

AJ Famille 2023 p.449

Pratiques : La sécurité juridique dans les successions internationales

Impact des dispositions transitoires du Règlement « Succession » et du nouveau droit de prélèvement compensatoire

Frances Goldsmith, Avocate, LIBRA
Hélène Peisse, Notaire, Ducamp-Monod & Associés

L'essentiel

Le mécanisme de *professio juris* introduit par le Règlement européen n° 650/2012 du 4 juill. 2012 sur la compétence et la loi applicable en matière successorale (dit « Succession ») et le nouveau droit de prélèvement compensatoire applicable depuis le 1^{er} nov. 2021 obligent les professionnels du droit à la plus grande vigilance dès lors qu'ils laissent place à l'interprétation.

Le Règlement « Succession », qui s'applique depuis le 17 août 2015, régit les successions qui s'ouvrent à compter de cette date mais comporte des dispositions transitoires qui ont vocation à s'appliquer à des décisions prises antérieurement. Surtout, il introduit une innovation majeure quant à la loi applicable à la succession avec le mécanisme de *professio juris* permettant à une personne de choisir la loi applicable à sa succession. Sa rédaction conduit cependant à des situations où l'interprétation de la volonté du défunt sera nécessaire avec toute la difficulté d'une interprétation rétroactive d'un choix de loi implicite si le testament a été établi avant le 17 août 2015. Si l'intention est comprise, les difficultés d'application pourraient être sources d'insécurité juridique dans les successions internationales.

Un autre dispositif introduit récemment dans la loi française ajoute à ces risques d'insécurité juridique dans les successions internationales. Il s'agit du nouveau droit de prélèvement compensatoire applicable depuis le 1^{er} nov. 2021 et dont, là encore, les possibilités d'interprétation sont source d'incertitude.

Le cumul de ces deux textes dans le règlement de successions internationales, moins rare qu'il pourrait y paraître, peut conduire à accentuer encore un peu plus l'imprévisibilité et donc l'insécurité juridique dans la planification successorale et les attentes du défunt comme des héritiers. Il met les professionnels du droit face à de nouvelles obligations et rend leur implication dans les planifications successorales d'autant plus nécessaire.

Cet article se penchera d'abord sur l'application du Règlement « Succession » au regard des difficultés d'interprétation des *professio juris* (1^{re} partie). Le rappel des textes en vigueur permettra de comprendre la multiplicité des possibilités d'interprétation et ses limites dans le cas d'un choix implicite de loi applicable. Il étudiera ensuite le nouveau mécanisme de prélèvement compensatoire (2^e partie) - mais brièvement dans la mesure où il a été largement commenté en doctrine - dont la lecture des textes laisse présager, là aussi, des difficultés tant dans son application que dans le rôle clef des professionnels du droit chargés du règlement des successions internationales.

1. Application du Règlement « Succession » face aux difficultés d'interprétation des *professio juris*

1.1 Textes en vigueur

Choix de loi explicite ou implicite - Le Règlement « Succession » introduit une innovation majeure quant à la loi applicable à la succession avec le mécanisme de *professio juris* permettant à une personne de choisir la loi applicable à sa succession. Le choix peut être explicite (art. 22 et 83, 2) ou implicite (art. 83, 4). Et dans cette seconde hypothèse, la question essentielle, pour déterminer le choix de loi implicite, est, avant tout, de fixer les limites des interprétations possibles du testament, car le fait même d'admettre un choix de loi implicite peut conduire à s'éloigner des véritables intentions du défunt et donc à instiller une certaine instabilité ou insécurité juridique.

S'agissant d'un **choix de loi applicable explicite**, l'art. 22, 1, dispose qu'« 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 ». L'art. 83, 2, dispose quant à lui que, « lorsque le défunt avait, avant le 17 août 2015, choisi la loi applicable à sa succession, ce choix est valable s'il remplit les conditions fixées au chapitre III ou s'il est valable en application des règles de droit international privé qui étaient en vigueur, au moment où le choix a été fait, dans l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle ou dans tout État dont il possédait la nationalité ».

S'agissant d'un **choix de loi applicable implicite**, l'art. 83, 4, dispose que, « si une disposition à cause de mort, prise avant le 17 août 2015, est rédigée conformément à la loi que le défunt aurait pu choisir en vertu du présent Règlement, cette loi est réputée avoir été choisie comme loi applicable à la succession ».

