

# La soumission de la succession au droit anglais : discussion de quelques questions controversées

ANDREA BONOMI\*

## Table des matières

<b>I. Remarques introductives .....</b>	<b>132</b>
<b>II. L'applicabilité du droit successoral anglais en Suisse .....</b>	<b>133</b>
1. Bref rappel des règles de droit international privé.....	133
2. Les principaux cas d'applicabilité du droit anglais en Suisse.....	134
2.1 De cujus domicilié en Suisse .....	134
a) À défaut de <i>professio juris</i> .....	134
b) Le choix de la loi anglaise .....	135
2.2 De cujus domicilié à l'étranger.....	136
2.3 Application du droit anglais à des questions spécifiques.....	138
<b>III. Certaines particularités du droit anglais et leur accueil en Suisse .....</b>	<b>139</b>
1. La liberté testamentaire.....	139
1.1 Le droit anglais .....	139
1.2 L'accueil du droit anglais en Suisse .....	140
2. La « family provision ».....	143
2.1 Le droit anglais .....	143
a) L'origine de l'institution.....	143
b) Ses potentiels bénéficiaires.....	144
c) L'appréciation discrétionnaire du juge .....	145
d) Le fondement <i>lato sensu</i> alimentaire .....	146
e) Les modalités d'attribution .....	150

---

\* Professeur à l'Université de Lausanne ; directeur du Centre de droit comparé, européen et international ; co-directeur du LL.M. in International Business Law.

2.2	L'applicabilité de la « family provision » en Suisse.....	150
a)	La condition d'application territoriale .....	151
b)	Les difficultés pratiques liées à l'application de la « family provision » en Suisse .....	156
3.	La révocation du testament par mariage subséquent .....	158
3.1	Le droit anglais .....	158
3.2	L'application de ces règles en Suisse .....	160
<b>IV.</b>	<b>Conclusion .....</b>	<b>164</b>
<b>V.</b>	<b>Bibliographie.....</b>	<b>165</b>

## **I. Remarques introductives**

Cette contribution vise à analyser quelques problèmes spécifiques auxquels les juridictions et les notaires suisses sont confrontés lorsqu'une succession est régie par le droit anglais.

Comme d'autres systèmes juridiques de *common law*, le droit anglais prévoit des règles et des institutions souvent très différentes de celles des droits de tradition civiliste. Les divergences très marquées qui existent dans le domaine successoral soulèvent plusieurs problèmes particuliers. Ne pouvant pas aborder l'ensemble de ces questions dans le cadre de cette contribution, nous avons choisi d'analyser uniquement trois problématiques qui se posent fréquemment dans le cadre d'une succession testamentaire ayant trait à l'Angleterre : il s'agit de l'absence de la réserve héréditaire, de l'application des règles régissant cet « équivalent fonctionnel » de la réserve qu'est la « family provision » et de la révocation du testament en cas de mariage subséquent du testateur.

Avant de s'y intéresser de plus près, il convient de rappeler les hypothèses dans lesquelles une succession peut être régie par le droit anglais à l'aune des règles de droit international privé.

## II. L'applicabilité du droit successoral anglais en Suisse

### 1. Bref rappel des règles de droit international privé

En guise d'introduction, il convient de noter, avant tout, qu'une succession internationale ayant des liens avec la Suisse et l'Angleterre est régie, pour l'essentiel, par les règles de conflit de lois de droit commun en vigueur dans ces deux pays. Ceux-ci ne sont en effet liés par aucune convention internationale touchant à la matière successorale, ni bilatérale ni multilatérale, à la seule exception de la Convention de La Haye de 1961 sur la validité formelle des dispositions testamentaires<sup>1</sup>. La Convention de Lugano – qui deviendra de toute manière inapplicable dans les relations avec le Royaume-Uni suite au Brexit – exclut expressément les successions de son domaine d'application<sup>2</sup>. Quant au Règlement européen n° 650/2012 (ci-après : « Règlement européen »)<sup>3</sup>, il n'est applicable ni en Suisse ni au Royaume Uni, ce pays ayant en effet finalement refusé de participer à l'adoption de ce texte, après avoir activement participé à son élaboration<sup>4</sup>.

En Suisse, les règles de droit international privé en matière successorale sont contenues dans le chapitre 6 de la Loi fédérale sur le droit international privé (ci-après : « LDIP »)<sup>5</sup>, un texte qui est actuellement en cours de révision<sup>6</sup>. En Angleterre, ces règles sont pour la plupart d'origine jurisprudentielle, même si des règles spéciales sur les conflits de lois figurent parfois dans des textes législatifs (« statutes »)<sup>7</sup>.

Même si notre analyse se focalise sur le droit international privé suisse, il convient de constater que la plupart des questions que nous allons étudier sont éga-

---

<sup>1</sup> Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires du 5 octobre 1961, RS 0.211.312.1. Cette convention est en vigueur pour le Royaume-Uni depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1964 et pour la Suisse depuis le 17 octobre 1971.

