c'est « l'affectation de certains biens, en vue de réaliser un but

⁶⁹⁹ AINHEIR H.K., FORSTER S., MANGOLD J., STRIEBING C., *Foundations in Germany: A Portrait*, in *American Behavioral Scientist*, 2018, vol. 62(12), p. 1640.

⁷⁰⁰ Étude PROPHIL Beyond Philanthropy, *Les Fondations actionnaires, première étude européenne*. Accessible sur Internet : <https://prophil.eu/fr/>

⁷⁰¹ Projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises, adoptée à l'Assemblée nationale le 15 mars 2019, article 61 octies : « I.- Le fonds de pérennité est constitué par l'apport gratuit et irrévocable des titres de capital ou de parts sociales d'une ou plusieurs sociétés exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale ou agricole, ou détenant directement ou indirectement des participations dans une ou plusieurs sociétés exerçant une telle activité, réalisé par un ou plusieurs fondateurs afin que ce fonds gère ces titres ou parts, exerce les droits qui y sont attachés et utilise ses ressources dans le but de contribuer à la pérennité économique de cette ou de ces sociétés et puisse réaliser ou financer des œuvres ou des missions d'intérêt général ».

⁷⁰² Concernant l'existence d'une grande diversité de fondations en Allemagne, il est intéressant de se reporter à un article récent de AINHEIR H.K., FORSTER S., MANGOLD J., STRIEBING C., *Foundations in Germany : A Portrait*, in *American Behavioral Scientist*, 2018, vol. 62(12), p. 1638-1669 : "The focus of the research reported here is on private foundations established under civil law (stiftungen burgerlichen rechts) regulated in Sections 80 to 88 of the German Civil Code. This means that the public law foundations and foundations established under ecclesiastical law are not covered as both are defined and regulated separately". Pour l'Espagne, voir l'article de REY-GARCIA M., *Foundations in Spain : An International Comparison of a Dynamic Nonprofit Subsector*, in *American Behavioral Scientist*, 2018, vol. 62(12), p. 1869-1888 ainsi qu'un article relativement ancien, mais néanmoins intéressant de PONZANELLI G., PREITE D., *Les Organisations à but non lucratif : nouvelles tendances en droit italien*, RIDC, vol. 29(4), octobre-décembre 1987, p. 891-911.

licite, moral et sans caractère pécuniaire par rapport au fondateur, ayant tendance à garantir, autant que la technique juridique de chaque législation le permet, la réalisation de ce but, sans que les évènements qui pourraient survenir au cours de son existence juridique compromettent sa fonction. On peut distinguer trois éléments dans cette définition : un patrimoine, un but et une affectation (...) ».⁷⁰³

Plus large que le champ juridique, cette définition de la fondation permet d’embrasser une grande diversité de situations. Dans ce sens, la fondation est une institution ancienne et celle de Théophraste, créée en 285 avant J.-C., aurait été constituée pour maintenir une école de philosophie.⁷⁰⁴ Elle est également connue du droit romain qui s’était lui-même inspiré du monde grec.⁷⁰⁵

411. Rôle des fondations. Selon les pays et les circonstances, le rôle des fondations a évolué. Ces dernières ont d’abord été utilisées à des fins religieuses, pour le repos des âmes, pour secourir les pauvres et les malades, ou encore pour assurer l’éducation.⁷⁰⁶

Sans réaliser une étude historique des fondations en Europe depuis l’Antiquité, grecque ou romaine, ni même recenser l’ensemble des missions qui ont été remplies par les fondations, il faut relever qu’en **Allemagne**, les fondations les plus anciennes sont constituées pour des œuvres hospitalières (Fondation-Hôpital à Wending, Bavière en 917, Fondation saint-Dominique, et maison de la variole à Kaufbeuren (1182), fondation Hôpital saint-Esprit à

⁷⁰³ POPESCO T.R., *L’Adaptation des fondations aux nouvelles circonstances en droit comparé*, Librairie L. Rodstein, 1940, p. 10.

⁷⁰⁴ Pour une brève histoire de la fondation, il est intéressant de se reporter à la thèse de doctorat de POPESCO T.R., *L’Adaptation des fondations aux nouvelles circonstances en droit comparé*, Librairie L. Rodstein, 1940, p. 16.

⁷⁰⁵ LE BRAS G., *Les Fondations privées du Haut-Empire*, Palermo Art Grafiche Comm. Giuseppe Castigila 1933-XI. L’auteur montre l’existence de cette institution dans les différentes régions d’Europe, que ce soit la France, l’Italie ou l’Espagne. Il montre également une filiation avec les institutions du monde grec ; voir également BRUCK E. F., *Les Facteurs moteurs de l’origine et du développement des fondations grecques et romaines*, Revue internationale des droits de l’antiquité, 3^e série, t. 2, Bruxelles, Office national de librairie, 1955, p. 160-166 ; voir également FEENSTRA R., *Le Concept de fondation du droit romain classique jusqu’à nos jours : théorie et pratique*, Revue internationale des droits de l’Antiquité, 3^e série, t. 2, Bruxelles, Office national de librairie, 1955, p. 244-263.

⁷⁰⁶ FEENSTRA R., *Foundations In Continental Law since the 12th Century: The Legal Person Concept and Trust-like Devices*, in *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Edited by HELMHOLZ R., ZIMMERMANN R., Dunker & Humblot, 1998, p. 305-326.

Francfort en 1206). De même **en France**, de nombreuses œuvres pieuses ont été fondées.⁷⁰⁷ **En Angleterre**⁷⁰⁸, en 1148, est créée la Fondation Royale de sainte-Catherine⁷⁰⁹. En Angleterre, l'histoire des fondations est directement liée aux lois de mainmorte.⁷¹⁰

Mais ces fondations ont été vues avec méfiance par les États, dans la mesure où elles leur faisaient concurrence et détenaient un patrimoine important. Il faut préciser que la fondation était également un moyen pour éviter que les princes ne s'accaparent le patrimoine de l'Église et de la noblesse.⁷¹¹

412. Fondations et États. Dès lors que les États doivent assurer des missions d'intérêt général, il existe une concurrence entre ces derniers et ces institutions qui ont, de tout temps, été surveillées avec d'autant plus d'attention qu'elles détenaient, pour certaines d'entre elles, un patrimoine extrêmement important.

L'histoire de ces institutions désintéressées est celle d'un contrôle étatique plus ou moins serré. Pendant certaines périodes, les fondations ont même été interdites⁷¹², par exemple en France sous la Révolution française de 1791 à 1801, avant d'être encadrées, c'est le sens des différentes législations au sein des États européens.

Si des relations se sont tissées entre les États et les fondations, en raison d'une concurrence dans l'exécution de missions d'intérêt général, des relations multiples se sont également nouées entre ces diverses institutions dites du domaine philanthropique et le monde de

⁷⁰⁷ Pour une étude très intéressante des fondations en France, il est utile de se reporter au rapport : FONT REAULX (de) P., LEHMAN H., *Les Fondations en droit français*, Travaux de la Semaine Internationale de Droit, Paris 1937, Les Fondations, Rapports préparatoires et discussion, Librairie du Recueil Sirey, 1937, p. 57-77.

⁷⁰⁸ Pour une étude très intéressante des fondations en Angleterre, il est utile de se reporter au rapport : LEVY-ULLMANN H., ESCARRA J., *Les Fondations en Angleterre*, Travaux de la Semaine Internationale de Droit, Paris 1937, Les Fondations, Rapports préparatoires et discussion, Librairie du Recueil Sirey, 1937, p. 37-56.

⁷⁰⁹ HILL C.P., *Angleterre et Pays de Galles*, in *Les Fondations en Europe, une étude comparative*, IdW-Verlag GmbH, Dusseldorf, 1973, p. 222.

⁷¹⁰ POPESCO T.R., *L'Adaptation des fondations aux nouvelles circonstances en droit comparé*, Librairie L. Rodstein, 1940, p. 66.

⁷¹¹ ALFANDARI E., NARDONE A., *Associations et Fondations en Europe. Régime juridique et fiscal*, Juris-Eds, 1994, p. 409.

⁷¹² Il faut citer en France la période révolutionnaire durant laquelle les fondations ont été abolies (loi du 6 mai 1791), mais, constatant que l'État ne pouvait pas remplir toutes les missions d'intérêt général, le concordat de 1801 a autorisé la constitution des fondations.

l'entreprise. Ainsi, lorsque la pression fiscale a été importante, les fondations ont été utilisées pour transmettre l'entreprise familiale. Ceci explique, à une certaine période, le nombre des fondations en Espagne. Dès lors que la loi fiscale est devenue plus douce, le nombre des fondations a diminué, ce qui justifie leur utilisation à des fins fiscales pour favoriser la transmission des entreprises familiales.⁷¹³

Dans une tentative de classement, il faut distinguer deux situations, selon que l'entreprise détient une fondation ou un fonds de dotation, ou, inversement, selon que la fondation détient une entreprise.⁷¹⁴

413. L'entreprise détient une fondation. La première situation est étrangère au sujet de la transmission de l'entreprise familiale. Elle traduit un mouvement dans le sens du développement d'un mécénat d'entreprise.⁷¹⁵ L'entreprise, qu'elle soit ou non familiale, développe une activité philanthropique grâce à la fondation dite d'entreprise.⁷¹⁶ En France, l'article 19 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 dans sa version du 4 janvier 2002 dispose que : « Les sociétés civiles ou commerciales, les établissements publics à caractère industriel et commercial, les coopératives, les institutions de prévoyance ou les mutuelles peuvent créer, en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général, une personne morale, à but non lucratif, dénommée fondation d'entreprise. Lors de la constitution de la fondation d'entreprise, le ou les fondateurs s'engagent à effectuer les versements mentionnés à l'article 19-7 de la présente loi ». ⁷¹⁷

Cependant, le cadre juridique de la fondation est complexe ; de ce fait, les entreprises désireuses de mener une activité philanthropique peuvent choisir une structure plus souple :

⁷¹³ REY-GARCIA M., *Foundations in Spain : An International Comparison of a Dynamic Nonprofit Subsector*, in *American Behavioral Scientist*, 2018, vol. 62(12), p. 1869-1888.

⁷¹⁴ PERROTIN F., *Fondation actionnaire : panorama européen*, Petites affiches, 21 mai 2015, n° 101, p. 4.

⁷¹⁵ Rapport de la Fondation de France, *Panorama de la philanthropie en Europe*. Référence Internet : http://www.cerphi.org/wp-content/uploads/2011/05/panorama_de_la_philanthropie_en_europe.pdf

⁷¹⁶ *Le mécénat en France 2018*, Les Échos, Hors-série n° 839 ; BILLET J., *Les fondations d'entreprise : Quand un dirigeant de PME s'engage pour défendre l'intérêt général*, *Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2017/1, n° 25, p. 91-97.

⁷¹⁷ Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 JORF modifiée par la loi n° 2002-5 du 4 janvier 2002, JORF du 5 janvier 2002, p. 305. Le mécénat d'entreprise n'est pas exempt de critiques et la Cour des comptes a établi un rapport, au mois de novembre 2018 intitulé *Le soutien public au mécénat des entreprises, un dispositif à mieux encadrer*. La Cour des comptes dénonce certaines dérives des dispositifs de faveur mis en place.

le fonds de dotation.⁷¹⁸ Il s'agit d'une structure créée par la loi du 4 août 2008, dite loi LME, pour la modernisation de l'économie⁷¹⁹ venant s'ajouter aux associations et aux fondations.

Ce mécénat d'entreprise est général en Europe et il intervient dans de nombreux secteurs.⁷²⁰ Si ce mécénat d'entreprise est présent en Europe au travers de la fondation, en Angleterre, il s'exerce le plus fréquemment par le recours aux fondations charitables.⁷²¹

414. Une fondation détient une entreprise. La seconde situation qui intéresse la transmission de l'entreprise ou la participation dans une entreprise familiale concerne la détention, par une fondation ou un fonds de dotation, d'une entreprise ou d'une participation dans une entreprise familiale.

⁷¹⁸ PERROTIN F., *Focus sur les fonds de dotation*, Les Petites affiches, 11 janvier 2019, n° 009, p. 4. Après avoir détaillé les différents types de fonds de dotation (fonds et fondations de flux, fonds ou fondations à dotation consommable, fonds ou fondation à dotation pérenne), l'auteur mentionne l'engouement des entreprises françaises pour ces institutions.

⁷¹⁹ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF 5 août 2008, article 140 : « I. - Le fonds de dotation est une personne morale de droit privé à but non lucratif qui reçoit et gère, en les capitalisant, des biens et droits de toute nature qui lui sont apportés à titre gratuit et irrévocable et utilise les revenus de la capitalisation en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général ou les redistribue pour assister une personne morale à but non lucratif dans l'accomplissement de ses œuvres et de ses missions d'intérêt général ». Voir également les actes des interventions du « Séminaire pour le développement des fonds de dotation en France », disponible sur Internet : www.modernisationeconomie.fr.

⁷²⁰ REY-GARCIA M., *Foundations in Spain: An International Comparison of a Dynamic Nonprofit Subsector*, in *American Behavioral Scientist*, 2018 :, vol. 62(13), p. 1869-1888 ; ANHEIR HK., FORSTER S., MANGOLD J., STRIEBING C., *Foundations in Germany: A Portrait*, *American Behavioral Scientist*, 2018, vol.62 (12), p. 1639-1669.

⁷²¹ LE GALLOU C., WESLEY S., *Droit Anglais des Affaires*, coll. Précis Domat, LGDJ, 2018, n° 962. Selon ces auteurs il y aurait 900 entités juridiques créées par décret royal au nombre desquelles il y aurait les fondations charitables les plus importantes du Royaume-Uni. Voir également, POPESCO T.R., *L'Adaptation des fondations aux nouvelles circonstances en droit comparé*, Librairie L. Rodstein, 1940, p. 15 pour lequel la fondation s'exerce par l'intermédiaire du trust. Voir également ESCARRA J., *Les Fondations en Angleterre (étude de droit comparé)*, Paris, 1907. Selon cet auteur, la fondation serait « un trust de bienfaisance, constitué en vue d'un intérêt général au profit de bénéficiaires indéterminés ». Selon le droit anglais, la fondation est donc une catégorie particulière de trust.

§ 1. Panorama en Europe

415. Droit allemand. En Allemagne,⁷²² contrairement à la France où la dénomination de « fondation » est protégée et réservée aux structures qui poursuivent des missions d'intérêt général,⁷²³ le titre n'est pas protégé et le terme même de « fondation » recouvre des réalités très différentes.⁷²⁴

En effet, la plus ancienne fondation est la fondation dépourvue de personnalité morale. Elle est constituée sur la base d'un contrat établi entre le fondateur et le gestionnaire ou fiduciaire. Ensuite, il y a la fondation de droit civil qui est régie par les articles § 80 à §86 du BGB. Elle dispose d'une personnalité juridique et se rapproche de la fondation reconnue d'utilité publique en droit français. L'on compte également la fondation de droit public qui est créée par l'État fédéral ou les Länder. Enfin, il existe aussi des types de fondation de droit canon ainsi que la fondation dite d'Église. Ces dernières sont soumises au contrôle de l'Église.⁷²⁵

⁷²² Pour une étude très intéressante des fondations en Allemagne, il est utile de se reporter au rapport complet sur le sujet : LEHMAN H., *Les fondations en Allemagne*, Travaux de la Semaine Internationale de Droit, Paris 1937, *Les fondations, rapports préparatoires et discussion*, Librairie du Recueil Sirey, 1937, p. 21-36.

⁷²³ Article 18 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat ; NOTAT N., SENARD J.-D., *Rapport sur « l'entreprise, objet d'intérêt collectif »* du 9 mars 2018, p. 72, disponible sur Internet : <https://www.economie.gouv.fr/mission-entreprise-et-interet-general-rapport-jean-dominique-senard-nicole-notat>, du 9 mars 2018.

⁷²⁴ *Les Fondations actionnaires, première étude européenne*, Prophil 2015. Dans cette étude, les auteurs indiquent que les fondations actionnaires en Allemagne deviennent des actionnaires uniques des entreprises ; HANSMANN H., THOMSEN S., *The Governance of Foundation-Owned Firms*, July 14, 2017. Disponible sur Internet:

<http://www.tifp.dk/wp-content/uploads/2011/11/Hansmann-Thomsen-Foundation-Governance-2018Nov1.pdf>.

DRAHEIM M., FRANKE G., *Foundations Owner Firms in Germany: Governance And Performance*. Disponible sur Internet :

https://www.researchgate.net/publication/268147489_Foundation_owned_Firms_in_Germany_Governance_and_Performance ; MESTMAECKER E.-J., REUTER D., *Allemagne*, in *Les fondations en Europe, une étude comparative*, IdW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1973, p. 140. Les auteurs mentionnent la variété de situations qui existent sous couvert de la fondation, diversité qui serait préjudiciable à la notion.