Rappel des règles - Rappelons brièvement les règles générales applicables en la matière :

- une personne peut choisir la loi applicable à sa succession ;
- la loi choisie doit être sa **loi nationale** et, si cette personne est titulaire de plusieurs nationalités, y compris la nationalité française, elle peut choisir l'une de ses lois nationales. Seule la loi nationale ou l'une des lois nationales peut être choisie et aucune autre ; en particulier, il n'est pas permis de choisir la loi de la résidence habituelle ;
- **en cas de choix** de la loi applicable, **le jeu du renvoi est normalement bloqué**. La loi choisie s'appliquera même si la règle de conflit étrangère ne soumet pas la succession à la loi nationale ;

Exemple - Si un Australien désigne la loi australienne pour qu'elle régisse sa succession, on ne tiendra pas compte de la règle de conflit australienne qui renvoie à la loi française pour les immeubles situés en France.

- une *professio juris* peut être faite **en faveur d'une loi qui ne connaît pas ce mécanisme** ;

Exemple - Un Anglais qui réside en France peut décider que sa succession sera soumise à la loi anglaise même si le droit international privé anglais ne semble pas connaître la *professio juris*.

- l'art. 22 du Règlement décide que la *professio juris* doit être **faite d'une manière expresse** dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou **résulter des termes d'une telle disposition**.

Des règles maîtrisées en cas de choix de loi explicite mais beaucoup moins en cas de choix implicite, spécialement pour les *professio juris* antérieures au 17 août 2015 - Ces règles paraissent simples et compréhensibles et devraient permettre de résoudre les problèmes relatifs à la *professio juris*. Seulement, la forme de la *professio juris* vient semer le doute.

L'art. 22 donne le support de la *professio juris* : le choix est formulé de **manière expresse** dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort. L'art. 3 donne plusieurs définitions de la disposition à cause de

mort : « un testament, un testament conjointif ou un pacte successoral ». Le pacte successoral est défini comme « 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 au pacte. »

La *professio juris* doit donc être incluse dans l'un de ces instruments ou bien dans une donation entre époux (DEE), une donation-partage (DP), une renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR), etc. Elle doit être clairement exprimée ou résulter des termes de la disposition à cause de mort. La manifestation expresse de la volonté ne donne pas lieu à des difficultés d'application ou d'interprétation, que le choix ait été fait avant ou après le 17 août 2015.

C'est le **choix implicite** qui nous préoccupe dans les successions internationales en ce qu'il peut être source d'insécurité juridique en fonction de l'interprétation suivie pour parvenir à le cerner.

Les règles deviennent surtout difficilement compréhensibles pour les *professio juris* antérieures au 17 août 2015 régies par les dispositions transitoires du Règlement dans les paragraphes 2 et 4 de son art. 83 :

- selon le paragraphe 2 de cet art. 83, lorsque le défunt avait, avant le 17 août 2015, choisi la loi applicable à sa succession, ce choix est valable s'il remplit les conditions prévues à l'art. 22 (par renvoi au chapitre III), c'est-à-dire si ce choix est fait en faveur de la loi nationale ou de l'une des lois nationales **et** s'il 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. Ce texte reprend donc la règle prévue à l'art. 22 du Règlement qui régit les *professio juris* faites à compter du 17 août 2015. Le but est simplement de valider les choix de loi antérieurs à l'entrée en vigueur du Règlement ;

- le dernier paragraphe de l'art. 83 (§ 4) énonce que, « si une disposition à cause de mort, prise avant le 17 août 2015, est rédigée conformément à la loi que le défunt aurait pu choisir en vertu du présent Règlement, cette loi est réputée avoir été choisie comme loi applicable à la succession ».

Par « loi que le défunt aurait pu choisir en vertu du présent Règlement », on entend toujours sa loi nationale ou l'une de ses lois nationales. Ainsi, la présence d'une disposition à cause de mort « rédigée conformément » à la loi nationale avant le 17 août 2015 devrait suffire pour emporter *professio juris* en faveur de cette loi. Reste à savoir ce que les rédacteurs du Règlement entendaient par « rédigé conformément ». Entendaient-ils une référence formelle ou substantielle à la loi nationale du défunt ?

1.2 Multiples possibilités d'interprétation

Au fil des dossiers et des échanges, les professionnels du droit confrontés à des successions internationales comprennent que le véritable problème est de savoir comment interpréter les dispositions à cause de mort. Faut-il aller vers une interprétation large ou restreinte des testaments établis avant l'entrée en vigueur du Règlement ? Une interprétation trop stricte irait à l'encontre de l'esprit du Règlement. Mais une interprétation trop large et trop permissive ne créerait-elle pas une trop grande insécurité juridique, allant à l'encontre des attentes du défunt et de ses héritiers ?

