



HAL
open science

L'ordre public successoral

Elsa Berry

► **To cite this version:**

Elsa Berry. L'ordre public successoral. " L'ordre public ", Actes de l'Université d'été " Facultatis iuris Pictaviensis " 2018, 2019. hal-02152475

HAL Id: hal-02152475

<https://hal.science/hal-02152475v1>

Submitted on 11 Jun 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL

Par Elsa BERRY¹

**Maître de conférences à la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers,
Équipe de recherche en droit privé (EA 1320)**

En droit civil, l'ordre public peut être défini comme l'ensemble des règles juridiques qui s'imposent dans les rapports sociaux pour des raisons de moralité ou de sécurité impérative. C'est une limite au champ contractuel, ainsi qu'en dispose l'article 6 du Code civil selon lequel : « on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

Cet ordre public, en matière successorale, constitue un ensemble de règles qui viennent limiter la volonté individuelle afin de protéger tant le futur défunt que ses héritiers présomptifs, qui ont vocation à hériter de lui. Ainsi conçue, cette notion d'ordre public successoral, se manifeste principalement à travers deux mécanismes : la protection de la réserve et la prohibition des pactes sur succession future.

La réserve² est une part de la succession du défunt réservée à ses héritiers réservataires et dont il ne peut disposer librement, sous peine de réduction des libéralités excessives.³ Historiquement, elle était présentée comme un instrument primordial de conservation des biens dans la famille puisqu'elle assurait la transmission d'une partie importante des biens du défunt à ses enfants et descendants, ou à ses ascendants. La réserve est aussi la manifestation de l'idée que le patrimoine d'une personne n'est pas sa propriété individuelle mais une propriété collective familiale, dont une partie doit être impérativement transmise à son décès à ses héritiers en ligne directe. Comme si demeurait après sa mort une part de son obligation alimentaire à leur égard. Enfin, entre descendants, la réserve assure une égalité minimale en empêchant le défunt de priver totalement de droits dans sa succession un de ses enfants.

Le deuxième principe qui constitue traditionnellement une manifestation de l'ordre public successoral en droit français est celui de la nullité des pactes sur succession future⁴. Il a pour effet d'interdire de disposer par avance de droits dans une succession non encore ouverte, dans la succession d'une personne qui n'est pas encore décédée, la sienne ou celle des autres.

¹ L'intervention orale donnée sur ce thème lors de l'Université d'été 2018 a été faite en binôme avec Dominique Favreau, notaire et Maître de conférences associé à la Faculté de droit de Poitiers.

² Art. 912 du C. civ.

³ Les fondements historiques de la réserve sont célèbres : la légitime romaine et la réserve coutumière. La première, *pars bonorum*, est une créance accordée à certains héritiers dans un système de succession testamentaire et est attachée à un devoir alimentaire. La seconde, *pars hereditatis*, est une part de la succession réservée aux héritiers dans un système de succession légale. Le Code civil de 1804 s'est inspiré des deux mécanismes.

⁴ Art 722, 770, 1130 et 1189 du C. civ.

Il est ainsi, d'une part, prohibé au futur défunt de disposer par convention de droits dans sa future succession. Seul le testament, acte unilatéral, est autorisé pour modifier la dévolution successorale légale, dans le respect des règles de la réserve. Il importe en effet de conserver au futur défunt la liberté de modifier jusqu'à son dernier souffle la façon dont il entend disposer de son patrimoine à son décès, ce que le testament, toujours librement révocable, lui permet.

D'autre part, il est interdit aux futurs héritiers d'une personne encore en vie d'opter pour cette future succession ou de disposer de leurs droits futurs dans cette succession. Cette règle est justifiée par la crainte que ceux-ci souhaitent anticiper voire provoquer la mort d'un proche pour bénéficier plus tôt de leurs droits⁵. Plus généralement, cette nullité des pactes sur succession future est destinée à empêcher que ne soient accordés des droits sur une succession non encore ouverte qui ne seraient qu'éventuels et permet de garantir l'efficacité de la protection de la réserve.

La réserve et la nullité des pactes sur succession future, piliers de l'ordre public successoral français, sont donc intimement liées. Bien que destinées à protéger le futur défunt ainsi que ses héritiers présomptifs⁶, ces règles sont parfois vécues comme constituant des limites excessives à la liberté du premier d'organiser la transmission de son patrimoine selon ses souhaits. Des lois récentes se sont efforcées d'y remédier.

Ces règles d'ordre public successoral ont ainsi, comme beaucoup d'autres règles constituant l'ordre public familial, été affectées par le phénomène global de recul de l'ordre public. Il s'agit d'un recul de ce qui est impératif ou interdit, au profit d'une plus grande liberté contractuelle. En droit des successions, ce mouvement s'est accéléré avec la dernière réforme : la loi du 23 juin 2006⁷.

Différents procédés sont désormais envisageables pour la personne qui, informée notamment des limites à sa liberté de disposer qui résultent du mécanisme de la réserve, peut souhaiter y échapper, les contourner, pour disposer différemment de ses biens ou d'une partie de ses biens. Ses motivations peuvent être variées. Cela peut être lié à une situation familiale spécifique comme la présence d'un compagnon non marié qu'elle souhaite avantager largement par libéralité pour le protéger après son décès. Ou l'existence d'enfants issus de plusieurs unions qui l'amène à envisager une transmission particulière au sein de sa famille recomposée. Ou encore la présence d'un enfant handicapé qui a des besoins particuliers. Ou enfin le souhait du disposant de répartir son patrimoine entre ses enfants et petits-enfants, en recourant à une transmission transgénérationnelle. Enfin, souvent, est aussi sous-jacente une volonté d'optimiser sur le plan fiscal la transmission de son patrimoine.

⁵ Le *votum mortis*.

⁶ G. Raoul-Cormeil, La persistance de la prohibition des pactes sur succession future, LPA 2012, n°183, p. 25 : l'auteur évoque un renouvellement de la prohibition des pactes sur succession future dans le sens d'une volonté de protection du futur défunt et de ses héritiers présomptifs.