⁷²⁵ ALFANDARI E., NARDONE A., *Associations et fondations en Europe. Régime juridique et fiscal*, Juris-Eds, 1994.

À côté de ces différentes fondations, d'autres sont constituées sous forme d'associations ou de SARL⁷²⁶ et sont soumises aux règles propres à ces structures juridiques.

416. Droit espagnol. En Espagne, la Constitution espagnole consacre les fondations à des fins d'intérêt général en son article 34-1. Elles occupent une place majeure et ont été instituées sous différentes périodes. À la fin du XIX^e siècle, les fondations étaient édifiées à des fins religieuses. Puis, sous le régime de Franco (1939-1975), à côté de ces premières fondations, se sont constituées des fondations sur le modèle américain. Elles ont été dotées des parts des sociétés familiales. À titre d'exemple, il est possible de citer la banque Santander, la Banque Pastor, El Corte Inglés.⁷²⁷ Après la restauration de la démocratie, à la suite du régime franquiste, des fondations ont été établies en faveur de la coopération internationale, de l'environnement, de la recherche et de l'innovation. Il existe donc une grande variété de situations et les fondations dépendent de nombreux textes, du Code civil, de différentes instructions et décrets concernant : les œuvres de bienfaisance, d'enseignement agricole et d'aide aux mineurs, de projets culturels.⁷²⁸ Ces fondations sont classées selon leur caractère public ou privé et en fonction de leurs objectifs.⁷²⁹

La loi n° 49/2002 du 23 décembre 2002 sur le régime fiscal des entités à but non lucratif et les incitations fiscales de faveur du mécénat⁷³⁰ contient des dispositions fiscales qui concernent à la fois les fondations, les associations et les fédérations sportives. Les entités à

⁷²⁶MESTMAECKER E.-J., REUTER D., *Allemagne*, in *Les fondations en Europe, une étude comparative*, IdW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1973, p. 111. Les auteurs évoquent le cas de la fondation Mahle et de la fondation Bosch qui, toutes deux, sont constituées en société à responsabilité limitée. Ils mentionnent également la « Fondation du peuple allemand pour les études », constituée sous forme d'association créée en 1925, de même, à titre d'exemple que la fondation Friedrich-Ebert, ou encore la fondation Conrad Adenauer créée en 1964.

⁷²⁷REY-GARCIA M., *Foundations in Spain: An International Comparison of a Dynamic Nonprofit Subsector*, American Behavioral Scientist, 2018, vol. 62(13), p. 1871.

⁷²⁸Pour la période antérieure à la loi du 23 décembre 2002, il est utile de se référer à l'ouvrage de ALFANDARI E., NARDONE A., *Associations et fondations en Europe. Régime juridique et fiscal*, Juris-Eds, 1994. Les auteurs évoquent les sources du droit applicables aux fondations, que ce soit la constitution espagnole (article 34), le Code civil et différentes instructions (instruction du 14 mars 1899 pour le protectorat du gouvernement sur la bienfaisance privée, le décret royal du même jour, le décret royal du 29 juillet 1924 sur les fondations de bienfaisance et d'enseignements agricole, d'aides aux mineurs, l'instruction du 20 juillet 1926, le décret 44/1961 du 16 mars 1961 sur les fondations ouvrières, le décret 2.930/1972 du 21 juillet 1972 sur les fondations culturelles.

⁷²⁹ MESTMAECKER E.-J., REUTER D., *Espagne*, in *Les fondations en Europe, une étude comparative*, IdW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1973, p. 127.

⁷³⁰ Loi n° 49/2002 du 23 décembre 2002, "de regimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo", « BOE » n° 307 du 24 décembre 2002, p. 45229-45243.

but non lucratif peuvent détenir des parts de sociétés commerciales. L'article 3 précise les missions d'intérêt général que doivent poursuivre les entités à but non lucratif : « tels que ceux de défense des droits de l'homme, des victimes du terrorisme et d'actes de violence, d'assistance et d'inclusion sociale, à caractère civique, éducatif, culturel, scientifique, sports, santé, travail, renforcement institutionnel, coopération pour le développement, promotion du volontariat, promotion de l'action sociale, défense de l'environnement, promotion et protection des personnes menacées d'exclusion pour des raisons physiques et économiques ou culturelles, promotion des valeurs constitutionnelles et défense des principes démocratiques, promotion de la tolérance, promotion de l'économie sociale, développement de la société de l'information ou recherche scientifique et développement technologique ».

Deux lois du 23 décembre 2002 ont réformé le droit des fondations, du point de vue civil comme fiscal. La loi n° 50/2002 du 23 décembre 2002 concerne spécialement les fondations, mais cette fois-ci, du point de vue civil.⁷³¹ Ce texte vise à assouplir les règles concernant la création et le fonctionnement des fondations. Ces fondations peuvent détenir tout type de biens, droits et obligations, de sorte qu'elles peuvent détenir une entreprise commerciale. L'article 19 de la loi dispose en effet : « 1. Le patrimoine de la fondation est constitué de tous les biens, droits et obligations susceptibles d'évaluation économique qui intègrent la dotation, ainsi que de ceux que la fondation acquiert après sa constitution, qu'ils affectent ou non la dotation. 2. L'administration et la disposition du patrimoine correspondent au conseil d'administration de la manière établie dans les statuts et sous réserve des dispositions de la présente loi ».⁷³²

417. Droit français. En France, comme dans les différents États de la présente étude, il convient de distinguer plusieurs types de fondations : les fondations reconnues d'utilité publique, les fondations abritées, les fondations d'entreprise, les fondations de coopération scientifique, les fondations universitaires, les fondations partenariales, les fondations hospitalières et, enfin, les fonds de dotation.⁷³³

⁷³¹ Loi n° 20/2002 "las fundaciones" « BOE » n° 310 du 27 décembre 2002, p. 45504-45515.

⁷³² Article 19 de la loi n° 20/2002 "las fundaciones" « BOE » n° 310 du 27 décembre 2002, p. 45504-4551 : "1. El patrimonio de la fundacion esta formado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptible de valorizacion economica que integren la dotacion, asi come por aquellos que adquiera la fundacion con posterioridad a su constitucion, se afecten o no a la dotacion".

⁷³³ Pour connaître la réglementation applicable à ces différentes catégories de fondations et obtenir une bibliographie intéressante, il est possible de se référer à l'ouvrage : CHARHON F., COMBES I., *Fondations*,

418. Droit italien. En Italie, il existe également une grande diversité de situations.⁷³⁴ Les fondations sont, soit de droit public, soit de droit privé, soit de droit canon. Elles sont soumises aux dispositions du Code civil de 1942. Elles se voient appliquer, pour partie les dispositions générales concernant les associations reconnues, et pour partie, des dispositions spécifiques. La loi n° 106/2016 a délégué au gouvernement la réforme du secteur de la philanthropie. Un décret d'application a développé sur 104 articles les dispositions concernant les institutions à but non lucratif.⁷³⁵ Il existe une grande variété de fondations. Il est possible de distinguer les fondations privées familiales qui sont peu utilisées car leur objet est d'assurer des prestations aux membres des familles fondatrices, les fondations d'assistance et d'hébergement, les fondations pour l'enseignement agricole, les fondations scolaires, universitaires, militaires, culturelles.⁷³⁶

419. De ce rappel des différentes fondations dans les pays soumis à l'étude, il faut retenir l'existence d'une grande diversité de situations qui tient à des raisons historiques et, sur une période récente, au souci de favoriser le développement du mécénat. Dans l'ensemble, ces différentes fondations peuvent se classer en plusieurs catégories selon qu'elles ont la personnalité morale, selon qu'elles sont contrôlées par les autorités publiques, selon, enfin, les objectifs poursuivis.

fonds de dotation, Jurisédicions, 2016, spécialement, n° 2.0. Pour le fonds de dotation : DEVIC L., *Fonds de dotation*, Juris Édition 2014. Le fonds de dotation est une création de la loi dite loi LME du 4 août 2008, JO du 5 août 2008 qui a introduit un nouvel instrument en faveur du mécénat ; voir également sur le fonds de dotation, le dossier : CUCHET-CHOSSELER M., DEVIC L., DUTHEIL P.-H., GUAY P., LACOSTE-DOURNEL S., LAMBERTYE (de) J., PALACIN A.-S., SCOLAN I., TEISSIER F., *Dossier fonds de dotation : le fonds et la forme*, JA n° 521/2015, p. 16. Voir également GUEDJ V., *Essai sur le régime juridique des fondations*, Thèse, Paris II, 22 novembre 1999. Voir également GUÉRIN D., CADIOU K., LE GALL-ELY M., *L'utilisation des fondations ou fonds de dotation et la transmission des entreprises familiales*, La Revue Fiscale du Patrimoine, n° 6, juin 2015, Étude 15.

⁷³⁴ Pour une histoire des fondations en Italie, il est possible de se reporter à PREDIERI A., *Italie*, in MESTMAECKER E.-J., REUTER D., *Les fondations en Europe, une étude comparative*, IdW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1973, p. 255-267.

⁷³⁵ ABEL D., *Les fondations territoriales, un modèle largement développé en Italie*, disponible sur Internet : <http://admical.org/expertise/europe-les-fondations-territoriales-un-modele-largement-developpe-en-italie>.

⁷³⁶ ALFANDARI E., NARDONE A., *Associations et fondations en Europe. Régime juridique et fiscal*, Juris-Eds, 1994, p. 276.

§ 2. La transmission de l'entreprise familiale via la constitution d'une fondation ou d'un fonds de dotation

420. Les fondations actionnaires sont très répandues dans le Nord-Est de l'Europe. Elles occupent une place très importante au Danemark,⁷³⁷ mais également en Allemagne et en Suisse⁷³⁸. Le groupe Lego, les entreprises Thyssen ou encore Bosch sont détenues par des fondations actionnaires.⁷³⁹ Selon le rapport de l'Inspection Générale des Finances du mois d'avril 2017 réalisé par MM JEVAKHOFF et CAVAILLOLES, les fondations allemandes détenant des entreprises détiendraient 100 millions d'euros d'actifs, les fondations anglaises, 70 millions d'euros, tandis que les fondations françaises exclusivement 22 millions d'euros.⁷⁴⁰ La France est largement à la traîne et les entreprises familiales sont peu transmises à des fondations ou autre fonds de dotation.⁷⁴¹

421. *L'Allemagne.* En Allemagne, la transmission d'une entreprise familiale à une fondation est une pratique ancienne qui inspire les différents États européens. La constitution d'une fondation a été le moyen, non seulement de faire échapper les entreprises familiales aux partages successoraux, mais également de maintenir une influence sur la société.⁷⁴² Il

⁷³⁷HANSMANN H., THOMSEN S., *The Governance of Foundation-Owned Firms*, novembre 2018, consultable sur Internet : <http://www.tifp.dk/wp-content/uploads/2011/11/Hansmann-Thomsen-Foundation-Governance-2018-Nov1.pdf>. Les auteurs donnent une définition de la fondation actionnaires : "An industrial foundation typically controls only a single company, and was created, by the founder of that company at the end of his (or her) life to maintain control of the company in perpetuity. The directors of an industrial foundation generally receive no incentive paid and, more remarkably, are typically self-appointed and hence impervious to shareholder votes and hostile acquisitions. Foundation-owned firms are common in Northern Europe, where they include world-class company such as Bertelsmann, Heineken, Ikea, and Robert Bosch". Voir également BORSTING C., THOMSEN S., *Foundation Ownership, Reputation and Labour*, novembre 2018, in *The Oxford Review of Economic Policy*, 33(2).

⁷³⁸ Étude collective : *Les fondations actionnaires, première étude européenne*, éditée par PROPHIL Beyond Philanthropy.

⁷³⁹ BELLAN M., *Les fondations d'actionnaires entrent dans le droit français*, Les Échos, 8 octobre 2018, p. 6.

⁷⁴⁰ JEVAKHOFF A., CAVAILLOLES D., *Le rôle économique des fondations*, Rapport n° 2017-M-008, avril 2017, disponible sur Internet : <https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2017/rapport-role-economique-fondations.pdf>.

⁷⁴¹ SCHILLER S., DELSOL X., *Les fondations actionnaires, outil de mécénat à développer*, Dossier spécial « Mécénat et Philanthropie », Revue Actes pratiques et stratégie patrimoniale, 2014.

⁷⁴² MESTMAECKER E.J., REUTER D., *Allemagne*, in *Les fondations en Europe, une étude comparative*, IdW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1973, p. 127 : « La fondation est une forme juridique qui permet notamment de mettre certains biens à l'abri des suites des partages successoraux ultérieurs tout en assurant une emprise perpétuelle du fondateur ou de sa famille sur la gestion de ce patrimoine. En greffant une fondation sur son entreprise, le propriétaire de l'entreprise n'est plus obligé de choisir entre les deux solutions suivantes : celle

faut cependant être attentif, car certaines structures allemandes dénommées « fondations » n'en sont pas et sont en réalité des sociétés commerciales.⁷⁴³

422. L'Espagne. En Espagne, la fondation a également permis la transmission des patrimoines, donc des entreprises familiales, à différentes époques, soit pour sanctuariser le patrimoine, soit encore pour contourner des dispositions fiscales particulièrement lourdes.⁷⁴⁴ Si le Nord-Est de l'Europe connaît la fondation actionnaires, il faut relever que l'Espagne a connu très tôt également ce mécanisme de transmission de patrimoine au moyen des fondations.

423. La France. En France, les fondations sont peu utilisées pour la transmission des entreprises en général⁷⁴⁵ et plus spécialement des entreprises familiales⁷⁴⁶, même si elles peuvent, tout du moins pour les fondations reconnues d'utilité publique, détenir une entreprise.⁷⁴⁷

Si le cas de la Fondation Pierre Fabre est le plus connu⁷⁴⁸, il existe en France au moins quatre autres fondations actionnaires qui détiennent des entreprises : Les laboratoires Pierre Fabre,

de la protection de son entreprise contre les partages successoraux ou bien celle permettant à lui ou à sa famille d'exercer une influence permanente sur la société. »

⁷⁴³ Sur le risque de confusion, en Allemagne entre les différentes structures qui portent le nom de fondation, il est possible de consulter l'étude collective : *Les fondations actionnaires, première étude européenne*, éditée par PROPHIL Beyond Philanthropy, p. 23.

⁷⁴⁴ REY-GARCIA M., *Foundations in Spain : An International Comparison of a Dynamic Non Profit Subsector*, American Behavioral Scientist, 2018, vol. 62(13).

⁷⁴⁵ *La transmission d'entreprise*, Les Guides RF, Groupe Revue Fiduciaire, 5^e édition, 2017. Dans cet ouvrage réservé aux praticiens, il n'est aucunement fait référence aux fondations comme support pour la transmission des entreprises. Voir également POMET M., *France*, in *Les fondations en Europe, une étude comparative*, IdW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1973, p. 199-219. Selon cet auteur, toute activité économique doit être réalisée au moyen des sociétés civiles et commerciales, à l'exclusion des fondations, quelles que soient leurs formes.

⁷⁴⁶ Il existe peu d'ouvrages qui traitent de la fondation comme moyen de transmettre des entreprises familiales. Il est cependant possible de se référer à l'ouvrage suivant : TANDEAU MARSAC (de) V., *Guide pratique des entreprises familiales. Manuel opérationnel, juridique et fiscal*, Éditions Eyrolles, 2011, p. 216-234 ; voir également l'article de GUÉRIN D., CADIOU K., LE GALL-ELY M., *L'utilisation des fondations ou fonds de dotation et la transmission des entreprises familiales*, La Revue Fiscale du Patrimoine, n° 6, juin 2015, Étude 15.

⁷⁴⁷ Loi n° 2005-882 du 22 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, publiée au JORF, n° 0179 du 3 août 2005, p. 12639.

⁷⁴⁸ TANDEAU MARSAC (de) V., *Fondations. L'essor d'une philanthropie familiale et professionnalisée*, La lettre de l'entreprise familiale, janvier 2014, n° 15 ; HERENG H., *Innovation patrimoniale et culture organisationnelle. La cohérence du modèle Pierre Fabre*, Revue des Sciences de Gestion, vol. 47, n° 53 (jan/fév. 2012).

le groupe agroalimentaire AVRIL, l'Institut Mérieux et le groupe Varenne, qui détient le groupe de presse La Montagne.⁷⁴⁹ Évoquant le cas de l'Institut Mérieux, l'auteur expose que cette fondation ne rentre pas dans la catégorie des fondations qui contrôlent une entreprise parce qu'elle détient une participation dans l'entreprise qui est inférieure à la minorité de blocage. Mais il ne s'agit pas des seules fondations à détenir des participations dans des sociétés. Ainsi, la fondation Josée René Chambrun détient des participations dans les cristalleries Baccarat, de même que la fondation Sommer détient des participations dans les établissements Sommer.⁷⁵⁰

Parmi les fondations, seules les fondations reconnues d'utilité publique peuvent, depuis 2005,⁷⁵¹ détenir des parts sociales et des actions d'une entreprise.⁷⁵² La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 (amendement Carayon, du nom de son auteur) est venue insérer un article 18-3 dans la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987. Ce nouvel article a été créé sur mesure pour permettre à la fondation Pierre Fabre de détenir l'entreprise Laboratoires Pierre Fabre. De même, le fonds de dotation peut détenir une participation, y compris majoritaire, dans une entreprise ayant une activité industrielle ou commerciale.