Choix de loi exprès (art. 22 et 83, 2) - La rédaction des art. 22 et 83, 2, est claire sous réserve de la possible interprétation de l'expression « résulte des termes de » : même si l'art. 83, 2, revêt un caractère rétroactif, le choix de loi applicable (i) doit être exprès et (ii) répondre aux règles de droit international privé qui étaient en vigueur au moment où ce choix a été fait.

Absence de choix exprès (art. 83, 4) - En l'absence de choix de loi exprès, l'art. 83, 4, pose une présomption en faveur

de l'application de la loi nationale du défunt si les dispositions à cause de mort sont rédigées conformément à cette loi nationale que le défunt aurait pu choisir. Il existe peu d'éléments sur l'analyse de l'art. 83, 4, qui est pourtant devenu fondamental et vaste dans son application.

Partant, il est utile de rappeler le contexte du Règlement et les règles d'interprétation. Le Livre vert sur les successions et testaments indiquait :

« Quel que soit le critère de rattachement choisi par la future norme communautaire pour la détermination de la loi applicable, on ne peut exclure que ce critère sera, dans certaines situations, peu adapté aux attentes légitimes des acteurs impliqués dans la succession. Ces attentes constituent un paramètre qu'il faut prendre en compte dans le contexte d'un marché unique garantissant aux personnes la libre circulation. Une personne peut ainsi séjourner quelque temps dans un pays sans y acquérir le moindre patrimoine, parce qu'elle envisage de retourner à terme dans son pays d'origine, où d'ailleurs sa famille continue à résider et où se trouvent ses biens. Si cette personne décède dans le pays où elle résidait, il pourrait être justifié que la loi de sa nationalité régie sa succession. En revanche, le rattachement à la loi de la nationalité manque de légitimité si le *de cuius* a depuis longtemps quitté son pays d'origine et s'il résidait dans un État membre où se trouvent toutes ses attaches, familiales et patrimoniales. »  (1)

Que signifie le mot « conformément » s'agissant d'un acte rédigé « conformément à la loi qu'il aurait pu choisir » ? La primauté doit-elle être donnée à la forme comme le proposent certains praticiens ? Si un Anglais fait rédiger un testament par un avocat anglais avec des trusts testamentaires, peut-on raisonnablement en déduire qu'il l'a fait selon la loi anglaise ? La déduction serait-elle aussi évidente en présence d'un simple testament rédigé dans la langue natale du défunt, qui respecterait certaines formalités de son pays d'origine, faisant ainsi prévaloir une interprétation plus formelle que substantielle ?

Plusieurs exemples de la possibilité - et de la difficulté - d'interpréter peuvent être donnés pour illustrer le propos :

- en présence d'un binational, laquelle des deux nationalités privilégier ?
- lorsque les testaments ont été rédigés bien avant le Règlement « Succession », voire bien avant la publication des premiers projets de ce Règlement, n'est-il pas artificiel de rechercher une volonté implicite de faire appliquer une autre loi que la loi successorale par défaut, le défunt ne pouvant pas véritablement avoir eu cette volonté vingt ans avant le Règlement et alors que son existence n'était pas même envisagée ?
- la distinction est-elle si évidente entre le mécanisme de l'art. 83, 4, et celui de l'art. 83, 2, qui permet de rechercher un choix de loi fait avant le 17 août 2015, conformément au chapitre III du Règlement, *qui résulterait des termes* d'une disposition à cause de mort (Règl., art. 22, 2) ? Quelle serait réellement en pratique la différence entre un choix de loi qui **résulte** des termes d'une disposition à cause de mort, telle que la citation d'une loi étrangère, et la recherche d'une loi applicable en raison des dispositions à cause de mort rédigées **conformément** à la loi étrangère ? Cette recherche de volonté implicite n'est-elle pas commune aux deux textes ?
- *quid* en cas de fraude ? Si, à l'époque de la rédaction du testament, il n'était pas possible pour le défunt d'opter pour sa loi nationale et qu'il y a introduit des attaches fictives pour que celle-ci s'applique et, ce faisant, frauder les droits de ses héritiers, l'art. 83, 4, devrait-il venir valider ces manoeuvres ? Cela ne semble pas être en phase avec l'esprit du Règlement et surtout son considérant n° 26 : « Aucune disposition du présent Règlement ne devrait empêcher une juridiction d'appliquer les mécanismes destinés à lutter contre la fraude à la loi, par exemple dans le cadre du droit international privé. » ;
- certes, l'art. 83, 4, devient intéressant lorsqu'aucune loi n'a été stipulée dans le testament, mais que des mécanismes

précis relevant de la loi nationale le sont, comme des *testamentary trusts*. Il arrive aussi souvent que, sans renvoyer à des mécanismes ou dispositions substantielles de la loi nationale, le testament aurait pris la forme requise par la loi nationale, ou dans la langue nationale du défunt. Pour autant, faut-il faire prévaloir la forme sur la substance ?

