

SUCCESSIONS-PARTAGE

Pour réaffirmer le caractère d'ordre public de la réserve héréditaire et assurer son effectivité, le législateur a ressuscité le droit de prélèvement et imposé au notaire de nouvelles obligations d'information. Mais afin de ne pas heurter le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne, le nouveau droit de prélèvement a reçu un champ démesuré. De plus, pour des raisons politiques, la réforme a été inscrite dans le cadre de la lutte contre les discriminations : or, de ce point de vue, le texte manque sa cible. Quant au notaire on comprend mal qu'il soit le seul à être visé par l'obligation individualisée d'information des héritiers susceptibles d'agir en réduction des libéralités qui portent atteinte à leur réserve, alors qu'il n'est pas le seul professionnel du droit à intervenir en matière successorale, particulièrement sur les successions internationales. Et bien souvent, il sera trop tard.

1109

Entre trop et pas assez : le droit de **prélèvement** version 2021



Étude rédigée par
HUGUES FULCHIRON
ET SYLVIE FERRÉ-ANDRÉ



Hugues Fulchiron est professeur agrégé des facultés de droit, conseiller SE à la Cour de cassation, directeur du Centre de droit de la famille (université Jean Moulin Lyon 3)

Sylvie Ferré-André est professeur à l'université Jean Moulin Lyon 3, directeur du diplôme supérieur de notariat de l'université Jean Moulin Lyon 3, notaire

1 - Depuis quelques années, l'antique réserve héréditaire était dans la tourmente. Latentes jusqu'alors, du moins chez les juristes, les interrogations avaient surgi avec l'entrée en vigueur du règlement Successions¹ : la possibilité d'un choix de loi, fût-il limité à la loi nationale du *de cuius*, comme la faveur manifestée à l'égard des pactes successoraux conduisirent nombre d'auteurs à s'interro-

1 - Cons. UE, règl. (CE), règl. 650/2012, 4 juill. 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen : JOUE n° L 201, 27 juill. 2012, p. 107. - sur lequel, V. not. A. Bonomi et P. Wautelet, *Le droit européen des successions. Commentaire du règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012* : Bruylant, 2^e éd., 2016 ; JCP G 2012, doctr. 1120, Étude F. Boulanger.

ger sur les fondements de la réserve « à la française ». Les débats opposèrent ceux qui, attachés aux principes de liberté, d'égalité et de solidarité, défendaient la réserve traditionnelle, ceux qui, au nom de la liberté individuelle et du libéralisme économique, réclamaient la disparition d'une institution jugée archaïque, et ceux qui, sensibles aux évolutions politiques, sociales et économiques contemporaines, proposaient de reconstruire les mécanismes protecteurs de la famille autour des principes de solidarité et de responsabilité entre générations².

2 - Les arrêts Jarre et Colombier rendus par la Cour de cassation firent alors l'effet d'un coup de tonnerre³. La Cour, après avoir souligné d'une part que, dans les deux espèces, le *de cuius* demeurait depuis de nombreuses années sur le territoire de l'État dont il avait utilisé la loi pour organiser sa succession, d'autre part, que les héritiers « spoliés » ne prétendaient pas se trouver dans une situation de précarité économique ou de besoin, affirma « 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 ». Quelques temps plus tard, un nouvel arrêt n'apaisa que partiellement les craintes exprimées par certains : la Cour y réaffirmait le caractère d'ordre public de la réserve dans l'ordre interne⁴.

3 - Dans ce contexte, l'affaire Johnny Halliday donna au problème de la réserve héréditaire une nouvelle dimension : celle d'un débat de société porté sur la place publique. Pendant quelques temps, et pour le plus grand bonheur des spécialistes de droit international privé, il ne fut question dans les médias, autour de la machine à café ou à la fin des repas de famille, que de *trust*, de fraude à la loi et de « résidence habituelle » au sens du droit international.

4 - Pressé par le notariat qui, à deux reprises au cours de ses congrès, manifesta son attachement à la réserve⁵, le garde des Sceaux confia à un groupe de travail le soin de réfléchir sur l'avenir de la réserve héréditaire⁶. Dans son rapport, le groupe de travail plaida en faveur de l'affirmation du caractère d'ordre public de la réserve, du moins de la réserve des descendants⁷, en tant que principe essentiel du droit français et, peut-être, en tant que principe de valeur constitutionnelle⁸.