Cette loi contient, ainsi qu'il a été indiqué, des mesures fiscales dérogatoires pour favoriser la transmission des entreprises qui bénéficient aux entreprises familiales.

424. La fondation actionnaires. La fondation actionnaires est contraignante puisque sa création nécessite l'adoption d'un décret en Conseil d'État, de même que dans son fonctionnement. La présence de l'État dans son conseil d'administration constitue indéniablement un frein à son utilisation. Même si les lois successives ont assoupli les règles

⁷⁴⁹ PERROTIN F., « Quel avenir pour les fondations actionnaires ? » Les Petites Affiches 9 novembre 2017, n° 224, p. 5.

⁷⁵⁰ ASSOCIATIONS Fondations - Congrégations Fonds de dotation, Mémento Francis Lefebvre 2012-2013, n° 77200.

⁷⁵¹ La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 est venue insérer un article 18-3 à la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 : « Dans le cadre d'une opération de cession ou de transmission d'entreprise, une fondation reconnue d'utilité publique peut recevoir des parts sociales ou des actions d'une société ayant une activité industrielle ou commerciale, sans limitation de seuil ou de droits de vote, à la condition que soit respecté le principe de spécialité de la fondation ».

⁷⁵²DEVIC L., *Fonds de dotation. Création. Gestion. Évolution*, Juris Éditions, 2014, n° 4.36. Voir également DEVIC L., *Lorsqu'une fondation devient la mère d'une filiale commerciale*, Juris associations 2009, n° 406, p. 31.

de création et le régime des fondations⁷⁵³, il n'en reste pas moins que cette structure juridique est peu utilisée pour transmettre une entreprise familiale.

425. *Le fonds de dotation.* À côté de la fondation reconnue d'utilité publique, le fonds de dotation peut également détenir une entreprise ou une participation dans une entreprise familiale.⁷⁵⁴ Rien dans la loi ne l'interdit. Il s'agit d'un outil plus souple d'utilisation, car un décret en Conseil d'État n'est pas nécessaire pour sa création, seulement une autorisation préfectorale, et le(s) fondateur(s) est(sont) libre(s) de rédiger leurs statuts sans devoir adopter les statuts types du Conseil d'État. Son organisation est donc plus souple.⁷⁵⁵

426. En fonction des besoins du chef d'entreprise, ces deux structures peuvent présenter des atouts, même si le choix de la fondation reconnue d'utilité publique n'est absolument pas adapté aux entreprises de taille modeste. Dans ce cas, le fonds de dotation peut présenter une bonne alternative. En effet, le choix de l'une de ces structures peut présenter un intérêt, notamment lorsque le chef d'entreprise n'a pas d'héritier (c'était le cas pour Pierre Fabre) ou bien lorsqu'aucun héritier n'est en mesure de reprendre l'entreprise familiale. Le choix de l'une de ces deux structures peut également être dicté par le souci du chef d'entreprise de « sanctuariser » son entreprise qui sera protégée d'éventuels assauts de concurrents.⁷⁵⁶ Toutefois, le choix de transmettre une entreprise familiale à une fondation est radical puisque le transfert de l'entreprise est irrévocable.⁷⁵⁷ Ces deux structures peuvent constituer des outils pour permettre la transmission d'une entreprise familiale.

427. *Méthodes de transmission.* Pour transmettre une entreprise familiale à une fondation ou à un fonds de dotation, il existe différentes méthodes qui se retrouvent dans plusieurs

⁷⁵³CHAMPAUD C., DANET D., « Les stratégies de pérennisation du contrôle familial d'une entreprise (le cas français) », in *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, Éditions Larcier 2012, p. 271-307.

⁷⁵⁴BOHOT J.-Y., GUAY P., *Les fonds de dotation : une success story*, Dossier Financement, La Revue Associations, n° 80, juillet 2018.

⁷⁵⁵*Le fonds de dotation, un outil intéressant pour les entreprises familiales*, La Lettre de l'entreprise familiale, septembre 2013.

⁷⁵⁶JEVAKHOFF A., CAVAILLOLES D., *Le rôle économique des fondations*, rapport n° 2017-M-008, avril 2017, p. 2. Suite à des consultations, les auteurs évoquent l'intérêt de la fondation pour le chef d'entreprise. Ce qui vaut pour la fondation vaut également pour le fonds de dotation.

⁷⁵⁷THOMSEN S., POULSEN T., BORSTING C., KUHN J., *Industrial Foundations as Long-Term Owners*, in *Corp. Govern.*, int. Rev. 2018, 26, 180-196. Les auteurs indiquent que si la constitution d'une société holding peut constituer un outil de planification successorale et préserver les intérêts de la famille propriétaire de l'entreprise, la fondation permet d'aboutir au même résultat, avec cette précision que le transfert de l'entreprise présente un caractère irrévocable.

pays qui connaissent la fondation actionnaires. Selon que la fondation actionnaires peut ou ne peut pas intervenir dans la gestion opérationnelle de l'entreprise transmise, il y aura certaines spécificités.

Dans les États dans lesquelles la fondation peut intervenir dans la gestion opérationnelle de l'entreprise transmise, c'est notamment le cas de l'Allemagne, la fondation peut directement gérer l'entreprise qui lui a été transmise. C'est l'exemple de la « Carl Zeiss Stiftung ». ⁷⁵⁸ Dans ces États, il est habituel de séparer la gestion opérationnelle de l'entreprise de la détention du patrimoine. En Allemagne, toujours, certaines familles créent des doubles fondations ou « Doppelstiftung », l'une pour détenir les droits de vote de l'entreprise, l'autre pour en détenir le capital. S'il faut signaler cette situation, ce n'est pas la plus fréquente.

428. Montages possibles. Pour séparer la gestion opérationnelle de l'entreprise de la détention des titres, deux montages sont juridiquement envisageables et sont généralement utilisés en Europe :

La première opération consiste à interposer une société holding entre la fondation et la société commerciale transmise avec une dissociation des droits patrimoniaux et des droits de vote.

Dans ce schéma, la fondation détient les droits patrimoniaux, tandis que la société holding va détenir les droits de vote. Cette formule évite à la fondation d'intervenir dans l'opérationnel, de prendre des décisions de gestion, tandis qu'elle va percevoir les revenus générés par les titres, ce qui va lui permettre d'avoir des fonds pour réaliser ses missions d'intérêt général.

La seconde opération consiste à modifier la forme sociale de l'entreprise transmise pour faire le choix d'une société en commandite. La société en commandite est une société dans laquelle coexistent deux catégories d'associés, les commandités et les commanditaires. Les commandités participent de la gestion de l'entreprise et sont responsables indéfiniment et solidairement des dettes sociales tandis que les seconds, qui ne participent pas à la gestion

⁷⁵⁸« Les fondations actionnaires, première étude européenne », étude collective éditée par PROPHIL Beyond Philanthropy, p. 27.

de l'entreprise, ne sont responsables qu'à concurrence de leurs apports. Cette société existe sous deux formes, la société en commandite simple, qui est extrêmement rare, et la société en commandite par actions, qui est l'un des outils de planification successorale. Elle est définie en droit français par les articles 222 et suivants du Code de commerce pour les sociétés en commandite simple et aux articles L 224-1 et suivants du Code de commerce pour les sociétés en commandite par actions.

Dans le cadre d'une transmission de l'entreprise à une fondation, les actions des commanditaires sont transmises à la fondation, tandis que celles correspondant aux commandités sont conservées par la famille des fondateurs.

Enfin, une dernière solution envisageable consiste, sans procéder à un quelconque changement de forme sociale, à créer des actions sans droit de vote.⁷⁵⁹

429. Assouplissement des règles. Pour encore favoriser la transmission des entreprises familiales, la loi PACTE adoptée le 22 mai 2019⁷⁶⁰, assouplit les règles de fonctionnement des fondations actionnaires constituées sous forme de fondation reconnue d'utilité publique. Pour ces dernières, l'article 18-3 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le mécénat est modifié ainsi qu'il suit : « Une fondation reconnue d'utilité publique peut recevoir et détenir des parts sociales ou des actions d'une société ayant une activité industrielle ou commerciale, sans limitation de seuil de capital ou de droits de vote. Lorsque ces parts ou ces actions confèrent à la fondation le contrôle de la société au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, les statuts de la fondation indiquent comment, en application du principe de spécialité, cette dernière assure la gestion de ces parts ou actions sans s'immiscer dans la gestion de la société et les conditions dans lesquelles la fondation se prononce notamment sur l'approbation des comptes de la société, la distribution de ses dividendes, l'augmentation

⁷⁵⁹TANDEAU MARSAC (de) V., *Guide pratique des entreprises familiales. Manuel opérationnel, juridique et fiscal*, Éditions Eyrolles, 2011, p. 216-234.

⁷⁶⁰La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE (Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises), JORF, n° 01119 du 23 mai 2019. COURET A., DONDERO B., *Loi Pacte et Droit des Affaires*, Éditions Francis Lefebvre, 2019, Avant-propos.

ou la réduction de son capital ainsi que sur les décisions susceptibles d'entraîner une modification de ses statuts ».761

Par cette mesure, il s'agit d'assouplir les règles de fonctionnement de la fondation reconnue d'utilité publique qui peut déjà être utilisée pour recevoir une entreprise familiale.⁷⁶²

430. Par ailleurs, dans le cadre de loi PACTE (Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises), le ministère de l'Économie et des Finances a publié un communiqué de presse, le 5 octobre 2018 pour annoncer la création d'un « nouveau statut de fondation : le fonds de pérennité ». Selon le communiqué de presse, il s'agit de créer une structure à l'image des fondations actionnaires du Nord de l'Europe, capable de gérer des participations dans les entreprises pour « assurer le développement de l'entreprise sur une longue période, tout en préservant les valeurs que les fondateurs auront inscrites dans les statuts du fonds. Grâce aux ressources tirées de l'entreprise, le fonds pourra financer sans contrainte des actions de toute nature, incluant des missions d'intérêt général ou philanthropiques ».763

La loi PACTE adoptée le 22 mai 2019 prévoit la création et les conditions de fonctionnement du fonds de pérennité.⁷⁶⁴ Il s'agit d'une structure pour détenir des titres de capital et/ou des parts sociales d'une société afin d'en assurer la pérennité.

⁷⁶¹ L'article 18-3 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 créé par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, JORF du 3 août 2005 était libellé en ce sens : « Dans le cadre d'une opération de cession ou de transmission d'entreprise, une fondation reconnue d'utilité publique peut recevoir des parts sociales ou des actions d'une société ayant une activité industrielle ou commerciale, sans limitation de seuil ou de droits de vote, à la condition que soit respecté le principe de spécialité de la fondation ». À l'évidence, le législateur a entendu faciliter la gestion des participations détenues par les fondations reconnues d'utilité publique dans les entreprises.

⁷⁶² COURET A., DONDERO B., *Loi Pacte et Droit des Affaires*, Éditions Francis Lefebvre, 2019, n° 798-801, spécialement « Le contrôle d'une entreprise par une fondation reconnue d'utilité publique ».

⁷⁶³ Communiqué de presse du ministère de l'Économie et des Finances du 5 octobre 2018, n° 764.

⁷⁶⁴ Article 177 de loi PACTE : « I. – Le fonds de pérennité est constitué par l'apport gratuit et irrévocable des titres de capital ou de parts sociales d'une ou de plusieurs sociétés exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale ou agricole, ou détenant directement ou indirectement des participations dans une ou plusieurs sociétés exerçant une telle activité, réalisé par un ou plusieurs fondateurs afin que ce fonds gère ces titres ou parts, exerce les droits qui y sont attachés et utilise ses ressources dans le but de contribuer à la pérennité économique de cette ou de ces sociétés et puisse réaliser ou financer des œuvres ou des missions d'intérêt général ». ; voir également COURET A., DONDERO B., *Loi Pacte et Droit des Affaires*, Éditions Francis Lefebvre, 2019, n° 778-797.

CONCLUSION DE LA PARTIE II :

431. L'entreprise familiale est à la fois une valeur qui est source d'appropriation, elle appartient à ses associés/actionnaires, mais également une source de pouvoir pour celui qui la dirige.

432. Lorsque la transmission de l'entreprise familiale passe par la transmission de la propriété et du pouvoir aux héritiers, le chef d'entreprise dispose des ressources du droit des successions pour parvenir à ses fins. Dans cette situation, le chef d'entreprise choisit lequel de ses héritiers, voire un tiers, va recevoir l'entreprise familiale. Il existe des différences entre les systèmes juridiques examinés, mais aujourd'hui aucun système interdit la transmission, avec succès, de l'entreprise familiale.

Mais il se peut également qu'une stratégie de planification successorale suppose de dissocier la propriété de l'entreprise, du pouvoir, pour atteindre les objectifs du chef d'entreprise. Dans ce contexte, la propriété est transmise aux héritiers selon les règles de dévolution légale, tandis que le pouvoir est transmis à une personne choisie par le chef d'entreprise car il l'a considéré plus à même de poursuivre son travail.

433. Selon la situation matrimoniale, familiale et patrimoniale du dirigeant, il existe une grande diversité de solutions qui supposent, pour le praticien, de réfléchir et d'intervenir sur le régime matrimonial, sur la structure de l'entreprise familiale pour atteindre les objectifs du dirigeant.

434. Sans préjuger de l'inventivité des praticiens, l'un des techniques les plus courantes au sein des pays étudiés consiste dans la mise en place d'une opération de family buy out – FBO avec la constitution d'une structure holding. Selon les sensibilités et les pays, cette structure prend des formes différentes. La fondation est utilisée comme structure holding dans les pays du Nord-Est de l'Europe, tandis qu'elle ne l'est pas en France car les

textes n'en favorise pas l'usage. En France, la société par actions simplifiée et la société en commandite par actions sont des formes sociales utilisées.

435. Aujourd'hui, hormis les différentes sensibilités, tous les pays examinés disposent des outils juridiques pour transmettre, avec succès, l'entreprise familiale. Si, en France, il n'y a pas de fiducie-transmission, l'absence de cette institution ne semble pas constituer un obstacle à la transmission des entreprises qui serait de nature à justifier les écarts statistiques constatés.

CONCLUSION GENERALE

436. La transmission des entreprises familiales est un sujet récurrent depuis la fin du XX^e siècle. La fin des Trente Glorieuses, pour reprendre le chrononyme de M. FOURASTIER, marque la fin d'un cycle économique et une nouvelle période. C'est la fin de la croissance soutenue, du plein emploi et cette nouvelle période est marquée par l'augmentation du chômage. Les pouvoirs publics s'intéressent alors aux moyens de créer des emplois et de préserver le tissu économique. L'entreprise est alors considérée comme source de richesse et d'emplois pour les économies nationales et des études sont menées afin de déterminer les meilleures politiques pour favoriser leur transmission.

L'arrivée de la croissance et le retour de l'emploi attribué au dynamisme du « Mittelstand » ont généré un regain d'intérêt pour les petites et moyennes entreprises familiales. L'Europe s'est emparée du sujet et a adopté différentes recommandations. Les études et rapports qui ont été consacrés aux entreprises familiales ont mis en lumière un taux important de disparition à la deuxième, voire à la troisième génération d'héritiers, avec des résultats disparates selon les pays examinés. La nécessité d'anticiper et de planifier la transmission de l'entreprise familiale a été démontrée pour éviter son extinction. Toutefois, les écarts entre les différents pays étudiés sont toujours importants, ce qui a conduit à s'interroger sur l'univers juridique et fiscal de la transmission des entreprises familiales pour déterminer s'il existerait des différences qui pourraient expliquer, du moins en partie, ces résultats.

Les raisons juridiques souvent avancées aux mauvais résultats de la transmission des entreprises familiales en France tiennent à l'existence d'une réserve héréditaire au profit des héritiers et l'interdiction des pactes sur succession.

437. L'analyse comparative des situations a permis de démontrer des différences entre les systèmes juridiques, entre ceux de common Law, qui ne connaissent pas de réserve héréditaire, et les systèmes dits de tradition continentale. La comparaison des différents systèmes juridiques a cependant mis en lumière l'existence de rapprochements significatifs autour d'une réserve en valeur, de sorte que ce qui différencie aujourd'hui les systèmes de

common law des systèmes de tradition continentale, c'est le pouvoir d'appréciation du quantum d'une réserve. En effet, dans les systèmes de tradition continentale, le montant de la réserve est fixé à l'avance, tant dans son principe que dans son quantum, tandis que dans les systèmes de common law, ceux-ci sont soumis à l'appréciation du pouvoir judiciaire. L'examen des résultats de la transmission des entreprises familiales comparé aux systèmes juridiques permet de conclure que l'existence d'une réserve en valeur n'est pas un obstacle à la transmission des entreprises familiales.