<sup>2</sup> Art. 1<sup>er</sup> par. 2 *lit.* a.

<sup>3</sup> Règlement (UE) n° 650/2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, J.O. L 201 du 27 juillet 2012, p. 107.

<sup>4</sup> Cf. BONOMI/WAUTELET, Commentaire du Règlement 650/2012, Introduction n° 14 ss.

<sup>5</sup> Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, RS 291.

<sup>6</sup> Modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Successions), Avant-projet et Rapport explicatif mis en consultation en janvier 2018 (cités ci-après comme « AP-LDIP » et « Rapport explicatif »), accessibles à l'adresse : <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-02-14/vn-ber-f.pdf>.

<sup>7</sup> Nous analyserons par la suite la section 1 du *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* de 1975 (cf. *infra*, point III, 2.2, a).

lement susceptibles de se poser dans d'autres pays civilistes et notamment dans les Etats membres de l'Union européenne qui sont liés par le Règlement européen. Ce texte consacre des solutions assez semblables au droit international privé suisse, prévoyant notamment l'application du droit de la dernière résidence habituelle du *de cuius* (art. 21) et permettant à celui-ci d'y déroger par une *professio juris* en faveur de la loi de son Etat national (art. 22)<sup>8</sup>. En application de ce texte, il est possible que les juridictions et les notaires des Etats membres soient confrontés à l'application du droit anglais des successions.

## 2. Les principaux cas d'applicabilité du droit anglais en Suisse

### 2.1 De cuius domicilié en Suisse

#### a) À défaut de *professio juris*

Lorsque le défunt était domicilié en Suisse, les autorités suisses, compétentes pour régler la succession et pour trancher des litiges successoraux au sens de l'art. 86 al. 1<sup>er</sup> LDIP, appliquent en principe le droit suisse.

Le droit anglais peut néanmoins s'avérer applicable à des immeubles sis en Angleterre. Pour ces biens, les juridictions anglaises revendiquent, en effet, une compétence exclusive<sup>9</sup> qui va de pair avec l'application du droit anglais<sup>10</sup>. Le droit international suisse respecte cette exclusivité au sens de l'art. 86 al. 2 LDIP. Dès lors, les autorités suisses ne sont pas compétentes pour statuer sur les immeubles en question et ne seront donc pas directement confrontées avec les difficultés liées à l'application du droit anglais. Dans ce cas, il se posera en revanche un problème de scission de la succession<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Pour une comparaison entre le Règlement européen et le chapitre 6 de la LDIP, nous renvoyons à BONOMI, Le Règlement, p. 391 ss. Cf. également, dans ce volume, la contribution de FLORENCE GUILLAUME.

<sup>9</sup> DICEY, MORRIS & COLLINS, Conflict of Laws, Rule 40, N 14-05 (« [...] English courts do not admit the jurisdiction of any foreign court to determine a person's title, under a will or otherwise, to English immovables ») ; CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, Private international Law, p. 534 ; CLARKSON/HILL, Conflict of Laws, p. 172. Cf. *Boyse v. Collough* (1854) 1 K & J. 124 ; *Re Hoyles* [1911] 1 Ch. 179, 185-186 (CA).

<sup>10</sup> DICEY, MORRIS & COLLINS, Conflict of Laws, N 27R-017 ss, 27R-054 ss ; CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, Private International Law, p. 1264, 1277 ss.

<sup>11</sup> Sur la scission successorale voir, dans ce volume, les contributions de DENIS PIOTET et YVAN LEUPIN. Pour une analyse comparative cf. BONOMI, Successions internationales, N 23 ss.

## b) Le choix de la loi anglaise

L'art. 90 al. 2 LDIP permet au *de cuius* de nationalité étrangère de soumettre sa succession, par un testament ou un pacte successoral, au droit de l'un des Etats dont il possède la nationalité<sup>12</sup>. Dès lors, un ressortissant anglais domicilié en Suisse peut désigner le droit anglais comme applicable à sa succession<sup>13</sup>, y compris s'il possède également d'autres nationalités étrangères.

En cas de *professio juris*, les autorités suisses demeurent compétentes et devront statuer en application du droit successoral anglais.

Cette possibilité est à présent exclue pour les personnes de nationalité anglaise et suisse. Cependant, l'avant-projet de révision du chapitre 6 de la LDIP élargit le rôle de l'autonomie de la volonté, dans la mesure où il vise à permettre la *professio juris* aux personnes ayant une double nationalité suisse et étrangère<sup>14</sup>. En outre, une *professio juris* faite en faveur du droit national étranger ne sera plus caduque en cas d'acquisition de la nationalité suisse ou de perte de la nationalité étrangère en question<sup>15</sup>.

Il y a actuellement environ 41'000 ressortissants anglais avec une résidence permanente en Suisse<sup>16</sup>.