Nul doute que l'on puisse retenir une présomption de *professio juris* dès lors que le défunt a pris une disposition à cause de mort en contemplation d'une certaine loi successorale. Mais deux interprétations s'opposent.

Selon une première interprétation, on ne saurait prouver une volonté implicite de soumettre sa succession à une loi déterminée d'une manière absolue, sans prendre en compte les dispositions testamentaires substantielles. Certes, certains praticiens choisissent d'attacher une très grande importance aux règles de forme. Mais, même si ces règles de forme sont parfois nécessaires pour la bonne exécution du testament dans plusieurs pays, on peut s'interroger sur la légitimité de les faire primer dans l'interprétation du choix de loi implicite.

L'esprit du texte va du reste dans le sens de l'analyse substantielle, puisque la finalité de l'art. 83, 4, est de ne pas déjouer les prévisions du testateur en remettant en cause son testament par l'application d'une autre loi que sa loi nationale, étant entendu qu'il ne pouvait pas, avant le 4 juill. 2012, savoir qu'il lui était possible de désigner sa loi nationale.

Cela rejoint la position du congrès des notaires de 2019 qui privilégie la substance plutôt que la forme :

« Il semble en outre prudent de retenir que la forme britannique d'un testament ne permet pas d'appliquer la présomption édictée par l'art. 83-4 du Règlement. Par analogie, l'expression « ou résulte des termes d'une telle disposition » employée dans l'art. 22 du Règlement laisse entendre que le choix de loi applicable doit résulter directement et seulement du contenu même de l'acte. Toute référence à des éléments extrinsèques doit être écartée.

L'établissement du testament en langue anglaise ou encore la forme dactylographiée constituent des éléments extrinsèques qui ne présument pas de la volonté du défunt de soumettre sa succession à la loi anglaise.

Encore, la constitution d'un trust ou une référence aux dispositions de la *Society of trust and estate practitioners* ne semble également pas suffisante pour induire l'existence d'un choix de loi en faveur de la loi anglaise. Il n'existe à ce jour pas de jurisprudence en la matière, mais cette analyse ne semble pas pouvoir emporter la conviction du praticien.

En effet, il convient de noter que, notamment pour les dispositions antérieures au 4 juill. 2012, le texte du Règlement « Succession » était loin d'être finalisé et, comme aujourd'hui, le droit britannique n'offrait pas la possibilité d'option au défunt en faveur de la loi successorale de l'État de sa nationalité. Il est possible de noter de surcroît que la possibilité d'un choix de loi tacite prévu à l'actuel art. 22 du Règlement ne figurait pas dans la proposition de Règlement de 2009.

Dans ces conditions, il paraît inconcevable de présumer un choix tacite en faveur de la loi nationale du défunt alors que le droit positif en vigueur lors de la rédaction du testament n'offrait pas cette option. Par mesure de prudence, le 115^e Congrès des notaires invite à ne retenir la validité du choix implicite que dans les cas suivants : le choix implicite doit découler uniquement des termes de la disposition à cause de mort [...]. »  (2)

Selon une seconde interprétation, l'objectif de l'art. 83, 4, serait de préserver les attentes des défunts dont les testaments ont été dûment rédigés selon leur loi nationale. Cette primauté de la forme se retrouve dans l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 16 juill. 2020  (3) qui retient le choix de la loi lituanienne pour un testament qui a été rédigé devant un notaire lituanien et dans le respect du droit lituanien. Cet arrêt est parfois cité par le Cridon pour justifier une interprétation formelle du testament permettant d'identifier un choix de loi implicite. En réalité, la défunte ayant consulté un notaire lituanien, elle a forcément reçu de celui-ci des conseils sur l'application de ce droit,

de sorte qu'on ne saurait exclure que la CJUE ait opéré une interprétation substantielle, qui semble, au demeurant, davantage respecter l'esprit du Règlement.

