

Analyse comparative de la modification du chapitre 6 de la LDIP et du Règlement (UE) n°650/2012

MÉMOIRE

présenté

par

Maëlle Badoux

sous la direction de la

Professeure Eva Lein

Lausanne, 20 janvier 2023

Table des matières

BIBLIOGRAPHIE	II
TABLE DES ARRETS.....	VII
TABLE DES ABREVIATIONS	VIII
I. INTRODUCTION.....	1
II. CONTEXTE DU PROJET DE MODIFICATION DE LA LDIP	2
A. MOTION N°14.4285.....	2
B. AVANT-PROJET	3
C. PROJET N°20.034	3
III. COMPÉTENCE DES AUTORITÉS EN CHARGE DE LA SUCCESSION	4
A. DE CUJUS AYANT SON DERNIER DOMICILE DANS UN ÉTAT MEMBRE DU REU	4
1. Règlement (UE) n°650/2012	5
2. LDIP.....	6
3. Problèmes qui peuvent en résulter.....	8
B. DE CUJUS AYANT SON DERNIER DOMICILE EN SUISSE.....	9
1. Règlement (UE) n°650/2012	9
2. LDIP.....	11
3. Problèmes qui peuvent en résulter.....	13
C. MORCELLEMENT DE LA SUCCESSION	16
D. RÈGLES EN CAS DE CONFLIT DE COMPÉTENCE	17
1. En cas de conflit de compétence négatif.....	18
2. En cas de conflit de compétence positif.....	19
IV. DROIT APPLICABLE À LA SUCCESSION	21
A. DE CUJUS AYANT SON DERNIER DOMICILE DANS UN ÉTAT MEMBRE DU REU	21
1. Règlement (UE) n°650/2012	21
2. LDIP.....	23
3. Problèmes qui peuvent en résulter.....	24
B. DE CUJUS AYANT SON DERNIER DOMICILE EN SUISSE.....	26
1. Règlement (UE) n°650/2012	26
2. LDIP.....	26
3. Problèmes qui peuvent en résulter.....	28
C. MORCELLEMENT DE LA SUCCESSION	29
D. TESTAMENT ET PACTE SUCCESSORAL	31
1. Règlement (UE) n° 650/2012	31
2. LDIP.....	32
E. COÏNCIDENCE FORUM-IUS	34
V. MODIFICATIONS QUI AURAIENT ÉTÉ SOUHAITABLES.....	35
A. CERTIFICAT SUCCESSORAL EUROPÉEN	35
B. ARTICLE 13 REU	37
C. CONVENTION INTERNATIONALE	38
D. CRITIQUES SUR L'ALIGNEMENT AU DROIT EUROPÉEN	39
VI. CONCLUSION.....	41

Bibliographie

Ouvrages

BERGQUIST Ulf *et al.*, *Commentaire du Règlement Européen sur les successions*, Paris 2015 (cité : Commentaire Dalloz REu-AUTEUR·E, art. X N Y).

BONOMI Andrea/WAUTELET Patrick, *Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e éd., Bruxelles 2016 (cité : Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. X N Y)

BUCHER Andreas/BONOMI Andrea, *Droit international privé*, 3^e éd., Bâle 2013.

CACHARD Olivier, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles 2014.

DEIXLER-HÜBNER Astrid/SCHAUER Martin (édits), *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO)*, 2^e éd., Vienne 2020 (cité : Kommentar EuErbVO-AUTEUR·E, art. X N Y).

DUTOIT Bernard/BONOMI Andrea, *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 6^e éd., Bâle 2022 (cité : Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. X N Y).

DUTTA Anatol/WEBER Johannes, *Internationales Erbrecht, EuErbVO • Erbrechtliche Staatverträge • EGBGB • IntErbRVG • IntErbStR • IntSchenkungsR*, Munich 2016 (cité : Kommentare Internationales Erbrecht-AUTEUR·E, art. X N Y)

GREESKE Marion, *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, Frankfurt am Main 2014.

GROLIMUND Pascal, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht der Europäischen Union, IN A NUTSHELL*, 3^e éd., Zurich 2022.

GROLIMUND Pascal/LOAKER Leander D./SCHNYDER Anton K. (édits), *Internationales Privatrecht*, Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2021 (cité : BSK IPRG 2021-AUTEUR·E, art. X N Y).

HONSELL Heinrich *et al.* (édits), *Internationales Privatrecht*, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2013 (cité : BSK IPRG 2013-AUTEUR·E, art. X N Y)

MEYER Manuela, *Die Gerichtsstände der Erbrechtsverordnung unter besonderer Berücksichtigung des Forum Shopping*, Frankfurt am Main 2013.

MÜLLER-CHEN Markus/WIDMER LÜCHINGER Corinne (édits), *Zürcher Kommentar zum IPRG : Band I Art. 1-108*, Zürcher Kommentar, 3^e éd., Zurich 2018 (cité : ZK IPRG-AUTEUR·E, art. X N Y).

PAMBOUKIS Haris P. (édit), *EU Succession Regulation No 560/2012, A Commentary*, Athènes 2017 (cité : Commentary REu-AUTEUR·E, art. X N Y).

SEEGER Sebastian, *Erbverzichte im neuen europäischen Kollisionsrecht*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen 2018.

Articles

ANCEL-LIOGER Zoé, *Les premières expériences en matière de CSE*, in *Droit successoral international : Recueil des contributions du 8^e Séminaire de formation de la Fondation Notariat Suisse et de la 2^e Journée de droit patrimonial international du 3 septembre 2019*, Zurich 2019, p. 261 ss.

BONOMI Andrea, *The relations of Switzerland with EU member states*, in Dutta Anatol/Wurmnest Wolfgang (édits), *European Private International Law and Member State Treaties with Third States, The Case of the European Succession Regulation*, Cambridge 2019, p. 267 ss (cité : BONOMI, Case).

BONOMI Andrea, *La circulation internationale des certificats d'héritiers*, in Steinauer Paul-Henri/Mooser Michel/Eigenmann Antoine (édits), *Journée de droit successoral 2017*, Berne 2017, p. 107 ss (cité : BONOMI, Circulation).

BONOMI Andrea, *Le règlement Européen sur les successions et son impact pour la Suisse*, SJ 2014 II, p. 391 ss (cité : BONOMI, Règlement).

DUTTA Anatol, *The perspective of the European Union*, in Dutta Anatol/Wurmnest Wolfgang (édits), *European Private International Law and Member State Treaties with Third States, The Case of the European Succession Regulation*, Cambridge 2019, p. 319 ss.

GRAHAM-SIEGENTHALER Barbara/EBERHARD Philipp, *“Letzter Wohnsitz” nach schweizerischem IPRG und “letzter gewöhnlicher Aufenthalt” gemäss EU-Erbrechtsverordnung*, in Breitschmid Peter/Eitel Paul/Jungo Alexandra (édits), *Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker, Festschrift für Hand Rainer Künzle*, Zurich 2021, p. 111 ss.

GUILLAUME Florence, *L'extension de la portée de l'élection de droit en matière successorale*, *successio* 2019, p. 224 ss.

HÖSLY Balz, *Das europäische Nachlasszeugnis*, in Frésard Philippe/Morger sel. Jürg, *Aktuelle Fragen des internationalen Erbrechts : Beiträge des Weiterbildungsseminars der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 9. September 2019 in Zürich*, Zurich 2020, p. 173 ss.

HRUBESCH-MILLAUER Stephanie/BÜRKI Melanie, *Forum shopping – eine erbrechtliche Betrachtung (PIRG & EuErbVO)*, in Markus Alexander R./Hrubesch-Millauer Stephanie/Rodriguez Rodrigo (édits), *Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche : Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz*, Berne 2018, p. 105 ss.

LEUPIN Ivan, *La scission de la succession en général*, in *Droit successoral international : Recueil des contributions du 8^e Séminaire de formation de la Fondation Notariat Suisse et de la 2^e Journée de droit patrimonial international du 3 septembre 2019*, Zurich 2019, p. 205 ss.

Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession*, in Mohr Siebeck (édit), *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, Tübingen 2010, p. 522 ss.

PIOTET Denis, *Les scissions dues à la dissociation de la succession imposée par le même système de règles de conflits*, in *Droit successoral international : Recueil des contributions du 8^e Séminaire de formation de la Fondation Notariat Suisse et de la 2^e Journée de droit patrimonial international du 3 septembre 2019*, Zurich 2019, p. 187 ss.

ROMANO Gian Paolo, *L'avant-projet de réforme des dispositions de la LDIP en matière de successions internationales : questions choisies*, in *Droit successoral international : Recueil des contributions du 8^e Séminaire de formation de la Fondation Notariat Suisse et de la 2^e Journée de droit patrimonial international du 3 septembre 2019*, Zurich 2019, p. 1 ss (cité : ROMANO, Avant-projet)

ROMANO Gian Paolo, *L'élection de for par le de cuius*, successio 2019, p. 207 ss (cité : ROMANO, L'élection).

ROMANO Gian Paolo, *Successions internationales et (semi-)loi fédérale sur le droit international privé: quelques défis*, Swiss Review of International and European Law 2018, p. 183 ss (cité : ROMANO, Successions).

RUBIDO Jose-Miguel/VALINCIUTE FAIVRE Vilma, *L'ordre public au regard du droit international privé successoral*, in *Droit successoral international : Recueil des contributions du 8^e Séminaire de formation de la Fondation Notariat Suisse et de la 2^e Journée de droit patrimonial international du 3 septembre 2019*, Zurich 2019, p. 221 ss.

SCHMIDT Patrick, *Das Europäische Nachlasszeugnis und dessen Bedeutung für die Schweiz*, successio 2017, p. 71 ss.

SCHWANDER Ivo, *Bewegt sich das international Erbrecht?*, in Arnet Ruth/Eitel Paul/Jungo Alexandra/Rainer Künzle Hans (édits), *Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid*, Zurich 2019, p. 479 ss (cite : SCHWANDER, Bewegt sich).

SCHWANDER Ivo, *Die EU-Erbrechtsverordnung*, PJA 8 2014, p. 1084 ss (cité : SCHWANDER, PJA)

VELASCO RETAMOSA Jose Manuel, *International Jurisdiction Rules in Matters of Succession in the European Context*, Swiss Review of International and European Law 2018, p. 317 ss.

WIDMER LÜCHINGER Corinne, *Zur Revision der Art. 86 ff. IPRG : Auswirkungen auf die Nachlassplanung*, in Frésard Philippe/Morger sel. Jürg, *Aktuelle Fragen des internationalen Erbrechts : Beiträge des Weiterbildungsseminars der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 9. September 2019 in Zürich*, Zurich 2020, p. 1 ss.

Textes officiels

Avant-projet de modification de la Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987.

Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires conclue à La Haye le 5 octobre 1961, RS 0.211.312.1 (cité : Convention de La Haye).

Le Parlement suisse, Bulletin officiel, texte provisoire, disponible sous : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=59341> (consulté le 27 décembre 2022).

Le Parlement suisse, Bulletin officiel, BO 2021 N 1341, disponible sous : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=53371> (consulté le 27 décembre 2022).

Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987, RS 291.

Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) (Projet), FF 2020 3257 (cité : FF 2020 3257, p. X).

Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Successions), du 13 mars 2020, FF 2020 3215 (cité : FF 2020 3215, p. X).

Message concernant la révision du code civil suisse (Droit des successions), du 29 août 2018, FF 2018 5865 (cité : FF 2018 5865, p. X).

Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP), du 10 novembre 1982, FF 1983 I 255 (cité : FF 1983 I 255, p. X).

Modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Successions), Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, 2018 (cité : Rapport explicatif).

Motion n°14.4285 « Convention internationale sur les successions » du 12 décembre 2014, disponible sous : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20144285> (consulté le 5 décembre 2022) (cité : Motion n°14.4285).

Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, OJ L 201 du 27 juillet 2012, p. 107ss (cité : REu).

Sites internet

Conseil d'État du Canton de Vaud, *Modification de la loi fédérale sur le droit international privé : procédure de consultation – annexe à la Réponse du Conseil d'Etat du Canton de Vaud*, 23 mai 2018, disponible sous : https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/dire/sg-dire/oe/fichiers_pdf/reponses_ce_consultations/2018/10_R%C3%A9ponseCE_annexe_successions.pdf (consulté le 26 septembre 2022) (cité : Conseil d'État VD, Réponse).

Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), *Statistiques sur les Suissesses et Suisses de l'étranger*, 2022, disponible sous : <https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/vivre-etranger/schweizerinnen-und-schweizer-im-ausland/cinquieme-suisse/statistiques.html> (consulté le 24 novembre 2022) (cité : DFAE, Statistiques).

HCCH, *Parties contractantes - Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires*, disponible sous : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=40> (consulté le 1^{er} novembre 2022) (cité : HCCH).

Office fédéral de la justice (OFJ), *Modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Successions), Synthèse des résultats de la consultation*, 22 janvier 2022, disponible sous : <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj7erYw7L6AhXLhv0HHX9KDfoQFnoECB0QAAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.bj.admin.ch%2Fdam%2Fbj%2Ffr%2Fdata%2Faktuell%2Fnews%2F2020%2F2020-03-13%2Fve-berf.pdf&usq=AOvVaw0QSmzWGJYJ6GCcQVrL2-aI> (consulté le 26 septembre 2022) (cité : OFJ, Synthèse).

Office fédéral de la statistique (OFS), *Portrait démographique de la Suisse - État, structure et évolution de la population en 2020*, Neuchâtel 2022, disponible sous : <https://www.bfs.admin.ch/asset/fr/480-2000> (consulté le 2 novembre 2022) (cité : OFS, portrait démographique 2020).

Table des arrêts

Jurisprudence suisse

TF, arrêt 5A_208/2019 du 20 décembre 2019.

TF, arrêt 5A_612/2016 du 1^{er} mars 2017.

TF, arrêt 5A_892/2011 du 21 juin 2012.

TF, arrêt 5A_255/2011 du 13 septembre 2011.

TF, arrêt 5A_171/2010 du 19 avril 2010.

ATF 125 III 35 du 3 septembre 1998, traduit à la SJ 1999 I 298 ss et au JdT 1999 I 341 ss.

ATF 123 III 414 du 26 septembre 1997, traduit au JdT 1999 I 251.

ATF 102 II 136 du 17 août 1976, traduit au JdT 1976 I 595 ss.

ATF 47 II 48 du 4 mai 1921, traduit au JdT 1921 I 482 ss.

Jurisprudence européenne

CJUE, Arrêt du 2 juin 2022, C-617/20, EU:C:2022:426.

CJUE, Arrêt du 1^{er} mars 2005, Andrew Owusu contre N.B. Jackson, C-281/02, EU:C:2005:120.

Table des abréviations

al.	alinéa(s)
AP-LDIP	Avant-projet de modification de la Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BSK	<i>Basler Kommentar</i>
c.	considérant(s)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210
cf.	<i>confer</i>
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Convention de La Haye	Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires du 5 octobre 1961, RS 0.211.312.1
CSE	Certificat successoral européen
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
éd.	Édition
édit(s)	éditeur(s)
etc.	<i>et caetera</i>
EuErbVO	<i>Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses</i> , OJ L 201 du 27 juillet 2012, p. 107 ss
FF	Feuille fédérale
HCCH	Hague Conference on Private International Law – Conférence de la Haye de droit international privé
IPRG	<i>Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987</i> , RS 291
JdT	Journal des Tribunaux
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, RS 291
let.	lettre
N	numéro(s)
n°	numéro(s)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OFJ	Office fédéral de la justice
OFS	Office fédéral de la statistique
p.	page
par.	paragraphe(s)
PJA	Pratique Juridique Actuelle

P-LDIP	Projet de modification de la Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, FF 2020 3257
pp.	pages
SJ	Semaine Judiciaire
ss	et suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral suisse
UE	Union européenne
REu	Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, OJ L 201 du 27 juillet 2012, p. 107 ss
RS	Recueil systématique suisse
VD	Canton de Vaud
ZK	<i>Zürcher Kommentar</i>

I. Introduction

Le 13 mars 2020, le Conseil fédéral adoptait un projet de modification du chapitre 6 de la Loi sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (ci-après : LDIP)¹. Cette révision a pour objectif de moderniser le droit suisse et de s'aligner au Règlement Européen n° 650/2012 du 4 juillet 2012 (ci-après : REu)² afin de faciliter la planification successorale et éviter des décisions contradictoires³. Ce projet est actuellement aux mains des chambres fédérales.

Une succession est considérée comme internationale du moment où un élément d'extranéité prend une place dans la situation successorale. Il peut s'agir du lieu de domicile, de résidence habituelle, d'une nationalité, du lieu de situation de biens, ...

Cette révision est nécessaire du fait de l'augmentation de la mobilité internationale. En 2020, un quart de la population était de nationalité étrangère (majoritairement d'un pays européen) contre un sixième en 1990. 19% de la population résidente permanente suisse de plus de 15 ans avait une double nationalité. La part des Suisses de l'étranger a elle aussi augmenté ces dernières années pour atteindre 10,7% des Suisses cette même année⁴. Le règlement de successions internationales est donc amené à augmenter. La majorité des éléments d'extranéité sont en lien à l'Union européenne. 64% des Suisses de l'étranger vivent en Europe⁵. Il est donc important pour les conseillers successoraux suisses de connaître la réglementation européenne en matière de succession.

Une succession internationale offre certains avantages mais pose également de nombreuses questions. L'avantage principal est le gain de liberté dans la planification successorale donné par certains ordres juridiques. Mais le revers est l'incertitude quant à certains conflits de compétence et à la loi applicable à la succession dû au manque de coordination entre les différents États. Il est légitime d'aspirer à plus de sécurité juridique⁶. Il est important de savoir quel État est compétent pour régler la succession et quel droit s'applique pour éviter des décisions contradictoires engendrant des problèmes d'application. Il est aussi nécessaire de s'assurer que la volonté du défunt est respectée malgré les éléments d'extranéité.

Le droit successoral international reste dans la majorité des cas du droit mononational. Il y a peu de conventions internationales qui règlent les différentes questions qui peuvent se poser. Une des principales conventions existantes en matière successorale est la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions

¹ Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP), RS 291 (ci-après : LDIP).

² Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, OJ L 201 du 27 juillet 2012, p. 107 (ci-après : REu).

³ FF 2020 3215, p. 3223, du même avis : WIDMER LÜCHINGER, pp. 3-4.

⁴ OFS, portrait démographique 2020, p. 9.

⁵ DFAE, Statistiques.