5 - Restait pour le Gouvernement à faire passer la réforme. Saisissant l'occasion offerte par le projet de loi confortant les principes de la République⁹, devenu la loi n° 2001-1109 du 24 août 2021¹⁰, il fit voter deux compléments aux articles 913 et 921 du Code civil¹¹.

Aux termes du nouvel article 913, alinéa 3 : « Lorsque le défunt ou au moins l'un de ses enfants est, au moment du décès, ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou y réside habituellement et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, chaque enfant ou ses héritiers ou ses ayants cause peuvent effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens existants situés en France au jour du décès, de façon à être rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française, dans la limite de ceux-ci. ».

En vertu du nouvel article 921, alinéa 2 : « Lorsque le notaire constate, lors du règlement de la succession, que les droits réservataires d'un héritier sont susceptibles d'être atteints par les libéralités effectuées par le défunt, il informe chaque héritier concerné et connu, individuellement et, le cas échéant, avant tout partage, de son droit de demander la réduction des libéralités qui excèdent la quotité disponible. ».

Ressuscitait ainsi l'antique droit de prélèvement, supprimé 10 ans plus tôt en raison de son caractère discriminatoire¹².

2 Sur ces débats, V. Rapp. du groupe de travail sur la réserve héréditaire, C. Peres et Ph. Potentier (dir.) : min. Justice, déc. 2019 ; http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_reserve_hereditaire.pdf

3 Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 et 16-13.151 : *JurisData* n° 2017-018703 et n° 2017-018698 ; *Dr. famille* 2017, comm. 230, obs. M. Nicod ; *JDI* 2018, comm. 3, note E. Bendelac ; *D.* 2017, p. 2185, note J. Guillaumé ; *AJ fam.* 2017, p. 510, obs. A. Boiché ; *AJ fam.* 2017, p. 598, obs. P. Lagarde, A. Meier-Bourdeau, B. Savouré et G. Kessler ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 87, note B. Ancel ; *RTD civ.* 2018, p. 189, obs. M. Grimaldi. – Adde C. Deneuille et S. Godechot-Patris, *Le choix d'une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire* : *JCP N* 2018, n° 27, 1239. – M. Goré, *Requiem pour la réserve héréditaire* : *Defrénois* 2017, n° 22 et 23. – H. Fulchiron, *Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexion sur les notions de précarité économique et de besoin* : *D.* 2017, p. 2319.

4 Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2018, n° 17-16.515 et 17-16.522 : *JurisData* n° 2018-011782 ; *JCP G* 2018, 1074, note T. Vignal.

5 108^e et 116^e congrès des notaires de France.

6 C. Peres et Ph. Potentier (dir.), *La réserve héréditaire*, déc. 2019, préc. note 2.

7 Le rapport manifesta ses doutes sur la qualité d'héritier réservataire du conjoint survivant. Le droit de prélèvement créé par la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 ne joue d'ailleurs pas au profit de celui-ci.

8 Sur le modèle du droit allemand (*Cour const. féd. allemande*, 19 avr. 2005, 1 BvR 1644/00, 1 BvR 188/03), V. *La réserve héréditaire*, p. 87 et réf. cit.

9 *Projet de loi n° 3649*, 9 déc. 2020, rectifié confortant le respect des principes de la République. – Sur ce texte, V. not. F. Boudié et a., AN, *Rapp. n° 3797*, janv. 2021, fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale ; J. Eustache-Brinio et D. Verien, *Sénat, Rapp. n° 454*, mars 2021.

10 La loi a été déferée au Conseil constitutionnel qui l'a, pour l'essentiel, validée, *Cons. const.*, 13 août 2021, n° 2021-823 DC : JO 25 août 2021, texte n° 2. Les dispositions relatives au nouveau droit de prélèvement ne lui ont pas été soumises.

11 En vertu de l'article 24 II de la loi, les nouveaux articles 913 al. 3 et 923 al. 2 entreront en vigueur le premier jour du troisième mois suivant la publication de la présente loi et s'appliqueront aux successions ouvertes à compter de son entrée en vigueur, y compris si des libéralités ont été consenties par le défunt avant cette entrée en vigueur.

12 *Cons. const.*, 5 août 2011, n° 2011-159 QPC : *JurisData* n° 2011-017950 ; *JCP G* 2011, 1139, note M. Attal ; *D.* 2012, p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seske ; *D.* 2012, p. 2331, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 457, note B. Ancel ; *JDI* 2012, p. 135, note S. Godechot-Patris ; *Defrénois* 2011, p. 1351, note M. Revillard.