1.3 Limites à l'interprétation dans le cas d'un choix implicite de loi applicable

Exprimer un choix de loi explicitement sur les conseils d'un notaire permet une anticipation successorale efficace en présence d'éléments d'extranéité. Le faire implicitement, et donc implicitement seul, peut générer des problèmes mal anticipés par celui qui s'y risque. L'interprétation de sa volonté n'est pas toujours évidente, et se heurte à de multiples limites.

Les limites intrinsèques : exercice difficile par nature, effectué par un professionnel dont le rôle est limité et encadré - L'interprétation d'un testament est un **exercice difficile par nature** :

- du fait de la nature de l'écrit, qui est un acte unilatéral, très personnel, révocable, influencé par le présent, par des moments de la vie mais qui a vocation à s'appliquer dans le futur ;
- du fait du moment de l'exécution, celui dont on recherche la volonté étant par définition absent ;
- du fait de l'opinion potentiellement divergente des successibles, probablement par manque d'objectivité.

Si le défunt a souhaité « fixer » les termes de sa succession, c'est pour ne pas laisser trop de place à l'interprétation. Peut-on être sûr de respecter sa volonté en faisant un choix là où il ne l'a pas fait (ou pas clairement) ?

L'exercice est au demeurant limité du fait du **rôle assez encadré du notaire**. Le rôle du notaire est de proposer une interprétation, mais il ne peut pas l'imposer contrairement au juge. En l'absence d'accord entre les parties, cela limite la possibilité d'interprétation. Le notaire ne peut pas imposer *son* interprétation du choix implicite. Il est nécessaire, quant à l'interprétation retenue, de recueillir le consentement de l'ensemble des héritiers légaux, qui peuvent cependant différer en fonction des pays. Le notaire dispose de pouvoirs d'investigations limités, *a fortiori* en présence de dispositifs dans d'autres pays, malgré les recherches qu'il a le devoir d'opérer.

Les limites concrètes : des dispositions potentiellement contradictoires avec un risque de surinterprétation - Il est toujours possible, à la lecture d'un testament, de faire face à des **dispositions potentiellement contradictoires**. Cela peut provenir d'une multiplicité d'indices ou d'instruments renvoyant à différentes lois nationales en théorie possibles, surtout en l'absence de conseil si le *de cuius* pense, à tort, pouvoir morceler sa succession. Le défunt n'ayant pas conscience d'avoir fait un choix de loi implicite peut tout à fait faire un choix différent - toujours implicite - aux termes d'un autre instrument. Dans la mesure où le choix a été supposé mais non clairement affirmé, il ne peut donc avoir été révoqué. Enfin, si la forme est admise comme un indice fort de la volonté, il peut y avoir contradiction entre la forme (résultant de la culture, de l'habitude) et le fond (des instruments d'un ou plusieurs autre(s) pays).

Exemples - Prenons le cas d'un défunt français ayant un régime matrimonial de communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au conjoint survivant et qui décède dans un État membre ne connaissant pas cette clause. Pour le notaire français, aucune succession n'est ouverte. Pour le notaire de l'autre État membre, un pacte successoral y a été conclu. D'un côté, les dispositions à cause de mort entre époux selon la loi française prônent un choix de loi applicable en faveur de la loi française. De l'autre, le pacte successoral conclu dans l'autre pays européen permet de plaider en faveur de la loi nationale de cet État. Ces deux dispositions peuvent donc être en contradiction et compliquent grandement la détermination de la loi applicable voulue par le défunt.

Prenons l'exemple, cette fois, d'un défunt franco-américain qui fait un testament se référant à la réserve en droit français et qui établit un trust aux États-Unis. Pourquoi faire prévaloir un choix implicite plutôt qu'un autre ?

Il existe aussi un **risque de surinterprétation** dans la recherche d'un choix implicite. En effet, il est toujours possible pour un professionnel du droit de surinterpréter la volonté du défunt, en voyant des termes juridiques précis là où celui-ci a voulu utiliser leur acception générique. Cela peut être la conséquence de l'utilisation d'un terme juridique.

Exemple - Un terme comme « trust » peut être employé de manière générique, sans nécessairement renvoyer à l'institution juridique, encore moins à celle d'un pays en particulier, pour, par exemple, instituer des légataires universels.

Il en est de même si le défunt a légué l'ensemble de sa succession à son conjoint en ignorant la réserve héréditaire : est-ce suffisant pour écarter la loi française ?

La référence à une institution symptomatique d'un système législatif (la réserve héréditaire de droit français, par exemple) ne peut à lui seul prouver un choix de loi implicite.