438. L'interdiction des pactes sur succession future est également, généralement, avancée comme un obstacle à la transmission des entreprises familiales, en ce sens qu'elle interdirait de conclure des conventions pour anticiper le décès du chef d'entreprise. La présente étude a montré que, s'il existait des disparités de situations entre les différents systèmes juridiques, du moins sur le principe de l'interdiction des pactes sur successions futures, l'existence de dérogations toujours plus importantes rendait moins pertinente l'opposition entre les différents systèmes juridiques. Surtout, pour ce qui concerne la France, la réforme des successions et des libéralités par la loi du 23 Juin 2006 a permis de lever les obstacles qui pouvaient subsister - même si cela a remis en cause la cohérence du cadre juridique du droit des successions - de sorte que, depuis cette réforme, les obstacles juridiques avancés à la transmission des entreprises familiales manquent de pertinence. Cette constatation conduit nécessairement à s'interroger sur les raisons réelles des partisans de la suppression de la réserve héréditaire et de l'interdiction des pactes sur succession future.

439. Pour ce qui concerne le cadre fiscal, il a été démontré que toutes les législations nationales avaient adopté des dispositifs pour favoriser la transmission des entreprises familiales à moindre coût. Certes, les opérations sur les entreprises familiales générées par la planification ont nécessairement un coût, y compris fiscal, mais aujourd'hui il s'avère que de simples raisons fiscales ne justifient pas les écarts de résultat en termes de transmission des entreprises familiales. Au terme de la présente recherche, il est démontré que les obstacles avancés à la transmission des entreprises familiales manquaient, pour l'essentiel, de pertinence et relevaient du fantasme.

440. Quel que soit le cadre juridique dans lequel s'inscrit la transmission des entreprises familiales, il faut relever que tous les pays examinés ont mis en place des instruments pour favoriser et protéger la transmission des entreprises familiales. Selon les systèmes juridiques

et leur histoire, certains instruments vont être préférés à d'autres ; la fondation-actionnaires comme méthode de transmission, très utilisée dans certains pays du Nord-Est de l'Europe, pourrait être accentuée ; dans l'ensemble cependant, le praticien dispose des outils pour assurer avec succès la transmission de l'entreprise familiale, et ce dans chacun des systèmes juridiques examinés.

441. Aujourd'hui, la planification successorale permet d'assurer la continuité de l'entreprise familiale dans chacun des systèmes juridiques examinés et il n'existe pas de justification juridique ou fiscale qui permettrait de comprendre la disparité des résultats selon les pays examinés. Si les dirigeants et fondateurs n'utilisent pas tous les outils mis à leur disposition, c'est probablement en raison d'un manque d'information. Ce manque d'information n'explique cependant pas tout et c'est peut-être dans le rapport du dirigeant avec son entreprise, dans une difficulté à anticiper sa transmission, qu'il faudrait chercher des pistes de réflexion, mais cela ne relève pas de la présente recherche.

442. Plus largement, la présente étude a permis de constater que le classement des États selon la nomenclature classique des différentes familles de droit qu'il convient de rappeler : tradition de Common Law versus tradition de droit continental et, pour cette dernière catégorie, tradition du Code Napoléon et tradition germanique pouvait manquer de pertinence. Une analyse plus fine a, en effet, mis en lumière le caractère parfois inapproprié du classement des États au sein de ces différentes familles, au regard des notions examinées. Si ce classement conventionnel des États dans les différentes familles du droit a une vertu pédagogique, elle peut trouver ses limites sur des sujets tels que la réserve héréditaire ou l'interdiction des pactes sur succession future, ce qui pourrait conduire à s'interroger et à renouveler les méthodes de l'analyse comparative.

BIBLIOGRAPHIE

I. Dictionnaires juridiques & encyclopédies

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987.

JURISCLASSEUR Droit Comparé, Italie - Successions, Fascicule n°20, CASTAGNARO A., 31 janvier 2018.

JURISCLASSEUR Droit Comparé, Italie - régimes matrimoniaux - Fonds Patrimonial - Entreprise familiale, Fascicule n° 15, CASTAGNARO A., 30 mai 2016.

JURISCLASSEUR Droit Comparé, Allemagne - Droit civil - Successions et donations, Fascicule n° 25, KORNICKER H.-W., mise à jour MARIT MANN A., 12 octobre 2011.

JURISCLASSEUR Droit Comparé, Espagne - Successions et donations, Fascicule n° 2, GARCIA-RUBIO M.-P., 14 février 2010.

JURISCLASSEUR Droit Comparé, Grande-Bretagne - Droit anglais - Donations. Successions. Trusts - Droit international privé, Fascicule n° 2, NEVILLE BROWN L., WESTON C.A., 1^{er} mai 2008.

JURISCLASSEUR NOTARIAL FORMULAIRE, Législation comparée - Europe occidentale. Allemagne à Espagne - Régimes matrimoniaux et successions, Fascicule n° 10, REVILLARD M., 11 décembre 2017.

JURISCLASSEUR, Successions - Mandats successoraux - Le mandat à effet posthume, WICKER G., 1^{er} février 2014.

JURISCLASSEUR, Successions – pacte sur succession future, VEAUX-FOURNERIE P., VEAUX D., RAOUL-CORMEIL G., Code Civil, Art.721 à 724-1 - Fasc 20

NEUMAYER K.H., *Intestate Succession*, in *International Encyclopedia of Comparative Law* (IECL), vol. 5, chap. 3 (2002), n° 4-58.

II. Traités, manuels et cours

ALLIX E., *Traité élémentaire de science des finances et de législation financière française*, 1921, 4^e édition.

ARDANT G., *Histoire de l'impôt, Livre I, de l'Antiquité au XVII^e siècle*, coll. *Les Grandes Études Historiques*, Fayard, 1971.

ARDANT G., *Histoire de l'impôt, Livre II, du XVIII^e au XXI^e siècle*, coll. *Les Grandes Études Historiques*, Fayard, 1972.

ARDANT G., *Théorie sociologique de l'impôt, tome 1*, S.EV.P.E.N., 1965.

ARDANT G., *Théorie sociologique de l'impôt, tome 2*, S.EV.P.E.N., 1965.

AUBRY C., RAU C., *Cours de droit civil français*, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 4^e édition, 1878.

BAUDRY-LACANTINERIE G., WAHL A., *Traité théorique et pratique de droit civil, des successions*, Librairie de la société du recueil des lois et des arrêts, 1905.

BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit international privé*, tome I, partie générale, coll. *Thémis Droit*, 4^e édition, PUF 2017.

BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit International privé*, tome II, partie spéciale, coll. *Thémis Droit*, 4^e édition, PUF, 2017.

CABRILLAC R., *Droit des régimes matrimoniaux*, éd. LGDJ, 11^{ème} édition.

CARBASSE J.-M., *Manuel d'introduction historique au droit*, collection *Droit Fondamental*, 6^e édition, PUF 2015.

COLLINET P., *Répétitions écrites de droit romain*, Première année, *Les cours de droit*, 1938-1939.

DAVID R., *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948.

FERRÉ-ANDRÉ S., BERRE S., *Successions et libéralités*, coll. *Hypercours*, 2^e édition, Dalloz, 2014.

FROMONT M., RIEG A., *Introduction au droit allemand (République fédérale)*, tome III, coll. *Droit privé*, Éditions Cujas 1991.

GIRARD F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} édition, 1929.

GOMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ J.-M., J., *Les Systèmes législatifs non unifiés : le cas espagnol*, *L'Europe pour les notaires - Les notaires pour l'Europe*, Formation 2015-2017. Référence Internet : http://www.notaries-of-europe.eu/files/training-new/CNUE_Ansicht.pdf.

GRIMALDI M., *Droit des successions*, 7^e édition, LexisNexis 2017.

GRIMALDI M., *Droit civil, successions*, 2^e édition, Éditions Litec 1992.

GRIMALDI M., *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2018/2019.

JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, tome 3, *Recueil Sirey* 1933, n° 3.

LE BALLE R., « Étude des pactes sur succession future », Cours de Droit, Doctorat 1961-1962.

LEFEBVRE-TEILLARD A., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, coll. Droit fondamental, PUF, 1996.

LEGEAIS R., *Grands systèmes de droit contemporains : approche comparative*, Litec, 2^e édition, 2008.

LE GALLOU C., WESLEY S., *Droit Anglais des Affaires*, coll. Précis Domat, LGDJ, 2018.

LEPOINTE G., *Droit romain et ancien droit français*, éd. Montchrestien, 1958.

LEQUETTE Y., « Les Mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *Cours général de droit international privé*, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, vol. 387 Brill | Nijhoff, Leiden | Boston, 2018

LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, Licence Droit, PUF, 2011.

MALAUURIE Ph., BRENNER C., *Les Successions, les libéralités*, coll. Droit civil, 8^e édition, L.G.D.J Lextenso 2018.

MALAUURIE Ph., *Successions et libéralités*, fascicule I, Successions, Les Cours de Droit, 1983.

MAY G., *Éléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit*, Librairie Recueil Sirey, 1913.

MAZEAUD H., L., J., *Leçons de droit civil, t. 4, Régimes matrimoniaux successions libéralités*, Éditions Montchrestien, 1963.

MAZZON R., *Manuale pratico per la successione ereditaria*, Maggioli Editore, 2015.

Mémento Successions et libéralités 2019, Éditions Francis Lefebvre.

MOULINEAU B., *Manuel des déclarations de succession et des droits de mutation par décès*, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1875.

MOUREAUX-ROBERT R., HAROLD HANBURY H., *Traité pratique des divorces et des successions en droit anglais*, Librairie Arthur Rousseau, 1939.

NEMO Ph., PETITOT J., *Histoire du libéralisme en Europe*, coll. Quadrige Manuels, PUF 2006.

OURLIAC P. et de MALAFOSSE J., « *Histoire du droit privé, Tome III, le droit familial* », Ed. PUF.

OURLIAC P., GAZZANIGA J.-L., *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, coll. L'Évolution de l'humanité, Albin Michel, 1985.

- PARRY E.A., KERRIDGE R.**, *The Law of Succession*, Sweet & Maxwell 2016.
- PLANIOL M.**, *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1908, tomes 1 à 3.
- PERES C., VERNIERES C.**, *Droit des successions*, Coll. *Thémis Droit*, PUF, 2018.
- PINTENS W.**, *Tendencies in European Succession Law, in Inheritance law - challenges and reform*, a Norwegian-German Research Seminar, Éditions Torstein Frantzen.
- RIPERT G.**, *Traité élémentaire de droit civil, Marcel Planiol. Régimes matrimoniaux, successions – libéralités*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1946.
- RODIÈRE R.**, « *La vocation successorale en droit comparé* », Editeur Paris Cours de droit, 1954-1955.
- ROMÁN GARCÍA A.M., PERALTA Y CARRASCO (de) M., CASANUEVA SÁNCHEZ I.**, *Derecho de familia*, Editorial Dykinson 2019.
- SANCHEZ ROMAN F.**, *Estudios de derecho civil – historia general de la legislacion espanola*, Vol. VI., derecho de succession, éd. Analecta, 2008.
- SCHMIDLIN B.**, *Droit privé romain*, Tome I, Faculté de droit de l'université de Genève, 2^{ème} édition, 2008.
- SCHWAB D., GOTTWALD P., LETTMAIER S.**, *Family and Succession Law in Germany*, 3^e édition, Wolters Kluwer 2017.
- STEINAUER P.-H.**, *Le Droit des successions*, Précis de droit Stämpfli, Stämpfli Editions SA Berne 2006.
- TANDEAU MARSAC (de) V.**, *Guide pratique des entreprises familiales. Manuel opérationnel, juridique et fiscal*, Éditions Eyrolles, 2011.
- TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S.**, *Droit civil, les successions, les libéralités*, Précis Dalloz, 4^e édition, 2013.
- TROPLONG R.-Th.**, *Droit civil expliqué, Des donations entre-vifs et des testaments*, Charles Hingray, Libraire-éditeur, 1855 (4 volumes).
- PERES C., VERNIERES Ch.**, *Droit des Successions*, coll. *Thémis droit*, PUF 2018.
- WATERS DONOVAN W.M.**, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, The Hague Academy of international Law.
- WIJFFELS A.**, *Introduction historique au Droit : France, Allemagne, Angleterre*, *Thémis droit*, PUF, 2^e édition, 2014.
- WITZ C.**, « *Le droit allemand* », *Connaissance du droit*, D., 2^e édition, 2013.

III. Thèses et mémoires

AUCLAIR J., « *Des communautés ou sociétés familiales d'industrie et de culture* », Thèse PARIS 1965.

BENDELAC E., *Le Transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé, le choix de la loi applicable aux institutions d'Estate planning*, Éditions Bruylant, 2016.

BEVIN G., « Les nouveaux aspects de la théorie des pactes sur succession future », Thèse de L'Université de Paris, Paris, 1942.

BERGER-TARARE C., « *Le fiduciaire défaillant, Regards croisés en droit des biens et droit des obligations* », Ed. L.G.D.J. Lextenso éditions, 2015.

BLOUIN S., *La société en commandite en droit comparé et le pouvoir d'aliénation du commandité*, Thèse de doctorat de droit Privé, Paris II, 2004.

BRAS MIRANDA G., *La Prohibition des pactes sur succession future*, coll. Minerve, Éditions Yvon Blais, 1999.

CASTAGNARO-GENIN A., *Les régimes matrimoniaux en droit français et en droit italien*, Thèse de doctorat de l'Université Paris II, 2002.

CATALA P., « *Les règlements successoraux depuis les réformes de 1938 et l'instabilité économique* », Thèse pour le doctorat en droit présentée et soutenue le 20 décembre 1954, RECUEIL SIREY.

CATALA P., *La Réforme des liquidation successorales*, Édition Defrénois, 3^e édition 1982.

CAZAJUS M., « *l'anticipation dans la transmission des entreprises - aspects civils* », Thèse Toulouse, 2013.

CHENON E., « *Les démembrements de la propriété foncière avant et après la révolution* », Thèse de la Faculté de Droit, 1881.

DEBERNARDI G., *Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux. Droit. Université Côte d'Azur*, 2017.

ESTIENNY F., *La fiducie : aspects juridiques et fiscaux - Contribution à l'étude du patrimoine fiduciaire*, Collection des Thèses dirigée par BEIGNER B., t. 60, Defrénois 2018.

FILHOL L., *La Famille et les Impôts sur les successions*, Thèse pour le doctorat, Lyon, Imprimerie BOSC Frères & Riou, 1930.

FRANCO (O.), « *L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits, l'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité* », Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, tome 5, LGDJ, 2016.

GAUTHIER (J.), « *Le pacte successoral* », Thèse, Lausanne, 1955.

GENIN V., « La perversion de l'imposition des successions », Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), avril 1993.

GOUPILLE-LEBRET (J.), « *Essais sur la dynamique des successions et des inégalités en France* », École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2016.

GODECHOT S., *L'articulation du trust et du droit des successions*, Thèse, Éditions Panthéon Assas, Diffuseur LGDJ, 2004.

GUEDJ V., *Essai sur le régime juridique des fondations*, Thèse Paris II, 22 novembre 1999.

GUERLAIN L., *L'Ecole de le play et le droit*, Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain, Tome 34, LGDJ, 2017.

IBARRA GARZA R., *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 553, LGDJ 2014.

KONDYLI I., *La Protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec comparés*, Bibliothèque de droit privé, tome 275.

MARTINI H., *De la légitime en droit romain, de la réserve et de la quotité disponible en droit français*, Paris, Imprimerie de Jouaust, 1863.

NACHBAUM-SCHNEIDER A.-L., « La réserve héréditaire Aspects fonctionnels », École doctorale de droit, science politique et histoire, Centre de Droit Privé Fondamental, Université de Strasbourg.

PEGUERA POCH M., *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e-XVIII^e siècles)*, coll. Histoire du droit dirigée par LECAS A., série « Thèses et Travaux », n° 17, Faculté de droit et de sciences politique d'Aix-Marseille.

PETITJEAN H., *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*, LGDJ 1959.

PICARD (L.), « *Des partages d'ascendants comme moyen d'éviter la dispersion de la petite propriété paysanne* », Thèse Droit PARIS, 1902.

POPESCO T.R., *L'Adaptation des fondations aux nouvelles circonstances en droit comparé*, Librairie L. Rodstein, 1940.

SAINZ F., *Étude comparée sur le plan juridique et fiscal de la fiducie française et du trust britannique*, mémoire Master 2, droit des affaires : droit des PME-PMI, Université

de Reims Champagne-Ardenne, 2016-2017. Référence Internet : <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01703930/document>.