Ce nombre est relativement modeste, surtout si on le compare au nombre total d'étrangers résidant en Suisse<sup>17</sup> et notamment à ceux ayant la nationalité d'autres Etats européens de taille comparable à l'Angleterre, tels que l'Italie, l'Allemagne et la France<sup>18</sup>. En dépit de cela, les cas de *professio juris* en faveur du droit anglais sont relativement fréquents. En effet, les Britanniques sont culturellement très attachés à la liberté de disposer à cause de mort et se prévalent très souvent du droit d'établir un testament. Dans leur acte de dernière volonté,

---

<sup>12</sup> Sur la *professio juris* voir, dans ce volume, les contributions de FLORENCE GUILLAUME et d'ILARIA PRETELLI. Cf. aussi BONOMI/BERTHOLET, La *professio juris*, p. 355 ss.

<sup>13</sup> Pour un cas concret, cf. ATF 102 II 136, *Hirsch c. Cohen*, sur lequel *infra*, point III, 1.2.

<sup>14</sup> Cf. l'art. 90 al. 2 de l'AP-LDIP et la contribution de FLORENCE GUILLAUME.

<sup>15</sup> Art. 9 al. 3 de l'AP-LDIP.

<sup>16</sup> Statistique sur les étrangers, établie par le Secrétariat d'Etat aux migrations (état : août 2018), accessible à l'adresse : <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/publiservice/statistik/auslaenderstatistik/archiv/2018/12.html> (2 mai 2019). Ce nombre ne devrait pas changer fondamentalement suite au Brexit, compte tenu de l'accord sur les droits des citoyens, signé entre le Royaume-Uni et la Suisse le 25 février 2019, accessible à l'adresse : <https://www.dfae.admin.ch/dea/fr/home/verhandlungen-offene-themen/offene-themen/brexit.html> (2 mai 2019).

<sup>17</sup> Environ 2'081'169, selon la statistique sur les étrangers (voir n. 16).

<sup>18</sup> Respectivement : 321'000, 307'000 et 133'000, selon la statistique sur les étrangers (voir n. 16).

ils sont tout naturellement amenés à choisir le droit anglais comme applicable à leur succession, dans la mesure où celui-ci, ne connaissant pas la réserve successorale, leur accorde une liberté testamentaire bien plus large que le droit suisse<sup>19</sup>.

En outre, même si le testateur de nationalité anglaise omet de choisir expressément son droit national, un tel choix peut parfois ressortir de manière implicite du contenu ou des caractéristiques du testament<sup>20</sup>. Ainsi, il arrive assez souvent que le testateur anglais choisisse d'établir son testament selon les formalités prévues par le droit anglais. Non seulement un tel testament est formellement valable en vertu de la Convention de La Haye de 1961<sup>21</sup>, mais il peut également indiquer que le disposant souhaitait soumettre sa succession au droit anglais. La structure du testament et les termes utilisés peuvent aussi constituer des indices, comme le fait que l'acte a été confectionné par un avocat anglais ou sur le fondement de ses conseils<sup>22</sup>. Un choix tacite peut également ressortir de la référence à des règles, à des notions ou à des institutions propres du droit anglais : typiquement, la constitution d'un *trust* testamentaire<sup>23</sup> ou la référence à la législation sur la « family provision »<sup>24</sup>. Accompagné d'autres indices, même l'exclusion d'un proche qui aurait en droit suisse la qualité d'héritier réservataire, peut révéler la volonté du défunt de soumettre sa succession au droit anglais.

## 2.2 De *cujus domicilié à l'étranger*

Dans le cas d'un *de cuius* domicilié à l'étranger, les autorités suisses ne sont compétentes pour statuer sur la succession que dans des cas particuliers.

---

<sup>19</sup> Cf. *infra*, point III, 1.1.

<sup>20</sup> L'admissibilité de la *professio juris* tacite est bien établie en jurisprudence : ATF 125 III 35, c. 2 et 3 ; arrêt du TF du 24 juin 2002, 5P.198/2002, c. 2 et 3. Cf. BONOMI/BERTHOLET, *La professio juris*, p. 365 ss.

<sup>21</sup> En vertu de l'art. 1<sup>er</sup> de la Convention, un testament est valable quant à la forme lorsqu'il est établi conformément à la loi de l'État dont le testateur a la nationalité au moment de l'acte ou au moment du décès.

<sup>22</sup> Dans l'ATF 125 III 35, c. 2 et 3, le Tribunal fédéral a jugé que l'utilisation, dans un testament établi en Allemagne par un notaire allemand, d'une terminologie propre au droit allemand, constitue un indice suffisant de la volonté de la testatrice de soumettre sa succession au droit allemand.

<sup>23</sup> DUTOIT, *Droit international privé*, art. 90 N 1 bis (dans la 4<sup>e</sup> édition de son Commentaire). Ceci est également admis pour le Règlement européen : cf. BONOMI/WAUTELET, *Commentaire du Règlement 650/2012*, art. 22 N 60 (avec d'autres références).