⁷ P.-M. Reverdy, La contractualisation de la transmission successorale, LPA 2007, n°33, p. 4 ; F. Sauvage, Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006, JCP 2008, éd. N., 1248 ; M. Beaubrun, Le nouvel ordre public successoral. Réflexions autour des réformes de 2001 et de 2006, Mélanges G. Goubeaux, Dalloz- LGDJ, p.1 ; R. Le Guidec, Observations sur l'anticipation successorale, *ibid* p. 345.

Toutes ces motivations de favoriser une transmission différente de celle qui est légalement prévue ne sont pas forcément personnelles au disposant, elles peuvent être partagées par ses proches, ses futurs héritiers réservataires. Il peut même y avoir une entente familiale autour de la nécessité d'avantager au-delà de la quotité disponible un compagnon ou un enfant handicapé notamment. Pour concrétiser cette entente, des pactes familiaux peuvent être conclus avant le décès du défunt, et peuvent, depuis 2006, plus largement inclure des renoncements à leurs droits de réserve de la part des futurs réservataires.

L'évolution récente du droit des successions est ainsi révélatrice d'une recherche d'un nouvel équilibre entre impérativité du droit, dans un but de protection notamment, et aménagement d'une place plus importante pour la contractualisation de la transmission successorale. On constate une multiplication des procédés qui permettent au futur défunt, par sa volonté individuelle, de contourner les limites à son droit de disposer qui résultent de la réserve. Mais les procédés, plus récents, qui permettent au défunt d'associer ses proches à son intention de transmettre différemment, et de recueillir leur accord au prix souvent d'une renonciation à leurs droits, semblent en pratique encore peu fréquents. Si la promotion de la volonté individuelle du disposant (I) est réelle, l'avancée de la contractualisation par la voie des pactes de famille est plus modérée (II).

I La promotion de la volonté individuelle du disposant

L'ordre public successoral pose traditionnellement deux limites à la liberté du futur défunt de disposer selon son souhait de son patrimoine par libéralités. En premier lieu, il ne peut, selon l'article 1130 du Code civil, créer des droits sur sa succession non ouverte par convention. Une exception traditionnelle à cette règle est cependant l'institution contractuelle entre époux, donations de biens à venir autorisée⁸, qui n'aliène cependant pas définitivement sa volonté puisqu'elle est librement révocable⁹. Depuis plusieurs décennies, la jurisprudence évolue dans sa conception des conventions qui ont pour effet de créer des droits sur la succession future du défunt¹⁰, ce qui a eu pour effet de faire sortir certaines conventions du champ de la nullité des pactes sur succession future. Tel fut le cas notamment de la clause d'accroissement¹¹ ou encore de la réversion d'usufruit¹² qui peuvent aujourd'hui être valablement stipulées.

⁸ Art. 1093 du C. civ.

⁹ Sauf à ce qu'elle soit stipulée par contrat de mariage. Art. 1096 du C. civ.

¹⁰ Sur cette question : M. Grimaldi (sous la dir.), Droit patrimonial de la famille, Dalloz action, 2018-2019, §211.11 et s., par F. Bicheron.

¹¹ Désormais aussi appelée clause de tontine. Anciennement formulée comme permettant qu'en cas d'acquisition par deux personnes d'un bien, au décès du premier, le survivant des deux bénéficie de l'accroissement des droits du prédécédé au sien, elle fut considérée comme constituant un pacte sur succession futur nul : Req., 24 janv. 1928, DP. 1928, 1, 157. Elle est désormais justifiée par un mécanisme conditionnel permettant qu'au décès du premier des co-acquéreurs, le survivant soit rétroactivement dès l'acquisition considéré comme le seul et unique propriétaire du bien et est depuis considérée comme valable : Ch. mixte, 27 nov. 1970, Bull. ch. mixte n°3. Elle n'a ainsi plus pour effet d'attribuer par contrat un droit sur une succession non ouverte.

¹² La stipulation d'une réversion d'usufruit résulte le plus souvent de la situation dans laquelle un disposant donne la nue-propriété d'un bien, s'en réserve l'usufruit sa vie durant et prévoit que, s'il vient à prédécéder, son conjoint bénéficiera à son tour de cet usufruit. La Cour de cassation considéra dans un premier temps que cette disposition ayant pour but de transmettre l'usufruit du disposant à son conjoint à son décès constituait une

En second lieu, le disposant ne peut par libéralités porter atteinte à la réserve, sous peine de réduction des libéralités excessives. Cette limite est progressivement atténuée¹³. En premier lieu, elle ne vient restreindre que les possibilités de disposer par libéralités et ne s'étend pas à d'autres procédés auxquels le futur défunt peut recourir pour avantager ses proches à son décès. En second lieu, les atteintes portées à la réserve ne sont plus désormais sanctionnées que par une réduction en valeur, ce qui n'altère plus l'efficacité des libéralités excessives. Enfin, la réserve, élément d'ordre public successoral interne, semble faiblement protégée en cas d'application d'une loi étrangère qui la méconnaît.

A – Le recours à des procédés de transmission non successoraux

Toutes les libéralités consenties par un disposant à ses proches sont soumises aux limites posées par la réserve¹⁴, mêmes celles qui opèrent une transmission entre vifs. En effet, au décès du défunt, la liquidation de sa succession suppose de procéder à la réunion fictive des donations qu'il a consenties¹⁵ afin de déterminer l'étendue de la réserve et de la quotité disponible et de vérifier si des libéralités doivent être réduites. Certains avantages reçus du défunt par ses proches au cours de sa vie échappent cependant à ce contrôle, faute d'être considérés comme des libéralités¹⁶. Même des transmissions de patrimoine réalisées au décès d'une personne peuvent être soustraites au contrôle de l'absence d'atteinte portée à la réserve lorsqu'elles résultent soit d'avantages matrimoniaux, soit de contrats d'assurance-vie.