Exemple - Lorsque le défunt a légué la quotité disponible, ce n'est pas forcément parce qu'il a choisi implicitement la loi française. La référence à la quotité disponible peut s'expliquer par la croyance erronée du testateur en son application impérative. Il pouvait ne pas avoir conscience qu'il avait la possibilité de disposer autrement. Si bien que le legs de la quotité disponible ne permet pas de savoir si le défunt voulait que ses héritiers réservataires aient ou pas leur part de réserve.

Les limites juridiques : une fiction qui risque de faire prévaloir la forme sur le fond, et qui est potentiellement source d'insécurité juridique - Comme évoqué précédemment, la recherche d'un choix implicite peut conduire à une **fiction risquant de privilégier la forme sur le fond**. Le choix est forcément implicite quand il « résulte des termes d'une telle disposition » (art. 83, 2, qui renvoie à l'art. 22) contrairement à une stipulation expresse prévue par le même article. Les « termes » renvoient au fond, à la volonté, et non à la forme. Mais la forme peut prévaloir sur le fond : « par une sorte de fiction, il sera considéré que, en adoptant une disposition à cause de mort dans les formes prévues par sa loi nationale, le *de cujus* a voulu choisir cette loi en tant que loi successorale » (4). Cette interprétation est consacrée par la CJUE (arrêt du 16 juill. 2020, préc. ; cependant, dans cette espèce, il s'agissait d'un testament authentique et pour lequel le défunt avait forcément reçu des conseils sur le fond par un notaire local). Mais *quid* d'un simple choix de langue ou d'un formalisme typiquement national par réflexe ? Est-ce suffisant ? Les hésitations sont permises. L'interprétation peut se trouver face à une contradiction et un raisonnement circulaire : les « termes » de la disposition impliquent une certaine loi nationale, mais ceux-ci ne peuvent être examinés que si la « forme » est recevable, appréciée en application des règles du pays... désigné implicitement par ces mêmes « termes ».

L'interprétation peut, au demeurant, se heurter à une limite temporelle. Car, si l'expression de la volonté est faite au moment de la rédaction de l'acte, l'interprétation de la volonté l'est au moment où on reçoit l'acte, au jour du décès. Une volonté implicite peut parfaitement être évidente au temps de la rédaction, compte tenu des éléments de fait à cette date, mais plus difficile à appréhender au moment de la réception, sans aucun souvenir de ceux-ci. De plus, si le Règlement cristallise l'appréciation de la validité au jour de l'acte, l'appréhension de celle-ci est faite au jour où on le reçoit.

L'interprétation peut aussi être compliquée en cas de modifications législatives. L'absence de modification des dispositions du testament à la suite d'une réforme législative - par nature fréquente dans le cas d'un choix implicite - peut rendre le choix implicite beaucoup moins pertinent et moins facile à identifier (éviter ou viser une disposition obsolète).

En conclusion, exprimer une volonté explicitement semble toujours préférable. Cependant, la portée d'une volonté explicite exprimée n'est pas toujours comprise, notamment dans l'interaction entre les différents dispositifs nationaux et avec le régime matrimonial. Le conseil d'un notaire ou avocat averti en droit international privé est donc fondamental pour la cohérence des différentes dispositions, à la fois dans le temps, dans l'espace et en lien avec le régime matrimonial. Le choix implicite relevé par un notaire ne peut se concevoir qu'avec l'accord de tous les héritiers (déterminés selon toutes les lois en présence) ; à défaut, seul un juge pourra déterminer la loi applicable.

Ce conseil est d'autant plus précieux que le mécanisme de choix de loi applicable s'articule avec d'autres mécanismes tout aussi complexes, comme celui du droit de prélèvement réintroduit récemment dans la loi française.

2. Nouveau mécanisme de prélèvement compensatoire face aux difficultés d'application

2.1 Rappel du contexte et des textes en vigueur

Le contexte juridique avant la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 est important au regard de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 5 août 2011  (5). Le droit de prélèvement instauré par l'art. 2 de la loi du 14 juill. 1819 a été jugé contraire au principe d'égalité et donc anticonstitutionnel car il ne profitait qu'aux héritiers français. Si bien que l'art. 913 c. civ. relatif au taux de la quotité disponible en présence de descendants comprend désormais un nouvel alinéa 3 qui prévoit un prélèvement compensatoire dans le cadre des successions internationales lorsque la loi applicable à la succession exclut la réserve héréditaire :

« Lorsque 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 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 ».