<sup>24</sup> Cf. *infra*, point III, 1.1.

S'agissant d'un *de cuius* suisse, la compétence suisse peut se fonder sur l'art. 87 al. 1<sup>er</sup> et 2. Dans ces hypothèses, la succession est normalement régie par le droit suisse en vertu de l'art. 91 al. 2 LDIP, à moins que, par testament ou pacte successoral, le *de cuius* réserve expressément l'application du droit de son Etat de domicile. Il s'agit d'une *professio juris* à l'inverse, qui peut conduire, dans le cas de domicile en Angleterre, à l'application du droit anglais.

Le droit anglais peut également s'avérer applicable en Suisse à la succession d'un *de cuius* étranger domicilié à l'étranger. L'art. 88 LDIP prévoit une compétence subsidiaire des autorités suisses du lieu de situation de biens faisant partie de la succession, dans la mesure où les autorités étrangères ne s'en occupent pas. Tel est souvent le cas lorsque le défunt était domicilié en Angleterre. Dans un tel cas, les autorités anglaises procéderont à la nomination d'un « personal representative », chargé de régler la succession. Celui-ci peut prendre possession des biens sis en Suisse<sup>25</sup>, mais il n'est généralement pas tenu de le faire<sup>26</sup>. S'il n'entreprend aucune démarche par rapport aux biens situés en Suisse, les autorités suisses du lieu de situation seront compétentes à titre subsidiaire en vertu de l'art. 88 al. 1<sup>er</sup> LDIP.

Dans ce cas, la succession sera régie par le droit désigné par les règles de droit international privé de l'Etat du dernier domicile (art. 91 al. 1<sup>er</sup> LDIP). Compte tenu de celles-ci, le droit anglais sera applicable aux biens mobiliers, car le droit international privé anglais les soumet, de même que le droit suisse, à la loi du dernier domicile<sup>27</sup>. Quant aux immeubles, les règles de conflit anglaises désignent la *lex situs*, à savoir le droit suisse ; cependant, les juridictions anglaises tiennent compte, à leur tour, du renvoi au droit du dernier domicile, tel qu'il résulte de l'art. 91 al. 1<sup>er</sup> LDIP<sup>28</sup>. Selon l'opinion majoritaire en Suisse, ce cas de « chassé-croisé » doit être résolu par l'application du droit matériel anglais<sup>29</sup>. L'avant-projet de révision consacre cette solution par une règle expresse<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> DICEY, MORRIS & COLLINS, Conflict of Laws, Rule 142, N 26-027 ; CLARKSON/HILL, Conflict of Laws, p. 498.

<sup>26</sup> Une obligation dans ce sens ne subsiste que si la liquidation des biens sis à l'étranger s'avère nécessaire pour satisfaire des créanciers domiciliés en Angleterre : cf. *Re Fitzpatrick* [1952] Ch. 86 (dans ce cas, il était question de biens mobiliers sis à l'étranger, mais le même principe devrait s'appliquer aux immeubles).

<sup>27</sup> DICEY, MORRIS & COLLINS, Conflict of Laws, N 27R-010 ss, 27R-023 ss.

<sup>28</sup> CLARKSON/HILL, Conflict of Laws, p. 507.

<sup>29</sup> À l'instar de la jurisprudence anglaise, la plupart des auteurs suisses se fonde sur la *foreign court theory* : CoRo LDIP/CL - BUCHER, art. 14 N 30 ; KUHN, Der Renvoi, p. 87 (avec cependant une exception lorsque la succession n'a pas de liens très étroits avec le droit étranger en question) ; SIEHR, Internationales Privatrecht, p. 165 ; WESTENBERG, Staatsangehörigkeit, p. 154. Cette opinion ne fait cependant pas l'unanimité. Ainsi, DUTOIT, Droit inter-

### 2.3 Application du droit anglais à des questions spécifiques

Le droit anglais peut également être applicable à certains aspects de la succession, en vertu de règles de conflits spéciales de la LDIP qui utilisent un autre critère de rattachement que celui du dernier domicile du défunt.

Ainsi, s'agissant de la validité formelle d'une disposition de dernière volonté, l'art. 93 renvoie à la Convention de La Haye de 1961, qui prévoit, à son art. 1<sup>er</sup>, un grand nombre de critères de rattachement alternatifs : le lieu de confection de l'acte ; le domicile, la résidence habituelle et la nationalité du disposant, tant au moment du décès qu'au moment de la rédaction du testament ; le lieu de situation d'un bien immobilier. Il se peut que le droit anglais, applicable en vertu de l'un de ces critères, permette de valider un testament qui serait autrement non valable du point de vue formel. Tel pourrait, par exemple, être le cas lorsqu'un testament formellement valable selon le droit anglais a été établi en Suisse par un testateur anglais domicilié en Suisse ou par un testateur suisse domicilié en Angleterre, ou encore en Angleterre par un testateur suisse domicilié en Suisse.