⁶ GREESKE, p. 15.

testamentaires⁷ en vigueur dans 41 États⁸. La LDIP est, elle, malgré son nom, une loi de droit interne suisse qui règle une situation internationale. Chaque État reste souverain sur son propre territoire. Le risque de décisions contradictoires est élevé tant que les États ne coopèrent pas. Les États établissent alors des règles internes de conflits de loi pour minimiser ce risque mais seul le droit international serait à même de régler une succession internationale. Gian Paolo ROMANO n'exclut pas qu'un jour un mouvement dans ce sens soit lancé par l'élaboration par l'OCDE de conventions modèles⁹. Le REu, règlement liant 25 États membres de l'Union Européenne¹⁰ (ci-après : État(s) membre(s)), est dans ce contexte une avancée importante.

La Suisse n'est pas liée par le REu, elle est donc considérée comme un État tiers. Le REu s'applique dans une situation successorale touchant un/des état(s) membre(s)¹¹ mais certaines dispositions s'appliquent également en cas d'implication d'un État tiers dans la succession. Son application peut donc avoir des effets dans une succession en lien avec la Suisse. Il ne touche pas au droit matériel des États membres en matière de succession. Tant la LDIP que le REu s'appliquent aux successions testamentaires et *ab intestat* (art. 3 par. 1 let. a REu). Le chapitre 6 de la LDIP et le REu ne touche cependant pas au droit fiscal et se concentre sur les aspects civils des successions.

Ce travail tente de faire ressortir quels sont les intérêts de la modification du chapitre 6 de la LDIP et les problèmes qui peuvent se poser dans une approche comparative avec le REu. Nous débiterons notre analyse par une mise en contexte du projet de modification (*infra* II.), suivit de l'examen de la compétence des autorités (*infra* III.) ainsi que de la loi applicable (*infra* IV.) dans le cas d'une succession internationale. Ces deux derniers chapitres seront subdivisés selon que le *de cuius* avait son dernier domicile en Suisse ou dans un État membre afin de ressortir les problèmes qui peuvent résulter de l'application de la LDIP ou du REu. Nous poursuivrons par une étude non exhaustive et subjective de ce qui aurait pu encore être pensé pour ce projet de modification (*infra* V.) pour finir par une conclusion de l'analyse (*infra* VI.).

II. Contexte du projet de modification de la LDIP

A. Motion n°14.4285

En 2014, le conseiller aux États Luc RECORDON déposa la motion n°14.4285¹², nommée « motion Recordon », pour demander au Conseil Fédéral d'analyser les possibilités de développer une convention internationale sur les successions¹³. Le but était d'éviter une

⁷ Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires du 5 octobre 1961 (Convention de La Haye), RS 0.211.312.1 (ci-après : Convention de La Haye).

⁸ HCCH.

⁹ ROMANO, Avant-projet, p.17.

¹⁰ Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays- Bas, Pologne, Portugal, Roumanie, République tchèque, Slovaquie, Slovénie et Suède.

¹¹ Le terme “ État membre ” est utilisé dans ce travail pour désigner les États membre de l'Union Européenne lié par le REu conformément aux considérants 82 et 83 dudit règlement.

¹² Motion n°14.4285.

¹³ *Ibidem*.

exclusion de l'espace juridique créé par le règlement n°650/2012 de l'UE. Cette motion n'a cependant pas été considérée pertinente par le législateur fédéral¹⁴.

B. Avant-projet

Tel que vu précédemment, l'intensité des relations que les citoyens suisses entretiennent avec l'Union Européenne et inversement nécessite que leurs intérêts soient pris en compte. La planification de la succession n'est pas aisée et elle l'est d'autant moins avec un élément d'extranéité.

Malgré l'échec de la « motion Recordon », le législateur a reconnu les difficultés dans la planification successorale internationale pour les personnes concernées et les conflits de compétence et de droit applicable qui peuvent résulter des incohérences entre la LDIP et le REu. L'office fédéral de la justice s'est alors entouré d'experts pour parvenir à un avant-projet de modification du chapitre 6 de la LDIP. À la suite d'une procédure de consultation au printemps 2018, l'avant-projet a été lui-même modifié pour arriver au projet qui fait l'objet de ce travail. La majorité des participants à la consultation ont approuvé l'avant-projet¹⁵. Suite à leurs différentes remarques, les dispositions ont toutes subi des modifications pour arriver au projet. Mais sur le fond, l'avant-projet de modification a peu changé.

C. Projet n°20.034

Le projet de modification du chapitre 6 de la LDIP du Conseil fédéral est actuellement devant les chambres fédérales. Il s'agit de l'objet n°20.034. Il a été traité par le Conseil national le 15 juin 2021 qui l'a accepté sans grands changements¹⁶. La haute Chambre du Parlement s'est prononcée le 15 décembre 2022 et a adopté un texte avec quelques modifications. Les changements principaux prévus par le Conseil des États sont la suppression de l'alinéa 1 de l'art. 88b P-LDIP et la restriction pour les citoyens suisses qui ne pourraient choisir que le droit suisse pour leur succession (art. 91 al. 1 LDIP tel que proposé par le Conseil des États)¹⁷. Dans ce travail, les modifications envisagées par le Conseil des États ne sont pas prises en compte mais l'analyse porte sur le texte proposé par le Conseil fédéral.

Les plus grandes modifications du chapitre 6 de la LDIP sont la possibilité pour un Suisse multinational, comme un étranger domicilié en Suisse, de pouvoir faire une *professio juris* en faveur d'un de ses États nationaux. En plus de cela, le projet de modification propose d'ouvrir le choix du for aux étrangers et aux Suisses multinationaux domiciliés en Suisse. Il en résulte que le projet de modification augmente la liberté en matière de droit des successions. Cet objet vise aussi à diminuer les risques de conflits de compétence et de loi applicable.

Les art. 88a, 88b P-LDIP n'existaient pas dans l'avant-projet qui ne prévoyait pas non plus de modification de l'art. 89 P-LDIP. L'art. 88a P-LDIP permet de clarifier les cas d'application de l'art. 9 LDIP. Désormais il sera clair que cette disposition sur la litispendance s'applique aux

¹⁴ FF 2020 3215, p. 3219.

¹⁵ OFJ, Synthèse, p. 6.

¹⁶ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=53371> (consulté le 27 décembre 2022).

¹⁷ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=59341> (consulté le 27 décembre 2022).

litiges successoraux et aux autres procédures en lien à la succession¹⁸. Nous pouvons mentionner que les alinéas 3 et 4 de l'art. 86 AP-LDIP n'ont pas été maintenus dans le projet n°20.034. Mais la possibilité de *professio fori* des personnes domiciliées en Suisse qui devait être introduite par ces deux alinéas a été conservée et se trouve désormais dans l'art. 88b P-LDIP. La structure des art. 90 et 91 AP-LDIP est également remodelée (*infra* IV.). L'art. 93 LDIP n'est plus abrogé mais les art. 95a et 95b P-LDIP sont ajoutés. L'art. 94 LDIP est complètement changé et l'art. 95b P-LDIP remplace l'art. 94 LDIP au niveau de son contenu.

Ce projet a pour but de s'adapter à la réglementation européenne et permet d'éclaircir certaines dispositions¹⁹.

III. Compétence des autorités en charge de la succession

Quel État est compétent pour connaître la succession d'un Suisse résidant dans l'Union Européenne et inversement ? La localisation des biens successoraux entre-t-elle en ligne de compte pour déterminer la compétence ? La réponse est différente selon le système juridique pris comme perspective. Comment les États règlent-ils le risque de conflit de compétence ?

Il est nécessaire de déterminer quel État est compétent pour régler une succession car cela permet aux justiciables de savoir à quelle autorité s'adresser pour une procédure successorale, tant gracieuse que contentieuse. Il peut s'agir, par exemple, de l'ouverture de la succession, de la délivrance d'un certificat d'héritier, d'une action en pétition d'hérédité ou de l'action en délivrance d'un legs²⁰.

A. *De cuius* ayant son dernier domicile dans un État membre du REu

Le critère de rattachement adopté dans le Règlement est celui de la résidence habituelle. Il diffère de celui de la LDIP qui est celui du domicile. Une des propositions pour la modification du chapitre 6 de la LDIP était de s'adapter à ce critère du REu²¹. Le Conseil fédéral a décidé de maintenir le rattachement au domicile malgré l'objectif d'un rapprochement au droit européen. Un changement aurait créé une disparité avec le reste du droit suisse²² et beaucoup d'États non-membres de l'UE ont, eux aussi, le critère de domicile dans leur législation²³. Ces deux notions ont des avantages et des inconvénients. La notion de résidence habituelle est plus flexible et n'est pas soumise à un élément d'intentionnalité, contrairement au domicile²⁴. Les considérants 23 à 25 du REu donnent des précisions pour réussir à définir la dernière résidence habituelle d'un défunt. Il arrive que la divergence du critère de rattachement entraîne un conflit de

¹⁸ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 86 N 17.

¹⁹ FF 2020 3215, p. 3226.

²⁰ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 86 N 8 et 9, du même avis : Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET p.184.

²¹ ZK IPRG-KÜNZLE, p. 1818.

²² FF 2020 3215, p. 3227, du même avis : WIDMER LÜCHINGER, p. 5.

²³ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 4 N 2.

²⁴ VELASCO RETAMOSA, p. 328, du même avis : GREESKE, pp. 97-98 ; *contra* : Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 4 N 23.

compétence. Cependant, les cas où ces deux notions ne se recoupent pas sont peu nombreux²⁵. Dès lors, dans ce travail, nous nous tiendrons aux cas où le domicile au sens du la LDIP (art. 20 LDIP) correspond à la résidence habituelle au sens du REu.

1. Règlement (UE) n°650/2012

a) Principe

L'art. 4 REu énonce le principe de la compétence des autorités du lieu de la dernière résidence habituelle du *de cuius*. L'idée d'unité de la succession est rappelée car les juridictions de l'État membre sont compétentes pour l'ensemble de la succession. La nature des biens (meuble ou immeuble) ou leur lieu de situation ne change pas l'attribution de la compétence. La nationalité du défunt n'est pas prise en compte.

L'art. 12 REu constitue une restriction à l'art. 4 REu. Sur demande d'une partie à la procédure, une juridiction compétente selon le REu peut décider de ne pas statuer sur un bien successoral situé dans un État tiers. Ceci est possible à la condition que la décision qui serait rendue par l'État membre soit susceptible de ne pas être reconnue ou exécutée dans l'État tiers. Cet article sera développé plus en détail dans l'analyse des procédés mis en place pour éviter les conflits de compétence (*infra* III. D.).

b) Élection de for

L'élection de for par le *de cuius* n'est pas possible selon le REu. Si le *de cuius* a fait une *electio juris* au sens de l'art. 22 Reu, l'art. 5 REu permet aux parties à la procédure de déterminer la compétence exclusive des juridictions de l'État dont la loi est applicable. C'est la seule élection de for prévue par le REu. Dans ce cas, la juridiction compétente déclinera sa compétence (art. 6 let. b REu). En l'absence de choix de loi, la compétence prévue par le chapitre II du REu est impérative. Le testateur ne peut donc pas, au stade de la planification successorale, déterminer la compétence d'un autre État que celui de sa résidence habituelle (qui est susceptible de changer en cas de déménagement).

Une restriction supplémentaire existe dans le fait que le choix par les parties à la procédure ne peut être fait qu'en faveur d'un État membre. Si le défunt avait choisi le droit d'un État national tiers, il n'est pas possible pour les parties de faire un accord d'élection de for en faveur des juridictions de cet état. Ni le *de cuius*, ni les personnes concernées par sa succession ne peuvent faire de *professio fori* en faveur des juridictions suisses si le défunt résidait habituellement dans un État membre. De plus, l'accord d'élection de for ne peut pas se fonder sur un choix partiel de la loi applicable en vertu des art. 24, par. 2, et 25, par. 3 REu²⁶. Ces deux articles permettent au *de cuius* de choisir la loi d'un état, dont il possède la nationalité, pour la recevabilité et la validité au fond de ses dispositions à cause de mort (*infra* IV. D. 1.).

En vertu de l'art. 6 let. a REu, la juridiction compétente grâce à la résidence habituelle peut, en cas de *professio juris*, décider que les juridictions de l'État dont le droit est applicable sont compétentes. Cette décision intervient, à la demande d'une partie, si elle estime que cet État est

²⁵ WIDMER LÜCHINGER, p. 5, du même avis : Rapport explicatif, p. 5, SCHWANDER, PJA, p. 1090, BONOMI, Règlement, p. 407 ; *contra* : GRAHAM-SIEGENTHALER/EBERHARD, p. 146, Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 4 N 33.

²⁶ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 5 N 7.

mieux placé pour gérer la succession (*forum non conveniens*). La latitude de jugement donnée à la juridiction saisie permet de s'adapter à chaque situation bien qu'elle contrevient au principe de prévisibilité du droit²⁷. Cependant la même limite que pour l'accord d'élection de for prévu par l'art. 5 REu s'applique : la nouvelle juridiction compétente doit être celle d'un État membre.

Ces deux possibilités ont pour but d'éviter une dissociation entre la compétence et le droit applicable²⁸. Ceci correspond à une idée-force du REu et permet aux tribunaux de ne pas devoir appliquer un droit différent du leur²⁹. Mais dans cette idée, autoriser le choix par le *de cuius* du for dont le droit a été choisi aurait été pertinent pour éviter la dissociation.

La *ratio legis* du choix du législateur européen de restreindre la *professio fori* est, selon MEYER, la protection des ayants-droits à la succession³⁰. Malgré la dissociation créée par un choix de loi en vertu de l'art. 22 REu, le législateur européen ne veut pas qu'un testateur puisse choisir un for éloigné pour désavantager des héritiers³¹. Un équilibre entre les intérêts du *de cuius* et des ayants-droits a été souhaité. Une partie de la doctrine aurait souhaité plus de liberté pour le testateur lui permettant le choix du for et la possibilité pour les parties à la procédure de convenir d'un for, même en l'absence de choix du droit par le défunt³². Cette dernière idée irait cependant à l'encontre du souci d'unité du REu.

Un frein à une ouverture large à la *professio fori* est la possibilité d'un choix d'une nationalité non effective (tel que prévu en Suisse). Si une personne choisit la compétence d'un État où elle n'a jamais vécu, il est compréhensible de s'interroger sur l'existence d'un abus de droit. La recherche de la compétence de l'État ayant les liens les plus forts avec la succession est un des principes phares du REu, d'où le choix du critère de rattachement de la résidence habituelle³³. Cependant le REu prévoit lui-même des dérogations à cette idée : par exemple par la compétence subsidiaire des États membres prévue par l'art. 10 REu³⁴. Il aurait été possible de demander que le défunt ait habité un certain nombre d'années dans le pays dont les autorités sont choisies et ainsi permettre la *professio fori* sans déroger à ce principe³⁵.

2. LDIP

a) Principe

La LDIP consacre le domicile comme facteur de rattachement pour la compétence des autorités en charge de la succession. Lorsqu'une personne domiciliée à l'étranger décède, la Suisse n'est en principe pas compétente. Les juridictions suisses revendiquent malgré tout une compétence dans quatre cas particuliers (art. 87 à 89 P-LDIP). Ces quatre attributions de compétence vont être modifiées par le projet n°20.034.

²⁷ MEYER, p. 91.

²⁸ CACHARD, p.84.

²⁹ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, p. 45.

³⁰ MEYER, p. 90.

³¹ *Ibidem*.

³² Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, p. 586.

³³ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 21 N 8 ; *contra* : FF 2020 3215, p. 3227, ZK IPRG-KÜNZLE, art. 86 N 3.

³⁴ *Contra* : CACHARD, p. 74.

³⁵ ROMANO, Avant-projet, p. 24.

La première situation concernée est celle de l'inaction des juridictions étrangères pour un Suisse domicilié à l'étranger (art. 87 al. 1 P-LDIP). La seconde est celle où un Suisse décide de soumettre sa succession à la compétence des autorités suisses en vertu de l'art. 91 P-LDIP (art. 87 al 2 P-LDIP). Ces dernières revendiquent également la compétence si le *de cuius* a choisi le droit suisse comme applicable à l'ensemble de sa succession, sauf s'il a émis une réserve quant à la compétence. Dans ces deux premières situations, ce sont les autorités du lieu d'origine qui seront compétentes. En cas d'inaction des autorités étrangères, la Suisse est également compétente si une personne étrangère laisse des biens en Suisse. La compétence ne sera donnée que pour la part des biens en Suisse (art. 88 P-LDIP).

La dernière exception au principe d'incompétence est prévue à l'art. 89 P-LDIP. Elle concerne les mesures conservatoires ayant pour but de sauvegarder le patrimoine successoral. L'État étranger garde la compétence principale sur la succession. Mais si un bien en Suisse nécessite une protection, les autorités du lieu de situation sont compétentes pour prendre des mesures si elles ont pour but la sauvegarde des valeurs patrimoniales³⁶. Les autorités doivent agir d'office³⁷. Cette disposition s'applique même en cas de compétence attribuée par les art. 88a ou 88b P-LDIP mais ne s'applique pas si une autorité suisse est déjà compétente en vertu des art. 86 à 88 P-LDIP.

En dehors de ces situations, les juridictions suisses n'ont aucune compétence sur la succession.

b) Élection de for

Contrairement au REu, la LDIP connaît plus largement la *professio fori*. La LDIP actuelle autorise les Suisses domiciliés à l'étranger à choisir la Suisse comme État compétent pour l'ensemble de leur succession ou une part de celle-ci. Il n'est pas précisé à quel moment la nationalité doit être détenue. Une présomption d'élection de for est prévue si le *de cuius* a fait une *electio juris*. Cela assure une concordance entre le *ius* et le *forum*. Contrairement à la LDIP actuelle, l'art 87 al. 2 P-LDIP ne prévoit plus une présomption irréfragable. Ce changement est heureux mais cette présomption peut encore engendrer de nombreux conflits de compétences.

L'élection de for partielle est déjà possible mais la modification prévoit encore plus de flexibilité. Le testateur aura la possibilité de choisir quels biens situés en Suisse sont soumis à la *professio fori*. Mais l'élection partielle n'est possible que pour des biens en Suisse et non pas pour une partie des biens qui se trouve à l'étranger. A la teneur du droit actuel, un choix partiel doit porter sur l'ensemble des biens situés en Suisse.

Contrairement au législateur européen, le législateur suisse donne un poids important à la liberté du testateur et tient moins compte des intérêts des ayants-droits à la succession. Cette tendance est aussi visible dans la révision du droit suisse des successions³⁸. L'avantage du choix du for est la sécurité du droit. Le *de cuius* peut être sûr que sa succession sera réglée par l'État déterminé et ne sera pas dépendant d'un changement de domicile.