Limités en termes de bénéficiaires, les avantages matrimoniaux ne peuvent être consentis qu'entre époux. Ils résultent de ce qu'un époux reçoit au titre du régime matrimonial choisi qui excède ce qu'il aurait obtenu en application du régime légal. Des époux qui souhaitent s'avantager au maximum en cas de décès par la voie d'un avantage matrimonial adoptent généralement le régime de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au conjoint survivant, qui permet à ce dernier d'obtenir au décès de son époux la totalité du patrimoine du couple hors succession. La succession de celui-ci est alors vide.¹⁷ S'il laisse des descendants, ces derniers ne peuvent contester l'atteinte portée à leur réserve parce que les

donation de biens à venir, donc un pacte sur succession future nul (sauf en faveur du conjoint, donation de biens à venir valable par exception) : Civ. 1^{ère}, 20 avr. 1983, Bull. civ. I, n°124, D. 1986, p. 31, note M. Grimaldi, Defrénois 1983, 33158, note G. Champenois. Dans un second temps, la Cour de cassation a considéré que la réversion d'usufruit était une donation à terme de biens présents, un second usufruit étant créé au profit de son bénéficiaire à la date de l'acte, prenant effet au décès du disposant : Civ. 1^{ère}, 21 oct. 1997, n°95-19.759, Bull. civ. I, n°291, JCP 1999, éd. G., I, 132, n°5, obs. R. Le Guidec. La terminologie de donation d'usufruit successif doit aujourd'hui être préférée à celle de réversion d'usufruit ; elle est davantage conforme à cette appréhension du mécanisme. Au sujet des difficultés persistantes dans son appréhension : E. Berry, Le traitement successoral d'un usufruit successif non dénoué, Rev. Lamy Dr. civ. 2018, n°163, p. 43.

¹³ I. Vincendeau, La réserve héréditaire au bon vouloir du défunt ?, JCP 2014, éd. N., n°31-35, p. 50.

¹⁴ A l'exception des présents d'usage, frais de nourriture, d'entretien, d'équipement et de noces des enfants en application de l'article 852 du Code civil et sauf clause contraire.

¹⁵ Art. 922 du C. civ.

¹⁶ La jurisprudence est assez stricte quant à la qualification de libéralités : J.-P. Garçon, Le droit des libéralités et la jurisprudence récente de la Cour de cassation, JCP. 2014, éd. N., n°31-35, p. 55.

¹⁷ Elle est en réalité constituée des biens propres de l'époux prédécédé mais ceux-ci sont très restreints dans une communauté universelle (limités aux biens propres par nature) et souvent même inexistantes (les époux pouvant écarter lors du choix de ce régime matrimonial l'existence de biens propres).

avantages matrimoniaux ne sont pas considérés comme des libéralités¹⁸. Si ces enfants sont communs au couple, cela ne fait que repousser leur héritage au décès du survivant des époux. Il y a, en ce cas, une atteinte simplement provisoire à leur réserve car ce dont les enfants n'héritent pas au décès de leur premier parent sera en principe récupéré dans la succession du deuxième. Au contraire, en présence d'enfants non communs dont l'auteur précède, cela les pénalise définitivement car ils n'ont pas vocation à hériter de leur beau-parent. Les enfants non communs bénéficient en ce cas d'une action en retranchement qui leur permet de traiter cet avantage matrimonial comme une libéralité et de lui appliquer les limites de la quotité disponible spéciale entre époux. Tout ce qui excède cette limite donne lieu à une indemnisation des réservataires¹⁹.

Le recours à des contrats d'assurance-vie permet d'avantager non seulement le conjoint, mais aussi plus largement toute autre personne proche. Il suppose de payer, soit régulièrement, soit en un ou plusieurs versements plus conséquents, des primes à l'assureur qui s'engage en contrepartie, au décès de l'assuré, à verser un capital à un ou plusieurs bénéficiaires désignés. Ceux-ci recevront ce capital hors succession, sans que cela soit comptabilisé parmi le patrimoine laissé par le défunt pour déterminer la quotité disponible et la réserve. Cela s'explique par le fait que l'assurance-vie est analysée comme une stipulation pour autrui et non comme une libéralité. Le recours à l'assurance-vie présente un avantage fiscal, qui a toutefois été encadré ces dernières décennies, mais aussi un avantage civil puisque le capital n'est pas du tout comptabilisé dans la succession. Il peut ainsi être cumulé avec d'autres droits reçus par le ou les bénéficiaires dans la succession, et les héritiers réservataires ne sont pas autorisés à contester l'atteinte ainsi portée à leur réserve. Le seul recours pour ces derniers consiste à prouver que les primes versées par le défunt au titre de cette assurance-vie étaient manifestement exagérées eu égard à ses facultés.²⁰ La jurisprudence apprécie cette condition au moment où les primes ont été versées, pour vérifier si elles n'étaient pas exagérées au regard des facultés du défunt à cette date. Si tel est le cas, elles sont entièrement réintégrées dans la succession.²¹ Dans cette limite, peu importe le caractère disproportionné du capital versé en exécution de l'assurance vie par rapport au patrimoine du défunt à son décès²².

La protection de la réserve contre ces procédés permettant une transmission au décès est donc restreinte aux seules primes manifestement excessives en ce qui concerne l'assurance-vie et au seul cas de précès d'un époux laissant des enfants non communs pour les avantages matrimoniaux. Même dans ces cas où les atteintes aux droits des réservataires sont, de façon

¹⁸ Art. 1527 du C. civ.

¹⁹ L'action en retranchement est une forme spécifique d'action en réduction. Elle s'exécute donc en valeur : Civ. 1^{ère}, 7 déc. 2016, n°16-12.216, Dr. famille 2017 comm. 45 obs. M. Nicod, AJ Famille 2017 p. 78 note J. Casey ; Cass. 1^{er} civ. 19 déc. 2018, n° 18-10.244.

²⁰ Art L 132-13 du Code des assurances.

²¹ Les juges vérifient aussi l'utilité présentée par le contrat pour le souscripteur au moment du paiement de la prime. Le contrat permettant aussi généralement une protection financière pour l'assuré, s'il a peu de chance de survie lorsqu'il s'acquitte de cette prime, l'utilité peut être discutée. En ce cas, le contrat d'assurance peut être requalifié en donation.

²² J. Aulagnier, La réserve héréditaire peut-elle survivre à l'assurance-vie ?, Gaz. pal. 2011, n°29, p. 23.

résiduelle, sanctionnées, cela ne leur permet d'obtenir qu'une compensation financière car, désormais, la protection de la réserve n'est plus assurée qu'en valeur²³.