« Le moyen technique retenu pour affirmer le caractère d'ordre public de la réserve, comme le véhicule utilisé par le législateur rendent le texte doublement problématique. »

6 - Il n'est pas question de revenir sur les débats qui ont entouré la réserve et moins encore de discuter du choix politique opéré par le législateur. Il importe en revanche, de souligner les interrogations suscitées par un texte qui donne à la réserve une dimension qu'elle n'a jamais eue par le passé (1) et qui impose au notaire une mission aussi périlleuse que vaine (2).

1. Du nouveau droit de prélèvement

7 - Le moyen technique retenu pour affirmer le caractère d'ordre public de la réserve, comme le véhicule utilisé par le législateur rendent le texte doublement problématique. D'une part, en choisissant d'affirmer le caractère d'ordre public de la réserve héréditaire dans un contexte d'extranéité, par le biais du droit de prélèvement, le législateur a dû donner à celui-ci un champ démesuré (A). D'autre part, pour justifier qu'une disposition sur la réserve héréditaire soit portée par un projet de loi initialement consacré à la lutte contre le séparatisme, il a fallu l'inscrire dans le cadre de la lutte contre les discriminations, plus particulièrement, les discriminations entre homme et femme : or, de ce point de vue, le texte est au mieux inutile, au pire source de nouvelles inégalités (B).

A. - L'affirmation du caractère d'ordre public de la réserve : un droit de prélèvement démesuré ?

8 - Le nouvel article 913 du Code civil n'affirme pas directement le caractère d'ordre public de la réserve en matière internationale. Il permet aux enfants (et à eux seuls : la mesure ne joue pas au profit du conjoint survivant)¹³ qui ne bénéficieraient d'aucune protection réservataire, « d'effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens existants situés en France au jour du décès, de façon à être rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française ». Mais si le mot, n'est pas inscrit dans le texte et si la nature de la technique utilisée est incertaine¹⁴, le législateur a clairement exprimé ses intentions tout au long des travaux préparatoires : s'appuyant sur les conclusions du rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire, il a entendu affirmer que la réserve était bien d'ordre public en matière internationale, et briser ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation.

9 - Le choix, pour y parvenir, du droit de prélèvement, peut paraître habile. Le législateur espérait éviter ainsi tout conflit

avec la Cour de justice de l'Union européenne qui veille au respect des prescriptions du règlement Successions. Or, on le sait, la question du caractère d'ordre public de la réserve avait été très discutée lors des travaux préparatoires du règlement¹⁵. Les débats furent si vifs qu'il sembla préférable... de ne pas trop en dire et de l'intégrer dans la réserve (si l'on ose dire) générale de l'ordre public. Selon l'article 35 du règlement : « *L'application d'une disposition de la loi d'un État désigné par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for* ».

10 - En traitant la question non pas par la proclamation d'un principe mais par les conséquences qui y sont attachées, le législateur, rassuré par les conclusions du rapport du groupe de travail sur la compatibilité dudit principe avec les normes européennes (mais il convient de souligner que le rapport ne proposait pas de passer par le droit de prélèvement), a sans doute voulu éviter d'agiter un chiffon rouge sous les yeux du juge de Luxembourg¹⁶.

Quoiqu'il en soit, le double effet d'éviction de la loi étrangère normalement applicable et de substitution des dispositions prévues, sur ce point particulier, par la loi française, est bien là.

11 - Mais pour faire passer l'ordre public dans la barque du droit de prélèvement, le législateur devait éviter le rocher de Scylla que représentait le Conseil constitutionnel et le tourbillon de Charybde que pouvait constituer, à un autre égard, la Cour de justice.