³⁶ TF, arrêt 5A_892/2011 du 21 juin 2012.

³⁷ BSK IPRG 2021-SCHNYDER/LIATOWITSCH/DORJEE-GOOD, Art. 89 N 2.

³⁸ FF 2018 5865 p. 5866.

Une fois le projet de modification entré en vigueur, la Suisse reconnaîtra le choix de juridictions étrangères d'un de ses ressortissants binational ou multinational (choisissant la compétence d'un autre État national). Par exemple, les autorités helvétiques ne pourront pas s'attribuer une compétence en vertu de l'art. 87 al. 2 P-LDIP en cas de choix du droit suisse si le défunt a fait une élection de for en faveur d'un autre État national.

Le projet de révision est même plus libéral et offre aux résidents en Suisse de nouvelles possibilités quant au choix de compétence. Ceci sera abordé sous le chapitre III. B. 2. b.

3. Problèmes qui peuvent en résulter

Les divergences entre le REu et la LDIP peuvent créer divers problèmes.

Les deux situations où la Suisse s'attribue la compétence en cas d'inaction des autorités étrangères du dernier domicile du défunt ne posent que peu de questions. Le projet de modification a précisé que les autorités suisses peuvent conditionner leur compétence à l'inaction d'autres autorités (celles de l'État national, de la dernière résidence habituelle et du lieu de situation de biens). Cependant, la modification n'inscrit qu'une possibilité en faveur des autorités suisses pour tenir compte de l'inaction d'autres autorités que celle du domicile, le risque de conflit de compétence est donc diminué mais n'est pas exclu. La difficulté à déterminer quand une autorité agit ou non crée un flottement qui n'est pas appréciable pour la sécurité juridique.

Qu'en est-il des mesures provisoires selon l'art. 89 P-LDIP ? Les règles sur la reconnaissance et l'exécution des décisions s'appliquent à ce type de décision³⁹. La LDIP n'attribue une compétence pour ordonner de telles mesures que pour des biens sis en Suisse. Cette disposition crée peu de complications.

Le problème le plus délicat est celui de la reconnaissance d'une élection de for. Comme vu précédemment, la LDIP autorise cette institution alors que le REu exclut le choix du *forum* par le *de cuius* lui-même. Une *professio fori* en faveur d'une juridiction suisse reste sans effet du point de vue des États membres du REu et ne peut pas paralyser la compétence d'un de ces États⁴⁰. Alors que du point de vue suisse, une décision étrangère prise en contradiction avec l'élection de for en faveur de la Suisse ne sera pas reconnue (art. 25 LDIP et 96 P-LDIP).

Si un défunt n'a prévu qu'une élection de droit en faveur du droit suisse, autant les autorités suisses que celle de sa dernière résidence habituelle vont se déclarer compétente. La présomption d'élection de for prévue par la LDIP en cas d'élection du droit suisse crée des conflits de compétence. Le changement en présomption réfragable prévu par le projet de modification du chapitre 6 de la LDIP permet au *de cuius* d'éviter un tel conflit. L'art. 25 LDIP empêchera aussi de reconnaître une décision étrangère si la Suisse reconnaît sa compétence en vertu de cette présomption. Une solution aurait pu être trouvée par l'art. 6 let. a REu qui prévoit qu'une partie peut faire une demande pour que la juridiction saisie renonce à sa compétence. La renonciation doit être faite en faveur d'un État membre dont la loi a été choisie et celui-ci

³⁹ BSK IPRG 2021-SCHNYDER/LIATOWITSCH/DORJEE-GOOD, art. 89 N 6.

⁴⁰ ROMANO, Avant-projet, p. 23, du même avis : SCHWANDER, Bewegt sich, p. 482.

doit être mieux placé pour régler la succession. La Suisse est un État tiers et il n'est donc pas possible de bénéficier de cet article.

Le REu prévoit la possibilité pour des parties à la procédure de s'accorder sur une élection de for en cas d'*electio juris*. Mais cette possibilité n'est ouverte, là aussi, que si le choix de la loi est celle d'un État membre du REu. Le REu ne reconnaît pas un tel accord en faveur des autorités suisses. La Suisse, elle, admet un accord d'élection de for entre toutes les parties en vertu de l'art. 5 LDIP⁴¹. La divergence de reconnaissance d'un tel acte peut également engendrer un conflit positif de compétence. Cependant si les parties à la procédure sont d'accord pour l'élection de for, elles ne vont en principe ouvrir une procédure qu'auprès d'un seul état.

De plus en cas de *professio juris* partielle prévue par la LDIP, les parties à la procédure sont dans l'impasse car les possibilités prévues à l'art. 6 REu ne sont possibles que pour l'entier de la succession (en plus de n'être qu'en faveur des États membres).

Les parties à la procédure n'ont qu'un moyen pour faire respecter la volonté par les États membres d'un Suisse qui aurait fait une *electio fori* en faveur de son État national. Il s'agit de demander à la juridiction de l'État membre saisi de ne pas statuer sur certains biens en Suisse en vertu de l'art. 12 REu. En effet la Suisse revendique sa compétence et ne reconnaît pas une décision étrangère. Seule une élection de for partielle serait donc totalement respectée. La renonciation à la compétence par la juridiction d'un État membre est à la discrétion de cette dernière. Le manque de prévisibilité limite fortement la sécurité juridique.

En cas de *professio fori* en faveur de la Suisse pour l'entier de sa succession, il n'y a aucun moyen d'empêcher la compétence des autorités étrangères. Le REu, en dehors de ses art. 6 et 12, n'offre pas la possibilité aux juridictions saisies de renoncer à leur compétence en faveur de celle d'un autre État avec lequel la succession a des liens plus étroits. Bien qu'il permette de garantir l'autonomie de la volonté et la concordance entre le *forum* et le *ius*⁴², le principe *forum non conveniens* n'est que très peu applicable dans le cadre du REu⁴³.

Concernant le choix du for, la modification de la LDIP n'a pas été dans le sens d'un rapprochement avec le REu, qui est très restrictif à ce niveau, mais plutôt d'une augmentation de la liberté du testateur.

B. De cuius ayant son dernier domicile en Suisse

1. Règlement (UE) n°650/2012

a) Principe

L'art. 4 fondant la compétence générale du REu ne s'applique pas pour une succession d'un *de cuius* ayant sa dernière résidence habituelle dans un État tiers tel que la Suisse. Le règlement ne s'en désintéresse pourtant pas totalement.

⁴¹ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 86 N 6, du même avis: BSK IPRG 2021-SCHNYDER/LIATOWITSCH/DORJEE-GOOD, art. 86 N 25, ZK IPRG-KÜNZLE, art. 86 N 27.

⁴² CACHARD, p. 74.

⁴³ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 4 N 30.

La première exception à ce principe est la compétence subsidiaire que le REu reconnaît aux États membres par son art. 10. Le par. 1 donne une compétence très large car elle porte sur l'ensemble de la succession d'une personne non-résidente dans un État membre. Cette compétence est subsidiaire par rapport à d'autres dispositions du REu mais non face à la compétence d'un État tiers⁴⁴. Les risques de conflit de compétence sont donc importants⁴⁵. En cas de biens successoraux (meubles ou immeubles⁴⁶) situés dans un État membre, cet État est compétent pour l'ensemble de la succession à la condition que le défunt ait la nationalité de cet État ou qu'il y ait eu sa résidence habituelle dans les cinq années précédant son décès. Les biens successoraux ne doivent pas avoir une valeur insignifiante⁴⁷. Cette compétence subsidiaire permet de compenser le manque de reconnaissance de la *professio fori* par le REu. En effet, prenons le cas d'un français résident en Suisse propriétaire d'une maison en France. S'il souhaite que les autorités françaises soient compétentes pour sa succession, il peut faire une *professio fori*. Ce choix est reconnu par la Suisse qui renonce à sa compétence basée sur le domicile si l'État national du défunt choisi s'occupe bel et bien de la succession. La France se déclare compétente, non sur la base de la *professio fori* mais grâce à l'art. 10 REu. De ce fait, la volonté du défunt est respectée.

Le par. 2 permet aux États membres d'accaparer moins de compétence. Cette dernière est donnée seulement pour les biens situés dans un État membre. Ce paragraphe ne s'applique que si les conditions du par. 1 ne sont pas remplies, le *de cuius* n'a donc ni la nationalité de cet État et ni pas eu sa résidence habituelle dans les cinq dernières années⁴⁸.

Une autre possibilité pour un État membre de requérir la compétence est la règle du *forum necessitatis* de l'art. 11 REu. Le but de cette disposition est d'éviter un conflit négatif. Cette attribution n'est possible que si le *de cuius* avait sa dernière résidence habituelle dans un État tiers⁴⁹. De plus, les biens successoraux doivent être situés dans un État tiers, dans le cas contraire, une compétence d'un État membre existerait par l'art. 10 REu. Elle n'est donnée que s'il est impossible pour les parties de faire valoir leurs droits dans un État tiers et qu'il y a un lien suffisant avec l'État du for de nécessité. Cet article doit être interprété restrictivement du fait de sa subsidiarité⁵⁰. Les autorités ne doivent statuer que sur les biens nécessaires pour éviter le déni de justice et ainsi éviter un conflit de compétence positif. La loi applicable reste celle déterminée par le chapitre III du REu.

L'art. 19, qui doit lui aussi être interprété de manière restrictive, car dérogeant au système général de REu, prévoit une compétence pour prendre des mesures provisoires et conservatoires. Comme en droit suisse, ces mesures doivent rester provisoires et ne pas préjuger le fond⁵¹. Il faut se demander si l'État qui prend de telles mesures doit être celui du lieu de

⁴⁴ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 10 N 3.

⁴⁵ *Idem*, art. 10 N 6 et art. 17 N 7.

⁴⁶ BONOMI, Règlement, p. 418.

⁴⁷ Kommentar EuErbVO-GITSCHTHALER, art. 10 N 3.

⁴⁸ Commentaire Dalloz REu-ODERSKY, art. 10 N 5.

⁴⁹ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 11 N 5.

⁵⁰ *Idem*, art. 11 N 13.

⁵¹ Kommentar EuErbVO-GITSCHTHALER, art. 19 N 15.

situation des biens dont il est question, tel que prévu par les règles suisses⁵². Il doit y avoir un lien entre le bien sujet à une mesure provisoire ou conservatoire et l'État à qui la mesure est demandée, lien qui existe si le bien y est localisé⁵³. La lettre de cet article prévoit une application exclusive entre les parties du REu (*inter partes*), soit en cas de compétence générale d'un autre État membre. Aucune règle spécifique n'est prévue par le REu concernant les relations avec des États tiers. Les règles générales sur la reconnaissance et l'exécution des décisions sont applicables.

b) Élection de for

Nous avons vu précédemment (*supra* III. A. 1. b.) que le REu ne permet pas à un *de cuius* de choisir quelle juridiction sera compétente pour administrer sa succession. L'art. 5 REu prévoit seulement un accord d'élection de for dans le cas où le défunt a fait une *professio juris* en vertu de l'art. 22 REu. Les parties concernées peuvent dans ce cas décider que les juridictions de l'État membre, dont le droit a été choisi, sont compétentes pour régler la succession. L'art. 22 REu limite le choix à la loi d'un État dont la personne décédée avait la nationalité au moment de celui-ci ou au moment de son décès. N'importe quel État membre ne pourra donc pas être choisi par les ayants-droits pour gérer la succession. Pour la succession d'un défunt ayant eu sa dernière résidence habituelle en Suisse, les États membres reconnaissent un accord d'élection de for fait par les parties à la procédure en faveur d'un État membre.

De plus, toutes les personnes concernées doivent être d'accord sur la *professio fori* pour que l'État membre se déclare compétent. Dans le cas contraire, l'art. 10 peut donner la compétence à un État national et permet ainsi de respecter la volonté du *de cuius* ayant fait une élection de for en faveur d'un de ses États nationaux. Pour cela, il faut que des biens se situent également dans cet état. Si ce n'est pas le cas, l'art. 10 ne peut pas s'appliquer. Il ne reste que la possibilité de l'accord d'élection de for ou l'application du *forum necessitatis* si les conditions de l'art. 11 REu sont remplies.

En cas de choix partiel en faveur d'un État membre, il est possible pour les parties à la procédure de le respecter si l'élection concerne des biens dans cet État en faisant valoir leurs droits devant les juridictions de cet État membre en vertu de l'art. 10 par. 2 REu.

2. LDIP

a) Principe

La succession d'un *de cuius* dont le dernier domicile est en Suisse au moment de son décès sera réglée par les autorités suisses (art. 86 al. 1 LDIP). Le critère de rattachement est objectif. Le critère du domicile adopté par la Suisse est défini à l'art. 20 al. 1 let. a LDIP. Ce travail ne va s'étendre sur les critères pour déterminer le domicile. La revendication de la compétence en vertu de l'art. 86 al. 1 n'est pas exclusive⁵⁴. Pour être précis, la compétence suisse est semi-exclusive : elle exclut la reconnaissance de décisions émanant des États nationaux ou de la

⁵² Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 19 N 6.

⁵³ Commentaire Dalloz REu-ODERSKY, art. 19 N 5.

⁵⁴ BSK IPRG 2021-SCHNYDER/LIATOWITSCH/DORJEE-GOOD, art. 86 N 7, du même avis: ZK IPRG-KÜNZLE, art. 86 N 19.

résidence habituelle mais il y a des possibilités de déroger au principe de l'art. 86 al. 1 LDIP⁵⁵. Cet article ne subit aucun changement par le projet de modification.

En cas de succession *ab intestat* ou sans élection de for, la seule exception à ce principe est prévue à l'art. 86 al. 2 LDIP. Si la succession comporte un immeuble sis à l'étranger, l'État de son lieu de situation peut se prévaloir d'une compétence exclusive. Une telle compétence l'empêche de reconnaître une décision étrangère au sujet de cet immeuble. Dans un tel cas, la Suisse cède sa compétence quant à ce bien et accepte de reconnaître la décision de l'État étranger.

La Suisse reconnaît les mesures conservatoires prises par l'État étranger du lieu de situation d'un bien (art. 96 al. 3 LDIP qui n'est pas touché par le projet de modification).

b) Élection de for

Un *de cuius* domicilié en suisse ne peut pas soumettre sa succession à l'autorité d'un autre État national. Le projet de modification de la LDIP prévoit un changement important sur ce point. Un nouvel art. 88b P-LDIP permettra à un *de cuius* de soumettre l'entier ou une part de sa succession à la compétence d'un État dont il a la nationalité. Il gagnera donc en liberté dans sa planification successorale. La nationalité devra être existante au moment de tester ou au décès. Un Suisse multinational pourra également profiter de cette disposition. Une partie de la doctrine admet *de lege lata* qu'un étranger puisse choisir la compétence de son État national par une application analogique de l'art. 87 al. 2 LDIP⁵⁶. La condition pour l'admettre est qu'un choix de droit valable soit fait selon l'art. 90 al. 2 LDIP, ce qui exclut les Suisses multinationaux⁵⁷. Le projet de révision vient clarifier cette possibilité et augmenter la liberté du testateur dans la planification de sa succession. Le *de cuius* domicilié en Suisse passera donc de l'impossibilité du choix de for à celui du choix d'un État de ses États nationaux même s'il a la nationalité suisse.

Cette révision est motivée par le principe d'égalité. La Suisse reconnaît déjà le choix d'un Suisse domicilié à l'étranger. Il est juste selon les principes non-écrits du droit international de reconnaître cette possibilité aux ressortissants des autres États⁵⁸. La valeur égalitaire a été aussi invoquée pour reconnaître cette prérogative aux suisses binationaux. Mais à l'inverse, l'argument de l'égalité peut aussi être opposé à cette nouvelle possibilité. Un Suisse binational aura plus de liberté qu'un Suisse mononational. La Suisse crée donc une différence entre ces propres citoyens par souci d'égalité avec les ressortissants étrangers. Cette nouvelle prérogative interroge une partie de la doctrine car le choix peut même se porter en faveur des juridictions d'un État donc la nationalité n'est pas effective⁵⁹.

En cas de choix du *forum*, la Suisse reste compétente pour prendre des mesures provisionnelles pour la protection d'un bien sis en Suisse (art. 89 P-LDIP *a contrario*).

⁵⁵ ROMANO, Avant-projet, p. 25.

⁵⁶ FF 2020 3215 p. 3232, du même avis : WIDMER LÜCHINGER, p. 28, BSK IPRG 2013-SCHNYDER/LIATOWITSCH, Art. 87 N 16.

⁵⁷ WIDMER LÜCHINGER, p. 28.

⁵⁸ ROMANO, Avant-projet, p. 18.

⁵⁹ *Idem*, p. 24.

Deux questions se posent encore : dans quelle mesure un choix partiel est-il admis et dans quel cas la Suisse reconnaît-elle une *professio fori* tacite ?

Premièrement, l'art. 88b P-LDIP indique clairement qu'il est possible pour un *de cuius* de soumettre qu'une partie de ses biens à un État étranger. Contrairement à l'art. 87 al. 2 P-LDIP, l'art. 88b al. 1 P-LDIP ne limite pas le choix de la compétence d'un État aux biens qui sont situés sur son territoire. Les États doivent simplement se considérer eux-mêmes compétents. Selon ROMANO, une personne pourrait choisir plus de deux fors pour sa succession⁶⁰. Un binational italien et allemand résident en Suisse pourrait, par exemple, choisir un for italien pour les biens sis en Italie, une compétence allemande pour les biens en Allemagne et les autorités suisses pour ce qui est du reste. Cela peut engendrer des situations assez complexes. L'al. 2 n'exige pas de nationalité spécifique mais le choix de la compétence d'un État est limité aux biens immobiliers qui y sont situés. Cette deuxième possibilité permet une bonne coordination avec l'art. 10 par. 2 REu. Quand bien même l'unité de la succession est privilégiée par le système juridique suisse, la *professio fori* partielle est autorisée.

Deuxièmement, la réponse concernant un choix tacite est moins claire. Alors que la compétence des autorités suisses est présumée en cas de choix du droit suisse, une élection d'un for étranger ne doit pas être retenue d'une élection d'un droit national étranger⁶¹. Mais si un État dont le droit a été choisi rend une décision, cette dernière sera reconnue en Suisse (art. 96 al. 1 let. c P-LDIP).

La Suisse accepte l'accord d'élection de for fait entre les parties à la procédure. Il est reconnu que le domaine successoral est de matière patrimoniale, l'art. 5 LDIP peut s'appliquer. Le choix des parties peut être tacite⁶².