B – La généralisation de la réduction en valeur

Bien que l'article 912 du Code civil définisse la réserve comme « la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires », les enfants du défunt ne bénéficient souvent que d'une réserve en nue-propriété lorsque celui-ci laisse un conjoint. D'une part, ce dernier bénéficie au titre de sa vocation légale d'une option pour un usufruit universel en concours avec des descendants tous communs²⁴. D'autre part, quelle que soit la qualité des descendants présents, le conjoint peut être avantagé par libéralités dans les limites des quotités disponibles spéciales entre époux incluant cet usufruit universel²⁵. Au contraire, si le disposant entend avantager une autre personne que son conjoint d'un usufruit portant sur la réserve de ses descendants, l'efficacité de cette disposition n'est pas assurée²⁶. Car la quotité disponible ordinaire²⁷ ne permet de disposer que d'une part déterminée en pleine propriété de sa succession²⁸.

Pour autant, le disposant peut aussi choisir de transmettre son patrimoine au-delà de cette limite, en sachant que, pour le surplus, les libéralités excessives seront susceptibles d'être réduites. La réduction est un mécanisme qui vient protéger la réserve ; elle n'est pas automatique et doit être demandée par les héritiers réservataires. Avant la loi de 2006, la réduction²⁹ s'exécutait le plus souvent en nature, par un anéantissement des droits excessifs du gratifié. Depuis la loi de 2006, la réduction en valeur³⁰ a été généralisée, c'est-à-dire que la libéralité même excessive va pouvoir s'exécuter. Mais il en résultera une créance pour les héritiers dont la réserve a été entamée.

La portée de cette modification ne peut être négligée. Prenons l'exemple d'un disposant qui consent un legs universel à son partenaire survivant, alors qu'il laisse deux enfants. La réduction en nature avait pour effet de considérer que, la réserve étant des deux tiers de la succession en ce cas, le legs était excessif dans cette mesure et devait donc être réduit. Il ne pouvait donc s'exécuter qu'à hauteur du tiers restant. Il en résultait donc une indivision entre le partenaire, recevant un tiers de la succession au titre de son legs, et les deux enfants, recevant aussi chacun un tiers au titre de leur réserve. Désormais, du fait de la réduction en

²³ M. Nicod, Variations sur la substance de la réserve héréditaire, Mélanges Hauser, Dalloz, p. 459.

²⁴ Art. 757 C. civ.

²⁵ Ainsi qu'une quotité mixte d'un quart en pleine propriété et des trois quarts restants en usufruit : art. 1094-1 C. civ.

²⁶ En ce cas, l'article 917 du C. civ. ouvre aux héritiers réservataires une option entre laisser s'exécuter la libéralité portant atteinte à la réserve ou abandonner la quotité disponible en pleine propriété. Cette règle maintient, avec quelques autres, une protection en nature de la réserve.

²⁷ Applicable à toute libéralité faite au profit de toute autre personne que le conjoint.

²⁸ Cette quotité ordinaire est de moitié en présence d'un enfant, d'un tiers en présence de deux enfants et d'un quart en présence de trois enfants ou plus.

²⁹ Avant 2006, elle pouvait être demandée pendant 30 ans après le décès. Depuis la loi de 2006, la réduction doit être demandée dans un délai de cinq ans et ne peut excéder dix ans dans tous les cas après le décès.

³⁰ Art. 921 du Code civil.

valeur, le partenaire va pouvoir récupérer la totalité du patrimoine du défunt. Les enfants ne pourront récupérer aucun bien composant la succession, mais pourront chacun réclamer au partenaire une indemnité de réduction égale à un tiers du patrimoine et correspondant à leur part de réserve.

Cette solution garantit une réelle autonomie au légataire universel, évitant qu'il se trouve en indivision avec les héritiers réservataires. Sauf à ce qu'il opte pour la réduction en nature s'il ne souhaite pas payer d'indemnité de réduction. Le choix lui est aussi offert de cantonner sa libéralité³¹ : parmi tout ce qui lui est transmis selon les dispositions du défunt, il peut déclarer n'en prendre qu'une partie ou certains éléments. S'il décide de prendre une quote-part de la succession, il sera en indivision avec les héritiers. S'il choisit quelques éléments déterminés du patrimoine du défunt, il évitera l'indivision. Dans les deux cas, il devra s'acquitter d'une indemnité de réduction si les droits ou biens choisis excèdent la quotité disponible, dans la mesure de cet excès. La généralisation de la réduction en valeur garantit donc l'efficacité en nature de libéralités excessives et répond à une demande assez fréquente au sein de familles recomposées mais aussi au sein des autres familles, de protéger le compagnon survivant et de lui garantir une autonomie la plus complète possible.

Il en résulte cependant une modification dans la protection de la réserve, qui n'est plus garantie en nature. Elle n'assure plus la conservation des biens dans la famille : les descendants ne sont plus assurés de pouvoir récupérer aucun souvenir familial. Ils n'ont plus aucun droit à réclamer la réduction en nature de la libéralité. Et la réduction en valeur semble conférer à leur réserve une fonction essentiellement alimentaire.

Celle-ci est d'ailleurs restreinte si le disposant a gratifié d'une libéralité universelle son conjoint car elle est réductible à la quotité disponible spéciale choisie. C'est souvent la plus étendue : celle du quart en pleine propriété et des trois quarts restants en usufruit. L'indemnité en réduction n'est alors que de la valeur en nue-propriété des trois quarts de la succession. En présence de trois enfants ou plus, ceux-ci n'ont finalement qu'une indemnité correspondant à la nue-propriété de leur réserve. Si le conjoint est jeune, cette indemnité peut être faible. La situation des réservataires est ici très différente car, lorsque la réduction s'exécutait en nature, les enfants n'avaient, tant que le conjoint était en vie, qu'une réserve en nue-propriété mais ils en récupéraient la pleine propriété à son décès. Avec la réduction en valeur, les réservataires sont simplement indemnisés de la valeur de la nue-propriété de leur réserve et n'obtiennent pas davantage au décès du conjoint. Les conséquences de cette situation ne sont évidemment pas tout à fait similaires pour les enfants communs au couple qui pourront généralement récupérer au décès du second parent ce dont ils ont été privés lors du décès du premier et pour les enfants non communs qui n'auront pas cette consolation.