SEVENE E., *L'Impôt sur les successions, législation actuelle et projets de réformes*, Thèse pour le doctorat ès Sciences politiques et économiques, Montpellier, Imprimerie Gustave Firmin et Montane, 1900.

TCH'EN H.-f., *l'Institution de la Réserve Héritaire et la « Family provision » en droit successoral anglais*, Thèse Université de Paris du 8 janvier 1941.

VALLIER E., « *Le fondement du droit successoral en droit français* », Librairie de la société du recueil des lois et des arrêts, 1902, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k58100392.r>

VERDIER J.-M., *Les droits éventuels - Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Thèse Paris 1953.

VEZ P., « *La fondation : lacunes et droit désirable- Une analyse critique et systématique des articles 80 à 89 CC* », Thèse, Fribourg, Berne 2004.

IV. Articles de mélanges

CATALA P., « Le sort des parts sociales au décès de l'associé », Mélanges H. CABRILLAC, Études de droit commercial, à la mémoire de Henry CABRILLAC, 1968.

GORE M., « Estate Planning : quelques aspects de l'anticipation successorale en droit américain », in *Le Droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Études offertes à Pierre CATALA, Éditions Litec 2001.

JAMBU-MERLIN R., *Quelques réflexions sur la définition juridique de la famille*, Mélanges G. FLATTET, 1985, p. 53 et s.

LE GUIDEC R., « Observations sur l'anticipation successorale », Mélanges en l'honneur du professeur Gilles GOUBEUX, LGDJ, 2009.

SAINTOURENS B., « l'Héritier de l'associé », in Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, Les droits et le Droit, Collection DALLOZ, 2006.

V. Ouvrages

ALFANDARI E., NARDONE A., *Associations et fondations en Europe. Régime juridique et fiscal*, Juris-Eds, 1994.

ASSOCIATIONS Fondations - Congrégations Fonds de dotation, Mémento Francis Lefebvre 2012-2013.

AUGUSTINS G., *Comment se perpétuer ? Devenir des lignées et destins des patrimoines dans les paysanneries européennes*, Société d'ethnologie, 1989.

BAKER J., *An introduction to English Legal History*, éd. Oxford University press, fifth edition, 2019.

BARRIÈRE F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, LITEC, Bibliothèque du droit de l'entreprise, t. 66, 2004.

BERAUDO J.-P., TIRARD J.-M., *Les Trusts anglo-saxons et les pays de droit civil. Approche juridique et fiscale*, Academy and Finance, Genève, 2006.

BERGQUIST U., DAMASCELLI D., FRIMSTON R., LAGARDE P., ODERSKY F., REINHARTZ B., *Commentaire des règlements européens sur la liquidation des régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés*, Revue Dalloz, novembre 2018.

BONFIELD L., *Property and Succession*, Éditions Duncker & Humboldt, 1992.

BONOMI A., STEINER M., « *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé, Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la suisse* », Éditions Droz 2008.

BONOMI A., WAUTELET P., *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e édition, Éditions Bruylant février 2016.

BONOMI A., *Successions internationales : conflits de lois et de juridictions*, Cours de l'Université de La Haye, 2011.

BONOMI A., STEINER M., *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé*, Librairie Droz, Genève 2006.

BOULANGER F., *Droit international des successions, nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Economica, 2004.

BRAUN C., *German Inheritance and gift Tax Reform 2009, Tax Burden on the Transfer of Business Assets*, Diplomica Verlag GmbH, 2010.

BROCHER C., *Étude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de successions héréditaires*, Paris-Genève, 1868.

BULLIER A. J., *La Common law*, coll. Connaissance du droit, 4^e édition Éditions. Dalloz 2016.

CAGNAT R., *Étude historique sur les impôts indirects chez les Romains jusqu'aux invasions barbares*, Paris, Imprimerie Nationale 1882

CAHN A., DONALD D.C., *Comparative Company Law, Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press, 2^e édition 2018.

CARBONNIER J., CATALA P., SAINT-AFFRIQUE de (J.), MORIN G., *Des libéralités. Une offre de loi*, préface de CARBONNIER J., Éditions Defrénois 2003.

CATALA P., *La Réforme des liquidation successorales*, Édition Defrénois, 3^e édition 1982.

CATALA P., *La réforme des liquidations successorales, Esprit général (loi du 3 juillet 1971)* in *Famille et Patrimoine*, PUF 2000.

CHAMPAUD C., PAILLUSSEAU J., « *L'entreprise et le droit commercial* », Librairie Armand Colin, 1970.

CHAMPAUD C., *La fiducie-entreprise*, Revue juridique de l'Ouest 2011.

CHAMPAUD C., « *L'entreprise dans la société du XXI^e siècle* », Éditions Larcier, 2013.

CHAMPAUD C., DANET D., « *Les stratégies de pérennisation du contrôle familial d'une entreprise (le cas français)* », in *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, Éditions Larcier 2012.

CHARHON F., COMBES I., *Fondations, fonds de dotation*, Juris éditions, 2016.

CHASSAIGNE Ph., *Histoire de l'Angleterre des origines à nos jours*, Éditions Flammarion, 2015.

CLERE J.-J., *De la Révolution au Code civil. Les fondements philosophiques et politiques du droit des successions*, in MSHDB 43^e fasc., Éditions Universitaire Dijon, 1986.

CANTIN CUMYN M., sous la direction de, *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Éditions BRUYLANT 1999.

COURET A., DONDERO B., *Loi Pacte et Droit des Affaires*, Éditions Francis Lefebvre, 2019.

CREMADES GARCÍA P., *Sucesión mortis causa de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*, Editorial Dykinson 2014.

CUNIBERTI G., *Grands Systèmes de droit contemporains. Introduction au droit comparé*, 3^e édition, Éditions L.G.D.J. Lextenso 2015.

DELALANDE N., *Les Batailles de l'impôt. Consentement et résistances de 1789 à nos jours*, Éditions du Seuil, mars 2014.

DELPAX M., *L'entreprise et le droit*, Librairie de droit et de jurisprudence, 1957.

DETHLOFF N., *The protection of children in German Inheritance Law, Inheritance law - Challenges and Reform, A norwegian-German Research Seminar*, Éditions Torstein Frantzen, 2013.

DEVIC L., *Fonds de dotation. Création. Gestion. Évolution*, Juris Éditions, 2014..

DIDIER M., OUVRARD J.-F., *L'Impôt sur le capital au XXI^e siècle, une coûteuse singularité française*, coll. Coe-Rexecoe, Economica 2016.

DIDIER M., OUVRARD J.-F., SCAPECCHI P., *Réforme fiscale et retour de la croissance*, coll. Coe-Rexecoe, Economica 2014.

ESCARRA J., *Les Fondations en Angleterre (étude de droit comparé)*, PARIS, 1907.

ESTIENNY F., *La fiducie : aspects juridiques et fiscaux - Contribution à l'étude du patrimoine fiduciaire*, t. 60, Defrénois 2018.

EWALD F., *Naissance du Code civil, Travaux préparatoires du Code civil*, Flammarion, 2004.

FROMONT M., RIEG A., *Introduction au droit allemand, République fédérale*, Éditions Cujas 1991.

RAMOS PRIETO J., HORNERO MENDEZ C., *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España : Una Perspectiva Multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi 2016.

GANGHOFER R., *Le Droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, coll. Publications de la Maison des Sciences de l'Homme de Strasbourg n°7, 1992.

GAUDEMET J., *Les Naissances du droit : Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Éditions Montchrestien, 4^e édition, 2006.

GLASSON E., *Le Droit de succession dans les lois barbares*, Éditions L. Larose et Forcel, 1886.

GOTMAN A., *Hériter*, coll. Économie en Liberté, PUF 1988.

GOUTHIÈRE B., « *Les impôts dans les affaires internationales* », Ed Francis LEFEBVRE, 10^{ème} édition.

Guide Pratique, *Famille et Successions*, Éditions Francis Lefebvre, 2018.

Les Guides RF, *Transmission d'entreprise*, 5^{ème} édition, 2017.

HALPERIN J.-L., *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Éditions Flammarion, 2006.

HALPERIN J.-L., *Histoire du droit privé et français depuis 1804*, PUF, 2012.

HOLBACH (d'), *Essai sur les préjugés ou de l'influence des opinions sur les mœurs et sur le bonheur des hommes*, Niogret, Libraire-Éditeur, 1822.

HOLDSWORTH W. S., « *History Of English Law* », 3^e édition, 1925.

KALLS S., *Company Law and The Law of Successions, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Springer, 2015.

KERRIDGE R., *Intestate Succession in England and Wales*, in *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.J., ZIMMERMAN R., Oxford University Press 2015.

KING L., *Private Client : Wills, Trusts and Estate Planning 2018*, College of Law Publishing Legal Practice Guides, The University of Law 2018.

LACOSTE (de) G., *Essai sur les mejoras ou Avantages légitimaires dans le droit espagnol ancien et moderne*, éd. 1911, Hachette Livre BNF.

LAFONT (de) M., « Sur la recherche de la vérité historique en ce qui concerne les questions sociales et particulièrement la transmission des biens dans les familles », GAP, Imprimerie Jouglard, Imprimeur de la société d'études 1890.

LELEU Y.-H., « *La transmission de la succession en droit comparé* », Ed. MAKLU et BRUYLANT, 1996.

LELEU Y.-H., *Les Pactes successoraux en droit comparé, Les relations contractuelles internationales – le rôle du notaire*, Anvers, Maklu, 1995.

LEROY M., « *Regard Croisés sur le système fiscal, Allemagne, France, Italie, Russie* », Ed. l'HARMATTAN, 2005.

Le Guide des donations et des successions, 2^e édition, Les Guides RF, Groupe Revue Fiduciaire 2016.

LETELLIER H., *Les contrats nuptiaux, Accords financiers pour la vie commune et la séparation*, Lexisnexis, Collection Droits Professionnels, 2011.

LOCKE J., *Traité du gouvernement civil*, GF Flammarion, 2^e édition corrigée, 1984.

MARTINEZ ESCRIBANO C., *Pactos prematrimoniales*, Ed. Tecnos, Madrid 2011.

MAYER P., HEUZE V., *Droit International Privé*, Ed. Montchrestien, 10^e édition, 2010.

MARTIN X., « *Mythologie du Code Napoléon aux soubassements de la France moderne* », Ed. Dominique Martin Morin, 2003.

MEIJERS E.M., « *Droit ligurien de succession en Europe occidentale* », tome I Les pays alpins, Ed. HAARLEM, H.D. TJEENK WILLINK & ZOON, 1928.

MESTMAECKER E.-J., REUTER D., *Allemagne*, in *Les fondations en Europe, une étude comparative*, IdW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1973.

MONTESQUIEU C.L., *De l'esprit des lois*, II, coll. Folio Essais, Gallimard, 1995.

MUNDT G., *Contribution à l'étude comparative du Code civil allemand et du Code civil français*, Librairie Arthur Rousseau, 1903.

NAVEZ É.-J., *La Fiscalité des successions et des donations internationales. Théorie générale et applications en droit comparé*, Éditions Bruylant 2011.

NIORT J.-F., *Homo civilis – Contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)*, Ed. PUAM, collection Histoire des idées politiques, 2004.

OCKL D., *Patto di famiglia e diritto internazionale privato*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Fondazione Italiana per il Notariato, Milan, 2006.

PROBERT R., HARDING M., *Family and Succession Law in England and Wales*, 5^e édition, Éditions Wolters Kluwer, 2016.

QUINZÁ REDONDO J.P., *Régimen Económico Matrimonial, Aspectos Sustantivos y Conflictuales*, coll. Derecho de Familia, Tirant lo Blanch, 2016.

REID K., de WAAL M., ZIMMERMANN R., « *Exploring the law of succession* », Studies National, Historical and Comparative, EDINBOURGH UNIVERSITY PRESS, Volume 5, 2007.

Regimenes Economico-Matrimoniales, 3^e édition, Coleccion Francis Lefebvre 2018.

Ouvrage Collectif, M. REID K., de WAAL M., ZIMMERMANN R. sous la dir. de, « *Comparative Succession Law, Intestate Succession* », OXFORD UNIVERSITY PRESS, Volume 2, 2015.

Ouvrage Collectif, Inheritance Law - Challenges and Reform A Norwegian-German Research Seminar, TORSTEIN FRANTZEN édition, Volume 9, 2013.

Ouvrage collectif RAMOS PRIETO J., HORNERO MENDEZ C., *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: Una Perspectiva Multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi 2016.

Ouvrage collectif VERBEKE A.-L., *Confronting the frontiers of family law and succession law : Liber amicorum Walter Pintens* éd. Cambridge Intersentia, 2012.

REVILLARD M. et KHAIRALLAH G., « *Droit européen des successions internationales, Le règlement du 4 juillet 2012* », Éditions Defrénois Lextenso, 2013

REVILLARD M., *Droit international privé et européen : pratique notariale*, 8^e édition, Éditions Defrénois Lextenso 2014.

REVILLARD M., *Stratégie de transmission d'un patrimoine international. Nouvelles perspectives*, coll. Expertise Notariale, Éditions Defrénois Lextenso, 2^e édition, 2016.

RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1948.

RIVIÈRE Ch., *Courte étude sur la loi du 25 février 1901, l'administration de l'enregistrement et les petites successions*, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Marchal et Billard, 1908.

ROUSSEAU J.-J., *Discours sur l'économie politique*, Introduction et commentaire sous la direction de BERNARDINI B., Vrin 2002.

SANCHEZ R., MORALEJO IMBERNON N., *Property and Trust Law in Spain*, Wolters Kluwer 2011.

SAVAGE V.N., *La fiducie sur parts et actions de sociétés, aspects juridiques et fiscaux*, Éditions Larcier 2015.

SCHINKE C., *Inheritance in Germany 1911 to 2009 : A mortality Multiplier Approach*, The German Socio-Economic Panel Study at DIW Berlin, 2012.

SIZARET (L.), « *Essai sur l'histoire de la dévolution légale ab intestat du V^e au X^e siècle dans les pays de l'ancienne Gaule Romaine* », Centre de recherches historiques, Université de DIJON, 1975.

SOUDEY G., *L'estate planning. Optimisation civile et fiscale d'une succession internationale*, Coll. Pratique Notariale, LexNexis, 2011.

TUDELA CHORDA S., *Negocio fiduciario y simulacion*, Departamanto de derecho civil, UNED, Thésis 2015, disponible sur Internet : http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Studela/TUDELA_CHORDA_Sergio_Tesis.pdf.

WIJFFELS A., « *Le droit européen a-t-il une histoire? En a-t-il besoin?* », Leçon inaugurale du Collège de France, FAYARD, 2017.

WITZ C., *Fiducie en droit privé français*, Thèse dactylographiée, Strasbourg III, 1979 et *La fiducie en droit privé français*, Economica 1981.

WATSON (A.), « *Legal Transplants, An approach to comparative law* », UNIVERSITY OF GEORGIA PRESS, 1993.

ZIMMERMANN R., *Does the Law of Succession Reflect Cultural Differences?* », Maastricht Law series, Editions Eleven international publishing, 2018.

ZOPPINI A., *Il patto di famiglia*, in *Studi Salis*, vol. 2, Turin, 2000.

VI. Rapport

BENOTEAU I., MESLIN O., *Les prélèvements obligatoires sur le capital des ménages : comparaisons internationales*, Rapport particulier n° 5, Cour des comptes, octobre 2017.

BERNARD Ch., PAOLUCCI M., PICHON RETOURNARD T., « *Risques et opportunités de la transmission des entreprises industrielles* », Rapport final, janvier 2008, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000157.pdf>.

BOURDOIS J.-J., « Final report of the expert group Overview of family-business-relevant issues : research, networks, policy measures and existing studies », ARES (2015)2102740 - 20/05/2015.

BRUNETIERE L., KAUFFER G., LOUIS DIT GUERIN C., MORIVAL E. et ROUSSEAU N., La transmission d'entreprise, Projet collectif MUTECOS, Avril 2011.

CLAUDET (A.), « *Rapport national d'Angleterre* », Notarius international 1-2/2002.

COUR DE CASSATION, Rapport annuel, 2013, « *L'ordre Public* », La documentation française, 2014.

DOMBRE-COSTE F., « Favoriser la transmission d'entreprise en France : diagnostic et propositions », Rapport adressé au ministre de l'Économie et à la secrétaire d'État chargée du Commerce le 7 juillet 2015.

ECKHARDT (B.), JAKOB (D.) et VON SCHNURBEIN (G.), « *Rapport sur les fondations en Suisse* », 2014.

FONDATION DE FRANCE, rapport annuel, « Panorama de la philanthropie en Europe », http://www.cerphi.org/wp-content/uploads/2011/05/panorama_de_la_philanthropie_en_europe.pdf

FRANCE STRATÉGIE, *Comment réformer la fiscalité des successions ?*, Janvier 2017.