D'une part, en effet, on sait que par sa décision du 5 août 2011, n° 2011-159 QPC¹⁷, le Conseil constitutionnel avait déclaré que le droit de prélèvement instauré par la loi du 14 juillet 1819 pour remplacer l'antique droit d'aubaine, était contraire au principe d'égalité devant la loi : « *Considérant qu'afin de rétablir l'égalité entre les héritiers garantie par la loi française, le législateur pouvait fonder une différence de traitement sur la circonstance que la loi étrangère privilégie l'héritier étranger au détriment de l'héritier français ; que, toutefois, le droit de prélèvement sur la succession est réservé au seul héritier français ; que la disposition contestée établit ainsi une différence de traitement entre les héritiers venant également à la succession d'après la loi française et qui ne sont pas privilégiés par la loi étrangère ; que cette différence de traitement n'est pas en rapport direct avec l'objet de la loi qui tend, notamment, à protéger la réserve héréditaire et l'égalité entre héritiers garanties par la loi française ; que, par*

13 V. ci-après n° 24.

14 V. not. N. Joubert, *Droit de prélèvement, réserve héréditaire, protection des héritiers contre les discriminations, quelle méthode ?* : Rev. crit. DIP 2021, p. 322 s.

15 Dans la rédaction initialement proposée, l'article 27, § 2, du règlement disposait que « l'ap-

plication d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for au seul motif que ses modalités concernant la réserve héréditaire sont différentes de celles en vigueur dans le for ».

16 Tout risque est-il écarté ? Rien n'est moins certain, V. P. Lagarde, *Une ultime (?) bataille de*

réserve héréditaire ? : Rev. crit. DIP, p. 291 s. – S. Ramaciotti, *Le prélèvement compensatoire du projet d'article 913 du code civil à l'épreuve des exigences européennes et constitutionnelles* : Rev. crit. DIP, p. 310 s.

17 Cons. const., 5 août 2011, n° 2011-159 QPC, préc. note 12.

suite, elle méconnaît le principe d'égalité devant la loi ». Pour redonner vie au droit de prélèvement, il fallait donc l'étendre à des héritiers qui ne seraient pas français¹⁸.

D'autre part, on pouvait craindre que la Cour de justice ne considère le nouveau droit de prélèvement comme discriminatoire s'il n'était pas ouvert à tout citoyen européen, voire à toute personne résidant habituellement sur le territoire d'un État membre...

12 - Pour prévenir tout danger, le législateur a donné au texte le champ personnel le plus large possible : le droit de prélèvement est reconnu à chaque enfant ou à ses héritiers ou ses ayants cause dès lors que « *le défunt ou au moins l'un de ses enfants est, au moment du décès, ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou y réside habituellement*¹⁹ et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants ». Le domaine donné au texte est démesuré. Un exemple permettra de s'en rendre compte.

Soit un ressortissant américain résidant aux États-Unis ; l'essentiel de ses biens est situé aux États-Unis, mais il est propriétaire d'un immeuble en France. Il laisse quatre enfants, tous citoyens américains. Selon son testament, l'ensemble de ses biens reviennent à une fondation caritative²⁰. En vertu des règles de droit international privé, la succession, du point de vue français, est régie par la loi américaine (plus précisément, la loi de l'État fédéré des États-Unis dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès), loi qui ne connaît pas la réserve. Mais il se trouve que l'un de ses enfants réside en Irlande. En vertu du nouvel article 913 du Code civil, non seulement cet enfant, mais aussi n'importe lequel de ses frères et sœurs, alors même que ces derniers résideraient aux États-Unis, pourront demander à prélever sur l'immeuble situé en France la part qui leur revient au titre de la réserve telle que la prévoit le droit français²¹... Et pourtant la loi applicable à la succession est la loi américaine, aucune « *fraude* », aucune manœuvre, n'est à soupçonner de la part du défunt et le seul rattachement « *européen* » passe en l'espèce par un État, l'Irlande, qui ne connaît pas la réserve héréditaire.

13 - Jamais sans doute la réserve héréditaire à la française ne s'était vu donner un tel rayonnement, et avec une telle intensité, dans l'ordre international. Et l'on peut se demander si les

principes de prévisibilité et de sécurité juridique si importants aujourd'hui en droit français comme en droit européen²², sont vraiment respectés.

14 - En tentant d'échapper aux menaces de Charybde et de Scylla, il se pourrait d'ailleurs que le texte coure d'autres périls. Certes, les défenseurs du projet de loi à l'Assemblée nationale et au Sénat, n'ont pas manqué de rappeler que, dans l'arrêt Sayn-Wittgenstein contre Autriche du 22 décembre 2010²³, la Cour de justice a reconnu que « *les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un État membre à l'autre et d'une époque à l'autre. Il faut donc, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité* » : est ainsi respectée l'identité des États membres. Mais si les raisons qui fondent l'intervention de l'ordre public peuvent varier selon les États, encore faut-il que les valeurs invoquées figurent parmi celles que porte l'Union (quand bien même tous les États membres n'en tireraient pas les mêmes conséquences) et qu'elles soient étroitement liées aux structures politiques et sociales de l'État considéré : selon la Cour, l'ordre public ne peut être invoqué contre les droits et libertés reconnus au citoyen européen « *qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* »²⁴.