Reste à déterminer si ces situations sont fréquentes, si les disposants qui anticipent la transmission de leur patrimoine souhaitent souvent consentir des libéralités susceptibles d'excéder la quotité disponible, en sachant que la réduction ne s'opérera qu'en valeur. Il semble qu'il y ait dans certains cas un souhait réel de permettre au conjoint ou partenaire de récupérer une large part du patrimoine, en sachant qu'il aura des moyens pour moduler, par le

³¹ Art. 1002-1 Code civil.

cantonnement notamment³², ses droits et par conséquent ceux des réservataires. Ce résultat peut aussi être involontaire, du fait de la prise d'effet dans des successions ouvertes depuis 2007 de dispositions entre époux rédigées avant la loi de 2006³³. Des donations entre époux prévoyant une transmission universelle entre époux, sous réserve de réduction, n'ont pas aujourd'hui les mêmes effets que ceux qu'elles auraient dû produire du fait de l'ancienne réduction en nature³⁴.

La limite que constituait la réserve à la capacité du disposant de décider de la transmission de son patrimoine est donc aujourd'hui plus restreinte puisqu'elle ne joue plus sur l'efficacité des dispositions excessives. Elle a aussi été récemment été atténuée en droit international privé lorsque la Cour de cassation a statué sur la possibilité d'invoquer la protection de la réserve en tant qu'élément de l'ordre public international français.

C - La réserve et l'ordre public international français

Certains droits étrangers ne connaissent pas l'institution de la réserve³⁵. Les ressortissants de ces pays qui viennent vivre en France ne souhaitent souvent pas subir cette restriction à leur liberté de disposer, de même que certains français vivant au moins pour partie dans ces pays. Se pose alors la question de la loi qui sera applicable à leur succession.

Le règlement européen succession, entré en vigueur en août 2017³⁶, a ouvert à chacun la possibilité d'opter pour sa loi successorale³⁷ entre sa loi nationale et la loi de sa dernière résidence³⁸ ; cette dernière s'appliquant à défaut³⁹. Ainsi, lors du décès d'un français vivant habituellement à l'étranger, le droit de ce pays où il avait son domicile va s'appliquer, sauf à ce qu'il ait choisi sa loi nationale comme loi successorale. Il peut advenir que ce droit étranger ne connaisse pas l'institution de la réserve et que le défunt ait pris des dispositions privant certains de ses descendants partiellement ou totalement de leurs droits dans sa succession.

Si, dans cette situation, lorsque le droit français est applicable, les enfants peuvent faire valoir leurs droits à la réserve et demander la réduction des éventuelles libéralités excessives

³² Ph. Delmas Saint-Hilaire, La déclaration des options par le conjoint survivant – De l'intérêt stratégique de l'acte d'options, JCP 2013, éd. N., 1106.

³³ Les libéralités à cause de mort sont soumises au droit successoral applicable lors de l'ouverture de la succession du disposant. Et la généralisation de la réduction en valeur prévue par la loi du 23 juin 2006 s'applique aux successions des personnes décédées depuis le 1^{er} janvier 2007.

³⁴ Désormais, il y a donc un réel enjeu à bien appréhender la rédaction de la donation entre époux et à distinguer entre les donations entre époux à clause de réduction facultative (qui permettent au conjoint d'appréhender tout le patrimoine à charge de payer éventuellement des indemnités de réduction) et les donations entre époux à clause de réduction automatique (qui limitent l'étendue de la libéralité à l'une des quotités disponibles spéciales) alors qu'avant la loi de 2006, les deux produisaient les mêmes effets si la réduction était demandée. V. D. Epailly, La rédaction d'une donation entre époux avec "choix de quotité" : intérêt d'une clause de "réduction facultative" aménagée : Nota-Bene 2009, n° 146.

³⁵ Des mécanismes similaires à la réserve sont prévus en droit espagnol, italien et allemand notamment. Mais le Royaume Uni ou les Etats Unis notamment ne connaissent pas cette institution.

³⁶ Régl. UE n° 650/2012 du 4 juill. 2012 (JOUE L 201/107, 27 juill. 2012).

³⁷ Loi qui s'applique à l'ensemble de la succession.

³⁸ Art. 22-1 du Régl. UE.

³⁹ Art. 21-1 du Régl. UE.

consenties par le défunt⁴⁰, tel n'est pas le cas lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne connaît pas ces mécanismes.

Dans cette situation, jusqu'en 2011, les héritiers réservataires français lésés d'une partie ou de toute leur réserve pouvaient bénéficier d'une action en prélèvement⁴¹ sur les actifs successoraux du défunt situés en France. Mais le Conseil Constitutionnel, saisi en 2011 d'une question prioritaire de constitutionnalisation invoquant la discrimination créée par cette action entre héritiers nationaux et étrangers, l'a abrogée.⁴²

Il reste que le règlement successions prévoit la faculté pour le juge français d'écarter la loi du lieu de la dernière résidence habituelle applicable à la succession s'il la juge contraire à son ordre public⁴³. Est en cause ici l'ordre public international qui, contrairement à l'ordre public interne qui borne la liberté contractuelle, a pour effet de rejeter la règle de droit désignée par une règle de conflit si son application entraîne la naissance d'une situation contraire aux principes fondamentaux de son ordre national.