GIRAUD J., « Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2019 », t. 2, Assemblée nationale, n°1302, p. 535.

GRANT THORNTON, GT Société d'Avocats, « Transmission d'entreprises en Europe : la France doit s'aligner d'urgence sur ses voisins », METI.

HANOTIAU, Rapport sur la réserve en droit anglais et en droit américain – examen critique de la réserve successorale, Tome II, droit comparé, Ed BRUYLANT 1997.

HERTEL C., *Rapport National Allemagne*, Notarius international 1/2001.

HERTEL C., *Aperçu sur les systèmes juridiques dans le monde*, Notarius International 1-2/2009.

HUYGHE S., Rapport n° 3122 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi modifié par le Sénat portant réforme des successions et des libéralités, Assemblée nationale, 6 juin 2006.

HUYGHE S., Rapport n° 2850 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi modifié par le Sénat portant réforme des successions et des libéralités, Assemblée nationale, 6 juin 2006.

INSTITUT MONTAIGNE, Vive le long terme ! Les entreprises familiales au service de la croissance et de l'emploi, rapport septembre 2013.

JEVAKHOFF A., CAVAILLOLES D., *Le rôle économique des fondations*, Rapport n° 2017-M-008, avril 2017, disponible sur Internet : <https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2017/rapport-role-economique-fondations.pdf>.

KLIMEK J., Avis du comité économique et social européen sur « l'entreprise familiale en Europe comme source de croissance renouvelée et d'emplois de meilleure qualité », Journal officiel de l'Union Européenne du 15 Janvier 2016 (2016/C 013/03).

LEHMAN (H.), « *Les fondations en Allemagne* », travaux de la semaine internationale de droit Paris, 1937, LES FONDATIONS, rapports préparatoires et discussion, Librairie du Recueil Sirey, 1937..

LEVY-ULLMANN H., ESCARRA J., *Les Fondations en Angleterre*, Travaux de la Semaine Internationale de Droit, Paris 1937, Les Fondations, Rapports préparatoires et discussion, Librairie du Recueil Sirey, 1937.

MARINI Ph., Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la nation sur la fiscalité des mutations à titre gratuit, annexe au procès-verbal de la séance du 20 novembre 2002.

NOTAT N., SENARD J.-D., avec le concours de BARFETY J.-B., « L'Entreprise, objet d'intérêt collectif », Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la justice, de l'Économie et des Finances du Travail du 9 mars 2018. Référence Internet : https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2018/entreprise_objet_interet_collectif.pdf.

NIEBLER A., « Rapport sur les entreprises familiales en Europe », 30 juin 2015.

ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU DE PARIS, *La Transmission de l'entreprise familiale, l'avis des experts et des industriels*, Éditions Économica, 1994.

PERES C., sous la direction de, Rapport du groupe de travail, *la réserve héréditaire*, 13 décembre 2019.
Référence internet : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_reserve_hereditaire.pdf.

PLANELLS DEL POZO C., TORRES ESCAMEZ S., *Rapport national Espagne*, Notarius International 3-4/2003.

PROPHIL, « *Les fondations actionnaires première étude européenne* », Imprimerie moderne, 2015.

FONT REAULX (de) P., LEHMAN H., *Les Fondations en droit français*, Travaux de la Semaine Internationale de Droit, Paris 1937, Les Fondations, Rapports préparatoires et discussion, Librairie du Recueil Sirey, 1937.

RICHEMONT (de) H., *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale portant sur la réforme des successions et des libéralités*, Session ordinaire du Sénat 2005-2006, n° 343, tomes I et II.

TERRA NOVA, *Réformer l'impôt sur les successions*. Rapport collectif. Référence Internet : <http://tnova.fr/notes/reformer-l-impot-sur-les-successions>

TRANSREGIO, *Enquête sur la transmission d'entreprises dans sept pays européens, 2005*. Référence internet : www.transregio.org.

VII. Actes de colloques

Actes du colloque organisé par le centre Pierre Kayser, BRENNER C., « Le nouveau visage de la réserve héréditaire », in *La Réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, PUAM, 2008.

Actes du Colloque organisé le 22 octobre 2015 par l'Association Française des Fiduciaires, FIDUCIE sur TITRES LES NOUVELLES PERSPECTIVES, Collection GRANDS COLLOQUES, LGDJ, 2017.

Actes du 72^e Congrès des Notaires de France, « La dévolution successorale », Deauville, 1975.

Actes du 107^e Congrès des Notaires de France, « Le financement, les moyens de ses projets - la maîtrise des financements », 2011.

Actes du 108^e Congrès des Notaires de France, « La transmission », 2012.

Acte du colloque organisé les 2, 3 et 4 mai 2001, par le Comité pour l'histoire économique et financière de la France, PLESSIS A., « L'impôt des français au XIX^e siècle replacé dans une perspective européenne », in *L'Impôt en France aux XIX^e et XX^e siècles*.

Actes du Colloque organisé les 21 et 22 novembre 2013 par la Centre de Droit de la Famille de l'Université Jean-Moulin, LYON III, en association avec le CREDIP, à LYON, Vers un Statut Européen de la Famille, sous la direction de FULCHIRON H. et BIDAUD-CARON C., DALLOZ, 2014.

Actes du Colloque organisé le 10 octobre 2014 par le CESICE de l'Université Grenoble Alpes et la Chaire Jean Monnet de Sciences Po Grenoble, L'EUROPEANISATION DU DROIT, Quelle influence de l'Union Européenne sur

le Droit Français ? sous la direction de GUILLOUD-COLLIAT L, OBERDORFF H, TERPAN F., Collection GRANDS COLLOQUES, LGDJ, 2016.

Actes du Colloque organisé les 8, 9 et 10 avril 2015, Les successions en droit comparé, Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Belgique, France, Italie, Maroc, Pays-Bas, Suisse, mise à jour avril 2016, sous la direction de ANCEL-LIOGER Z. et CALO E. Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

Actes du colloque du 21 février 2003, DUTOIT (B.), « *Perspectives comparatives sur la succession ab intestat, Le droit des successions en Europe* ».

Actes du colloque organisé le 22 octobre 2015 par l'Association Française des Fiduciaires, « *Fiducie sur Titres les nouvelles perspectives* », Ed. LGJD, 2017.

Actes du colloque tenu le 28 septembre 2017 à l'Université Lyon 2, « La Fiducie : assise théorique et applications pratiques », LexisNexis, Juin 2018.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE, « *Les successions : journées roumaines* », Tome LX/2010, Éditions Bruylant et LB2V, 2012.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE, « *La notion juridique de l'entreprise : journées de Liège* », Tome III/1947, Éditions Dalloz, 1948.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE, « *Le pouvoir dans les sociétés : journées chiliennes* », Tome LXII/2012, Éditions Bruylant, 2012.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE, « *Droit de l'Italie* », LGDJ, 2017.

ALDERSON D., « Aspects du droit des successions en Angleterre et au pays de Galles » in *Les Successions en droit comparé*, Actes du colloque organisé par le CRIDON de Lyon.

BONOMI A., *Droit des successions en Europe*, Actes du colloque de Lausanne du 21 février 2003, Droz 2003.

CHARLIER P, CARTIER J.-B., *Les particularités de la société en commandite par actions au regard des conflits d'agence*, Fiscalité, Droit et Sciences de Gestion, 4^e Colloque international, décembre 2012, Marrakech, Maroc. halshs-00807573f.

FARGE M., « L'eupéanisation du droit civil », in *L'Eupéanisation du droit, Quelle influence de l'Union européenne sur le droit français ?* Actes du colloque organisé le 10 octobre 2014, coll. Grands Colloques, LGDJ 2016.

VIII. Articles de périodiques

ABEL D., *Les fondations territoriales, un modèle largement développé en Italie*. Disponible sur Internet : <http://admical.org/expertise/europe-les-fondations-territoriales-un-modele-largement-developpe-en-italie>.

ALPA G., « Le Code civil et l'Italie », RIDC, vol. 57, n° 3, 2005.

ALLOUCHE J., AMANN B., « L'Entreprise familiale : un état de l'art », Finance Contrôle Stratégie, vol. 3, n° 1, mars 2000, p. 33-79.

ALTEROCHE (d') B., « Les renonciations à succession future sous l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e siècle) » in Renonciations et successions : quelles pratiques ? Defrénois, décembre 2016.

ANHEIR H.K., FORSTER S., MANGOLD J., STRIEBING C., « Foundations in Germany : A Portrait », in American Behavioral Scientist, 2018, vol. 62(12).

ARRONDEL L., GARBINTI B., MASSON A., « Inégalités de patrimoine entre générations : les donations aident-elles les jeunes à s'installer ? », Revue Économie et Statistique, n° 472-473, 2014, p. 92.

ARRONDEL L., « Transmission du patrimoine et impôt successoral », Informations sociales 2006/6 (n° 134), p.42-53.

ARROYO MARTINEZ I., « Trust and the civil Law », Louisiana Law Review, vol. 42, n° 5, 1982, p. 1709-1720.

ASCHERI M., REDON O., « Formes du droit dans l'Italie communale : les statuts », in Médiévales, n° 39, 2000, Techniques : les paris de l'innovation, p.137-152.

AYNES A., « L'Administration de la succession par autrui », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 29, 18 juillet 2008, 1246.

BACAROLI M., « La Transmission des PME familiales en Italie », La semaine juridique, Édition générale, n° 48 du 28 novembre 2016, doct.1297.

BAFFOY G., « La Société Civile : un trust à la Française », Rev. fiscale du patrimoine, Juillet 2007, étude 15.

BAILLON-WIRTZ N., « Que reste-il de la prohibition des pactes sur succession future ? - A propos de la loi du 23 juin 2006 », Droit de la Famille n°11, Novembre 2006, étude 44.

BARCAROLI M., « la transmission des PME familiales en Italie », La Semaine Juridique, éd. générale, 28 novembre 2016, doct.1297.

BECKER M., « Le pacte successoral : un nouvel instrument au service du couple », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 25 du 22 juin 2012, 1271.

BELLAN M., « Les fondations d'actionnaires entrent dans le droit français », Les Échos, édition du 8 octobre 2018, p.6.

BENDELAC E., « Guide pratique d'une institution d'Estate planning : le joint tenancy », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°6, 12 février 2016, 1084.

BERLINGUER A., Trust et fiducie en Italie, Revue Dalloz, 2008, n° 9, p. 600.

BERROD F., ULLESTAD A., « Le Droit de l'Union européenne et la notion d'entreprise : donner un sens juridique à l'exercice de l'activité économique, LA RSE saisie par le droit, perspectives interne et internationale », dir. MARTIN-CHENUT K., QUENAUDON (de) R., Pedone, 2016, pp.135-149.

BILLET J., « Les fondations d'entreprise : Quand un dirigeant de PME s'engage pour défendre l'intérêt général », Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise, 2017/1, n° 25, pp.91-97.

BLANCK-DRAP M., « Les trusts », Rev. Dr. et patr., 1^{er} septembre 2011.

BOHOT J.-Y., GUAY P., « Les fonds de dotation : une success story », Dossier Financement, La Revue Associations, n° 80, juillet 2018.

BOICHE A., Présentation du Règlement « régimes matrimoniaux », Revue AJ Famille décembre 2018, Dossier Règlement « régimes matrimoniaux », p. 644-645.

BOICHE A., « Règles de conflit introduites par le Règlement de conflit introduites par le Règlement « régimes matrimoniaux », Revue AJ Famille décembre 2018, Dossier Règlement « régimes matrimoniaux », p. 653-657.

BOICHE A., GOSSART C., BOICHE A., GOSSART C., « Règles de compétence, de reconnaissance et d'exécution des juridictions dans le cadre du Règlement « régimes matrimoniaux » », Revue AJ Famille décembre 2018, Dossier Règlement « régimes matrimoniaux », p. 646-651.

BOICHE A., AVENA-ROBARDET V., « Liquidation des régimes matrimoniaux : règles de compétence directe », Revue. AJ Famille décembre 2018, Dossier Règlement « régimes matrimoniaux », p. 652.

BONOMI A., « Les pactes successoraux à l'épreuve du règlement européen sur les successions », Droit et Patrimoine 2015. Disponible sur Internet : lamyline.fr.

BORSTING C., THOMSEN S., « Foundation Ownership, Reputation and Labour », novembre 2018, The Oxford Review of Economic Policy, 33(2).

BOUQUEMONT A., « Le mandat à effet posthume appliqué aux titres sociaux », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 22, 30 mai 2014, 1209.

BOULANGER (D.), « Le renouvellement du traitement de l'anticipation successorale au travers du règlement (UE) du 4 juillet 2012 », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, 5 juillet 2013.

BOURGEOIS I., « Entreprises familiales, un rôle clef outre-Rhin, Regards sur l'économie allemande, » Bulletin économique du CIRAC, 2007, p. 31-34.

BRENNER C., SAVOURE B., « Les aménagements conventionnels du régime de participation aux acquêts », Actes pratiques et stratégie patrimoniale, n°4, oct. 2015, dossier 28.

BRUCK E.F., « Les facteurs moteurs de l'origine et du développement des fondations grecques et romaines », Revue internationale des droits de l'antiquité, 3^e série, t. 2, Bruxelles, Office national de librairie, 1955, p.160-166.

BRULLIARD G., « La réforme du droit de la famille en Italie », Revue Internationale de droit comparé, 1975, 27-3, p. 645-660.

BUREAU A., *Le contrat de fiducie : étude de droit comparé Allemagne, France, Luxembourg*, Juripole de Lorraine. Référence Internet : https://www.juripole.fr/memoires/compare/Antoine_Bureau/partie1.html

BURGUIÈRE A., « Pour une typologie des formes d'organisation domestique de l'Europe moderne (XVI^e-XIX^e siècles) » in Annales, Économies, Sociétés, Civilisation, 41^e année, N3, 1986, p. 639-655.

CABANILLAS SANCHEZ A., « *La contratacion entre conyuges* », Anuario de derecho civil, 1985, Vol. 38, p.505-584.

CAPITANT H., « La prohibition des pactes sur les successions non ouvertes », Rev. Crit.legisl.et jurispr.1933, p. 86-113.

CATABELLE J.-M., CERINI J., « Transmettre ou reprendre une entreprise », Prat éditions, septembre 2018.

CATABELLE J.-M., CERINI J., « Reprise d'entreprise, trois montages financiers possibles », Les Échos Société, 17 septembre 2019.

CENAC P., CLERMON M., « Le « package successoral » du chef d'entreprise », Cahiers de droit de l'entreprise n°3, mai 2008.

CENDON P., VENCHIARUTTI A., BUSSANI M., « Italie », Revue internationale de droit comparé, 1990, p. 1269-1279.

CHAUMEILLE A., « Le trust en droit français », Actualité juridique droit immobilier, 1^{er} octobre 2011.

COBAS COBIELLA M.E., « La sucesión mortis causa de la empresa familiar », Actualidad Civil, revista juridica de doctrina y jurisprudencia civil, mercantil y procesal, 2016, n°7-8, p.39.

COBAS COBIELLA M.E., *La modernización del derecho de sucesiones, algunas propuestas, Cuestiones de Interés Jurídico*, ISSN 2549-8402, IDIBE, julio 2017. Référence Internet <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/cij-16.pdf>.

COIFFARD D., « L'impossible succession contractuelle », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n°19, 7 mai 2004, 1223.

COIFFARD D., « La succession contractuelle en droit comparé », *Droit & Patrimoine* n° 127, juin 2014.

COFFINET J., MOULIOM M., « Des transmissions de patrimoine plus fréquentes mais de montants plus faibles en France que dans les autres grands pays de la zone euro - Une comparaison fondée sur les données de l'enquête européenne HFCS ». Dossier INSEE disponible sur Internet : https://www.insee.fr/fr/statistiques/fichier/3549494/REVPMEN18_D4_heritages.pdf.

COLIN R., « L'Espagne des Communautés Régionales Autonomes », *Revue de l'OFCE*, n° 20, juillet 1987.

COMBRET J., « Le mandat à effet posthume : un acte manqué ? », *La Semaine juridique Notariale et Immobilière* n° 29, 19 juillet 2013, 1191.

CONIL P.-A., « Trust de droit anglo-saxon : guide pratique à l'usage du notaire », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 8, 21 février 2014, 1100.

CONIL P.-A., « La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain. Une tentative d'aller au-delà des mythes, » *Droit de la famille*, fév. 2013, n° 2, Étude p. 17.

CREMADES Y SANZ-PASTOR J.A., « Les régimes matrimoniaux légaux du droit espagnol », *RIDC*, année 1962, 14-2, p. 341-367.

CUCHET-CHOSSELER M., DEVIC L., DUTHEIL P.-H., GUAY P., LACOSTE-DOURNEL S., LAMBERTYE (de) J., PALACIN A.-S., SCOLAN I., TEISSIER F., « Dossier fonds de dotation : le fonds et la forme », *J.A.* n°521/2015, p. 16.