Ce droit de prélèvement permettait, à l'origine, aux héritiers français, privés de leur part successorale par l'application de la loi étrangère, de prélever une part sur la succession des biens situés en France. Le droit nouveau « a été créé en réaction à la position de la Cour de cassation qui avait considéré que la réserve n'était pas un principe d'ordre public international pour la limiter à une fonction strictement alimentaire en droit international privé. Bien que très controversé, ce droit devra être mis en oeuvre. Les nouvelles dispositions de l'art. 921 al. 2 c. civ., qui créent une obligation d'information à la charge des notaires, y veillent »  (6) : « 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. »

Ce nouveau droit est applicable aux successions ouvertes à compter du 1^{er} nov. 2021 en application de la loi du 24 août 2021. Il n'est donc pas applicable aux successions ouvertes avant cette date, même en l'absence de partage.

Pour que le prélèvement compensatoire s'applique, l'ensemble des conditions suivantes doit être respecté :

- le défunt, ou au moins l'un de ses enfants, doit être ressortissant, ou résident habituel, d'un État membre de l'Union européenne, au moment du décès ;
- la loi étrangère applicable à la succession ne doit pas prévoir les dispositions relatives à la réserve héréditaire, fraction du patrimoine du défunt, qui doit obligatoirement revenir aux héritiers réservataires (descendants) ou conjoint

survivant si le défunt ne laisse pas de descendants (si la loi étrangère assure à chacun des enfants un droit sur une partie de la succession, le dispositif de prélèvement sera inapplicable) ;

- la succession doit comprendre des biens meubles (par ex., des meubles, des bijoux, des véhicules...) ou immeubles situés en France ;

- si le notaire constate que les droits des héritiers réservataires sont susceptibles d'être atteints par les dispositions prises par le défunt, il doit, avant tout partage, informer chaque héritier de leur droit de demander une réduction des libéralités qui dépassent la quotité disponible. L'information doit être donnée aux héritiers concernés et connus et de façon individuelle.

Ainsi, les possibilités de sa mise en application sont vastes et, partant, difficiles à cerner, notamment pour les étrangers souhaitant investir en France.

2.2 Application par les notaires et avocats

L'application pourrait s'avérer difficile sur la forme au regard des règles de droit international privé - Les nouvelles dispositions de l'art. 921, al. 2, c. civ. créent une obligation d'information à la charge des notaires. Il conviendra donc d'identifier, d'interpréter et de conseiller dans des situations complexes où la connaissance des mécanismes étrangers et leur articulation avec le droit français seront nécessaires. Les avocats seront également concernés à la fois par le contentieux, par les règles de compétence, par les règles édictées par l'art. 12 du Règlement « Succession »  (7) et par les règles de litispendance internationale générales.

L'approche revient à employer une règle matérielle en droit international privé en donnant une solution de fond avant d'employer les règles de conflit. En effet, peu importe la loi applicable, la règle matérielle, le droit à la réserve héréditaire théorique sur les biens en France s'appliquera. Cette approche peut s'avérer gênante pour le notaire, qui doit, d'abord, appliquer le droit français pour, ensuite, se livrer à des comparaisons avec une liquidation dans un pays étranger. En cas de désaccord entre les héritiers, le notaire n'est pas juge. Est-ce un nouveau pouvoir ? L'art. 913 ainsi rédigé pourrait *in fine* créer une nouvelle règle de conflit de lois qui n'a jamais existé - poser d'abord les principes de droit français pour évaluer une situation étrangère - et partant renforcer l'ordre public couvrant la réserve héréditaire encore plus qu'auparavant, à l'opposé des intentions initiales de la loi qui était de lutter contre les inégalités entre les sexes.

L'application pourrait aussi s'avérer périlleuse sur le fond du fait de la nécessaire appréciation des mécanismes étrangers par le prisme de la loi française - La notion de « mécanisme réservataire protecteur des enfants » n'est pas sans ambiguïté et nécessitera certainement une interprétation par le notaire et les tribunaux.

Exemples - L'État de Louisiane reconnaît une réserve pour les enfants mineurs seulement. Est-ce suffisant à écarter le prélèvement compensatoire si les lois d'un pays prévoient un « minimum vital » au bénéfice des enfants ? On peut songer aussi à la protection qui est offerte au conjoint survivant du défunt en droit américain et qui est censée également protéger les enfants du même lit, dans la mesure où les enfants vont hériter du conjoint survivant par la suite. Le mécanisme de prélèvement compensatoire doit-il pour autant être évincé ?

Et le droit français lui-même n'est pas toujours si protecteur.

Exemple - Un héritier réservataire inactif et ne pouvant pas se loger peut devoir des indemnités d'occupation, imputables sur sa part de la réserve, le laissant dans une situation moins favorable que les autres héritiers moins dans le

besoin.