La Cour de cassation a été récemment⁴⁴ saisie de recours contre les dispositions prises par Maurice Jarre et Michel Colombier, deux célèbres compositeurs français, avant leurs décès. Ces deux hommes, après avoir eu des enfants en France, ont refait leur vie en Californie avec des nouvelles épouses dont ils ont eu des enfants. Ils ont transmis la totalité de leurs biens à ces dernières et à leurs enfants communs, privant leurs premiers enfants de droits dans leurs successions. Etant donné qu'ils vivaient avant leur mort en Californie, la loi californienne, qui ignore le concept de la réserve, était applicable à leurs successions en tant que loi de leur dernière résidence. La question qui a été posée à la Cour de cassation était de savoir si cette loi californienne applicable, en tant qu'elle ignore le concept de la réserve, n'était pas contraire à l'ordre public international français. La Cour de cassation considéra 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. » En l'espèce, elle vérifia que les héritiers étaient majeurs et ne se trouvaient pas « dans une situation de précarité économique ou de besoin » et en conclut qu'il n'y avait pas ici de raison d'écarter l'application de la loi californienne, bien que celle-ci ignore le mécanisme de la réserve⁴⁵.

⁴⁰ Civ. 1^{ère}, 4 juill. 2018, n° 17-16.515 et 17-15.22, JCP 2018, éd. N, act. 657, JCP 2018, éd. N., 1313, n° 4, note E. Fongaro.

⁴¹ Qui était prévue par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819.

⁴² Cons. Const., 5 août 2011, n° 2011-159, Defrénois 2011, p. 1351, note M. Revillard, JCP 2001, éd. N., 1236, note E. Fongaro.

⁴³ Art. 35 du Régl. UE.

⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-13.151 et 16-17.198, LPA 2017, n° 249, p. 3, note V. Legrand, JCP 2017, éd. N., 1305, note Fongaro ; H. Fulchiron, Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin, D. 2017, p. 2310 ; M. Grimaldi, Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire, Defrénois 2012, p. 755.

⁴⁵ Il est probable que la Cour de cassation soit bientôt de nouveau saisie de recours similaires. Les descendants français du chanteur Johnny Halliday se trouvent dans une situation assez proche et ont entamé des procédures judiciaires visant à contester les dispositions de ce dernier les privant de droits dans sa succession. La loi applicable à la succession est cependant incertaine car la situation de la dernière résidence du défunt est débattue.

Il en résulte donc que, si tant est que les héritiers sont majeurs et ne se trouvent pas dans une situation de précarité ou de besoin, l'atteinte portée à leur réserve ne peut être invoquée au titre de l'exception d'ordre public international français. Cette vérification préalable confirme, semble-t-il, le caractère désormais essentiellement alimentaire de la réserve. Il apparaît donc que la protection de la réserve, pilier de l'ordre public successoral interne, ne permet pas, en tant que telle, d'écarter une loi étrangère qui ne connaîtrait pas ce mécanisme en tant qu'elle serait contraire à l'ordre public international français.

Ainsi, la personne qui souhaite organiser la transmission de son patrimoine en échappant totalement ou partiellement aux limites résultant de l'ordre public successoral dispose d'un certain nombre de moyens pour y parvenir tant en droit des contrats qu'en droit des successions interne ou en droit international privé. La protection des droits des réservataires présumptifs du futur défunt contre ces dispositions prises par ce dernier est incontestablement en recul, au profit d'une plus grande liberté laissée au disposant d'organiser la transmission de son patrimoine.

L'ordre public successoral a aussi pour finalité de protéger les héritiers présumptifs du défunt contre les dispositions que ces derniers pourraient prendre et qui viendraient réduire leurs droits. Là aussi, la loi de 2006 a laissé davantage de place à la contractualisation et à des dispositions par lesquelles, en accord avec le futur défunt, ses futurs héritiers pourraient renoncer en partie à la défense de leur droit à la réserve. Ces dispositions semblent, en pratique, rencontrer un succès plus modéré.

II Avancée modérée de la contractualisation par la voie des pactes de famille

Le principe de la nullité des pactes sur succession future interdit en principe d'opter par avance sur une succession non ouverte ou de disposer par avance de ses droits dans cette succession. Cependant, de tels pactes sur succession future sont parfois légalement autorisés, comme dans la séparation de corps par consentement mutuel où les époux peuvent, dans leur convention, inclure une renonciation à leurs vocations successorales réciproques⁴⁶. La loi de 2006 en a consacré plusieurs autres⁴⁷ qui consistent à autoriser des héritiers réservataires à renoncer par avance à une partie de leur droit à réserve à l'occasion de nouvelles formes de libéralités d'une part et à permettre plus largement à des réservataires de renoncer par avance à leur action en réduction d'autre part.

A Libéralités

Dans le souci d'offrir davantage de solutions aux personnes souhaitant anticiper la transmission de leurs patrimoines, la loi de 2006 a consacré et étendu des formes de

⁴⁶ Art. 301 C. civ.

⁴⁷ J. Leprovaux, Les nouveaux pactes de famille en droit des successions et des libéralités, LPA 2009, n° 215, p. 5.

libéralités qui jusqu'ici avaient des domaines d'application plus restreints : les libéralités-partages d'une part et les libéralités graduelles ou résiduelles d'autre part.

Avant la loi de 2006, les partages d'ascendants, ne pouvaient être consentis par un ou des parents qu'au profit de leurs enfants. Depuis, ces libéralités-partages, qui constituent à la fois une libéralité et un partage, peuvent être utilisées pour gratifier les héritiers présomptifs du disposant⁴⁸ et peuvent être transgénérationnelles.

Sous leur forme la plus fréquente, ce sont des donations-partages qui présentent l'intérêt, par rapport aux donations simples, de n'être pas rapportables⁴⁹, mais qui restent susceptibles d'être réduites si elles portent atteinte à la réserve⁵⁰. La situation est cependant particulière dans le cadre de la donation-partage transgénérationnelle⁵¹. Par cet acte, le disposant peut avantager ses petits-enfants directement, avec l'accord de leur auteur qui accepte qu'ils prennent à sa place tout ou partie de ses droits dans cette libéralité⁵². Au décès du disposant, les biens qu'il aura transmis à ses petits-enfants seront traités comme une donation en avancement de part successorale reçue par l'enfant dont sont issus les petits-enfants gratifiés et s'imputeront prioritairement sur la part de réserve individuelle de celui-ci puis, en cas d'excès, sur la quotité disponible. Ainsi, au sein d'une même souche, constituée par un enfant du défunt et ses descendants, tous les biens qui auront été reçus par donation-partage du disposant par l'enfant ou ses propres descendants seront comptabilisés dans la succession au titre de sa part de réserve et ce, même si l'enfant s'est entièrement effacé au profit des petits-enfants.