Sous la direction de CUMYN C. *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, *RIDC*, 2002, volume n° 54, p. 195-198.

DAVODET (D.), NICOLAS (T.) et DESBUQUOIS (J.-F.), « Les stratégies liées à la transmission d'entreprise », *La revue fiscale du patrimoine* n°6, Juin 2011, étude 11.

DANET D., LIGER A., « Pérennisation des entreprises patrimoniales : l'apport de la fiducie », *Revue Juridique de l'Ouest*, n° spécial 2011.

DELMAS-MARTY M., « Études juridiques comparatives et internationalisation du droit », *Leçon inaugurale prononcée le jeudi 20 mars 2003 au Collège de France, Collège de France/Fayard*, 2003.

DEROUET B., *Pratiques successorales et rapport à la terre : les sociétés paysannes d'Ancien Régime*, Annales, Économies, Sociétés, Civilisations, 44^e année, n° 1, 1999, p. 173-206.

DESCAMPS O., « Leplaysiens et juristes : la querelle du droit successoral (1864-1914) » in Les Etudes Sociales, 1^{er} et 2^{ème} semestre 2002.

DESCAMPS O., « Les renonciations successorales à l'époque médiévale », in Renonciations et successions : quelles pratiques ? Defrénois, décembre 2016 p. 371-394

DESCAMPS O., « The Difficult Road to Harmonization of the French Succession Law » in *Succession Law, Practice and Society in Europe across the Centuries*, Studies in the history of Law, éd. Maria Gigliola di Renzo Villata, Springer 2018, p.589-609.

DEVIC L., « Lorsqu'une fondation devient la mère d'une filiale commerciale », Juris Associations 2009, n° 406, p. 31.

DIMITROV (L.), « La réserve héréditaire plus que jamais menacée dans un contexte international », Gaz. Pal. 3 Janvier 2017, p.84.

DOLLE H., « L'Allemagne », RIDC, 1965, 17-3, pp. 607-614.

DOUGLAS J., « Trust And Their Equivalent In Civil Law Systems: Why did the French introduce the fiducie into civil code in 2007? What might its effects be? », The WA Lee Lecture 2012, QUT Law Review, sept. 24 2013, disponible sur Internet : <https://doi.org/10.5204/qutlr.v13i1.531>

DRAHEIM M., FRANKE G., *Foundations Owner Firms in Germany : Governance And Performance*. Disponible sur Internet : https://www.researchgate.net/publication/268147489_Foundation_owned_Firms_in_Germany_Governance_and_Performance.

DUCOULOUX-FAVARD (C.), « Histoire des grandes sociétés en Allemagne, en France et en Italie », RIDC, 4, 1992.

DUMAZER J., « Liquidation de succession en présence d'une donation-partage inégalitaire », Defrénois, 28 février 2019, p.16.

ESCHBACH M., « Notice historique sur l'Institution Contractuelle », Revue des Revues de droit publiées à l'étranger, Revue trimestrielle, Tome 3, 1840, Bruxelles, Librairie Polytechnique, p. 101-106.

FATTOUM S., « L'Impact de la relation prédécesseur/successeur sur le déroulement du processus de succession dans les entreprises familiales », RSG 2008/2, n° 230, p. 105-113.

FAUVARQUE-COSSON B., « La convergence des droits en Europe », Petites Affiches, 19 avril 2007, n° 79, p. 63.

FAUVARQUE-COSSON B., « Deux siècles d'évolution du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 63, n° 3, 2011, p. 527-540.

FEENSTRA R., *Le concept de fondation du droit romain classique jusqu'à nos jours : théorie et pratique*, *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 3^e série, t. 2, Bruxelles, Office national de librairie, 1955, p. 244-263.

FENOUILLET D., « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Deffrénois*, 30 janvier 2009 n° 2, p. 142.

FONGARO E., « L'anticipation successorale à l'épreuve du « règlement successions » », *Journal du droit international*, *Clunet*, n° 2, Avril 2014, doct. 5.

FONGARO E., « Le pacte successoral à l'épreuve de la mobilité internationale », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n°18, 6 mai 2016, 1148.

FONTANEAU P.M., *Les donations et le pacte de famille*, in *Revue fiscalité européenne de droit international des affaires*, n°164, référence internet: <http://www.fontaneau.com/?p=2301>.

FORSE M., FRENOT A., GUIBET LAFAYE C., « Pourquoi les inégalités de patrimoine sont-elles mieux tolérées que d'autres ? » », *Revue de l'OFCE* 2018/2 (n° 156).

FOYER J., « Attribution préférentielle et lois de police », *Rev. Droit Rural* n°412, Avril 2013, comm.77.

FREYMAN (de) J, RICHOMME-HUET K., « Entreprises familiales et phénomène successoral », *Revue Française de Gestion* 2010 : 1, n° 200, p. 161-179. Référence Internet : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2010-1-page-161.html>.

FRULEUX F., « Réincorporations transgénérationnelles et usufruits successifs », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n°27, 8 juillet 2011, 1213.

FRULEUX F., « Le don manuel d'actions en nue-propiété : une voie possible mais peu sûre », *La semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 10, 7 mars 2014, 1119.

FRULEUX F., « Le régime des transmissions à titre gratuit et la fiscalité de l'assurance-vie après la LFR pour 2004 », *La semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 30 janvier 2015.

GANGHOFER R., « Le Droit de la famille en Europe depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours », *RIDC*, 1994, volume 46, n° 1, p. 288-290.

GELTER M., HELLERINGER G., « *Fiduciary Principles in European Civil Law Systemes* », in *Fodham University School of Law, Oxford Handbook of Fiduciary Law*, mars 2018.

GENTILHOMME R., « Vive la réincorporation à la masse d'une donation-partage transgénérationnelle ! », *Deffrénois*, 30 janvier 2011 n°2, p. 153.

GENTILHOMME R., « Donation-partage transgénérationnelle et usufruit successif », Defrénois, n°9, 15 mai 2015, p.496.

GODECHOT-PATRIS S., « Les successions franco-anglaises et le règlement du 4 juillet 2012 : de quelques difficultés à venir... », Rev. juridique Personnes et Famille, 1^{er} juin 2015.

GODECHOT-PATRIS S., « Attributions préférentielles et lois de police », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°13, 29 mars 2013, 1069.

GODECHOT-PATRIS S., « Avantages matrimoniaux et conflits de lois », Solution Notaire n° 28 du 13 septembre 2008, p.16 à 19.

GORE M., « Requiem pour la réserve héréditaire », Defrénois 12 octobre 2017, n°22, p.23.

GRAZIADEI M., *The development of Fiducia in Italian and French Law from the 14th Century to the end of the Ancien Régime*, in *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Edited by HELMHOLZ R. et ZIMMERMANN R., Dunker & Humblot, 1998, p. 327-359.

GRIMALDI M. et GENTILHOMME R., « Rendre transgénérationnelle une donation-partage antérieure », Defrénois, 30 septembre 2011 n°16, p. 1344.

GRIMALDI M., « Les crises patrimoniales : la difficulté d'anticiper », Gaz. Pal., 5 avril 2016, p.15

GRIMALDI M., « La réserve à la casse ? », Defrénois 12 octobre 2017, n°22, p.1.

GRIMALDI M., « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », Defrénois 2012.

GUERCHOUN F., PIEDELIEVRE S., « La réforme des successions et des libéralités par la loi du 23 juin 2006 », Gaz Pal 24 août 2006, n°236, p.2

GUÉRIN D., CADIOU K., LE GALL-ELY M., « L'utilisation des fondations ou fonds de dotation et la transmission des entreprises familiales », La Revue Fiscale du Patrimoine, n° 6, juin 2015, Étude 15.

GUILLAUD-BATAILLE S., « Family buy out : donation-partage d'entreprise avec soulte et constitution d'une holding », Décideurs Magazine, 6 octobre 2017.

GUILLAUME J., « La loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international », D., 2017, p.2185.

GUICHARD A., « Règlement européen sur les régimes matrimoniaux et pratique notariale : de nouveaux réflexes », Revue AJ Famille décembre 2018, Dossier Règlement « régimes matrimoniaux », p. 643-668.

HALPERIN J.-L., « L'Approche historique et la problématique du « jus commune » », R.I.D.C. octobre-décembre 2000, p. 717.

HANSMANN H., THOMSEN S., « The Governance of Foundation-Owned Firms », July 14, 2017. Disponible sur Internet : <http://www.tifp.dk/wp-content/uploads/2011/11/Hansmann-Thomsen-Foundation-Governance-2018-Nov1.pdf>

HAUTEUILLE (d') A., « De la donation à cause de noces d'après le droit romain », Rev. des Revues de droit publiées à l'étranger, Revue trimestrielle, Tome 3, 1840, Bruxelles, Librairie Polytechnique, p.5 à 13.

HELLIO F., KENK A., « Réforme du droit des successions allemand applicable aux entreprises », Regards sur l'économie allemande, Bulletin économique du CIRAC, 2015, n° 118-119.

HERENG H., « Innovation patrimoniale et culture organisationnelle. La cohérence du modèle Pierre Fabre », Revue des Sciences de Gestion, vol. 47, n° 53 (jan/fév. 2012).

HIJAS E., « Se puede adaptar el trust al ordenamiento jurídico español? », in la revista Notario del siglo XXI, mayo 2017.

HILL C.P., *Angleterre et Pays de Galles, in Les fondations en Europe, une étude comparative*, IdW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1973, p. 222.

HILAIRE J., « Vivre sous l'empire du Code civil : les partages successoraux inégalitaires au XIX^e siècle », Bibliothèque de l'École des Chartes, 1998, t. 156, livraison 1, p. 117-141.

HINFRAY A. et MIALHE V., « La fiducie et son régime fiscal », Gaz. Pal., 15 juin 2014.

HONORÉ R., « Le Bond des recettes des droits de succession », Les Échos, 15 octobre 2018.

LAFERRÈRE A., « La taxation des héritages et donations : éléments de comparaisons internationales », coll. Économie & prévision, n° 100-101, Persée, 1991-4-5, p. 177-188

LAGARDE P., « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », Rev. Crit. DIP, n°101, octobre-décembre 2012, p.691-732.

LE BRAS G., « Les Fondations privées du Haut-Empire », Palermo Art Grafiche Comm. Giuseppe Castigila 1933-XI.

LELEU Y.-H., « nécessité et moyens d'une harmonisation des règles de transmission successorale en Europe », Rev. européenne de droit privé, 1998, p.159 et s.

LELEU Y.-H., « Les Pactes successoraux en droit comparé, Les relations contractuelles internationales – le rôle du notaire », Anvers, Maklu, 1995.

LEPROVAUX J., « Que reste-t-il de la réserve héréditaire ? », Petites Affiches du 8 septembre 2017, n° 179-180, p. 53.

LEPROVAUX J., « Les nouveaux pactes de famille en droit des successions et des libéralités », Petites Affiches, 28 octobre 2009, n°215, p.5

LEVY R.-G., « Les droits de succession en France et à l'étranger », Revue des deux mondes, tome 57, 1910, p.899-926.

LIBCHABER R., « Des successions en quête d'avenir », RTD Civ. 2016, p. 729.

LUCIANI M., « La Cour constitutionnelle et l'équilibre des finances publiques », Annuaire International de Justice constitutionnelle, 2013, n° 28-2012, p. 341-349.

MAHINGA J.-G., « De quelques considérations relatives aux pactes sur succession future », Petites Affiches 21/01/2015, n°15, p.9.

MAITROT de LA MOTTE (A.), « L'Impôt européen, enjeux juridiques et politiques », Revue de l'OFCE, 2014/3 (n° 134), p.149-160.

MASSON A., « Comment justifier une augmentation impopulaire des droits de succession », Revue de l'OFCE 2015/3 (n° 139).

MASSON A., « L'Impôt sur l'héritage. Débats philosophico-économiques et leçons de l'histoire », Revue de l'OFCE (n° 156).

MATHIEU J.-M., « Les enjeux de la renonciation anticipée à l'action en réduction : vers une contractualisation de la transmission successorale. – Plaidoyer pour une utilisation accrue, mesurée et raisonnée de la renonciation anticipée à l'action en réduction », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 5, 5 février 2010, 1060.

MATHIEU M., « Le Contrat successoral en droit allemand. Ou comment exprimer à titre irrévocable des dispositions de dernières volontés », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n° 30 du 27 juillet 2001, p. 1263.

MELLERIO O., « Transmission d'entreprise familiale : la France peut mieux faire », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 48, 27 novembre 2009, act. 772.

MESTMAECKER E.-J., REUTER D., *Allemagne*, in *Les fondations en Europe, une étude comparative*, IdW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1973, p. 140.

MESTMAECKER E.-J., REUTER D., *Espagne*, in *Les fondations en Europe, une étude comparative*, IdW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1973, p. 127.

MISSONNIÈRE A., JOUAEN A., « Les freins à la reprise de l'entreprise familiale par les filles », article du 2 février 2018, *The Conversation*.

MORAL LOPEZ P., « Les droits successoraux du conjoint survivant en droit espagnol et en droit français comparés », RIDC, 1959, 11-1, pp.34-63.

NAVEEN (L.), « Organizational Complexity and Succession Planning », The journal of financial and Quantitative Analysis, Vol.41, n°3 (Sep. 2006), p.661-683.

NAVEZ É.-J., « L'encadrement de la fiscalité des successions par le droit de l'Union européenne : vers une élimination progressive des obstacles à la circulation des personnes et des patrimoines », Droit Fiscal, n° 43-44 du 25 octobre 2012, p. 492 et s.

OLIVER S., « La transmission anticipée du patrimoine : aspects civils et fiscaux », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 27, 6 juillet 2012, act. 691.

ORTUN F., « L'Unification du droit civil espagnol », RIDC, 1996, volume n° 18, p. 413-421.

RM PAISLEY R., « Forfeiture Clauses and Event in Scots Law », in Exploring The Law Of Succession, Studies National, Historical and Comparative, edited by REID G.C. K., WAAL (de) M.-J., ZIMMERMANN R., p.116.

PANDO A., « Repenser la taxation de la transmission à titre gratuit », Les Petites Affiches, 27 février 2017, n° 41, p. 3.

PATARIN J., « Dévolution et transmission des successions », RTD Civ. 87, janv.-mars 1988, p.152-166.

PATARIN J., « La loi du 19 décembre 1961 tendant à éviter le morcellement des biens dans les partages de succession et de communauté », Extraits du Répertoire du Notariat, p. 2.

PERROTIN F., « Assurance-vie et réserve héréditaire », Petites Affiches 3 décembre 2014, n°241, p.4.

PERROTIN F., « Fondation actionnaire : panorama européen », Les Petites affiches, 21 mai 2015, n° 101, p.4.

PERROTIN F., « Quel avenir pour les fondations actionnaires ? », Les Petites Affiches 9 novembre 2017, n°224, p.5.

PERROTIN F., « Focus sur les fonds de dotation, » Les Petites affiches, 11 janvier 2019, n° 009, p. 4.

PETRONI-MAUDIERE N., « Une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire n'est pas contraire à l'ordre public international française », L'Essentiel Droit de la famille et des personnes, 1er novembre 2017, n°10, p.6.

PEZET F., « Le caractère confiscatoire de l'impôt et les exigences constitutionnelles françaises », Revue de Droit Fiscal n° 22 du 30 mai 2013, étude n° 300 sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel et sa décision du 29 décembre 2012.

PICHARD H., PICHARD B., « Le Family Buy Out : une technique innovante », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 16, 17 avril 2008, 1534.

POTENTIER (P.) et SAVOURE (B.), « Transmission : pour un inventaire réfléchi et ordonné des moyens existants », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°18, 4 Mai 2012, 1208.

PONZANELLI G., PREITE D., « Les Organisations à but non lucratif : nouvelles tendances en droit italien », RIDC, vol. 29(4), octobre-décembre 1987, p. 891-911.

PRIEUR (J.), « Mandat à effet posthume et risques liés au décès du dirigeant de société », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°5, 5 février 2010, 1057.

PRIEUR J., « Transmission d'entreprise et gestion de patrimoine », Le Conservateur Les Échos, 2016.

RANDOUX N., CAIGNAULT P ., « 2^e Commission : les pièges de la prohibition des pactes sur succession future, » Les Petites Affiches, 12 septembre 2012, n° 183, p. 21.

REINHARD (Y.), « La holding familiale », Defrénois, 15 mars 2001 n° 5, p. 291.

REY-GARCIA M., « Foundations in Spain : An International Comparison of a Dynamic Nonprofit Subsector », in American Behavioral Scientist, 2018, vol. 62(12).

RIBES RIBES A., DECHAMPS R., « La fiscalité des donations et des successions en droit espagnol - lignes directrices », in La Fiscalité des successions et des donations internationales. Théorie générale et applications en droit comparé, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2011, p.395.