15 - À l'appui du nouvel article 913, ont été invoqués les principes de liberté, d'égalité et de solidarité, *i.e.* autant de principes également affirmés par la Charte de droits fondamentaux de l'Union. Mais les moyens utilisés par le législateur français pour assurer le respect de ces principes sont-ils proportionnés au but légitime poursuivi ? En donnant à la réserve héréditaire à la française une telle portée en matière internationale, a-t-on vraiment respecté une juste mesure entre l'ensemble des intérêts en présence ? D'autres droits et libertés sont en effet en cause, notamment la liberté de disposer de ses biens (combinée, comme l'ont rappelé certains députés, avec le principe de libre circulation des biens)... et le respect du droit de propriété des héritiers ou légataires dont les droits seront ainsi réduits.

16 - Et la problématique soulevée à propos du droit de l'Union pourrait l'être également, *mutatis mutandis*, au regard de la Convention EDH et de ses protocoles additionnels : certes, le

18 Sur la question de la constitutionnalité du nouveau droit de prélèvement, V. S. Ramaciotti, art. préc. note 16.

19 La précision sur le caractère habituel de la résidence et a été utilement apportée par l'Assemblée nationale en deuxième lecture.

20 Rappr. l'exemple donné par P. Lagarde, art. préc. note 16.

21 Sur l'interprétation à donner à l'expression « *mécanisme réservataire protecteur des enfants* » et l'éventuelle prise en compte des « *équivalents fonctionnels de la réserve* », V. ci-après n° 19.

22 Les deux principes sont notamment au fondement du règlement Succession...

23 CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-208/209, Sayn-Wittgenstein c/ Autriche : RTD eur. 2011, p. 571, note E. Pataut.

24 Tel était le cas dans l'arrêt Sayn-Wittgenstein : le principe d'égalité avancé par l'Autriche est une valeur partagée par l'Union et la prohibition des titres de noblesse qui, pour l'Autriche, en découle est liée à la forme républicaine des institutions, élément de son identité nationale. - Sur cette question, V. B. Baret, Vers un ordre public familial européen. Contribution à l'étude des rapports entre ordres juridiques : thèse, Lyon, 2021 et réf. cit.

« Le nouvel article 913 du Code civil n'est pas vraiment utile si l'on veut lutter contre les discriminations. »

législateur a été rassuré sur le plan des principes par le rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire, mais la question pourrait se poser là aussi en termes de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but visé.

D'autant que l'objectif affiché, lutter contre les discriminations, notamment contre les discriminations entre homme et femme, peine à convaincre.

B. - La lutte contre les inégalités : prétexte... ou cible manquée ?

17 - Tout au long des travaux préparatoires de la loi, les promoteurs du nouvel article 913 du Code civil ont affirmé que le texte était fondé sur le principe d'égalité et son corollaire, la lutte contre les discriminations en général et les discriminations entre homme et femme en particulier²⁵.

S'agissant du principe d'égalité en général, on ne peut que rappeler que la réserve héréditaire n'assure pas l'égalité entre enfants : elle permet seulement de limiter les inégalités entre eux... ou l'exclusion de tous.

Quant à la lutte contre les discriminations, on comprend que l'argument ait été martelé par les orateurs successifs. Aux raisons politiques, s'ajoute en effet une considération juridique : justifier le choix du véhicule législatif utilisé, *i.e.* un projet de loi destiné à lutter contre les séparatismes, rebaptisé « *projet de loi confortant les principes de la République* ». À défaut, ce véhicule aurait pu apparaître... comme un cavalier législatif.

18 - Mais le nouvel article 913 du Code civil n'est pas vraiment utile si l'on veut lutter contre les discriminations.