On peut en conclure que la liberté des testateurs donnée par le projet de modification de la LDIP est donc très grande en comparaison avec le REu.

3. Problèmes qui peuvent en résulter

Le REu est pensé principalement dans le but d'éviter des conflits de compétence entre États membres et non avec les États tiers. Cela peut créer certains problèmes de coordination. Par exemple, l'art. 19 REu ne donne aucune précision pour la prise de mesures conservatoires en cas de compétence au fond d'un État tiers et ceci crée une insécurité juridique.

L'art. 9 LDIP (par renvoi de l'art. 88a P-LDIP) ne s'applique que si la reconnaissance de la décision étrangère n'est pas exclue⁶³. Cette reconnaissance intervient, en vertu des art. 96 P-LDIP et 25 LDIP. Dans une situation hors de l'art. 96 P-LDIP, un tribunal suisse ne va pas suspendre la cause même si un tribunal étranger a été saisi avant lui. Des décisions contradictoires peuvent être rendues. En cas de dernier domicile en Suisse, les autorités

⁶⁰ ROMANO, Avant-projet, p. 21.

⁶¹ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 86 N 5, du même avis : Romano, Avant-projet, p. 20, Rapport explicatif, p. 13.

⁶² ROMANO, Avant-projet, p. 25.

⁶³ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 86 N 17, du même avis : FF 2020 3215, p. 3222.

helvétiques ne reconnaissent une décision étrangère que s'il y a eu une *professio fori* ou *juris* ou si un État est compétent concernant un immeuble situé sur son territoire en vertu de l'art. 96 P-LDIP⁶⁴. La compétence suisse exclut celle des autres autorités s'il n'y a pas eu de choix valable du *forum* ni de compétence exclusive revendiquée sur un immeuble. L'art. 9 LDIP, par renvoi de l'art. 88a P-LDIP, n'est alors pas applicable. Le tribunal suisse ne suspendra pas la cause quand bien même un tribunal étranger a été saisi précédemment⁶⁵.

Les règles de litispendance prévues par le REu ne sont applicables qu'*inter partes* (art. 17 et 18 REu). Si un État membre et la Suisse sont saisis d'une même cause, ce sont les règles nationales sur la litispendance de l'État membre qui continuent de s'appliquer du fait de l'absence de règle dans le REu⁶⁶. Un doute subsiste sur leur application car un arrêt de la CJUE concernant la Convention de Bruxelles⁶⁷ a affirmé que les compétences données par cette Convention étaient impératives⁶⁸. Il n'est pas donc pas certain, et ce tant que la CJUE n'aura pas statué sur cette question, que le REu ne fasse pas non plus échec aux règles de litispendance nationales.

La reconnaissance des décisions suisses n'est pas réglée par le REu. Le droit national des États membres continuent de s'appliquer dans ce cas. La reconnaissance des décisions en matière de successions n'est alors pas assurée⁶⁹. La reconnaissance d'une décision demandée à un État membre est refusée si une décision susceptible d'être reconnue dans cet État a été rendue précédemment dans un État tiers (art. 40 let. d REu)⁷⁰. Dans ce cas, le législateur européen a tenu compte d'une décision rendue dans un État tiers comme motif de non-reconnaissance.

Bien que l'art. 10 REu permette de compenser l'impossibilité pour le *de cuius* de faire une *professio fori* selon le REu, cet article entraîne d'importants risques de conflit de compétence. La revendication de compétence en vertu de l'art. 10 REu n'est pas considérée comme exclusive. Dès lors, malgré une telle revendication d'un État membre sur la succession, la Suisse se considère compétente et refuse de reconnaître une décision étrangère. Un conflit positif peut alors survenir. La Suisse se reconnaît des compétences subsidiaires mais à la condition que les États compétents en vertu du domicile ne s'occupent pas de la succession. La compétence subsidiaire de l'art. 10 REu n'est, elle, pas conditionnée au fait que les autorités étrangères ne s'occupent pas de la succession⁷¹.

L'art. 10 par. 2 donne moins de compétence aux autorités européennes mais dès qu'il y a un bien dans un État membre, ses autorités s'estiment compétentes. La Suisse souhaite garantir l'unité de la succession. Quand un défunt était domicilié en Suisse, elle s'occupe de l'ensemble de la succession, y compris des biens à l'étranger. L'exception de l'art. 86 al. 2 LDIP ne

⁶⁴ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 86 N 17.

⁶⁵ ROMANO, Avant-projet, p. 25.

⁶⁶ FF 2020 3215, p. 3221, du même avis : Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 17 N 8, BONOMI, Règlement, p. 420.

⁶⁷ Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO L 299 du 31 décembre 1972, p. 32 (ci-après : Convention de Bruxelles).

⁶⁸ CJUE, Arrêt du 1^{er} mars 2005, Andrew Owusu contre N.B. Jackson, C-281/02, EU:C:2005:120, § 37.

⁶⁹ GROLIMUND, p. 147.

⁷⁰ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 17 N 8.

⁷¹ FF 2020 3215, p. 3220.

s'applique pas si une juridiction européenne a une compétence subsidiaire en vertu de l'art. 10 par. 2 REu car cette dernière n'est pas exclusive.

Le *forum necessitatis* ne pose que peu de problèmes. Le risque de conflit positif est faible car un État membre ne se déclarera compétent que si les autres autorités n'agissent pas. Un risque existe si la définition de l'inaction des autorités des États tiers est trop large ou si l'État membre ne se limite pas aux biens nécessaires, soit ceux dont aucune autorité ne s'occupe.

En cas de *professio fori*, pour éviter un conflit positif, l'État compétent à raison du domicile / de la résidence habituelle doit accepter le choix du for. La Suisse reconnaît cette institution et décline alors sa compétence. Le REu n'admet pas la *professio fori* (même en sa faveur) et les États membres restent inactifs, à moins qu'ils s'estiment compétents sur la base d'une autre disposition⁷². Si l'État de résidence reconnaît l'élection mais que les autorités choisies ne s'estiment pas compétentes, il y a un risque de conflit négatif. Les États ont pris en compte ce risque et ont mis des filets de sécurité. La LDIP n'accepte de déléguer la compétence que si les autorités choisies s'occupent bel et bien de la succession (art. 88b P-LDIP). Le REu a prévu un for de nécessité qui s'applique si la Suisse s'estime tout de même incompétente. Le conseiller d'un *de cuius* doit l'informer, en cas d'intérêt pour l'institution de l'élection de for, du risque de non-reconnaissance par l'État étranger et de la compétence suisse qui, dès lors, subsistera⁷³.

Un choix partiel de compétence peut entraîner plusieurs types de conflits. Tout d'abord, comme pour une *professio fori* sur l'ensemble de la succession, il faut s'assurer que l'État national s'estime compétent (que ce soit sur la base du choix du défunt ou une autre base) pour éviter un conflit négatif. Il faut également vérifier que l'État du domicile renonce à sa compétence, ce qui ne pose pas de problème avec la Suisse. Un autre risque survient si l'État d'origine ne respecte pas le choix partiel mais se déclare compétent pour l'ensemble des biens. L'État du domicile se déclare incompétent seulement pour les biens qui ont fait l'objet de l'élection de for partielle. Un conflit de compétence positif surgit concernant les autres biens⁷⁴.

La détermination internationale du for vise la sécurité juridique. Les raisons de faire une *professio fori* sont diverses. Le droit procédural étranger peut être plus avantageux pour une partie. Il peut s'agir d'une meilleure reconnaissance des décisions rendues dans l'État choisi que dans les autres, de la langue, de la rapidité de la procédure comme d'une question de coût financier⁷⁵. Un choix nettement défavorable envers une partie peut la dissuader d'entamer une procédure contentieuse. Selon les situations, un ayant-droit peut perdre une protection juridique effective. Le choix du *forum* peut entraîner un déséquilibre entre les parties alors que les systèmes juridiques visent à équilibrer la protection de chaque partie selon leurs besoins. Une élection de for entre les parties à la procédure peut être nulle si elle prive de manière abusive une partie d'une protection donnée par le for de base suisse (art. 5 al. 2 LDIP). Le REu et la LDIP n'ont pas fait la même balance des intérêts et la Suisse a admis cette institution alors que le législateur européen n'en a pas voulu.

⁷² SCHWANDER, *Bewegt sich*, p. 482.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ WIDMER LÜCHINGER, p. 31.

⁷⁵ MEYER, p. 17.

C. Morcellement de la succession

Deux approches existent quant au nombre d'autorités compétentes pour le règlement d'une succession. Le système unitaire prévoit une seule autorité compétente et un seul droit applicable pour l'ensemble de la succession. Ceci peu importe le type de biens et leur localisation. L'approche scissionniste, elle, permet la compétence de différentes autorités et l'application de plusieurs droits. Elle sépare principalement la compétence des autorités du lieu de situation des biens immobiliers et celle des biens mobiliers. Les États n'envisagent pas de manière stricte une conception mais se basent sur l'une ou l'autre tout en y faisant des dérogations. La Suisse ainsi que la plupart des pays européens et arabes sont de tradition unitaire contrairement aux pays de *common law* qui privilégient la scission de la succession.

Un des principes phare tant de la LDIP⁷⁶ (et de son projet de révision) que du REu⁷⁷ est l'unité de la succession (comme cela ressort du considérant 37 du REu). Ce principe a pour objectif de faciliter le règlement des successions et de protéger les héritiers. La simplification des règles applicables est l'un des buts de l'Union européenne.

L'unité de la succession est appliquée strictement entre États membres⁷⁸. Il existe tout de même certaines exceptions avec les art. 13 et 19 REu qui s'appliquent *inter partes*. Dans une relation avec un État tiers, ce principe est atténué. L'art. 10 par. 2 du REu permet à un État membre de régler la succession d'un bien qui est situé sur son territoire. Une deuxième entorse au principe unitaire du REu est prévue à son art. 12. A la demande d'une partie, la juridiction de l'État membre saisie peut renoncer à statuer sur un bien sis dans un État tiers (pour les conditions d'application de cette norme : cf *infra* III. D. 2). Le *forum necessitatis* (art. 11 REu) peut être appliqué que pour certains biens et entraîner la scission de la succession. Un accord d'élection de for partiel par les parties à la procédure n'est pas prévu par le REu. Un morcellement volontaire n'est donc pas admis par les États membres.

La LDIP accepte aussi certaines dérogations au principe de l'unité de compétence. L'art. 87 al. 2 LDIP permet au suisse habitant à l'étranger de soumettre la part des biens en Suisse à la compétence ou au droit suisse (par ce dernier choix, la compétence suisse est présumée). La modification de la LDIP permettra de choisir quels biens en Suisse seront soumis aux juridictions helvétiques. En miroir à cette disposition, l'art. 88b P-LDIP autorisera un *de cujus* à soumettre une partie de sa succession à une compétence étrangère dont il a la nationalité ou un immeuble à la compétence de l'État de situation de ce bien. Il faut donc constater que la Suisse autorise largement la scission volontaire malgré le principe directeur d'unité juridictionnelle. Un testateur peut même choisir plus de deux fors pour sa succession⁷⁹.

Une succession peut être morcelée, même sans choix de for du testateur ou des parties à la procédure. En parallèle de l'art. 12 REu, l'art. 86 al. 2 LDIP permet aux juridictions suisses de renoncer à statuer sur un immeuble à l'étranger si leur décision risque de ne pas y être reconnue. Ces immeubles doivent cependant être pris en compte dans la dévolution successorale par les

⁷⁶ PIOTET, p. 188, du même avis : BONOMI, Règlement, p. 402.

⁷⁷ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET p.185.

⁷⁸ Kommentar EuErbVO-GITSCHTHALER, art. 10 N 27, du même avis : Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, p. 44 N 37.

⁷⁹ ROMANO, Avant-projet, p. 21.

autorités suisses⁸⁰. Dans le cas des compétences subsidiaires de la Suisse, comme pour l'art. 11 REu, la compétence est donnée seulement pour les biens dont les autorités étrangères se désintéressent. Une compétence est aussi donnée aux autorités pour prendre des mesures conservatoires sur les biens soumis à la mesure (art. 89 P-LDIP).

Un intérêt du *de cuius* à éviter qu'un seul État soit compétent peut se justifier et permettre une meilleure coordination avec d'autres États⁸¹. Une *professio fori* partielle peut permettre de s'assurer que les décisions soient exécutoires dans l'État de situation des biens. Mais les conséquences d'une telle décision ne sont pas que positives. La multitude de procédures ouvertes engendre une augmentation des coûts, les héritiers doivent se déplacer dans plusieurs États et un contentieux dans un État étranger peut être plus compliqué à gérer. La détermination de la localisation des biens au moment du décès peut aussi être difficile⁸².

Dans certaines situations, la scission de la compétence est à mettre en lien avec la scission de la loi applicable qui sera abordée au chapitre IV. C. de ce travail.

D. Règles en cas de conflit de compétence

Un des buts de la modification du chapitre 6 de la LDIP est d'obtenir une meilleure coordination avec les États membres du REu. Ce dernier a été conçu principalement pour éviter les conflits entre États membres comme l'indique le considérant 34 du REu : « Dans l'intérêt du fonctionnement harmonieux de la justice, il conviendrait d'éviter que des décisions inconciliables soient rendues dans différents États membres. [...] »⁸³. La doctrine déplore la faible recherche de coordination avec les États tiers⁸⁴.

Les normes qui règlent le risque de conflits de compétence ont pour but l'accès à la justice et sa bonne administration⁸⁵. Elles sont nécessaires pour éviter tout déni de justice ou impossibilité d'exécuter une décision contradictoire avec une autre déjà rendue.

Les règles en matière de litispendance sont prévues pour éviter des conflits de compétence. Dans son message concernant la modification du chapitre 6 de la LDIP, le Conseil fédéral admet que « le principe de litispendance ne permet [...] d'éviter les conflits de compétence positifs que modérément [...] »⁸⁶. Cette inefficacité a été un des moteurs de la révision⁸⁷. Le projet de révision met en place de nouvelles dispositions qui aident à lutter contre les conflits de compétence. Pour les présenter, nous allons distinguer les règles en cas de conflits positifs et conflits négatifs.

⁸⁰ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 90 N 3, du même avis : BSK IPRG 2021-SCHNYDER/LIATOWITSCH/DORJEE-GOOD, art. 86 N 23.

⁸¹ GUILLAUME, p. 229, du même avis : Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, p. 589.

⁸² ROMANO, Avant-projet, p. 21.

⁸³ REu, p. 110.

⁸⁴ BONOMI, Règlement, p. 416.

⁸⁵ CACHARD, p. 24.

⁸⁶ FF 2020 3215, p. 3223.

⁸⁷ *Ibidem*.

1. En cas de conflit de compétence négatif

Si un tel conflit se présente, il y a un risque de déni de justice. Les législateurs européen et suisse ont tous deux prévus des règles correspondant à un *forum necessitatis*.

Dans le REu, une disposition générale donne une compétence si les juridictions d'un État tiers ne peuvent pas statuer (art. 11 REu). Pour cela, il faut qu'un lien suffisant puisse être établi avec l'État membre susceptible d'être compétent et qu'aucun autre État ne le soit sur la base d'une autre disposition du REu. Un lien suffisant (par exemple le lieu de situation d'un bien de la succession) doit exister pour éviter qu'une partie n'invoque cette compétence dans son seul intérêt personnel⁸⁸. L'application du *forum necessitatis* doit être exceptionnelle et il faut être certain de l'impossibilité pour les autorités non liées par le REu de statuer⁸⁹.

Les compétences subsidiaires données par l'art. 10 REu permettent également d'éviter un déni de justice. Pour rappel, son application n'est subsidiaire que par rapport à la compétence d'un autre État membre et non celle d'un État tiers. L'attraction de compétence est large et permet, comme il a déjà été mentionné, de pallier la non-reconnaissance de la *professio fori* en faveur d'un État membre.

Dans la LDIP, le principe du *forum necessitatis* n'est pas exprimé dans une seule disposition. Diverses règles de subsidiarité sont prévues dans le projet de révision du chapitre 6 de la LDIP. Certaines dispositions existent déjà aujourd'hui mais la volonté de coordination a été renforcée.

Tout d'abord, l'art. 87 al. 1 P-LDIP donne une compétence aux autorités du lieu d'origine pour un Suisse domicilié à l'étranger. La Suisse reconnaît la compétence prioritaire du lieu de domicile du *de cuius* mais si cet État n'agit pas, l'art. 87 P-LDIP s'applique. Le projet de modification prévoit de donner une marge de manœuvre aux autorités suisses pour vérifier si les États de la résidence habituelle, de l'État national étranger ou de localisation des biens sont compétents avant de statuer sur la succession. Cela permet d'éviter un conflit positif.

Ensuite, un for subsidiaire concernant les biens situés sur le territoire Suisse est donné si l'État du domicile du défunt ne statue pas sur ce(s) bien(s) (art. 88 al. 1 P-LDIP). Il peut s'agir tant de meubles que d'immeubles et aucun autre critère de rattachement n'est nécessaire. Le projet de modification prévoit aussi la possibilité de faire dépendre la compétence suisse de l'inaction d'autres États que celui du domicile.

L'art. 88b P-LDIP prévoit que le choix du for est respecté à moins que l'État choisi n'agisse pas. Pour éviter qu'un déni de justice survienne, la Suisse se considère subsidiairement compétente. L'al. 1 donne la compétence sur tous les biens dont l'État national choisi ne s'occupe pas, en Suisse comme à l'étranger. Si le disposant n'avait soumis qu'un immeuble aux juridictions du lieu de situation, l'al. 2 *in fine* donne une compétence suisse sur l'immeuble à l'étranger si l'État de situation reste inactif.

⁸⁸ VELASCO RETAMOS, p. 332.

⁸⁹ *Idem*, pp. 331-332.

Finally, the competence in matters of conservatory measures (art. 89 P-LDIP) allows to avoid a denial of justice because if a foreign State would not have been able to take measures as quickly to protect a good.

Inaction of foreign authorities can result from several reasons. The State may not consider itself competent concerning the estate or for a particular good, or it may be a case of inaction of fact⁹⁰. The Federal Tribunal has specified on several occasions that in case of inactivity of fact (the authority is competent according to its law but does not act), the parties must attempt to make the necessary steps to obtain a decision before turning to the Swiss authorities⁹¹. If these steps appear in any case to be useless (in case of war, etc.), there is no need to demonstrate that they have been taken⁹². There is no reason for these requirements to be modified by the project n°20.034.

The rules of subsidiarity play a double role. They tend to avoid both conflicts of positive and negative competence. But if several States involved in the succession apply their rules of subsidiarity, a negative conflict can transform into a positive one⁹³.