Enfin, en vertu des articles 94 ou 95, le droit anglais peut également s'avérer applicable, dans certains cas, à la capacité de disposer ou à la validité d'un pacte successoral. Les cas d'application d'un droit étranger à la validité d'un acte à cause de mort sont destinés à devenir plus fréquents si l'avant-projet de révision du chapitre 6 LDIP est accepté<sup>31</sup>.

---

national privé, art. 91 n° 4, applique la *foreign court theory* à l'inverse : pour lui, les autorités étrangères doivent se rallier aux autorités suisses ce qui conduirait à l'application du droit matériel suisse. Selon une autre opinion, le renvoi au premier degré au droit suisse doit toujours s'entendre comme un renvoi au droit matériel (« Sachnormverweisung »), avec la conséquence que le droit suisse est applicable : BaKo IPRG - SCHNYDER/LIATOWITSCH, art. 91 n° 6 ; ZüKomm. IPRG 2018 - KÜNZLE, Art. 91 n° 12 : cette solution est conforme à celle du droit international privé allemand, en vertu de laquelle le renvoi au premier degré au droit allemand est toujours « interrompu » (« unterbrochen » : cf. art. 4 al. 2, 2<sup>e</sup> phrase EGBGB). Une position intermédiaire est celle de ZüKomm. IPRG 2003 - HEINI, Art. 91 n° 3 et 13 (en principe *foreign court theory*, mais application du droit suisse aux immeubles sis en Suisse). Selon encore une autre opinion, l'art. 91 al. 1<sup>er</sup> LDIP ne peut pas être compris comme comportant un renvoi au premier degré au droit du domicile du défunt : VON OVERBECK, Das neue schweizerische Bundesgesetz, p. 332 ss ; STURM, Der missverständene, p. 347.

<sup>30</sup> Cf. la deuxième phrase de l'art. 91 al. 1<sup>er</sup> de l'AP-LDIP.

<sup>31</sup> En effet, l'avant-projet préconise l'introduction d'une règle de conflit spéciale en vertu de laquelle la validité au fond d'un testament serait régie par la loi du domicile du testateur au moment de l'établissement de l'acte (art. 94 de l'AP-LDIP), ce qui peut conduire à l'application d'un droit étranger même si le domicile est en Suisse au moment du décès. Pour une analyse détaillée nous renvoyons à BONOMI, La révision, point II, B.



### III. Certaines particularités du droit anglais et leur accueil en Suisse

#### 1. La liberté testamentaire

##### 1.1 *Le droit anglais*

Il est bien connu que le testateur jouit en Angleterre ainsi que dans la plupart des pays de *common law* d'une liberté de disposition très étendue.

Il est piquant de relever que cette liberté testamentaire, chérie par les anglo-saxons, n'a été qu'assez tardivement admise en Angleterre. Le droit anglo-saxon issu des coutumes germaniques ne connaissait même pas l'institution du testament. Progressivement reconnues en matière mobilière, les dispositions à cause de mort n'ont été admises pour les biens immobiliers qu'au XVI<sup>e</sup> siècle, et ce non pas par le droit judiciaire mais par un texte législatif, le « Statute of Wills » de 1540<sup>32</sup>.

Bien qu'entière par rapport aux descendants, la liberté testamentaire était encore limitée jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle par quelques prérogatives reconnues en droit féodal au profit de l'époux et de l'épouse survivants, respectivement le « *courtesy* » et le « *dower* », consistant en une sorte de droit d'usufruit sur certains biens de la succession<sup>33</sup>. Ce n'est qu'après l'abolition de ces droits féodaux<sup>34</sup> que cette liberté est devenue absolue, tant en Angleterre que dans plusieurs autres pays issus de l'ancien Empire britannique.

Cette situation n'a cependant pas duré très longtemps<sup>35</sup>. A partir de 1900 déjà la lacune de protection laissée par l'absence de la réserve a été au moins partiellement comblée par une institution comparable, la dénommée « *family provision* ». Avant de l'étudier plus en détail, il convient de s'attarder quelque peu sur l'accueil réservé en Suisse à un droit étranger ne prévoyant pas de réserve successorale.

---

<sup>32</sup> OUGHTON, *Tyler's Family Provision*, p. 3 ss.

<sup>33</sup> OUGHTON, *Tyler's Family Provision*, p. 3 ss.

<sup>34</sup> Par une loi de 1891, le *Mortmain and Charitable Uses Act*.

<sup>35</sup> LEARMONTH/FORD/CLARK/MARTYN, *Williams, Mortimer & Sunnucks*, n° 53-20, p. 1017 : « [...] complete testamentary freedom only existed in England for some 47 years, from 1891 to 1938 »; SAWYER/SPERO, *Succession*, n° 15.1.2, p. 314.