Enfin, s'agissant de la « réduction des libéralités qui excèdent la quotité disponible », le texte peut manquer sa cible.

Exemples - Certaines écoles de sharia en droit islamique connaissent un mécanisme de réserve, mais qui distinguent parfois entre hommes et femmes. Or, en voulant combattre les inégalités entre les sexes, mais en se focalisant sur l'existence ou non d'une réserve, le législateur a manqué sa cible. Dans les cas où le défunt et les héritiers résidaient en dehors de l'Europe, il était déjà possible au nom de l'ordre public d'évincer des dispositions de la sharia qui n'étaient pas conformes. Or le nouveau droit de prélèvement vient faire échec aux droits étrangers qui ne prévoient pas une telle inégalité, mais qui ont des concepts de réserve différents des nôtres.

Autre exemple : certains États aux États-Unis ne connaissent pas de réserve pour les enfants, mais imposent une réserve pour l'époux(se). Ce dernier exemple peut faire naître un cumul d'héritiers réservataires - le conjoint en droit de l'État de New York, les enfants en droit français - et conduire au morcellement des deux lois.

En cas de situation d'extranéité avec un pays de *common law*, les praticiens des trusts apporteront probablement des solutions par le biais des mécanismes contractuels pour dissuader les héritiers de mener une action en France et préserver la cohésion de la succession et sa liquidation, par exemple en prévoyant des clauses de déchéances des droits si une action est introduite en France. Cependant, en l'absence de trust ou de toute autre possibilité d'inciter les héritiers à respecter les termes du testament, le défunt et les héritiers se retrouvent dans une situation d'incertitude dès lors qu'il existe le moindre lien en France et rattachement avec l'Europe. On peut songer également aux situations d'abus lorsqu'un héritier déménage pour tenter de bénéficier du nouveau droit de prélèvement.

Alors que le notaire et les tribunaux ont historiquement eu une interprétation et application stricte du testament pour éviter toute dénaturation de la volonté du testateur, l'interprétation large parfois permise en pratique dans la recherche d'une loi applicable qui aurait été tacitement choisie par le testateur avant l'entrée en vigueur du Règlement, cumulée avec un droit de prélèvement qui peut s'appliquer dans des cas totalement imprévisibles par le testateur, peut mener à des situations contraires aux attentes de ce dernier et de ses héritiers.

La profession entière attend que le législateur reprenne sa plume pour corriger cette faille et réinstaurer une plus grande sécurité juridique en matière successorale.

Mots clés :

SUCCESSION * Droit international privé * Professio juris * Droit transitoire * Droit de prélèvement

(1) Livre vert - Successions et Testaments {SEC(2005) 270}.

(2) Rapport Congrès des notaires 2019, rapport du 115^e Congrès, n° 3399.

(3) CJUE 16 juill. 2020, n° C-80/19 , AJ fam. 2020. 491, obs. A. Guichard  ; D. 2020. 1521  ; *ibid.* 2206, obs. S. Godechot-Patris et C. Grare-Didier  ; *ibid.* 2021. 923, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke  ; RTD eur. 2020. 937, obs. V. Egéa .

(4) M. Lopez de Tejada, Le choix implicite de la loi applicable à la succession : enjeux et conseils pour le notaire, Bull. du Cridon de Paris, nov. 2020.

(5) Cons. const. 5 août 2011, n° 2011-159 QPC , AJ fam. 2011. 440, obs. B. Haftel , obs. A. Boiché  ; D. 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke  ; *ibid.* 2331, obs. L. d'Avout et S. Bollée  ; Rev. crit. DIP 2013. 457, note B. Ancel .

(6) Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017 (arrêt *Jarre*) cité par N. Levillain, Mise en pratique du nouveau prélèvement compensatoire, JCP N 28 janv. 2022, n° 4, 1057.

(7) « Lorsque la masse successorale comprend des biens situés dans un État tiers, la juridiction saisie pour statuer sur la succession peut, à la demande d'une des parties, décider de ne pas statuer sur l'un ou plusieurs de ces biens si l'on peut s'attendre à ce que la décision qu'elle rendrait sur les biens en question ne soit pas reconnue ou, le cas échéant, ne soit pas déclarée exécutoire dans ledit État tiers.

Le paragraphe 1 ne porte pas atteinte au droit des parties de limiter la portée de la procédure en vertu du droit de l'État membre dont la juridiction est saisie. »

Copyright 2025 - Dalloz – Tous droits réservés