2. En cas de conflit de compétence positif

In case of conflict of positive competence, there is a risk of contradictory decision. This risk is attenuated if the applicable law remains the same despite a conflict of competence. If procedures are launched in several countries, the parties will have more costs and this will take more time.

The only possibility to fight against the competence of a State member is art. 12 REu. It resembles art. 86 al. 2 LDIP with differences to be noted⁹⁴. It is possible for a jurisdiction seized to renounce its competence on a good. Contrary to art. 86 al. 2 LDIP, it can be about a movable or immovable. The application of this rule requires several conditions. First, a State member must be competent to rule on the good in question. Second, this must be a third State. Third, the decision that would be susceptible of rendering the State member's decision not recognized in the third State (whatever the reason⁹⁵). Finally, the authorities seized do not apply it *d'office* but on request of a party to the procedure. Art. 12 gives a wide discretion to the jurisdiction seized and does not satisfy the need for legal security. But this provision can be useful to avoid a conflict of positive competence, particularly in cases where Switzerland is competent because of domicile and a State member is on the basis of art. 10 REu.

Art. 6 REu allows a jurisdiction seized to decline its competence but this is not possible in favor of a State member whose law has been chosen as applicable by the *de cuius*. It cannot therefore be applied in favor of Switzerland.

⁹⁰ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 88 N 2.

⁹¹ TF 5A_612/2016 c. 3.3 ; TF 5A_255/2011 c. 4.1 ; TF 5A_171/2010 c. 4.3.

⁹² Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 87 N 3.

⁹³ ROMANO, Avant-projet, p. 17.

⁹⁴ BONOMI, Règlement, p. 421.

⁹⁵ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 12 N 4, du même avis : BONOMI, Règlement, p. 422.

L'art. 86 al. 2 LDIP est déjà présent dans la LDIP actuellement. Cet article permet d'éviter les conflits de compétence avec les États qui revendiquent une compétence exclusive concernant les immeubles sur leur territoire.

Les règles de subsidiarité vues ci-dessus (*supra* III. D. 1.) permettent d'éviter un conflit négatif mais participent par leur caractère subsidiaire à ne pas s'octroyer de compétence tant que d'autres autorités agissent. Les juridictions suisses peuvent statuer sur la succession que si les autorités étrangères ne le font pas et seulement pour les biens non traités. Les art. 87 al. 1 et 88 al. 1 P-LDIP donneront la possibilité, accordant un large pouvoir de discrétion à l'autorité, de s'assurer que d'autres juridictions que celles du domicile ne s'estiment pas compétentes. Les autres États pouvant être pris en compte sont ceux de la nationalité du défunt, de sa dernière résidence habituelle et pour l'art. 87 al. 1 P-LDIP du lieu de situation de biens isolés. Cet ajout renforce la subsidiarité de la règle et c'est un réel plus dans les relations avec les États ayant un critère de rattachement différent de la LDIP (par exemple en cas de divergence entre le domicile et la résidence habituelle pour les relations avec les États membres).

La règle de litispendance de l'art. 9 LDIP s'applique par renvoi de l'art. 88a P-LDIP. Le message du Conseil fédéral concernant l'introduction de l'art. 88a P-LDIP indique que « les dispositions de la LDIP sur la compétence, et notamment celles des art. 86 à 88, sont soumises à la réserve prévue à l'art. 9 LDIP »⁹⁶. Les autorités suisses doivent suspendre leur compétence si une action sur le même objet a été ouverte précédemment devant des autorités dont la Suisse reconnaît la compétence.

L'élargissement de choix du for pour les étrangers ou binationaux domiciliés en Suisse a partiellement pour cause la compétence subsidiaire revendiquée par les États membres⁹⁷. Il y a une volonté d'offrir au *de cuius* une possibilité d'éviter un conflit de compétence avec un État membre compétent sous l'angle de l'art. 10 REu⁹⁸. Les possibilités de *professio fori* codifiées à l'art. 88b P-LDIP donneront une clef au testateur pour amener la Suisse à renoncer à statuer et éviter un conflit positif si un État national lié par le REu revendique aussi la compétence. Grâce à l'art 88b al. 2 P-LDIP, le testateur résidant en Suisse mais ayant un bien dans un État membre pourra coordonner la compétence suisse avec celle de l'État membre fondé sur l'art. 10 par. 2 REu par un choix partiel du *forum*. Le respect par la Suisse de cette institution permet d'éviter un conflit avec un État qui aurait été, par le passé, seul à reconnaître ce choix (ce qui n'est pas le cas des États membres). Le *de cuius* est responsable d'empêcher un conflit de survenir par une bonne planification successorale. La compétence des autorités étrangères qui ne reconnaissent pas la *professio fori* est maintenue. Le risque de décision contradictoire reste bel et bien présent. L'élection de for est tout de même un outil précieux pour prévenir un conflit de compétence positif entre la Suisse et un État qui revendique une compétence basée sur la nationalité.

La modification de la présomption du *forum* suisse en cas de choix du droit suisse n'est pas une règle pour éviter un conflit de compétence, mais le changement est bienvenu car il permet de diminuer le risque d'un tel conflit. Cette présomption est aujourd'hui irréfragable et sera, une

⁹⁶ FF 2020 3215, p. 3231.

⁹⁷ FF 2020 3215, p. 3232, du même avis : ROMANO, Avant-projet, p. 19.

⁹⁸ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 87 N 5, du même avis : WIDMER LÜCHINGER, p. 29, ROMANO, Avant-projet, p. 19.

fois la modification adoptée et entrée en vigueur, réfragable (art. 87 al. 2 P-LDIP). Il sera possible de renverser cette présomption en précisant que la *professio juris* n'emporte pas le choix de la compétence. Si un État européen reconnaît l'élection de droit suisse mais se considère compétent et que la Suisse se considère elle aussi compétente du fait de la présomption, le *de cuius* a alors la possibilité de prévenir ce conflit et de renverser la présomption pour que seul l'État européen ait la compétence. Malheureusement, cette présomption est davantage une source de conflit qu'une solution.

IV. Droit applicable à la succession

Connaître le droit qui s'applique à la succession permet de connaître le cercle des héritiers, légataires et exécuteur testamentaire à la succession et de connaître leurs droits et obligations. Par exemple, il est nécessaire de connaître les ayants-droits pour savoir qui peut faire un accord d'élection de for (art. 5 REu) ou qui a droit à des réserves successorales (art. 471 CC⁹⁹).

Les art. 90 et 91 P-LDIP sont structurés différemment que dans la LDIP en vigueur actuellement. Aujourd'hui ces articles traitent du droit applicable en cas de dernier domicile du défunt en Suisse puis à l'étranger. Une fois la modification entrée en vigueur, l'art. 90 P-LDIP donnera le principe concernant la loi applicable et l'art. 91 P-LDIP traitera de l'élection de droit.

Dans le but de minimiser le risque de décisions incompatibles, le projet de modification tente d'appliquer le même droit si un conflit de compétence positif demeure¹⁰⁰.

A. *De cuius* ayant son dernier domicile dans un État membre du REu

1. Règlement (UE) n°650/2012

a) Principe

Le principe en matière de droit applicable du point de vue des États parties au REu est énoncé à l'art. 21 REu. La loi applicable à une succession est celle de la dernière résidence habituelle du défunt. L'art. 23 REu indique ce qui est régi par la loi applicable.

L'art. 21 par. 2 REu donne une certaine souplesse. Les juridictions compétentes peuvent statuer selon un droit différent de celui de la résidence habituelle si des liens manifestement plus étroits sont établis avec un autre État. Un point important pour la Suisse est qu'il peut s'agir du droit d'un État tiers. Cette règle doit être appliquée d'office mais à titre exceptionnel¹⁰¹. Cette clause d'exception permet de mieux s'adapter à la réalité concrète mais entraîne une insécurité sur le droit applicable qui pose des difficultés en matière de planification¹⁰².

⁹⁹ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

¹⁰⁰ OFJ, Synthèse, p. 5.

¹⁰¹ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 21 N 28.

¹⁰² *Idem*, art. 21 N 22.

b) Élection de droit

Dans la même idée que pour le choix du for, le législateur européen a fait une balance entre la liberté des testateurs et la protection des ayants-droits à la succession¹⁰³. Pour le choix du droit applicable, la solution a cependant été différente. La possibilité de choisir le droit applicable a été acceptée, tout en tenant compte de différents avis doctrinaux¹⁰⁴. Pour cela un lien suffisamment étroit est exigé entre le droit et la succession pour ne pas trop s'éloigner des principes de proximité et de protection des ayants-droits (considérant 38 du REu)¹⁰⁵. La nationalité a été choisie pour assurer la proximité du défunt avec un État. Ce critère peut être critiqué, une nationalité effective n'étant pas exigée.

Une des principales critiques faites à la *professio juris* est qu'elle peut engendrer des désavantages pour les ayants-droits à la succession et ceci en particulier pour les héritiers réservataires¹⁰⁶. Pourquoi prévoir des réserves si le système juridique permet au *de cuius* de s'en écarter facilement et sans raison justifiée. Des craintes ont aussi été exprimées en lien à la protection des créanciers de la succession qui pourraient être désavantagés selon le droit choisi¹⁰⁷. Il peut résulter de l'élection de droit que les juridictions compétentes doivent appliquer un droit qui leur est étranger et que cela engendre des complications pour la procédure. D'un autre point de vue, la *professio juris* permet au *de cuius* de choisir le droit qu'il préfère, avec lequel il est le plus familier ou qui est plus favorable envers une partie qu'il souhaite avantager. Cela peut lui permettre de fixer quel système légal sera applicable à sa succession malgré des changements de résidence habituelle ou d'éviter une incertitude sur la détermination de cette dernière¹⁰⁸. L'introduction du choix de la loi a, de par ses avantages et désavantages, été fortement débattue¹⁰⁹.

L'art. 22 REu a finalement été adopté. Le choix doit porter sur l'ensemble de la succession et en faveur d'un État dont le *de cuius* a la nationalité au moment de tester ou de décéder. La portée du choix est claire et doit porter sur l'ensemble de la succession (les versions françaises et anglaises du REu ne laissent pas de doute contrairement à la version allemande)¹¹⁰. Contrairement à la Suisse, le choix du *ius* ne peut pas être partiel, à l'exception de l'admissibilité et de la validité au fond des dispositions à cause de mort (art. 24 et 25 REu)¹¹¹. L'Institut Max Planck s'est exprimé pour une plus grande liberté et aurait souhaité permettre que plusieurs droits puissent régler une même succession si c'est la volonté du défunt¹¹². Un point important est que le choix est valable en faveur du droit d'un État tiers et même si cet État ne reconnaît pas l'élection de droit (considérant 40 du REu). Un choix fait avant l'entrée en vigueur du REu est valable s'il respecte les conditions du chapitre III du REu (art. 83 par. 2 REu). La nationalité n'a pas besoin d'être effective.

¹⁰³ GREESKE, p. 127.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 99.

¹⁰⁵ *Idem*, p.127.

¹⁰⁶ *Idem*, p.99.

¹⁰⁷ Commentary REu-STAMATIADIS, art. 22 N 34.

¹⁰⁸ *Idem*, art. 22 N 25.

¹⁰⁹ GREESKE, p.103.

¹¹⁰ Kommentare Internationales Erbrecht-BAUER, art. 22 EuErbVO N 18.

¹¹¹ BONOMI, Règlement, p. 409.

¹¹² Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, p. 610 ; *contra* : GREESKE, pp. 128-129.

Un des avantages de la *professio juris* mentionnés ci-dessus est de clarifier le droit applicable à la succession. Il résulte de l'art. 22 par. 2 REu *in fine* qu'un choix tacite est possible (cf. aussi le considérant 39 du REu). L'*electio juris* tacite doit résulter d'une disposition à cause de mort, cela peut être le cas s'il est fait référence à des dispositions d'un droit national¹¹³. Il est cependant conseillé d'exprimer sa volonté quant au droit applicable de manière expresse car un choix tacite peut engendrer de l'incertitude¹¹⁴.

Une partie de la doctrine aurait souhaité que le REu aille plus loin dans la liberté accordée au *de cuius*. La restriction du choix au droit d'un État national est critiquée et il est déploré que le choix ne puisse pas se porter sur le droit de la résidence habituelle au moment de tester ou celle applicable au régime matrimonial d'une personne mariée¹¹⁵.

L'élection de droit n'a en principe pas de conséquence sur la compétence¹¹⁶. Cependant les art. 5 et 6 REu donnent des possibilités de faire coïncider la compétence avec le droit choisi. Comme cela a déjà été abordé dans ce travail (*supra* III. A. 1. b.), il ne peut cependant s'agir que de la compétence d'un État membre.

2. LDIP

a) Principe

Les art. 90 et 91 LDIP ont été remodelés par le projet de modification. Le principe en cas de domicile à l'étranger est actuellement donné à l'art. 91 al. 1 LDIP et le projet de modification prévoit de régler cette situation par l'art. 90 al. 2 P-LDIP. En cas de domicile à l'étranger, il est renvoyé aux règles de conflits de lois de l'État de domicile. La règle a pour but d'appliquer le même droit que celui qui aurait été appliqué par les juridictions du lieu de cet État (renvoi « au premier degré »)¹¹⁷. Le droit suisse peut donc s'appliquer en cas de renvoi au droit matériel suisse.

L'art. 90 al. 2 P-LDIP précise que le droit matériel du domicile est applicable en cas de renvoi au droit international privé suisse (« double renvoi »). Il consacre la théorie dite « *foreign court theory* »¹¹⁸. Cela permet de clarifier des incertitudes liées au « double renvoi » et ainsi d'éviter certaines décisions contradictoires concernant une succession¹¹⁹. La Suisse s'adapte ainsi à ce qui est prévu dans beaucoup d'États¹²⁰. L'art. 90 al. 2 P-LDIP ne s'appliquera cependant que dans des situations particulières. En principe, ce sont les autorités étrangères qui sont compétentes et appliquent leur propre droit. En cas de compétence des juridictions suisses en vertu des art. 87 ou 89 LDIP, c'est le droit helvétique qui est applicable. La règle de renvoi

¹¹³ SEEGER, p. 189.

¹¹⁴ BONOMI, Règlement, p. 410.

¹¹⁵ SEEGER, p. 190, du même avis : BONOMI, Règlement, p. 410, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, p. 611.

¹¹⁶ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 22 N 82.

¹¹⁷ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 91 N 2.

¹¹⁸ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 91 N 6, du même avis : SCHWANDER, Bewegt sich, p. 483.

¹¹⁹ FF 2020 3215, p. 3235.

¹²⁰ SCHWANDER, Bewegt sich, p. 483.

s'applique principalement dans le cas d'une compétence donnée en vertu de l'art. 88 LDIP¹²¹. Le renvoi concerne tant les meubles que les immeubles¹²².

Si les autorités helvétiques sont compétentes par l'art. 87 al. 1 P-LDIP, le droit suisse sera applicable en vertu de l'art. 90 al. 3 P-LDIP. Cette règle est plus stricte que celle actuellement existante (art. 91 al. 2 LDIP) qui prévoit une réserve pour le droit du domicile si le *de cuius* le souhaite. Par ce changement, le défunt perd la possibilité de maintenir le droit de son dernier domicile pour sa succession si les autorités suisses sont compétentes car celles du domicile sont inactives.

L'art. 92 P-LDIP précise ce qui est régi par le droit applicable.

b) Élection de droit

Les avantages et les inconvénients de l'élection de droit qui ont été mentionnés au chapitre IV. A. 1. b. de ce travail sont valables aussi d'un point de vue suisse.

L'art. 87 al. 2 LDIP prévoit déjà la possibilité pour un Suisse domicilié à l'étranger de choisir le droit suisse comme applicable à sa succession. Cette possibilité est conservée dans le nouvel art. 87 P-LDIP. En cas d'utilisation de *professio juris*, il faut rendre attentif le *de cuius* suisse de l'application de la présomption réfragable du choix de la compétence suisse (art. 87 al. 2 P-LDIP), règle rappelée à l'al. 2 de l'art. 91 P-LDIP. Le renversement de cette présomption n'aura plus besoin d'être expresse mais devra simplement résulter d'une disposition à cause de mort¹²³.

La *professio juris* partielle est possible mais le choix du droit suisse ne peut alors se faire que pour la part des biens situés sur le territoire de la Confédération. Le nouvel art. 87 P-LDIP précise que le choix pourra se limiter à une partie des biens en Suisse. L'art. 91 al. 3 P-LDIP met des conditions à l'élection de droit partielle et précise que le droit suisse ne peut s'appliquer qu'à des biens en Suisse et seulement si ses autorités sont compétentes pour ceux-ci au moins. Un choix partiel est particulièrement pertinent en cas de bien immobilier dans un autre État que celui du domicile.

3. Problèmes qui peuvent en résulter

L'application du droit du lieu de domicile / de la résidence habituelle ne pose pas de problème tant que ces deux notions sont concordantes.

L'art. 90 al. 3 P-LDIP prime sur l'al. 2 du même article¹²⁴. L'application du droit suisse en cas de compétence des juridictions helvétiques fondée sur l'art. 87 al. 1 LDIP peut, elle, être problématique. Son application permet de simplifier le règlement de la succession mais le *de cuius* qui avait planifié sa succession sur la base d'un droit étranger se retrouve avec des juridictions suisses qui règlent sa succession selon le droit suisse¹²⁵. L'absence de respect de la

¹²¹ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 91 N 4.

¹²² *Idem*, art. 91 N 3.

¹²³ *Idem*, art. 91 N 10.

¹²⁴ *Idem*, art. 91 N 8.

¹²⁵ *Ibidem*.

volonté du défunt est surprenante. Le projet de modification supprime l'admission de la réserve de celui-ci en faveur du droit de son domicile, ce qui ne lui permet plus d'empêcher l'application du droit suisse si les autorités de son domicile restent inactives. En cas de compétence fondée sur une *professio fori* (art. 87 al. 2 P-LDIP), le défunt peut émettre une réserve en faveur du droit étranger, encore faut-il qu'il le sache.

Peu d'États reconnaissent la *professio fori*. Mais l'art. 87 al. 2 P-LDIP pose problème même avec des États qui reconnaissent cette institution, car les autorités suisses se déclarent compétentes même en l'absence de choix du for si le droit suisse a été choisi. Même si le projet de modification permet au *de cuius* de réserver la compétence étrangère, cet article est problématique. Les autorités étrangères resteront compétentes en parallèle de la compétence helvétique créant le risque d'obtenir des décisions contradictoires non reconnues dans l'un ou l'autre des pays¹²⁶. Chaque décision sera appliquée dans son pays ce qui peut entraîner une scission de la succession. Le disposant doit en tenir compte mais le morcellement successoral peut être intéressant pour administrer rapidement des biens en Suisse¹²⁷. Le risque de décision contradictoire reste faible, les deux États compétents appliquant le même droit. Mais l'interprétation d'une règle peut cependant changer d'un État à un autre. La revendication d'une compétence exclusive d'un État sur un immeuble situé sur son territoire reste cependant réservée (art. 87 al. 2 LDIP *in fine*).