## 1.2 L'accueil du droit anglais en Suisse

La liberté testamentaire reconnue par le droit anglais ne pose, en principe, aucune difficulté du point de vue suisse.

Comme il est bien connu, le Tribunal fédéral a jugé dans le cas *Hirsch c. Cohen* de 1976<sup>36</sup> qu'une *professio juris* par un testateur anglais au profit de son droit national n'est pas abusive, au sens de l'art. 2 CC, quand bien même le testateur n'aurait pas maintenu de relations avec son pays d'origine et se serait prévalu du choix du droit anglais pour exhériter l'un de ses enfants<sup>37</sup>.

Les juges fédéraux réservent certes deux hypothèses, dont la preuve paraît cependant particulièrement difficile à établir : la première est celle où le *de cuius* n'aurait « acquis ou conservé la nationalité britannique que pour pouvoir disposer de la grande liberté de tester garantie par le droit anglais »<sup>38</sup> ; la deuxième se produirait lorsque celui-ci « aurait éveillé [...] la confiance » de son héritier qu'il recevrait sa réserve<sup>39</sup>.

Qui plus est, l'arrêt *Hirsch* exclut, assez sèchement, que l'application d'un droit étranger ne connaissant pas la réserve héréditaire soit incompatible avec l'ordre public suisse<sup>40</sup>. L'argumentation du Tribunal fédéral repose essentiellement sur « les exigences de sécurité du droit », dans la mesure où il considère qu'il serait difficile de « fixer la limite » entre une application intégrale des règles suisses en matière de réserve – laquelle rendrait « largement inefficace » la *professio juris* pourtant autorisée par la loi – et l'intervention de l'ordre public dans les seuls cas où « l'héritier réservataire ne recevrait absolument rien »<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> ATF 102 II 136 (1976), in : JdT 1976 I 595.

<sup>37</sup> ATF 102 II 136, c. 3.

<sup>38</sup> ATF 102 II 136, c. 3b. La *professio juris* serait donc abusive s'il était établi que le *de cuius* avait acquis la nationalité étrangère au seul but de profiter d'une plus large liberté testamentaire prévue par celui-ci ; cf. aussi DUTOIT, Droit international privé, art. 90 N 7. Si l'on fait abstraction des difficultés au plan probatoire, on peut admettre que cette hypothèse puisse se produire en relation avec certaines nationalités étrangères dont l'acquisition est particulièrement aisée, surtout pour les personnes fortunées (telles les nationalités chypriote ou maltaise), mais elle paraît plutôt irréaliste en ce qui concerne la nationalité anglaise, la naturalisation étant soumise au Royaume-Uni à des conditions plutôt strictes.

<sup>39</sup> ATF 102 II 136, c. 3c. Cf. aussi DUTOIT, Droit international privé, art. 90 N 7 ; BaKo IPRG - SCHNYDER/LIATOWITSCH, art. 90 N 19, pour qui la confiance d'un héritier serait éveillée lorsque celui-ci accepte de travailler pendant des années dans l'entreprise familiale dans l'expectative d'hériter celle-ci au moment du décès.

<sup>40</sup> ATF 102 II 136, c. 4.

<sup>41</sup> ATF 102 II 136, c. 4a.

Cette décision a fait couler beaucoup d'encre<sup>42</sup> et est encore aujourd'hui critiquée par certains auteurs<sup>43</sup>.

Il faut bien reconnaître que la décision du Tribunal fédéral est particulièrement radicale. S'il est vrai qu'un consensus semble se dessiner au sein de plusieurs pays européens quant à la non-appartenance de la réserve à l'ordre public international<sup>44</sup>, cette affirmation de principe est parfois assortie de quelques tempéraments. Ainsi, dans ses récents arrêts *Jarre* et *Colombier*<sup>45</sup>, la Cour de cassation française a bel et bien énoncé, dans deux cas concernant le droit de Californie, que la réserve des descendants ne fait pas partie de l'ordre public international, mais elle a pris soin de préciser qu'il en va autrement lorsque les héritiers exhérédés risquent de se trouver « dans le besoin ou dans la précarité ». Bien que le seuil de tolérance ainsi fixé ne se prête pas à une concrétisation aisée, l'approche nuancée des juges du Quai de l'Horloge suscite plus de sympathie que celle, indifférenciée, de leurs homologues de Mon Repos.


Malgré l'absence d'une jurisprudence topique, des auteurs allemands suggèrent-ils également une solution en demi-teinte, permettant d'accepter des règles étrangères plus libérales tout en gardant une protection minimale des héritiers réservataires<sup>46</sup>. Cette prudence paraît d'autant plus justifiée que la Cour constitutionnelle allemande a jugé, dans une décision assez récente, que les règles internes qui garantissent une quotité réservée (« Pflichtteil ») aux enfants du défunt sont l'expression d'un principe constitutionnel<sup>47</sup>.