La loi de 2006 a en effet, par plusieurs procédés⁵³, consacré cette nouvelle conception de la réserve comme étant un droit non plus individuel de chaque enfant, mais un droit de sa souche. La solution prévue pour la donation-partage transgénérationnelle est une illustration de cette nouvelle approche de la réserve. A bien y regarder, tout se passe comme si l'enfant renonçait à une part de sa réserve⁵⁴ au profit de ses descendants et ce, du vivant du disposant. Il lui sera en effet impossible de contester ensuite l'atteinte portée à sa réserve par les droits accordés à ses propres descendants à sa place. La loi a donc autorisé un enfant à renoncer par avance à ses droits sur une succession non ouverte et à renoncer à une partie au moins de sa réserve, deux solutions qui, avant la loi de 2006, auraient constitué des atteintes à l'ordre public successoral.

⁴⁸ Ce qui englobe notamment son conjoint, et ses frères et sœurs à défaut de descendant.

⁴⁹ Ainsi que de bénéficier pour la réunion fictive et l'imputation d'une évaluation à la date de la donation-partage (art. 1078 C. civ.) et non à la date du décès comme les donations simples (art. 922 du C. civ.)

⁵⁰ Art. 1077-1 et 1077-2 C. civ.

⁵¹ Art. 1078-4 et s. C. civ.

⁵² Art. 1078-4 C. civ.

⁵³ Aussi avec la consécration de la représentation des renonçants (art. 754 C. civ.) et des règles qui ont été prises en conséquence pour adapter les modalités de calcul de la réserve et de la quotité disponible en présence d'un réservataire renonçant (art.913 C. civ.)

⁵⁴ L'art. 1078-5 C. civ. prévoit seulement que l'enfant « renonce à tout ou partie de ses droits. »

L'autre forme de libéralité-partage possible est le testament-partage par lequel le disposant impose à ses héritiers présomptifs⁵⁵ un partage de son patrimoine. Ceux-ci sont, par cet acte, gratifiés non pas en tant que légataires mais en tant qu'héritiers, et sont tenus d'accepter leur lot, leur seule autre alternative étant de renoncer à tout droit dans les biens partagés⁵⁶. Le testament-partage ne doit toutefois pas porter atteinte à la réserve, sous peine d'une action en réduction⁵⁷. Cependant, à ce titre, la consécration par la Cour de cassation de la validité du testament-partage transgénérationnel interroge⁵⁸. Il est inenvisageable que le testateur recueille dans un tel acte le consentement des enfants à ce que leurs descendants soient allotis au moins pour partie à leur place⁵⁹. Et, en l'état du droit, une telle renonciation des enfants à leur droit avant le décès du disposant ne serait sans doute pas valable⁶⁰. Or, sans leur accord, le testateur ne peut imposer à ses enfants que les droits accordés à leurs descendants s'imputent sur leurs parts de réserve. Dans ces conditions, soit ce testament-partage transgénérationnel est dénué de l'avantage principal de la libéralité-partage transgénérationnel en ce que les libéralités faites aux petits enfants ne s'imputent pas sur leurs parts de réserve mais directement sur la quotité disponible. Soit l'efficacité de l'acte est soumise à la ratification postérieurement au décès du disposant des enfants consentant à ce que leurs enfants soient allotis à leur place⁶¹.

Sa validité consacrée, l'efficacité du testament-partage transgénérationnel se heurte donc à l'absence de mécanisme prévu pour recueillir la renonciation de la génération intermédiaire à ses droits et indirectement à sa réserve au profit de ses descendants. Bien que le testament-partage permette au disposant de faire acte d'autorité dans le partage de ses biens, la limite que constitue la réserve des enfants ne peut ici être écartée au profit des petits-enfants qu'avec l'accord des premiers. Celui-ci est indispensable pour faire prévaloir la réserve de souche.

Une autre manifestation de cette nouvelle conception de la réserve comme un droit étendu à la souche se trouve dans le régime applicable aux libéralités graduelles et résiduelles⁶². Par une libéralité graduelle, le disposant peut avantager, par donation ou testament, un premier gratifié – appelé grevé – à charge pour lui de transmettre ce bien à son décès à un second gratifié désigné par le disposant. L'intérêt de ce mécanisme tient à ce qu'au décès du grevé, le second bénéficiaire est réputé recevoir le bien directement du disposant. Sa vie durant, le grevé est tenu de conserver le bien donné ou légué, sauf à ce que la libéralité soit résiduelle auquel cas il n'est tenu de transmettre à son décès au second gratifié que ce qui reste du bien reçu.

⁵⁵ Il l'impose en effet car les gratifiés, recevant leurs lots non pas en tant que légataires mais en tant qu'héritiers, n'ont que le choix d'accepter le lot qui a été prévu en leur faveur ou de renoncer à tout. S'ils renoncent à leur lot dans le testament-partage, ils renoncent à tout bien dans la succession du défunt. Le partage décidé par le testateur est impératif.

⁵⁶ Art. 1079 C. civ.

⁵⁷ Art. 1080 C. civ.

⁵⁸ Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2012, n°11-23.396, JCP 2013, éd. N., n°11, 1056, note J.-D. Azincourt, *ibid* n°12, 1060, §10, obs. R. Le Guidec ; M. Grand, La transmission transgénérationnelle : de la donation-partage au testament-partage ?, JCP 2014, éd. N., 1326.

⁵⁹ Le testament serait conjonctif et donc non valable.

⁶⁰ Sauf à prendre la forme d'une renonciation anticipée à l'action en réduction qui sera envisagée *infra*.

⁶¹ J.-D. Azincourt, précité.

⁶² Ces libéralités existaient avant 2006 aux articles 1048 et 1049 mais leur domaine a été étendu par la réforme (art. 1048 à 1061 C. civ.).