Un choix de droit partiel (scission volontaire) n'est pas reconnu dans les pays membres, la volonté du *de cuius* ne sera alors pas respectée¹²⁸. Les juridictions européennes pourront seulement interpréter le choix partiel comme un choix tacite d'élection de droit pour l'ensemble de la succession¹²⁹. En plus, par la présomption de compétence des autorités suisses (art. 91 P-LDIP), un conflit de compétence sur des biens situés en Suisse peut avoir lieu, engendrant des décisions contradictoires étant donné que chaque État statuera selon son droit. Cela contrevient à la volonté d'une meilleure coordination de la LDIP avec le REu¹³⁰.

Le REu admet expressément la possibilité d'un choix tacite (art. 22 par. 2 REu). La LDIP indique que le défunt peut soumettre sa succession à un autre droit par testament ou pacte successoral (art. 91 al. 1 P-LDIP). Comme indiqué précédemment, il est prévu que lors d'une *professio fori*, le droit suisse soit applicable. Il s'agit dès lors d'un choix tacite du droit. De plus, un tel choix est admis s'il y a des indices suffisants et non équivoques que cela correspond à la volonté du défunt¹³¹. Des éléments extrinsèques peuvent aider à interpréter la disposition à cause de mort¹³². Le projet de révision n'y apporte pas de changement. Une divergence d'interprétation peut subvenir entre différents États entraînant un conflit de loi.

¹²⁶ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 87 N 13, du même avis : FF 2020 3215, p. 3222.

¹²⁷ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 87 N 13.

¹²⁸ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, p. 44 N 38, du même avis : BONOMI, Règlement, p. 412.

¹²⁹ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 22 N 43.

¹³⁰ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 91 N 11, du même avis : FF 2020 3215, p. 3239.

¹³¹ ATF 125 III 35 c. 2. a), SJ 1999 I 298, JdT 1999 I 341.

¹³² *Ibidem*.

B. De *cujus* ayant son dernier domicile en Suisse

1. Règlement (UE) n°650/2012

a) Principe

La loi désignée par le principe général de l'art. 21 REu est applicable même s'il s'agit de celle d'un État tiers (art. 20 REu). Le droit applicable est alors le droit suisse si les États membres reconnaissent que la dernière résidence habituelle était en Suisse.

L'art. 21 par. 2 REu permet de déroger au principe énoncé à l'alinéa 1. En cas de lien plus étroit avec un autre système juridique que celui de la dernière résidence habituelle, il est possible d'appliquer le droit de cet État. Cette clause d'exception est également applicable lorsque le *de cuius* avait sa dernière résidence dans un État tiers¹³³. Prenons le cas d'une personne qui a déménagé peu avant son décès en Suisse mais qui avait toujours vécu en Italie et dont la famille y vit encore. On peut estimer, selon les circonstances, qu'il avait des liens manifestement plus étroits avec l'Italie qu'avec la Suisse. Pour le REu, c'est alors le droit italien qui doit s'appliquer à la succession.

b) Élection de droit

L'élection de droit est prévue dans le REu (*supra* IV. A. 1. b.). La décision d'une personne résidant dans un État tiers d'appliquer le droit d'un État membre dont il a la nationalité sera reconnue. L'*electio juris* n'a pas de conséquence sur la compétence selon le REu sauf dans les cas d'application des art. 5 et 6 REu¹³⁴.

Pour le surplus, les commentaires concernant la *professio juris* d'une personne résidente dans un État membre du REu sont applicables (*supra* IV. A. 1. b.).

2. LDIP

a) Principe

Le principe est donné par l'art. 90 al. 1 LDIP qui ne subit aucun changement par le projet de modification de la LDIP : « La succession d'une personne qui avait son dernier domicile en Suisse est régie par le droit suisse. »¹³⁵. Le droit s'applique à l'ensemble de la succession selon le principe d'unité, autant pour les biens meubles que les immeubles, situés en Suisse ou à l'étranger.

Une exception à ce principe général existe en cas de compétence d'autorités étrangères en vertu de l'art. 86 al. 2 LDIP. Si un État étranger exerce une compétence exclusive sur un immeuble de la succession sis sur son territoire, le droit étranger sera en général appliqué¹³⁶. Il en résulte une scission du droit régissant la succession.

¹³³ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 21 N 32.

¹³⁴ *Idem*, art. 22 N 82.

¹³⁵ RS 291.

¹³⁶ LEUPIN, p. 210.

b) Élection de droit

L'extension des possibilités de *professio juris* était souhaitée par la doctrine¹³⁷. Elle apporte une coordination bienvenue avec le REu.

Par la réorganisation des règles du chapitre 6 de la LDIP, l'élection de droit est régie par l'art. 91 P-LDIP. Une fois la modification entrée en vigueur, toute personne, quelle que soit sa nationalité, pourra choisir le droit de l'un de ses États nationaux. Actuellement, cette possibilité n'est donnée qu'aux étrangers (les non-suisse) et ce choix est nul si la nationalité suisse est acquise par la suite ou que la nationalité, de l'État dont le *ius* est choisi, est perdue. La modification assouplira cette norme car le lien de nationalité pourra être présent au moment de disposer ou au moment de la mort du *de cuius*. La nationalité suisse n'aura plus d'impact. La Suisse s'est ajustée au REu.

Les étrangers peuvent déjà aujourd'hui élire leur droit national pour leur succession. Le changement principal de la modification du chapitre 6 de la LDIP est l'ouverture de la *professio juris* aux Suisses bi- ou multinationaux. Ceci était espéré par une partie de la doctrine¹³⁸. Mais certaines personnes estiment que cela engendre une inégalité entre les différents citoyens suisses¹³⁹. Les Suisses binationaux auront la possibilité de ne pas appliquer le droit suisse et pourront potentiellement se soustraire à des obligations que les Suisses mononationaux resteront tenus de respecter. Par exemple, un Suisse sans autre nationalité sera toujours tenu de respecter les parts réservataires de ses héritiers. Il a été estimé qu'une inégalité subsisterait quelle que soit la solution admise et que, partant, il valait mieux se coordonner avec le REu¹⁴⁰. À la teneur du droit actuel, une élection en faveur du droit français d'un franco-suisse résidant en Suisse est reconnue par les États membres mais non par la Suisse.

L'art. 91 al. 3 P-LDIP traite de la question de la soumission partielle de la succession au droit suisse. Pour un *de cuius* en Suisse, il est question d'un choix de droit étranger, le droit suisse étant applicable *ab intestat*. Le projet de modification de la LDIP ne précise rien sur la validité d'une élection partielle de droit étranger. Le principe d'unité s'applique à défaut d'avoir prévu la possibilité de choisir quelle loi est applicable à quel bien¹⁴¹. La seule possibilité de morcellement pour les personnes résidant en Suisse sera de limiter le choix aux questions de validité, de révocabilité, d'interprétation et des effets des dispositions à cause de mort (art. 94 al. 3 et 95 al. 4 P-LDIP)¹⁴². Pour le reste, une seule loi est applicable qui permet une simplicité pour son application et de rester en adéquation avec l'art. 24 par. 2 REu¹⁴³. L'intérêt de cette possibilité est d'ailleurs contesté¹⁴⁴.

¹³⁷ SCHWANDER, PJA, p. 1103.

¹³⁸ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 90 N 7, du même avis : GUILLAUME, p. 228, SCHWANDER, *Beweg sich*, p. 482.

¹³⁹ OFJ, Synthèse, p. 11, du même avis : Conseil d'État VD, Réponse, p. 3.

¹⁴⁰ FF 2020 3215, p. 3236.

¹⁴¹ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 90 N 18.

¹⁴² *Idem*, art. 90 N 18 et 95 N 12.

¹⁴³ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 94 N 5.

¹⁴⁴ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 94 N 5, du même avis : Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 24 N 44.

Concernant l'admission d'une élection de droit tacite, nous nous référons à ce qui a été dit à ce sujet dans le chapitre IV. A. 3. de ce travail. Contrairement à ce qui est prévu en cas de choix de la compétence suisse, une élection de droit en faveur d'un État étranger ne peut pas être déduite d'une *professio fori*¹⁴⁵.

Le choix de loi d'un État étranger n'a pas d'influence sur la compétence, contrairement au choix du droit helvétique par un Suisse domicilié à l'étranger qui donne la compétence aux autorités de son lieu d'origine (sauf s'il a précisé le contraire). Par le projet de révision, les Suisses binationaux pourront choisir la compétence des autorités de leur autre nationalité, mais cette compétence ne pourra toujours pas être déduite du choix de loi¹⁴⁶.

Il faut aussi préciser qu'une *electio juris*, faite dans une disposition à cause de mort nulle, n'est pas elle-même nulle¹⁴⁷. Le sort de l'élection de droit est indépendant de celui du testament ou du pacte successoral la contenant.

3. Problèmes qui peuvent en résulter

La clause d'exception du REu impose d'appliquer le droit d'un État avec lequel le *de cuius* avait des liens manifestement plus étroits qu'avec l'État de sa dernière résidence habituelle. Mais si sa dernière résidence était en Suisse et qu'il avait des liens plus étroits avec l'Espagne, il n'est pas certain que les juridictions suisses estiment que c'est le droit espagnol qui est applicable à la succession. Il n'est pas sûr que l'Espagne reconnaisse une décision prise selon le droit suisse.

Le REu admet le choix tacite facilement¹⁴⁸. L'art. 22 REu exige que le choix tacite résulte des termes d'une disposition à cause de mort. En Suisse, c'est aussi le cas mais des éléments extrinsèques peuvent aider à interpréter le contenu des dispositions à cause de mort. Dans les États liés par le REu, les éléments extrinsèques ne sont pas pris en compte¹⁴⁹. Le texte de la LDIP ne prévoyant pas expressément cette possibilité, elle doit être admise avec plus de prudence que dans les États membres. Des divergences d'interprétation peuvent résulter de ces différences créant des conflits de loi.

La *professio juris* partielle en faveur du droit étranger en matière de succession n'est pas admise par le droit suisse¹⁵⁰. Les seules exceptions qui existent, le sont pour des questions de validité, de révocabilité, d'interprétation et des effets des dispositions à cause de mort. La scission volontaire n'est pas possible dans le REu¹⁵¹. Mais le REu prévoit lui aussi une exception car un choix, réservé à la recevabilité et la validité au fond des dispositions à cause de mort, est admis (art. 24 par. 2 et 23 par. 3 REu).

¹⁴⁵ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 90 N 14.

¹⁴⁶ ROMANO, L'élection, p. 217.

¹⁴⁷ TF 5A_208/2019, c. 5.2.

¹⁴⁸ SEEGER, p. 189.

¹⁴⁹ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 90 N 14 ; *contra* : Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 22 N 61, BONOMI, Règlement, pp. 412-413.

¹⁵⁰ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 92 N 11.

¹⁵¹ BONOMI, Règlement, p. 412.

L'ouverture du projet de modification de la LDIP en faveur de l'*electio juris* permet une meilleure coordination avec le REu. De nombreux conflits de lois seront ainsi évités. Les deux systèmes juridiques limitent le choix du droit d'un État dont le *de cuius* a la nationalité, ce qui permet une meilleure reconnaissance réciproque des décisions.

La *professio juris* est admise de plus en plus par les pays, mais il faut être attentif avant de prendre une telle décision à la réception qu'en font les États concernés par la succession¹⁵². Si tous les États touchés ne reconnaissent pas l'élection de droit, une situation de blocage peut survenir. Dans les relations avec un État membre, le choix est reconnu mais des problèmes peuvent tout de même survenir en cas de choix partiel ou tacite¹⁵³. Le REu précise dans son considérant 40 que l'élection de droit est valable même si le système juridique choisi ne connaît pas cette institution. Cela permet d'éviter un conflit négatif de loi applicable.

En cas de conflit de lois positif, une scission de fait survient¹⁵⁴. Chaque État appliquera son propre droit entraînant un risque de décisions contradictoires¹⁵⁵.

Contrairement au REu, le droit suisse ne prévoit pas de disposition qui permette d'appliquer la loi d'un État qui aurait manifestement plus de lien avec le défunt. Si le *de cuius* avait la nationalité de cet État, la responsabilité repose sur lui de faire une *professio juris*. Dans le cas contraire, le droit applicable restera celui de son dernier domicile. Cela peut créer des situations étonnantes. Par exemple, la succession d'une personne qui aurait habité toute sa vie en Autriche, sans en avoir la nationalité, dont les enfants y habitent encore, et que la plupart de ses biens y sont situés, mais qui a créé peu avant de mourir son domicile en Suisse, sera régie par le droit suisse.

C. Morcellement de la succession

Les systèmes juridiques visent à éviter le morcellement de la succession. Mais en cas de succession internationale, l'articulation des règles de droit avec celles des autres États peut mener à appliquer différentes lois à une même succession¹⁵⁶.

Un des avantages principaux de l'unité est d'éviter certains conflits de lois¹⁵⁷. Si une seule loi s'applique, le risque d'obtenir des décisions contradictoires s'amenuise. Les règles à suivre sont aussi plus claires pour les héritiers et légataires. Si plusieurs droits s'appliquent, la qualité d'héritier peut être attribuée à certaines personnes selon un système juridique et non selon un autre¹⁵⁸. L'unité du droit applicable permet de simplifier le règlement de la succession. Ceci est bienvenu quand un élément d'extranéité ajoute une part de complexité. Si une seule loi s'applique, un gain de temps est pris dans la recherche des règles applicables. S'il est plus facile de trouver le droit applicable, il y a également moins de risque d'erreur, ce qui contribue à la sécurité juridique.

¹⁵² Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 90 N 5.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ LEUPIN, p. 208.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 206.

¹⁵⁷ GREESKE, p. 128

¹⁵⁸ LEUPIN, p. 207.

Cette unité correspond aux buts du REu et de la LDIP¹⁵⁹. La LDIP est cependant plus ouverte à la scission de la succession que le REu¹⁶⁰. Une partie de la doctrine reconnaît l'intérêt à l'unité de la succession mais aurait souhaité faire primer la volonté du testateur s'il a lui-même décidé de diviser sa succession entre plusieurs systèmes juridiques¹⁶¹. Le législateur européen a préféré interdire le dépeçage de la succession face aux avantages de l'unité du droit applicable¹⁶².

La loi applicable peut être différente pour juger de la validité de la forme des dispositions à cause de mort. La LDIP renvoie à la Convention de La Haye et le REu en reprend le sens (art. 93 LDIP et 27 REu)¹⁶³. La recevabilité et la validité au fond de ces dispositions peuvent, entre autres, être soumises à une autre loi que celle qui régit l'ensemble de la succession au sens des art. 23 REu et 92 P-LDIP (art. 24 et 25 REU, 94 et 95 P-LDIP). Le REu reconnaît la validité d'une déclaration d'acceptation ou de renonciation à la succession si elle est conforme à la loi régissant la succession ou à la loi de l'État de la résidence habituelle de la personne faisant la déclaration (art. 28 REu). Le morcellement de la succession peut aussi survenir par l'effet des règles de renvoi (art. 34 REu et 90 al. 2 P-LDIP)¹⁶⁴. De son côté, la Suisse autorise la *professio juris* partielle concernant les biens en Suisse uniquement pour une personne résidant à l'étranger et en faveur du droit suisse. Le projet de révision permettra d'avoir plusieurs lois applicables pour les biens en Suisse. Pour respecter le principe d'universalité de la loi applicable et face aux difficultés que peut amener une scission, il faut présumer que le *de cuius* ayant fait une élection de droit le fait pour l'ensemble de sa succession¹⁶⁵.

Diverses situations de scission peuvent encore se produire en application des art. 86 al. 2 et 87 al. 1 P-LDIP. Pour les immeubles pour lesquels un État étranger revendique une compétence exclusive, les juridictions compétentes appliquent généralement la *lex rei sitae*¹⁶⁶. Dans ce cas, il est admis que la Suisse reconnaît l'application du droit étranger¹⁶⁷. Dans un cas de compétence des autorités suisses du lieu d'origine attribuée par l'art. 87 al. 1 P-LDIP pour les biens dont l'autorité étrangère se désintéresse, il découlera de l'art. 90 al. 3 P-LDIP l'application du droit suisse à ces biens¹⁶⁸. La scission de la loi applicable est, dans certains cas, à mettre en lien avec la scission de la compétence.

La scission a, elle aussi, des avantages. Cela permet de faire une organisation sur mesure de la succession et permet une meilleure reconnaissance des décisions par les États. En particulier pour un immeuble, appliquer la *lex rei sitae* simplifie le règlement du sort de ce bien dans la succession¹⁶⁹. Mais le choix du droit de localisation d'un immeuble n'a pas été admis car le

¹⁵⁹ PIOTET, p. 188, du même avis : Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, p. 43 N 35.

¹⁶⁰ FF 1983 I 255, pp. 369-370.

¹⁶¹ Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, p. 610 ; *contra* : GREESKE, p. 128.

¹⁶² GREESKE, p. 131.

¹⁶³ Convention de La Haye.

¹⁶⁴ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 34 N 26.

¹⁶⁵ LEUPIN, p. 214.

¹⁶⁶ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 90 N 3, du même avis : LEUPIN, p. 210.

¹⁶⁷ LEUPIN, p. 210, du même avis : FF 1983 I 255, p. 374.

¹⁶⁸ BONOMI, Règlement, p. 423.

¹⁶⁹ GREESKE, p. 129, du même avis : Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, p. 613.

lien avec la succession n'est pas considéré comme suffisant¹⁷⁰. En cas de mesures conservatoires prises par un État, ce dernier n'appliquera pas le droit régissant la succession mais son propre droit. La division du droit applicable permet dans ce cas d'être plus rapide pour protéger les biens nécessitant une telle mesure.

Le meilleur moyen de lutter contre une scission involontaire de la succession est la planification réfléchie de sa succession¹⁷¹.