Bien qu'implicitement avalisée par le législateur fédéral, et ce à deux reprises – lors de l'élaboration de la LDIP<sup>48</sup> ainsi que dans le cadre de la révision du cha-

---

<sup>42</sup> HAUSHEER, RSJB 1978, p. 193 ss ; HANISCH, *Professio iuris*, p. 473 ss ; LALIVE, ASDI 1977, p. 334 ss ; LALIVE, *Un anachronisme*, p. 443 ss.

<sup>43</sup> CoRo LDIP/CL - BUCHER, art. 90 N 8.

<sup>44</sup> Pour l'Espagne, cf. Tribunal supremo, 15 novembre 1996, *Lowenthal*, suivi par plusieurs décisions de juridictions de . Pour l'Italie, cf. Corte di cassazione, 24 juin 1996, n° 5832, *Riv. dir. int. priv.* 2000, p. 784.

<sup>45</sup> Cass. civ., 27 septembre 2017, affaires n° 16-13151 et 16-17198. Voir les commentaires de FULCHIRON, *Ordre public*, p. 2310 ; NOURISSAT/REVILLARD, *La réserve*, p. 2120 ss.

<sup>46</sup> DÖRNER, *Internationale Erbrecht*, art. 25, N 731.

<sup>47</sup> Dans l'arrêt du 19 avril 2005 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 1561) la Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*) a considéré qu'une participation minimale des enfants du défunt à la succession est garantie par la Constitution fédérale, et ce indépendamment de leur condition économique.

<sup>48</sup> En 1987, le Parlement a rejeté la proposition d'inclure dans la LDIP une disposition spécifique visant à limiter, dans un but de protection des héritiers réservataires, les effets de la *professio juris* : cf. l'art. 91 al. 2 du projet initial de la LDIP. Cf. ZüKomm. IPRG 2003 -

pitre 6 LDIP en cours<sup>49</sup> – la jurisprudence *Hirsch* n'est pas inscrite dans le marbre.

Il convient de noter que, dans l'affaire topique, la fille du testateur ne faisait guère état d'une particulière faiblesse économique : le Tribunal fédéral ne serait-il pas amené à assouplir sa position – ne fut-ce que pour des raisons d'équité – dans des cas plus problématiques, par exemple lors d'exhérédation d'un enfant mineur, handicapé ou nécessiteux ?

De même, la jurisprudence suisse n'a pour l'instant pas été confrontée avec l'hypothèse d'une exhérédation du conjoint ou partenaire enregistré survivant. Dans un tel cas, si les relations patrimoniales du couple sont régies par le droit suisse ou par un autre droit de tradition civiliste, le conjoint aura généralement droit à une créance de participation ou même un droit de propriété sur une part congrue des acquêts, ce qui devrait généralement le préserver de la précarité économique. Qu'en est-il cependant si les relations patrimoniales des conjoints sont régies par un droit qui ne connaît pas la notion de régime matrimonial ou qui prévoit un régime légal de séparation des biens ? L'ordre public suisse peut-il vraiment s'accommoder d'une situation dans laquelle le jeu combiné de la séparation des biens et de l'absence de réserve priverait entièrement le conjoint survivant de tout droit sur les biens du défunt, le laissant, cas échéant, dans un état de besoin ?<sup>50</sup>

La récente proposition du Conseil fédéral d'introduire en droit suisse une créance d'assistance au profit du partenaire de vie<sup>51</sup> est à double titre intéressante dans ce débat. D'une part, il est relevé dans le Message qu'« [i]l paraît choquant d'admettre qu'au décès de son partenaire de vie, la succession revienne entièrement aux héritiers légaux, le laissant dans une situation de besoin

---

HEINI, art. 90 N 16 ; CHAPPUIS, Véhicules successoraux, p. 43. Selon LALIVE, Un anachronisme, p. 444, aucun argument ne peut être tiré de ce vote.

<sup>49</sup> Les modifications proposées au chapitre 6 LDIP – loin de remettre en cause la jurisprudence *Hirsch* – tendent à l'inverse à élargir l'espace de liberté reconnu au *de cuius* : non seulement l'avant-projet élargit la *professio juris* aux binationaux domiciliés en Suisse (voir n. 4), mais il leur donne également la possibilité de déroger à la compétence des juridictions suisses au profit des juridictions de leur État national : art. 86 al. 3 de l'AP-LDIP (cf. la contribution de GIAN PAOLO ROMANO).

<sup>50</sup> Cf. aussi BaKo IPRG - SCHNYDER/LIATOWITSCH, art. 90 N 19 (« Zum Beispiel wäre ein Fall näher zu untersuchen, in welchem das völlige Übergehen eines nach schweizerischer Rechtsauffassung Pflichtteilgeschützten zu einer existentiellen Notlage bei der betreffenden Person führte ») ; HANISCH, *Professio iuris*, p. 483.