ROSSIER Y., « Étude comparée de certains aspects patrimoniaux de la fiducie », Revue de Droit de McGill, vol. 34, 1989, p. 817-907.

ROTHEL A., « La liberté de tester en droit allemand : tendances de la jurisprudence et réformes législatives », RIDC 1-2011, p. 39.

SANDFORD C., « Évolution de l'imposition des patrimoines dans différents pays », coll. Économie et statistique, n° 105 « Croissance et compétitivité/Familles pauvres/L'enquête emploi de mars 1978/L'imposition des patrimoines dans 18 pays », Persée, novembre 1978.

SAUVE L., « Les Renonciations successorales en droit comparé, in Renonciations et successions : quelles pratiques ? », Defrénois, décembre 2016, p. 413-432.

SAVOURÉ B., MICOLAU G., « Fiscalité successorale : la France est-elle attractive ? », La Revue Fiscale Notariale, n °2, février 2010.

SCHILLER S., DELSOL X., « Les fondations actionnaires, outil de mécénat à développer », Dossier spécial « Mécénat et Philanthropie », Revue Actes pratiques et stratégie patrimoniale, 2014.

Steiner, P., « L'héritage au xix^e siècle en France : Loi, intérêt de sentiment et intérêts économiques », Revue économique, 2008/1, vol. 59 (1), p.75-97.

TANDEAU MARSAC (de) V., « Fondations. L'essor d'une philanthropie familiale et professionnalisée », *La lettre de l'entreprise familiale*, janvier 2014, n° 15.

TARABAL BOSCH J., « La réserve héréditaire espagnole », *Revue de droit Henri Capitant*, n° 7 du 31 décembre 2014.

TISSERAND-MARTIN A., « La donation-partage et la transmission d'entreprise », *Les Petites Affiches*, 28 Juin 2007, p. 27-31.

THOMSEN S., POULSEN T., BORSTING C., KUHN J., « Industrial Foundations as Long-Term Owners, in *Corp. Govern.* », *int. Rev.* 2018, 26, p.180-196.

UNSANAN C., MURA L., « Cas pratiques, *Revue AJ Famille* décembre 2018 », Dossier Règlement « régimes matrimoniaux », p. 662-667.

VABRES R., « Le fonds de dotation peut-il être un outil de transmission des entreprises », *Defrénois*, 15 septembre 2014, n°17, p.911.

VERNIÈRES C., « Vers un big-bang de la fiscalité successorale », *Defrénois*, 22 mars 2018, n° 12, p. 1.

WORTLEY B.A., « Le « trust » et ses applications modernes en droit anglais », *RIDC*, vol. 14, n° 4, octobre-décembre 1962, p. 699-710.

WURDINGER H., «The german trust», *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 33, No. 3/4 (1951), p. 31-40.

IX. Références jurisprudentielles

● Droit européen

CJCE 11 Juillet 2006, FENIN C/ COMMISSION, aff. C 205/03, rec, 2006 I-06295.

CJCE 12 Juillet 1984, hydrotherm, aff. C 170/83, rec, p. I-02999, point 11.

CJCE 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH, aff. C-41/90, rec., p. I-01979.

● Droits nationaux

Cass. Ch. Réunies 27 novembre 1863, Bull. Ch. Réunies, n° 167, p.254.

Cass. Civ. 11 janvier 1933, Bull Civ. I, n°14, p.22.

Cass. Civ. I 10 janvier 1990, Bull Civ. I, n° 7, D 1991, Jur., p. 372, note MAZERON, RTD Civ. 1991, p. 784, obs PATARIN.

Cass. Civ. I 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151.

Cass. Civ. I 4 Juillet 2018, n° 17-16.515 et 17-16.522

CA PARIS 11 mai 2016, n° 14/26247

CA PARIS 16 décembre 2015, n° 13/17078.

INDEX ALPHABETIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes

-A-

Abus en matière fiscale : (Europe) 296, (France) 299, (Italie) 300.
Action en réduction des libéralités : 346, (Allemagne) 348, (France) 347, (Italie) 349.
Anticipation successorale : 306.
Attribution préférentielle : 102.

-C-

Clause commerciale : 173.
Conjoint survivant : (Allemagne) 89, 327, (Angleterre) 87, 327, (Espagne) 91, 327, (Italie) 65, 88, 327, (France) 90, 327.
Constitution : (Allemagne) 68, 107, (Italie) 62, 107, (France) 107.

-D-

Donation : 342.
Donation-partage : 154, 353, 354, 355, 356, 357.
Droits de mutation :
- Cession d'entreprises : 262, 263, (Allemagne) 249, 267, (Angleterre) 269, 270, (France) 24, 248, 264, 269, 270, (Espagne) 251, 269, (Italie) 250, 270.
- Montant des exonérations : (Allemagne) 276, (Angleterre) 279, (Espagne) 277, (France) 275, (Italie) 278, (Comparaison) 280.

-E-

Entreprise familiale : 21, (Définition) 7, 19, (Europe) 20, (France) 22, (Italie) 21.
Entreprise individuelle : 375.
Estate planning : 181, 305, 306, 307.
Exécuteur testamentaire : 363, 364, 365, 366.
Exploitation agricole : 2, 101, 351.

-F-

Family provision : 53, 54.
Famille : 15, 16, 17, 18.
Fiducie : 284, 397.
- Fiducie-transmission : 405.

- Trust : 286, 391, (Classification) 392, (Express trust) 393, (Espagne) 288.
Fondation : 410, 411, 412, (Allemagne) 415, 421, (Espagne) 416, 422, (France) 417, 423, (Italie) 418.
Fondations ationnaires : 289, 290, 420, 424.
Fonds de dotation : 425, 427.

-H-

Holding : 389, 434.

-I-

Impôts :
- Définition : 204.
- Diversité : 220, 221, 222, 223, 224.
- Fondements : 208, 211, 212.
- Histoire : (Allemagne) 215, (Angleterre) 214, (Espagne) 215, (France) 215, (Italie) 215.
Impôt sur la personne : 220, 226, (Allemagne) 227, (Espagne) 228, (France) 231, 232, (Italie) 233.
Impôt sur le patrimoine : 220, (Irlande) 221, 222, (Angleterre) 223, 244, 245.
Indivision :
Institution contractuelle : 165, (Espagne) 174, (France) 172, (Italie) 175.

-L-

Legitima : 72.
Légitime : 78, (Angleterre) 94, 95.
Libéralité : 342, 343, 344, 345.
Liberté testamentaire : (Angleterre) 96.

-M-

Mandat à effet posthume : 372.
Mandat de gestion : 368, (Allemagne) 369, (Espagne) 371, (Italie) 370, (France) 372, (Comparaison) 373.
Mejora : 70, 71, 72.

-N-

Nu-propriété : 383.

-O-

Ordre public interne : (Allemagne) 68, 107, 188, 167, (France) 190, 191, 192, 193, (Italie) 62, 107, 188.

Ordre public international français : 189, 190, 191.

-P-

Pacte d'associés : 384, 385, 386, 387, 388, 389.

Pacte conditionnel : 148.

Pacte de famille : 158, 161, 162.

- Institution contractuelle : (Espagne) 174, (France) 172, (Italie) 175.

- Donation-partage : 154, 353, 354, 355, 356, 357.

Pacte DUTREIL : 24, 248, 264, 269, 429.

Pacte post-mortem : 147.

Pacte sur succession future :

- Pacte attributif : 170.

- Pacte de renonciation :

Définition : 110, 151, (Allemagne) 167, (Espagne) 164, 165, 166, (France) 152, 153, 1554, 155, 156, (Italie) 159, 160, 161, 162.

Prohibition : (Angleterre) 121, 122, (Allemagne) 117, 118, 119, (Espagne) 129, 130, 131, (France) 124, 125, 126, (Italie) 133.

- Typologie : 150.

Patto di famiglia : 262, 353.

Profesio juris : 182, 202.

Protocolo familiar : 353.

-Q-

Quotité disponible : 197.

-R-

Régime matrimonial :

- Définition : 315, 316.

- Légal : 320, 321.

- Conventionnel : 322.

- Mutabilité : 331, 332, 333, 334.

Renonciation anticipée à l'action en réduction : 67, 155, 157, 158, 161, 167.

Réserve héréditaire :

- Atteinte : (Allemagne) 348, (Espagne), (France) 347, (Italie) 349.

- Définition : 38, 55, (Allemagne) 69, (Espagne) 70, 71, 72, (France) 56, 57, 58, 59, 60, (Italie) 64, 65, 66, 67, (Droit européen) 104, 105, 106, 107, 108.

- Fondements : 103.

- Masse de calcul :

- Valeur (en) : 75, 93, (France) 98, 99, 100, 101, 102, 103.

Réunion fictive : (Allemagne) 348, (France) 347, (Italie) 349.

-S-

Société :

- Droit de vote : 381, 382.

- Démembrement : 383.

- Holding : 389, 434.

Société en commandite : 379, 427.

Succession aux biens : 366.

Succession à la personne : 367.

Succession ab-intestat : 34, 49.

Succession testamentaire : 35, 51

-T-

Treuhand : 287.

Trust : 286, 391.

- Classification : 392.

- Express trust : 393.

- Fiducie : 284, 397, (fiducie-transmission) 405.

-U-

Usufruit : 383.

Unité de la succession : 26.

TABLE DES MATIERES

<i>Principales abréviations</i>	VII
<i>Sommaire</i>	IX
<i>Introduction</i>	11
 PARTIE I : LES OBSTACLES À LA TRANSMISSION DES ENTREPRISES FAMILIALES..... 38	
 TITRE I : Les obstacles juridiques 39	
 CHAPITRE I : La réserve héréditaire 41	
Section 1 : L’opposition de principe entre les systemes juridiques de common law et de tradition continentale	
§ 1. Les pays sans réserve héréditaire : le cas de l’Angleterre	45
A. Principe de grande liberté	49
B. Les limites à la liberté de tester ou équivalents fonctionnels de la réserve héréditaire.....	52
§ 2. Les pays à réserve héréditaire : des situations contrastées	56
A. En France	56
B. En Italie	59
C. En Allemagne.....	61
D. En Espagne.....	63
Section 2 : Le rapprochement des differents systemes juridiques	68
§ 1. Le mouvement d’unification des systèmes des successions au sein de chacun des pays d’Europe	70
§ 2. Les rapprochements substantiels entre les différents États membres	79
§ 3. Le droit européen peut-il avoir une influence sur la réserve héréditaire ?	90
 CHAPITRE II : La prohibition des pactes sur succession future..... 95	
Section 1 : Présentation des différents systèmes juridiques	
§ 1. Les systèmes juridiques libéraux	99
A. L’Allemagne	99
B. L’Angleterre	103
§ 2. Les systèmes juridiques restrictifs	104
A. La France.....	104
B. L’Espagne.....	108
C. L’Italie	111
Section 2 : La notion rénovée de pacte sur succession future	112
§ 1. Tentative de définition du pacte sur succession future	112

A. L'existence d'une convention.....	114
B. Attribuant ou retirant des droits	115
C. Une succession non ouverte.....	116
§ 2. Typologie des pactes sur succession future autorisés	119
A. les pactes de renonciation	120
1) En France.....	121
2) L'Italie	124
3) L'Espagne.....	126
B. les pactes d'attribution	131
1) L'Institution contractuelle	132
2) Les clauses insérées dans des statuts de société	135
CHAPITRE III : L'influence du Règlement (UE) succession	138
Section 1 : Le choix de la loi applicable a sa succession.....	139
§ 1. Le périmètre du règlement UE succession	139
§ 2. La professio juris	141
Section 1 : L'influence du règlement UE sur le droit national	143
TITRE II : Les obstacles fiscaux	150
CHAPITRE I : Les inégalités fiscales	151
Section 1 : Présentation de l'impôt français lors de la transmission des entreprises familiales	152
§ 1. L'impôt sur la transmission des patrimoines.....	152
§ 2. La priorité économique dans les analyses fiscales	154
§ 3. L'impopularité de l'impôt sur les successions	158
Section 2 : Des règles d'imposition nationale inégalitaires	162
§ 1. L'imposition de la masse transmise ou de la personne de l'héritier :	166
§ 2. L'imposition des successions dans la personne des héritiers	169
A. Le classement des héritiers bénéficiaires de la transmission des patrimoines.....	169
B. Des abattements en fonction des objectifs poursuivis par les législations nationales	181
CHAPITRE II : Les dispositifs nationaux en faveur de la transmission de l'entreprise... 185	
§ 1. La transmission directe de l'entreprise familiale aux donataires/héritiers	191
A. Les entreprises bénéficiaires des régimes fiscaux dérogatoires	191
B. Les obligations mises à la charge des parties à l'opération de transmission	197
C. Sur le montant des exonérations nationales	199
§ 2. La transmission indirecte de l'entreprise familiale	201
A. Le Trust.....	202
B. La fondation actionnaires en droit allemand.....	205
CHAPITRE III : L'Influence du droit de l'Union Européenne sur les règles fiscales nationales.....	207
Section 1 : L'évolution du droit de l'Union européenne sur les règles fiscales	207
§ 1. Sur le caractère national des législations en matière fiscale	207
§ 2. Sur le rôle de l'UE en matière d'impôt sur les donations et les successions	209
Section 2 : La tentation du forum shopping et ses limites en matière fiscale	211

§ 1. Le rôle du droit européen.....	211
§ 2. L'abus de droit en matière fiscale.....	212
CONCLUSION DE LA PARTIE I.....	214
<i>PARTIE II : LES STRATEGIES DE LA TRANSMISSION DES ENTREPRISES</i>	
<i>FAMILIALES.....</i>	217
<i>TITRE I : Les stratégies fondées sur l'aménagement des règles de dévolution légale..</i>	221
Chapitre I : le choix du régime matrimonial comme mode de transmission de l'entreprise familiale	223
Section 1 : L'importance du choix du régime matrimonial.....	225
Section 2 : Un mode de transmission au profit du conjoint	232
§ 1. La liberté offerte aux époux d'organiser leur régime matrimonial.....	233
§2. Sur la mutabilité du régime matrimonial au cours du mariage.....	238
Chapitre II : les libéralités	243
Section 1 : Des libéralités encadrées	245
Section 2 : Les pactes en faveur de la transmission des entreprises familiales :.....	250
<i>TITRE II : les stratégies liées à l'administration de l'entreprise familiale.....</i>	255
Chapitre I : l'administration de l'entreprise sans modification des règles de dévolution légale	256
Section 1 : Les outils du droit des successions : l'administration de la succession	256
§ 1. L'opposition de principe entre les différents systèmes juridiques :	257
§ 2. Les rapprochements entre les différents systèmes juridiques et l'existence de mandats de gestion de la succession	260
Section 2 : Les outils du droit des sociétés.....	265
§ 1. Le choix de la forme sociale pour favoriser la transmission du pouvoir	265
§ 2. Les opérations sur les participations dans l'entreprise	270
§ 3. Les pactes d'associés et leurs limites.....	272
Chapitre II : L'administration de l'entreprise au moyen de la constitution d'un patrimoine d'affectation.....	275
Section 1 : Le trust et la fiducie comme outils de transmission de l'entreprise familiale.....	276
§ 1. Analyse comparative du trust et de la fiducie.....	276
§ 2. Le trust et la fiducie comme outils de transmission de l'entreprise familiale	285
Section 2 : L'influence du Nord-Est de l'Europe : la fondation et le fonds de dotation.....	288
§ 1. Panorama en Europe	294
§ 2. La transmission de l'entreprise familiale via la constitution d'une fondation ou d'un fonds de dotation	298
<i>CONCLUSION GENERALE.....</i>	308
<i>Bibliographie.....</i>	311
<i>Index alphabétique</i>	340

Table des matieres 343

Résumé :

La transmission de l'entreprise familiale est un sujet qui intéresse régulièrement les autorités publiques car l'entreprise familiale est source de richesse nationale et d'emplois. Le succès de cette transmission est mesuré au sein des différents États de l'Union Européenne et les autorités publiques s'interrogent, tant sur les obstacles que sur les éventuelles mesures à prendre, sur les règles à adapter, pour réussir la transmission de l'entreprise familiale d'une génération à la suivante.

Les résultats plus faibles de la France, à les supposer exacts, sont souvent expliqués par l'existence d'un cadre juridique inadapté, spécialement l'existence de règles successorales impératives qu'il faudrait modifier, tout autant que par un dispositif fiscal qui serait inapproprié, voire confiscatoire.

Un examen comparé du cadre juridique et fiscal dans lequel s'inscrivent les stratégies de transmission de l'entreprise familiale au sein des différents systèmes juridiques analysés permet de remettre en cause les explications le plus souvent avancées pour justifier les résultats de la France. Tous les systèmes juridiques étudiés disposent d'instruments à la disposition du praticien pour lui permettre de planifier avec succès la transmission de l'entreprise familiale d'une génération à la suivante.