D. Testament et pacte successoral

1. Règlement (UE) n° 650/2012

Les différents modes de tester sont régis par les art. 24 et 25 du REu. Les dispositions pour cause de mort sont régies par la « loi hypothétique », soit la loi qui aurait été applicable à la succession si le testateur était décédé au jour de la signature de ces dispositions¹⁷². Cette règle est l'expression du principe « *favor validitatis* ». Malgré un changement de résidence habituelle, les dispositions à cause de mort restent valables. Cela contribue à la sécurité du droit pour les justiciables. Le désavantage principal est que des situations de morcellement du droit applicable peuvent apparaître si le testateur a déménagé depuis la rédaction de son testament et n'a pas fait de *professio juris*¹⁷³. Le droit applicable à la succession et celui du testament peuvent parfois difficilement se coordonner. De plus, il peut en résulter que les juridictions compétentes doivent appliquer un droit étranger ce qui complique son application.

La loi désignée par l'art. 24 par. 1 REu s'applique à la recevabilité et à la validité au fond du testament. Elle s'applique également pour déterminer si une disposition est révocable ou non et pour connaître les causes légales de révocabilité¹⁷⁴. À l'inverse, une nouvelle disposition qui modifierait ou révoquerait des plus anciennes est soumise aux conditions de validité de la loi applicable au jour de l'établissement de cette nouvelle disposition¹⁷⁵. Concernant les pactes successoraux comptant un seul disposant, les autorités compétentes statuent sur les questions de recevabilité, de validité au fond et les effets contraignants entre les parties au pacte selon la « loi hypothétique ». Si plusieurs personnes ont inscrit leurs dispositions à cause de mort dans le même pacte successoral, il n'est recevable qu'aux conditions cumulatives des lois applicables aux successions de toutes les parties ayant disposé dans le pacte au jour de l'établissement de celui-ci. La validité au fond et les effets d'un pacte comptant plusieurs disposants est régie par la loi applicable à la succession d'un des disposants au moment de le conclure avec laquelle cet acte a les liens les plus étroits. Ce rattachement peut être flou et entraîne un manque de prévisibilité juridique. Une élection de droit des disposants peut être particulièrement utile dans cette situation.

En dérogation au principe de la loi de l'établissement de la disposition successorale, un *de cuius* peut faire une élection de droit concernant la recevabilité et la validité au fond des dispositions

¹⁷⁰ GREESKE, p. 130.

¹⁷¹ LEUPIN, p. 216.

¹⁷² Commentary REu-METALLINOS, art. 24 N 12.

¹⁷³ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 94 N 3.

¹⁷⁴ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 24 N 12-13 ; *contra* : Commentary REu-METALLINOS, art. 24 N 19.

¹⁷⁵ Commentary REu-METALLINOS, art. 24 N 21, du même avis : Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 24 N 12.

à cause de mort, ainsi que pour les effets d'un pacte successoral entre les parties. Malgré le renvoi des art. 24 par. 2 et 25 par. 3 à l'art. 22 REu, il ne peut choisir que la loi d'un État dont il a la nationalité au moment de tester¹⁷⁶. Pour un pacte successoral, le choix de la loi peut se porter sur celle de la nationalité du ou d'un des disposants. Le choix de loi continue de s'appliquer pour les dispositions à cause de mort subséquentes tant que le *de cuius* n'a pas prévu le contraire¹⁷⁷. Une question se pose quant à la validité d'une disposition faite selon le droit choisi précédemment mais dont la nationalité a entretemps été perdue. La doctrine ne semble pas s'être intéressée à cette question. Il est conseillé de bien préciser si le choix du droit ne porte que sur l'admissibilité et la validité au fond d'un testament car des problèmes d'interprétation peuvent apparaître en cas de doute.

La possibilité de faire un testament conjonctif, un testament mutuel ou un pacte successoral dépendra de la loi applicable au testament. Il faut néanmoins être attentif aux testaments mutuels qui sont réglés par l'art. 25 REu, car un tel testament entre dans la définition d'un pacte successoral au sens de l'art. 3 par. 1 let. b du REu¹⁷⁸. Ces actes devront être reconnus dans tous les États membres sans possibilité de s'y opposer en dehors des motifs listés exhaustivement à l'art. 40 REu¹⁷⁹. Un choix de la loi applicable pour la recevabilité, la validité au fond et les effets des dispositions peut être déterminant pour certaines personnes¹⁸⁰.

Si une élection de droit au sens de l'art. 22 REu est faite par le disposant, elle comprend, sauf disposition contraire, les questions de validité au fond et de recevabilité en tant que « loi hypothétique »¹⁸¹. Ce ne sera donc pas le cas si la *professio juris* concernant l'ensemble de la succession est faite après la conclusion de premières dispositions successorales. Il est conseillé de faire une élection de droit pour tous les aspects de la succession pour éviter une scission de la loi applicable. La disposition restera soumise au droit choisi au moment de tester même si le testateur modifie son élection de droit par la suite¹⁸².

2. LDIP

Le projet de modification du chapitre 6 de la LDIP réorganise les art. 94 et 95 LDIP et apporte des précisions bienvenues¹⁸³. Ces articles, une fois modifiés, seront libellés « Testaments » et « Pactes successoraux ». La notion de « validité au fond » est précisée dans l'art. 95b P-LDIP. Les éléments définis ne correspondent pas exactement avec ceux de l'art. 26 REu qui définit la même notion. L'art. 94 LDIP actuel traite de la capacité de disposer. Ce sujet fera partie des questions de validité au fond au sens de l'art. 95b P-LDIP et sera donc régi par le droit désigné aux art. 94 et 95 P-LDIP¹⁸⁴.

¹⁷⁶ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 24 N 40, du même avis : *Kommentare Internationales Erbrecht-BAUER*, art. 24 N 8 ; *contra* : *Commentary REu-METALLINOS*, art. 24 N 16.

¹⁷⁷ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 24 N 37.

¹⁷⁸ *Kommentare Internationales Erbrecht-BAUER*, art. 25 N 2.

¹⁷⁹ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 40 N 3.

¹⁸⁰ *Idem*, art. 25 N 3.

¹⁸¹ *Kommentar EuErbVO-FISCHER-CZERMAK*, art. 24 N 27, du même avis : *Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET*, art. 24 N 26 et art. 25 N 34.

¹⁸² *Contra* : *Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET*, art. 24 N 27 et 31.

¹⁸³ *Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI*, art. 95 N 1.

¹⁸⁴ *Idem*, art. 94 N 2.

La modification permettra de se rapprocher de ce qui est prévu dans le REu¹⁸⁵. La validité au fond, la révocabilité et l'interprétation des testaments seront régies par la loi de l'État de domicile du testateur au moment d'établir ses dispositions à cause de mort. Cette règle rejoint aussi ce qui est prévu *de lege lata* pour les pactes successoraux. La Suisse lutte ainsi contre les « conflits mobiles », soit la modification du droit régissant les dispositions à cause de mort suite à un changement de domicile¹⁸⁶. Malgré l'adage « nul n'est censé ignorer la loi », le législateur souhaite protéger le *de cuius* des effets dus à son déménagement et dont il n'a pas connaissance.

Une fois le projet de modification entré en vigueur, il sera possible de faire une élection de droit concernant le testament en faveur de la loi de son État national. Contrairement au REu, la nationalité n'a pas besoin d'être acquise avant de faire la *professio juris* mais peut être présente seulement au moment du décès. La validité au fond, la révocabilité et l'interprétation du testament sont évaluées au moment de l'ouverture de la succession.

Le choix de loi partiel (concernant la validité au fond d'un pacte, ses effets et son interprétation) n'était jusqu'à présent pas prévu pour le pacte successoral mais seulement un choix sur l'ensemble de la succession. Dans un pacte comptant un seul disposant, comme pour le testament, le choix se fait en faveur du droit d'un État national du *de cuius*. Pour le pacte successoral comptant plusieurs disposants, le choix doit se porter sur le droit d'un État national ou du domicile d'un des disposants. Dans ce cas, la nationalité doit être présente au moment de conclure le pacte ou au décès du premier disposant (art. 95 P-LDIP). Un changement important existe avec la teneur actuelle du texte car aujourd'hui, il faut une application cumulative des droits des États de domicile des disposants ou le droit d'un État national commun¹⁸⁷. Une plus grande flexibilité sera ainsi donnée. L'ouverture à l'élection de droit partielle pour toutes les dispositions à cause de mort est codifiée dans ces nouveaux articles¹⁸⁸.

Une *electio juris* sur l'ensemble de la succession s'applique à la validité au fond, la révocabilité et l'interprétation d'un testament ainsi qu'à la validité au fond, l'interprétation et aux effets d'un pacte successoral (art. 94 al. 2 et 95 al. 2 P-LDIP). La loi choisie fait office de « loi hypothétique ». Selon la systématique de la loi, le choix partiel concernant le testament ou le pacte successoral n'est pas restreint si un choix du droit applicable à la succession est fait. Il en résulte que plusieurs droits peuvent valablement s'appliquer pour régler des aspects différents. Il a déjà été mentionné qu'un tel morcellement peut engendrer des difficultés dans le règlement pratique de la succession (*supra* IV. C.).

La Suisse peut devoir reconnaître un acte à cause de mort valable à l'étranger même si cette forme est interdite en Suisse. Cela peut être le cas, par exemple, pour un testament mutuel interdit en Suisse¹⁸⁹ mais soumis à l'art. 95 al. 3 P-LDIP¹⁹⁰. Il est cependant possible d'invoquer l'ordre public. Il peut être intéressant pour des personnes domiciliées à l'étranger de faire une élection en faveur du droit suisse afin de faire un pacte successoral¹⁹¹. Les autres dispositions

¹⁸⁵ SCHWANDER, Bewegt sich, p. 483.

¹⁸⁶ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 24 N 29.

¹⁸⁷ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 95 N 9.

¹⁸⁸ SCHWANDER, Bewegt sich, p. 483.

¹⁸⁹ ATF 47 II 48 c. 1.

¹⁹⁰ ZK IPRG-KÜNZLE, art. 95 N 15.

¹⁹¹ *Idem*, art. 95 N 10.

contractuelles à cause de mort sont aussi réglées, par analogie, par l'art. 95 P-LDIP (art. 95a P-LDIP).

Il faut finalement préciser que des dispositions prises avant l'entrée en vigueur de ce projet de modifications resteront valables même si selon le nouveau droit, elles auraient été nulles. Ceci va dans le sens du principe *favor validitatis*. Le droit actuel leur reste applicable selon la disposition transitoire de l'art. 199b P-LDIP. La modification des art. 94 et 95 P-LDIP permet une meilleure adéquation avec le REu.

E. Coïncidence *forum-ius*

Un principe que tant la LDIP que le REu essaient de suivre est de faire coïncider le droit applicable avec la compétence juridictionnelle (considérant 27 du REu)¹⁹². En droit successoral, en général, un lien existe entre le droit du fond et la procédure¹⁹³. Les avantages de ce principe ne sont pas difficiles à entrevoir. La simplicité d'application du droit par les autorités est son plus grand atout. L'application d'un droit étranger, qui peut être dans une autre langue, complexifie la procédure. Cependant, les systèmes juridiques prévoient tout de même certaines exceptions à ce principe.

Une dissociation entre le *forum* et le *ius* peut survenir par l'application de diverses règles de droit. Les art. 10, 11 et 12 REu donnent la compétence sur la succession à des États sans que le défunt y ait eu sa dernière résidence habituelle. Il n'y a pas de mécanisme d'adaptation automatique du droit applicable, les règles sur la loi applicable (chapitre III du REu) continue de s'appliquer. Une inadéquation entre le droit et le for peut en résulter. Les règles sur la loi applicable peuvent amener au même résultat. Le droit de l'État avec lequel le défunt avait des liens particulièrement forts peut régir la succession (art. 21 par. 2 REu), alors que cet État peut ne pas être compétent pour statuer. L'art. 88 P-LDIP crée la même problématique, une compétence est donnée aux autorités du lieu de situation d'un bien par l'inaction des autorités étrangères mais le droit applicable reste défini par l'État du domicile.

L'élection de droit peut aboutir à une dissociation entre le *ius* et le *forum* car il n'est pas possible selon le REu pour le *de cuius* de choisir le for. En effet, le REu ne prévoit pas de dévolution automatique de la compétence en cas de choix de la loi (contrairement à la présomption prévue par l'art. 87 P-LDIP). Cependant des mécanismes pour réduire les cas de dissociation ont été prévus. Les art. 5 à 9 REu prévoient une possible compétence de l'État membre dont la loi a été choisie par le défunt¹⁹⁴. Ces mécanismes ont une portée réduite car ils n'ont qu'un champ d'application *inter partes* et n'ont donc pas de portée si le droit suisse a été désigné applicable. Avec le projet de modification de la LDIP, la *professio juris* en faveur d'un État étranger peut amener à la même conclusion si le défunt n'a pas fait d'élection de for en faveur du même État. Une *professio fori* reconnue à l'étranger sans élection de droit engendre la même situation.

La LDIP prévoit plusieurs présomptions qui permettent de rétablir la coïncidence entre la compétence et le droit (art. 87 al. 2, 90 al. 3 et 91 al. 2 P-LDIP). Les autorités helvétiques sont compétentes en cas d'élection de droit suisse et ce dernier est présumé applicable si les

¹⁹² FF 2020 3215, p. 3238, du même avis : GUILLAUME, p. 229, Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET pp. 45 N 41 et 185 N 9.

¹⁹³ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, p. 45 N 41.

¹⁹⁴ BONOMI, Règlement, p. 410.

juridictions helvétiques sont compétentes dû à une *professio fori* ou à l'inaction des autorités étrangères du domicile d'un citoyen suisse. Ces règles créent cependant souvent des conflits de compétence ou de droit applicable. La limitation de l'élection de droit partielle qui est possible qu'en faveur du droit suisse, pour des biens situés sur le territoire helvétique et soumis à la compétence suisse montre l'attachement de cet État à la concordance entre le droit et le for.

V. Modifications qui auraient été souhaitables

Le projet de modification du chapitre 6 de la LDIP ne résout pas tous les problèmes créés par la confrontation des différents systèmes juridiques trouvant application pour le règlement d'une succession. Ce projet crée même d'autres difficultés dans certaines situations. Dans ce chapitre, il est question de ce qui aurait pu être prévu dans le projet n°20.034 ou ce qui aurait été intéressant de mettre en place pour éviter des conflits de droit et de compétence. Il sera aussi fait mention de certaines critiques à l'encontre des modifications prévues de la LDIP.

A. Certificat successoral européen

Le REu, par les art. 62 ss, a mis en place un certificat d'héritier européen (ci-après : CSE). Le législateur européen s'est inspiré des différentes solutions nationales dans le domaine pour créer son propre mécanisme¹⁹⁵. Il est défini par son but¹⁹⁶. Le CSE est un certificat d'héritier qui vise à être utilisé dans un contexte international. Il ne remplace par les certificats nationaux mais a pour but d'être reconnu facilement dans les autres États membres. Un certificat national peut être requis même pour une utilisation dans un autre État membre : le CSE n'est pas obligatoire, il est une simple possibilité pour faciliter la reconnaissance du statut d'héritier, l'attribution d'un bien et les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire (art. 63 REu). Un certificat national peut être utilisé en parallèle d'un CSE, même si cela peut poser problème en cas de divergences entre les deux actes¹⁹⁷. Le CSE a une force probatoire importante¹⁹⁸. La compétence pour délivrer ce certificat d'héritier appartient aux autorités compétentes pour l'ensemble ou une part de la succession (art. 64 REu).

Le CSE a été créé pour simplifier la légitimation des héritiers et légataires¹⁹⁹. Cela est particulièrement utile quand les biens successoraux sont répartis dans plusieurs pays. Il produit ses effets sans autre procédure dans tous les États membres (art. 69 REu)²⁰⁰. Cependant, en pratique, le CSE ne s'est pas imposé. Les autorités des États membres préfèrent utiliser leur certificat national²⁰¹. Il est déploré qu'il n'existe pas de registre central pour tous les États lié par le REu qui permette de consulter l'existence d'un CSE²⁰². C'est donc aux parties à la procédure d'informer les différentes autorités impliquées de la présence d'un tel certificat.

¹⁹⁵ Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 62 N 15.

¹⁹⁶ HÖSLY, p. 175.

¹⁹⁷ BONOMI, Circulation, p. 113, du même avis : Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 62 N 32-33 ; *contra* : ANCEL-LIOGER, pp. 272-273.

¹⁹⁸ ANCEL-LIOGER, p. 263.

¹⁹⁹ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 86 N 24.

²⁰⁰ HÖSLY, p. 176.

²⁰¹ *Idem*, p. 180.

²⁰² ANCEL-LIOGER, p. 273.

Le CSE a des effets *inter partes*. Il est délivré pour un usage dans un autre État membre. Si la succession concerne également la Suisse, le CSE est-il reconnu et y produit-il des effets ? Le CSE est soumis aux conditions de reconnaissance des art. 25 LDIP et 96 P-LDIP²⁰³. Une autre question se pose si un seul État membre est concerné en plus d'un État tiers. Le CSE peut-il être délivré en l'absence de son utilisation transfrontière au sein de l'Union ? Les autorités de l'État membre ne sont pas tenues de fournir un CSE mais peuvent le faire volontairement²⁰⁴. Alors qu'un CSE ne sera pas délivré pour une utilisation seulement interne à un État²⁰⁵. Les parties à la succession doivent vérifier que cet acte est reconnu dans l'État tiers.

Du point de vue du droit suisse, le certificat d'héritier est réglé par le droit applicable à la succession²⁰⁶. Un CSE peut être reconnu en Suisse aux conditions des art. 25 et 96 LDIP²⁰⁷. La décision doit être définitive et rendue par une autorité compétente et aucun motif de refus de l'art. 27 LDIP ne doit s'opposer à la reconnaissance. Si une procédure a été engagée devant les autorités helvétiques qui s'estiment compétentes, la reconnaissance de la décision étrangère sera bloquée par l'art. 27 al. 2 let. c LDIP²⁰⁸. Elle sera souvent bloquée par la compétence subsidiaire de l'art. 10 REu qui entre en conflit avec la compétence des juridictions suisses²⁰⁹. Le CSE respecte l'ordre public suisse²¹⁰. L'art. 96 P-LDIP ajoute des conditions à la reconnaissance des actes et droits relatifs à une succession. L'acte successoral doit répondre à l'une des quatre conditions alternatives pour être reconnu.