En effet, il ne protège pas en lui-même les femmes en leur qualité d'héritières réservataires. Soit, par exemple, un Marocain qui après avoir vécu en France repart au Maroc. Il y décède. Sa succession est régie par la loi marocaine, loi de sa dernière résidence habituelle. Tant le droit international privé marocain que le droit international privé français reconnaissent la compétence du droit marocain pour régir la succession. Or, le droit marocain a repris les règles du droit musulman classique excluant les non musulmans de la succession d'un musulman et n'accordant aux filles que la moitié de la part des garçons. Le système marocain étant un système « *réservataire* » puisqu'il prévoit une dévolution de la succession aux enfants et ne laisse qu'une place très secondaire au testament, les filles ne pourront pas prélever sur les biens situés en France l'équivalent de ce dont elles ont été privées par application de la loi marocaine puisque celle-ci les protège en tant que réservataires...

En revanche, la loi marocaine sera écartée parce qu'elle est intrinsèquement discriminatoire : interviendra dans un tel cas, l'exception d'ordre public international, dans son jeu le plus classique. En ce sens, la commission des lois du Sénat n'avait pas tout à fait tort d'affirmer que le texte était inutile au regard de l'objectif affiché et de proposer, en conséquence, de voter sa suppression²⁶.

Quant au conjoint survivant, *i.e.* dans la plupart des cas l'épouse survivante, il n'en est pas question dans la loi du 24 août 2021.

19 - Peu utile au regard des discriminations, le texte, par ses ambiguïtés, pourrait même être source de nouvelles inégalités. Comme l'ont souligné ses adversaires à l'Assemblée nationale et au Sénat, le nouvel article 913 risque d'être « *un nid à contentieux* », et en tout cas un champ de mines pour l'interprète. Parmi les multiples problèmes qui ne manqueront pas de se poser, deux ont un caractère d'évidence.

D'une part, le droit de prélèvement est appelé à jouer « *lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants* ». À lire les travaux préparatoires, il apparaît que le législateur, nourri par la lecture du très riche rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire, a eu conscience qu'à côté des mécanismes de type réservataire, existent, dans les pays anglo-saxons, mais aussi dans certains pays d'Europe du nord, des « *équivalents fonctionnels* » qui permettent de protéger les enfants notamment lorsqu'ils risqueraient, à défaut, d'être dans le besoin. Est ainsi garanti le respect d'un des fondements essentiels de la réserve : la solidarité entre générations et la responsabilité liée à la filiation. Or, l'article 913 du Code civil ne vise que les « *mécanismes réservataires protecteurs des enfants* ». Compte tenu des critiques portés par les promoteurs du projet, dans la ligne du rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire, contre ces équivalents fonctionnels afin de justifier l'affirmation du caractère d'ordre public de la réserve à la française en droit international et la remise en cause de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui, au contraire tendait à les prendre en considération, on peut s'interroger sur la portée à donner au nouveau texte. Le droit de prélèvement jouera-t-il dès lors que n'existe aucun mécanisme réservataire, au sens strict, alors même que les héritiers pourraient mettre en œuvre, en vertu de la loi étrangère normalement applicable, des mécanismes qui leur reconnaîtraient des droits équivalents, voire supérieurs, à ceux que leur reconnaît la loi française en leur qualité de réservataires²⁷ ?

D'autre part, le droit de prélèvement n'est possible que lorsque la loi étrangère applicable à la succession « *ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants* ». *Quid* si comme

25 V. *l'exposé des motifs du projet et les déclarations de M. Schiappa ou de E. Moreno à l'Assemblée nationale et au Sénat.*

26 Supprimé en première lecture par le Sénat, le texte a été rétabli par l'Assemblée nationale en deuxième lecture.

27 V. D. *Le Grande de Belleruche, Contre le retour du droit de prélèvement en droit français : une vue de la pratique du droit international : Rev. crit. DIP 2021, p. 303 s.*

certaines droits forains du royaume d'Espagne, la réserve est réduite à une part quasi symbolique ? En vertu du texte, la protection ne jouera pas. Mieux vaut donc être privé de tous ses droits que d'une partie d'entre eux : dans le premier cas, l'héritier peut espérer obtenir tout ce que lui accorde le droit français en tant que réservataire ; dans le second, il restera réduit à sa portion congrue.

20 - À travers cette protection à géométrie variable, ce sont donc bien de nouvelles inégalités qui risquent d'apparaître entre enfants...

2. Des nouvelles missions du notaire

21 - Ensuite du nouveau droit de prélèvement, et pour en assurer la mise en œuvre, la loi met à la charge du notaire qui règle la succession, une obligation d'information spéciale à l'égard des réservataires. Selon le nouvel alinéa 2 de l'article 921 : « *Lorsque le notaire constate, lors du règlement de la succession, que les droits réservataires d'un héritier sont susceptibles d'être atteints par les libéralités effectuées par le défunt, il informe chaque héritier concerné et connu, individuellement et, le cas échéant, avant tout partage, de son droit de demander la réduction des libéralités qui excèdent la quotité disponible* ».