Considérées comme des charges, les libéralités graduelles ou résiduelles ne doivent pas porter atteinte à la réserve qui, selon l'article 912 du Code civil, doit être accordée libre de charges. L'article 1054 prévoit en effet que, si le grevé est réservataire, la charge ne peut être imposée que sur la quotité disponible. Cependant, il ajoute que le donataire peut accepter que la charge grève tout ou partie de sa réserve auquel cas cette charge bénéficie de plein droit à l'ensemble de ses enfants. Le légataire peut aussi semble-t-il exprimer un semblable consentement après le décès du disposant⁶³. Là encore, les enfants ont donc la possibilité de renoncer à contester l'atteinte portée à leur réserve mais nécessairement au profit de leurs descendants. Et, en ce cas, cela fait échec à la désignation par le disposant d'un second gratifié qui n'est pas leur descendant. La réserve est une nouvelle fois considérée comme un droit de la souche.

Bien que présentant une utilité réelle⁶⁴, les libéralités graduelles semblent rarement utilisées⁶⁵. Au contraire, les donations-partages transgénérationnelles rencontrent davantage de succès : elles répondent à un désir réel de pouvoir organiser la transmission de biens sur au moins deux générations de descendants⁶⁶. Ce souhait du disposant suppose toutefois, pour que l'opération puisse être menée à bien, d'associer ses enfants à l'acte et de recueillir cette renonciation à une partie de leurs droits à réserve au profit de leurs descendants. La loi du 23 juin 2006 est allée plus loin en autorisant la renonciation anticipée à l'action en réduction par laquelle un futur héritier réservataire peut renoncer par avance à contester l'atteinte portée à sa réserve par des dispositions prises par le futur défunt au profit de toute personne.

B La renonciation anticipée à l'action en réduction

Si la réserve est un mécanisme d'ordre public successoral, la protection de cette dernière n'est pas automatiquement mise en œuvre mais soumise à l'exercice de l'action en réduction par les héritiers réservataires. Ceux-ci peuvent renoncer à demander cette réduction, après le décès du défunt.

Depuis la loi de 2006, cette renonciation est aussi possible avant l'ouverture de la succession, par la renonciation anticipée à l'action en réduction⁶⁷. Il s'agit pour un futur héritier réservataire de renoncer par avance à contester l'atteinte portée à sa réserve par une ou plusieurs libéralités. Cette renonciation doit être bien appréhendée dans ses effets. Pour s'en

⁶³ L'art. 1054 al. 3 prévoit qu'il peut après le décès du disposant demander à ce que sa part de réserve soit libérée de sa charge et qu'à défaut, il doit en assumer l'exécution.

⁶⁴ Notamment pour permettre une transmission au sein d'une famille recomposée : une personne qui souhaite ainsi avantager largement son conjoint ou compagnon sans priver définitivement ses enfants des biens en cause peut prévoir de gratifier le premier comme grevé à charge pour lui de transmettre à son décès les biens aux seconds. Fiscalement, cela évite la lourde taxation de la transmission entre beaux-parents et beaux-enfants.

⁶⁵ Précisons toutefois que, sur le plan liquidatif, le traitement de ces libéralités pose de nombreuses difficultés surtout dans le cas où au décès du disposant, le grevé est encore en vie (ce qui est toujours le cas dans un legs graduel ou résiduel) car cela rend complexe l'évaluation des droits du grevé au regard de sa charge et la prise en compte des droits des seconds bénéficiaires alors que la date du décès du grevé (et donc de la prise d'effets de leurs droits) est inconnue (et incertaine car elle suppose qu'ils lui survivent.)

⁶⁶ Elles n'ont cependant pas été accompagnées de solutions fiscales adaptées concernant la transmission directe du disposant vers ses petits-enfants.

⁶⁷ Art. 929 et s. C. civ.

assurer, le législateur a soumis cet acte à un formalisme très conséquent⁶⁸. Le renonçant peut ainsi renoncer par avance à contester l'atteinte portée à tout ou partie de sa réserve au profit de toute personne (déterminée dans l'acte), pas nécessairement ses descendants. Mais, pour que cette renonciation soit efficace⁶⁹, il est préférable qu'elle soit le fait de tous les héritiers réservataires du disposant⁷⁰. Elle peut permettre de sécuriser une libéralité excessive, et faire éventuellement l'objet d'une négociation familiale. Par exemple, un héritier réservataire peut renoncer à contester l'atteinte portée à sa réserve par une libéralité graduelle s'il en est le second bénéficiaire. En pratique cependant, ces actes de renonciation semblent relativement rares.

La faible utilisation pratique de ces procédés semble révélatrice d'un réel attachement des français au mécanisme de la réserve, avec néanmoins une certaine ambivalence au regard aussi de l'attachement de chacun à une liberté réelle de pouvoir disposer de ses biens selon son souhait. Plus généralement, la faible utilisation des pactes familiaux autorisés est sans doute la marque d'une difficulté pratique, ou d'une réticence de la part des personnes qui souhaitent une organisation spécifique de la transmission de leur patrimoine, susceptible de porter atteinte à la réserve, à y associer leurs enfants. Ils craignent souvent que ces derniers l'acceptent mal ou le comprennent mal et que cela occasionne des conflits entre eux. Ils préfèrent dans ces conditions se saisir des procédés qui leur sont accessibles pour une organisation plus individuelle, personnelle de cette transmission de leur patrimoine qui ne sera pas forcément mieux comprise ou acceptée, mais dont les effets se révéleront après leur décès.

En définitive, le recul de l'ordre public successoral est indiscutable. Il a entraîné une profonde évolution dans la réserve qui n'est plus qu'une réserve en valeur, un droit de créance. Elle ne permet plus la conservation des biens dans la famille et assure une fonction essentiellement alimentaire désormais. Cette réserve n'est souvent plus considérée comme un droit individuel du réservataire, mais comme une réserve de souche, à laquelle sont associés chaque enfant et ses propres descendants. La loi de 2006 a donc paradoxalement engendré à la fois une promotion de la volonté individuelle et une collectivisation de la réserve au sein des souches.

⁶⁸ Art. 930 et s. C. civ.

⁶⁹ Pour s'assurer que la libéralité excessive ne fera l'objet d'aucune action en réduction.

⁷⁰ Mais elle ne peut être faite par un héritier réservataire mineur par exemple : c'est une renonciation à un droit.