Quels effets peut produire un CSE en Suisse ? En particulier est-il une base suffisante pour une inscription au registre foncier ? Un certificat successoral suisse permet aux héritiers de se faire inscrire au registre foncier. Pour savoir si un CSE produit les mêmes effets, la doctrine impose de le comparer au certificat suisse prévu à l'art. 559 CC. Concernant sa délivrance, nous pouvons admettre l'équivalence : les mêmes types d'autorités ont le pouvoir de rendre le CSE et ont les mêmes devoirs de vérification des informations émises que pour un certificat suisse²¹¹. Le CSE et le certificat suisse ne sont remis qu'en cas d'absence de contestation et il est possible de requérir son annulation à tout moment²¹². Concernant l'objet du certificat, il est possible que le CSE ne contienne pas la liste exhaustive de tous les héritiers contrairement au certificat au sens du CC²¹³. De plus, le CSE sert aussi à légitimer la qualité de légataire et d'exécuteur ou administrateur testamentaire²¹⁴. La dernière question concerne les effets : un acte doit-il produire les effets prévus dans son État d'origine ou produit-il les effets d'un document équivalent en Suisse ? Il est reconnu qu'un CSE produit les effets reconnus à un certificat

²⁰³ GROLIMUND, p. 146, du même avis : HÖSLY, p. 177, SCHMIDT, p. 77.

²⁰⁴ ANCEL-LIOGER, pp. 269-270, du même avis : BONOMI, *Circulation*, p. 128.

²⁰⁵ BONOMI, *Circulation*, pp. 111-112.

²⁰⁶ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 92 N 3.

²⁰⁷ SCHMIDT, p. 77.

²⁰⁸ HÖSLY, p. 177.

²⁰⁹ SCHMIDT, p. 85.

²¹⁰ HÖSLY, p. 178.

²¹¹ BONOMI, *Circulation*, pp. 138-140.

²¹² *Idem*, pp. 140-141.

²¹³ *Idem*, p. 142.

²¹⁴ *Idem*, p. 141.

d'héritiers suisse²¹⁵. Par ces différents critères d'équivalence, il est admis qu'un CSE est une base valide pour requérir une inscription au registre foncier²¹⁶.

Il est reconnu que le CSE a un effet pour la légitimation des personnes qui y sont inscrites et entraîne la protection des créanciers de bonne foi dans les États membres²¹⁷. Mais la protection de la bonne foi pour les choses mobilières au sens de l'art. 933 CC et liée au registre foncier au sens de l'art. 973 CC ne lui est pas reconnue²¹⁸.

Si le CSE n'est pas reconnu, les parties devront obtenir un autre certificat d'héritier helvétique ou reconnu en Suisse avant de pouvoir disposer des biens successoraux qui y sont situés²¹⁹. Le CSE permet néanmoins, par sa procédure de délivrance, de garantir une fiabilité plus grande que certains certificats nationaux.

Bien que le CSE soit proche du certificat helvétique, des différences existent. Si la Suisse établit les mêmes exigences que l'Union Européenne pour les certificats d'héritiers, une reconnaissance réciproque serait facilitée simplifiant ainsi les démarches pour les justiciables²²⁰. Mais la Fédération suisse des notaires a émis, lors de la procédure de consultation de l'avant-projet de modification, sa satisfaction qu'un acte harmonisé avec le CSE ne soit pas prévu²²¹.

B. Article 13 REu

Un des avantages de l'espace juridique créé par le REu est la simplification des démarches concernant une succession internationale. Par la voie de l'art. 13 REu, une personne résidant dans un État membre peut faire des déclarations concernant la succession ouverte devant un autre État membre²²². Les déclarations concernées sont celles d'acceptation ou de renonciation de la succession, d'un legs ou d'une réserve héréditaire et celles de limitation de responsabilité face aux passifs de la succession. La déclaration a tous les effets prévus par le droit applicable à la succession et ceci même si elle ne remplit pas toutes les conditions de forme de ce droit, tant qu'elle est valable dans l'État de résidence de son auteur²²³. Les déclarations anticipées ne sont pas visées par le champ d'application de cette disposition²²⁴. La possibilité d'une telle déclaration dépend de la loi applicable à la succession.

Il serait intéressant pour les justiciables suisses de pouvoir bénéficier de ces simplifications pratiques. Un accord avec l'Union européenne serait peut-être envisageable dans la mesure où les procédures suisses et celles des États membres ne sont pas très différentes. Ou, dans l'intérêt

²¹⁵ BONOMI, Circulation, p. 143.

²¹⁶ HÖSLY, p. 179.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ HÖSLY, p. 179, du même avis : BONOMI, Circulation, p. 137.

²¹⁹ SCHMIDT, p. 86.

²²⁰ SCHWANDER, Bewegt sich, p. 490.

²²¹ OFJ, Synthèse, p. 5.

²²² Kommentar EuErbVO-GITSCHTHALER, art. 13 N 3.

²²³ CJUE, Arrêt du 2 juin 2022, C-617/20, EU:C:2022:426, § 51, du même avis : Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 13 N 18.

²²⁴ *Idem*, art. 13 N 3.

des Suisses résidant dans un État lié par le Règlement, serait-il envisageable de reconnaître unilatéralement une telle déclaration faite dans un État membre ? C'est au déclarant de communiquer aux autorités en charge de la succession qu'il a fait cette démarche, il pourrait donc aussi la communiquer aux autorités suisses²²⁵. Il faudrait encore s'assurer que les États membres soient d'accord de recevoir la déclaration si la succession est ouverte en Suisse.

SCHWANDER estime que les États tiers devraient prévoir une règle garantissant les droits d'une personne ayant fait une déclaration concernant la succession devant une mauvaise autorité²²⁶. La personne devrait croire que sa déclaration peut être valablement faite auprès de cette autorité pour qu'elle soit reconnue²²⁷.

C. Convention internationale

La LDIP est une loi de droit mononational, ce qui peut entraîner divers problèmes comme nous l'avons évoqué tout au long de ce travail. Il y a un besoin de prévisibilité et de sécurité juridique. La seule manière de véritablement coordonner les différents systèmes juridiques est le droit bi-/multilatéral. Ceci d'autant plus que la mobilité internationale progresse. Le domaine des successions présente des solutions très diverses entre les États comme peu d'autres domaines du droit civil²²⁸. Le REu est donc une avancée importante pour le droit international privé. Ce règlement contient certaines dispositions s'appliquant qu'*inter partes*. Pour certains auteurs, il est malheureux que la Confédération helvétique n'ait pas pu en faire partie²²⁹.

Le REu a dû surmonter plusieurs obstacles avant d'entrer en vigueur. Il a fallu harmoniser des systèmes juridiques bien différents les uns des autres : vision moniste et scissionniste du règlement des successions, droit matériel fondé sur les principes de *Common Law* et de droit latin, certains systèmes légaux ayant des règles applicables différentes concernant les meubles et les immeubles, etc...²³⁰. Le large éventail des domaines réglés était ambitieux. L'Union européenne a tout de même réussi à mettre d'accord 25 États sur ce projet.

La Suisse est actuellement liée par plusieurs traités binationaux qui traitent en partie de questions en lien aux successions. Bien que cela contrevienne à la volonté d'harmonisation du REu, ce dernier ne remet pas en cause des accords entre des États membres et des États tiers (art. 75 REu)²³¹. Nous pouvons mentionner, pour exemples, ceux avec la Grèce²³² et l'Italie²³³ qui concernent des États liés par le REu²³⁴. Ces conventions sont anciennes et il est possible que les États choisissent de les dénoncer d'ici quelques années²³⁵. La Confédération fait aussi

²²⁵ Kommentar EuErbVO-GITSCHTHALER, art. 13 N 13, du même avis : Commentaire REu-BONOMI/WAUTELET, art. 13 N 20.

²²⁶ SCHWANDER, *Bewegt sich*, p. 489.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 86 N 1.

²²⁹ *Idem*, art. 86 N 2.

²³⁰ CACHARD, pp. 72-73.

²³¹ DUTTA, p. 319.

²³² Convention d'établissement et de protection juridique entre la Suisse et la Grèce du 1^{er} décembre 1927, RS 0.142.113.721.

²³³ Convention d'établissement et consulaire entre la Suisse et l'Italie du 22 juillet 1868, RS 0.142.114.541.

²³⁴ BONOMI, *Case*, p. 268.

²³⁵ BUCHER/BONOMI, p. 244.

partie de la Convention internationale de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires²³⁶.

Une convention est le seul moyen de s'assurer que les différents États parties se sentent liés et tenus d'appliquer sur leur territoire une décision prise par un autre État partie²³⁷. La complexité croissante en matière de succession montre la nécessité de créer des accords multilatéraux qui puissent s'y appliquer. Cela permet de garantir une certaine égalité de traitement entre les ayants-droits à la succession, peu importe leur lieu de vie ou leur nationalité. Par exemple, le REu ne reconnaissant pas la *professio fori*, même avec le projet de modification, les Suisses résidant dans l'UE ont moins de droits en matière de succession que les citoyens d'un État membre domiciliés en Suisse. Une convention internationale permettrait, en outre, d'assurer la reconnaissance des actes juridiques étrangers. Une meilleure coordination permettrait d'éviter des décisions contradictoires ou inapplicables tant en cas de conflit de compétence qu'en cas de scission de la loi applicable à la succession²³⁸.

Dans le cadre de la « motion Recordon », le Conseil fédéral a jugé irréalisable de faire une convention internationale²³⁹. Il est tout de même possible qu'une organisation telle que l'OCDE lance un jour une Convention-modèle concernant la compétence, le droit applicable, l'exécution de décisions ou autres en matière de succession²⁴⁰. Un accord entre les États seraient bénéfique pour les justiciables²⁴¹. L'Union Européenne aura démontré que cela est possible. Même si une convention générale n'est pas envisageable pour le moment, il serait possible de s'accorder sur certains points comme le critère de rattachement de la succession²⁴². Du moins, une meilleure entraide entre les États serait souhaitable²⁴³.

Le message du Conseil fédéral sur le projet de modification du chapitre 6 de la LDIP donne les objectifs de ce projet. Seule une adaptation partielle du droit suisse avec le REu est visée²⁴⁴. En effet, il est admis qu'une réelle harmonisation n'est possible qu'avec des règles de droit bilatérales. Des conflits de compétences et de lois applicables continueront d'exister tant que des conventions ne remplacent pas les différentes règles nationales unilatérales de conflits en matière de succession²⁴⁵.

D. Critiques sur l'alignement au droit européen

Une partie de la doctrine aurait souhaité que la Suisse ne soit pas exclue du REu²⁴⁶. Une autre partie en est contente et critique même certains points du projet de modification qui vise à coordonner les règles européennes et suisses. Une coordination suggère que les deux parties

²³⁶ Convention de La Haye.

²³⁷ ROMANO, Avant-projet, p. 7.

²³⁸ SCHWANDER, Bewegt sich, p. 489.

²³⁹ FF 2020 3215, p. 3219.

²⁴⁰ ROMANO, Avant-projet, p. 17.

²⁴¹ ROMANO, Successions, p. 212.

²⁴² SCHWANDER, Bewegt sich, p. 486.

²⁴³ *Idem*, p. 489.

²⁴⁴ FF 2020 3215, p. 3223.

²⁴⁵ SCHWANDER, Bewegt sich, p. 485.

²⁴⁶ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 86 N 2, du même avis : Motion n°14.4285.

tentent de rapprocher leur système juridique. Comme le relève Corinne WIDMER LÜCHINGER, en l'espèce, ce n'est pas le cas : seule la Suisse modifie son droit pour s'adapter à la réglementation européenne²⁴⁷. De plus, bien que ce soit l'entrée en vigueur du REu qui ait entraîné la modification du chapitre 6 de la LDIP, cette loi s'applique aux relations avec tous les États étrangers²⁴⁸. Des parties à la consultation de l'avant-projet de modification ont reproché que la modification soit trop centrée sur les relations avec les États membres²⁴⁹. Comme nous avons pu le voir dans les chapitres précédents, la Suisse n'a pas simplement copié le règlement européen mais a pris des dispositions qui vont plus loin.

En voulant s'aligner au droit européen, il y a un risque de renoncer à des principes caractéristiques du droit international privé suisse. Il a été réfléchi à la possibilité de prendre la résidence habituelle du REu comme critère de rattachement et abandonner le critère du domicile. Ceci n'a finalement pas été retenu. Dans l'avant-projet, le principe de *favor testamenti* pour la capacité de disposer contenu dans l'art. 94 LDIP avait disparu²⁵⁰. Ce principe a finalement été maintenu et la capacité de disposer est comprise dans les questions de validité au fond des dispositions à cause de mort (art. 95b P-LDIP).

Avec la possibilité de choisir le droit étranger, un Suisse binational pourra se soustraire à des obligations que les autres Suisses sont obligés de respecter. Comme pour les modifications liées au for (*supra* III. B. 2. b.), l'égalité est invoquée pour admettre l'élargissement de *l'electio juris*. Cette institution permet aussi de mieux se coordonner avec le REu. La volonté de donner les mêmes droits aux suisses binationaux qu'aux étrangers est critiquée car elle crée une inégalité entre les citoyens suisses²⁵¹. Lors de la procédure de consultation, certaines parties ont proposé de mettre des limites à la liberté donnée pour éviter des abus de droit²⁵². Le canton de Vaud avait proposé d'inscrire dans la loi que les réserves font partie de l'ordre public suisse²⁵³. Le Tribunal fédéral a, quant à lui, déclaré que l'institution des réserves n'en fait pas partie²⁵⁴. Comme aucune limite n'a été mise à ce sujet dans le nouvel art. 91 al. 1 P-LDIP, la jurisprudence du Tribunal fédéral subsiste et il sera donc possible pour certaines personnes ayant une autre nationalité que la nationalité helvétique de priver leurs héritiers réservataires de leurs droits. La question reste tout de même controversée et certains auteurs souhaiteraient que le Tribunal fédéral assouplisse sa jurisprudence pour tenir compte de situations où il peut être considéré qu'une protection des héritiers est nécessaire²⁵⁵. Tous les États européens n'ont d'ailleurs pas exclu les réserves de leur ordre public²⁵⁶. Un Suisse binational aura plus de liberté qu'un Suisse mononational. La Suisse crée donc une différence entre ces propres citoyens par souci d'égalité avec les ressortissants étrangers. Mais des différences entre citoyens suisses ne possédant pas d'autre nationalité et des Suisses binationaux résultent déjà par l'application de certaines lois. Par exemple, la Suisse a fait usage de la réserve autorisée à l'art. 10 de la Convention de la Haye. Pour les Suisses n'ayant pas d'autre nationalité, les autorités ne

²⁴⁷ WIDMER LÜCHINGER, p. 4.

²⁴⁸ *Idem*, p. 5.

²⁴⁹ OFJ, Synthèse, p. 5.

²⁵⁰ WIDMER LÜCHINGER, p. 4.

²⁵¹ OFJ, Synthèse, p. 11, *contra* : GUILLAUME, p. 228, SCHWANDER, *Bewegt sich*, p. 482.

²⁵² OFJ, Synthèse, p. 11.

²⁵³ Conseil d'État VD, Réponse, p. 3.

²⁵⁴ ATF 102 II 136, c. 4. a), JdT 1976 I 595.

²⁵⁵ Commentaire LDIP-DUTOIT/BONOMI, art. 90 N 20.

²⁵⁶ RUBIDO/VALINCIUTE FAIVRE, p. 250 *a contrario*.

reconnaissent pas les dispositions testamentaires orales qui n'ont pas été faites dans une situation extraordinaire.

Le REu ne reconnaissant pas la *professio fori*, les Suisses résidant dans l'UE ont moins de droits en matière de succession que les citoyens d'un État membre domiciliés en Suisse. Il y a là une inégalité qui pose problème à une partie de la doctrine²⁵⁷. Les Suisses sont une nouvelle fois pénalisés par le nouveau droit.

VI. Conclusion

En conclusion, nous pouvons admettre que l'objectif d'une harmonisation partielle et de modernisation de la LDIP est atteint. Une coordination législative était souhaitable face aux difficultés rencontrées dans le règlement d'une succession internationale. Le projet de modification permet d'éviter certains conflits de compétence et de droit applicable. Il reste néanmoins des dispositions qui engendrent des tensions avec un risque de décisions contradictoires. Aucune solution satisfaisante n'est trouvée en cas de conflit de compétence ou de droit. Les conséquences pour les justiciables sont concrètes et pourraient être évitées. Le législateur suisse a fait une balance entre les intérêts à une meilleure coordination et à la préservation des principes suisses.

Le projet de modification n'a pas été que dans le sens d'une harmonisation. Il donne plus de liberté au *de cuius* que le REu et présume des compétences suisses et des cas d'application du droit helvétique. Certains changements contreviennent au but de rapprochement de la LDIP au REu. Les divergences créées sont critiquées car de nouvelles situations de conflit apparaissent²⁵⁸.

Il existe différentes tensions dans l'application des principes directeurs. Nous pouvons citer la complexité d'assurer la protection des héritiers, la liberté du testateur, le principe d'unité et l'applicabilité des décisions dans les différents États touchés par la succession. Le REu accepte la *professio juris* mais pas la *professio fori* contrairement au projet de modification de la LDIP. Chaque législateur a fait une balance des intérêts différente et cela entraîne des inadéquations entre les systèmes juridiques qui peuvent pénaliser les justiciables. Bien que certains points de la modification puissent être critiqués et d'autres ajoutés, le projet contient un bon équilibre entre tous les intérêts à prendre en compte. Ceci est confirmé par l'approbation faite par les parties à la procédure de consultation et les chambres fédérales.

Le *de cuius* porte une grande part de responsabilité dans la coordination de sa succession. Il doit être bien renseigné pour faire des choix en connaissant leurs conséquences et imbrications. Il semble justifié que le *de cuius*, qui utilise la liberté de planification qui lui est accordée, doive en prendre les responsabilités, en tenant compte du risque de créer une situation inconfortable pour les ayants-droits à sa succession. Il ressort de ce travail que la planification d'une succession internationale est difficile. Les choix possibles pour le *de cuius* ont des conséquences pas toujours souhaitées sur d'autres aspects de la succession. Les dispositions ont beaucoup de liens entre elles.

²⁵⁷ ROMANO, Avant-projet, p. 23.

²⁵⁸ OFJ, Synthèse, p. 6.

Le REu a permis une avancée en termes d'unification du droit. Il a des impacts sur les Suisses résidant dans un État membre et les personnes dont la dernière résidence habituelle est en Suisse mais ayant des biens dans un État lié par le REu. La Suisse a saisi l'opportunité, créée par son entrée en vigueur, d'améliorer la sécurité juridique en harmonisant une partie de son droit. Le bénéfice pour les justiciables ne fait pas de doute mais le règlement d'une succession internationale reste complexe. Un accord multilatéral serait, malgré tout, plus apte à éviter les différents problèmes évoqués résultant des différences entre les législations de l'Union européenne et de la Suisse applicables aux successions internationales.