22 - À la lecture du texte, on comprend qu'il s'agit d'une obligation d'information générale qui dépasse le cadre international (A) mais qui, là encore, a peut-être été mal ciblée (B).

A. - Une obligation d'information notariale applicable à toute succession

23 - Alors que seule est visée la protection de la réserve des enfants par le droit de prélèvement, l'obligation d'information de l'article 921, alinéa 2 du Code civil profite à « *tout héritier réservataire* », dans les successions internationales comme dans toutes les successions dont le notaire assure le règlement.

24 - Ainsi, lorsque, à défaut de descendants, le conjoint successible a la qualité d'héritier réservataire, il sera lui aussi obligatoirement informé de la possibilité de demander la réduction des libéralités qui portent atteinte à sa réserve du quart en propriété. Pour autant il ne pourra pas « *prélever* » puisque l'article 913 réserve ce droit aux descendants. Lui est seulement ouverte l'action classique en réduction pour atteinte à sa réserve.

Certes, on l'a vu²⁸, la réserve du conjoint survivant est aujourd'hui contestée, en France du moins car elle ne semble pas poser de difficulté dans les pays européens qui connaissent l'institution. Pour autant, en droit français, on ne devrait pas oublier que lorsqu'il est réservataire, le conjoint successible n'a pas d'enfant du mariage susceptible de lui fournir des aliments. Il perd, également, avec la disparition de l'alliance, les débiteurs d'aliments qui y étaient attachés. Quant à la pension alimentaire susceptible d'être prélevée sur l'hérité dans les conditions de l'article 767 du Code civil, elle requiert une situation de besoin strictement établie : il n'est donc pas certain qu'elle suffise à assurer la protection du conjoint successible. Dans les situations d'extranéité, étendre le nouveau droit de prélèvement à l'article 914-1 du Code civil relatif à la réserve du conjoint aurait été plus cohérent, si le législateur était persuadé qu'il s'agissait de « *la* » solution juridique à la protection de la réserve en droit international privé.

25 - Visant tous les héritiers réservataires, l'information notariale de l'article 921 est également applicable à « *toute succession* » ouverte à compter du 1^{er} novembre 2021. Elle n'est pas réservée, contrairement au droit de prélèvement, aux situations qui intègrent un élément de droit étranger.

L'information du notaire s'attache aux « *libéralités réductibles* » : peu importe la date à laquelle elles ont été réalisées, même très en amont de la réforme bien avant l'entrée en vigueur de la loi. Surtout, l'on imagine que l'information donnée vise toutes les formes de libéralités : directes et authentiques, indirectes ou déguisées ou encore les dons manuels. Sans doute faut-il considérer également qu'elle vise aussi les assurances-vie dans lesquelles il existe un risque que soient réduites les primes manifestement exagérées.

26 - L'étude d'impact qui accompagne la loi, précise que la nouvelle obligation d'information du notaire est une obligation de moyens et non une obligation de résultat. Il n'en demeure pas moins qu'en l'absence d'exécution, le notaire engagera sa responsabilité professionnelle.

Légalement, l'information est « *individualisée* ». En revanche aucune forme n'est imposée pour la délivrer, même si en pratique, le notaire prudent choisira l'écrit. C'est certainement dans une consultation écrite remise au client et contresignée par lui que le notaire exposera l'information individualisée pour s'assurer du caractère libre et éclairé du consentement donné par l'héritier qui renonce à l'action en réduction. Technique-

28 Rapp. du groupe de travail sur la réserve héréditaire, préc. note 2, n° 7 : « D'apparition récente dans notre droit, la réserve héréditaire du conjoint survivant est irréductible à la réserve héréditaire des descendants. À chercher ses fondements propres, ceux-ci apparaissent délicats à identifier. Le mariage est un lien

juridique électif, soluble et fragilisé par la très grande facilité avec laquelle le divorce peut être aujourd'hui obtenu. Le caractère subsidiaire de la réserve héréditaire du conjoint survivant n'est pas satisfaisant. En vérité, la réserve n'est pas un outil juridique adéquat pour protéger le conjoint survivant et d'autres mesures,

plus adaptées, pourvoient mieux à ses besoins concrets. Au-delà, le groupe de travail estime qu'une protection accrue du conjoint est affaire de volonté individuelle. Aussi propose-t-il, tout en envisageant par ailleurs une amélioration de ses droits sur le logement, de supprimer la réserve héréditaire du conjoint survivant ».

« À la lecture de la loi on peut s'étonner de ne trouver que le notaire à la source de l'information. »

ment, pour que l'information soit complète, le notaire présentera systématiquement à l'héritier qu'il informe une liquidation « civile » complète de la succession, reprenant toutes les libéralités en comparant ses droits héréditaires, selon qu'il agira ou non en réduction.

Malheureusement, là encore, il n'est pas certain que cette information suffise à éviter des pressions de la part de la famille sur la fille ou l'épouse lorsqu'elles effectueront le choix de demander ou non la réduction des libéralités spoliatrices.

27 - À ce titre, d'ailleurs on pourrait s'étonner que le législateur, suivant la même logique réparatrice n'ait pas révisé, dans les contextes d'extranéité au moins, les cas dans lesquels, l'héritier renonçant pourrait exceptionnellement revenir sur une renonciation anticipée à l'action en réduction pour atteinte à la réserve (RAAR). Peut-être a-t-il estimé que la présence de deux notaires au moment de la renonciation et les sanctions visées par l'article 930 du Code civil au moment de l'expression du consentement étaient suffisantes. Est-ce pour la même raison qu'il a considéré qu'il n'était pas utile d'ouvrir de nouveaux cas de révocation de la RAAR à l'article 930-3 du Code civil, les dispositions de l'article 930-3, 2° du Code civil lui paraissant suffisantes ?

28 - De façon générale, on peut se demander si cette information nouvelle cible bien « toutes » les successions susceptibles de réduction.

B. - Une obligation d'information imposée au seul notaire

29 - À la lecture de la loi on peut s'étonner de ne trouver que le notaire à la source de l'information.

Il est classique pour le notaire d'être perçu comme spécialiste des liquidations de successions. En droit purement interne, majoritairement, le notaire intervient dans le traitement de la succession. Néanmoins, il n'existe aucun monopole notarial de la liquidation et du partage des successions. Rappelons que selon la Cour de cassation, même lorsqu'il comporte des immeubles, un partage sous seing privé est parfaitement valable et engage les parties²⁹. L'authenticité de l'acte de partage n'est pas requise, pas plus qu'elle ne l'est pour l'acte de liquidation sans partage. Le défaut d'authenticité de l'acte de partage contenant notamment une indemnité de réduction n'affecte en rien sa validité. Or, il n'est pas rare aujourd'hui de rencontrer des banques ou des cabinets d'avocats qui traitent directement les liquidations successorales dans leurs services spécialisés. Alors, pourquoi mettre l'obligation d'information à la charge du seul « notaire », tandis qu'à aucun autre moment les textes relatifs à la liquidation successorale ne le visent expressément ? *Quid* d'opulentes successions internes et plus encore internationales, qui transitent par d'autres structures que le notariat, même au titre des biens situés en France, notamment lorsqu'elles ne sont pas composées d'immeubles détenus directement par le défunt ? On a du mal à comprendre qu'un texte qui se veut de portée aussi générale ne vise pas « tout professionnel » appelé à intervenir dans la liquidation et le partage.

30 - En toute hypothèse, lorsque, à l'ouverture de la succession, joueront information notariale et droit de prélèvement, il sera souvent trop tard : si le *de cuius* souhaite vraiment exhériter ses enfants et/ou avantager tel ou tel d'entre eux, il lui suffira de passer par des montages successoraux internationaux afin de vider, par anticipation, l'actif héréditaire français. Au jour du décès, il ne restera rien à prélever en France et l'information sur la réductibilité des libéralités sera inutile car bien d'autres véhicules juridiques que les libéralités auront été utilisés. ■

29 Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2012, n° 11-19.855 : *Juris-Data* n° 2012-023908 ; JCP G 2012, act. 1194 ; JCP N 2013, n° 4, 1008, note C. Brenner.

Dans cet arrêt la Cour de cassation rappelle que même lorsqu'il comporte des immeubles, un partage sous seing privé est parfaitement

valable et engage les parties. L'authenticité de l'acte n'est pas requise. Le défaut d'authenticité de l'acte n'affecte en rien sa validité.