<sup>51</sup> Cf. le nouvel art. 606a du Code civil, tel que proposé dans le projet de révision du droit des successions du 29 août 2018, FF 2018 5953.

et sans autre perspective que celle de demander l'assistance publique »<sup>52</sup> : si tel est le cas pour un partenaire de vie, ne convient-il de l'admettre *a fortiori* pour le conjoint ou le partenaire enregistré survivant ? D'autre part, la prévision d'une créance d'assistance devant être déterminée au cas par cas, à la lumière des circonstances de l'espèce, fragilise l'argument tiré de la sécurité juridique sur lequel repose finalement l'arrêt *Hirsch*.

Cruciales par rapport au droit de certains pays anglo-saxons, ces interrogations concernant une possible intervention de l'ordre public s'avèrent, en réalité, moins pressantes en relation avec le droit anglais, pourvu que celui soit correctement compris et appliqué par les juridictions suisses. En effet, la liberté testamentaire tant vantée (ou décriée) y est en réalité loin d'être absolue, le droit anglais connaissant ce que les comparatistes appellent un « équivalent fonctionnel » de la réserve, la dénommée « family provision ».

C'est inviter à s'y intéresser maintenant de plus près.

## 2. La « family provision »

### 2.1 *Le droit anglais*

#### a) **L'origine de l'institution**

Née aux antipodes de la métropole, en Nouvelle Zélande<sup>53</sup>, et progressivement adoptée dans un nombre croissant d'anciennes colonies anglaises (notamment plusieurs Etats d'Australie et plusieurs provinces anglophones du Canada<sup>54</sup>), la « family provision » a été finalement importée en Angleterre par une loi de 1938, l'*Inheritance (Family Provision) Act*<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Message concernant la révision du code civil suisse (Droit des successions), n° 18.069, FF 2018 5910.

<sup>53</sup> *Testator Family Maintenance Act* de 1900 : de l'avis d'un auteur, cette loi est « unquestionably one of the great and original contributions of New Zealand to modern law » : cf. OUGHTON, *Tyler's Family Provision*, p. 7.

<sup>54</sup> Un mécanisme de protection semblable à la « family provision » existe également dans la province civiliste du Québec où l'art. 684 ss du Code civil prévoit des obligations alimentaires *post mortem* en faveur de certains proches du défunt.

<sup>55</sup> OUGHTON, *Tyler's Family Provision*, p. 7 ss ; BURROWS, *English private law*, n° 7.219, p. 470.

Cette loi a été ensuite revisitée par l'*Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* de 1975, à son tour remanié à quelques reprises, mais encore en vigueur aujourd'hui<sup>56</sup>.

En vertu de ces « statuts », certains proches du *de cuius* se voient reconnaître la possibilité d'engager une procédure devant les tribunaux (en principe, la *High Court of Justice*) afin de requérir une prestation à la charge de la succession, ce qu'on appelle justement la « family provision ».

#### **b) Ses potentiels bénéficiaires**

Le cercle des bénéficiaires de cette attribution financière est potentiellement très large<sup>57</sup> – bien plus étendu que celui des héritiers réservataires en Suisse et dans la plupart des pays civilistes. Hormis le conjoint<sup>58</sup>, le partenaire enregistré (« civil partner »)<sup>59</sup> et les enfants du défunt<sup>60</sup> (à savoir des proches qui auraient la qualité d'héritiers réservataires en Suisse), une demande de « family provision » peut également être déposée :

- par un ex-conjoint, tant qu'il/elle ne s'est pas remarié/e<sup>61</sup> ;
- toute personne qui, malgré l'absence de liens biologiques, était traitée par le défunt comme s'il/elle était son enfant (« a child of the family »)<sup>62</sup> ;
- le concubin ou partenaire de fait à la condition qu'il ait cohabité avec le défunt « comme mari et femme » pendant les deux ans immédiatement précédant le décès<sup>63</sup>, ainsi que

---

<sup>56</sup> Les principales modifications ont été introduites par le *Law Reform (Succession) Act* de 1995 et par le *Civil Partnership Act* de 2004.

<sup>57</sup> Cf. la section 1(1) de la loi de 1975.

<sup>58</sup> Section 1(1)(a).

<sup>59</sup> Section 1(1)(a) de la loi de 1975, comme modifiée par le *Civil Partnership Act* de 2004.

<sup>60</sup> Section 1(1)(c) de la loi de 1975.

<sup>61</sup> Section 1(1)(b) de la loi de 1975.

<sup>62</sup> Section 1(1)(d) de la loi de 1975.

<sup>63</sup> Section 1(1A) de la loi de 1975, introduite par le *Law Reform (Succession) Act* de 1995. Cette réforme favorise les demandes déposées par le concubin ou partenaire de fait du défunt, celui-ci ne devant plus démontrer qu'il était économiquement dépendant du défunt au moment du décès (contrairement à ce qui est indiqué dans le Message du Conseil fédéral du 29.8.2018, FF 2018 5865, p. 5917). A défaut de cette preuve, certaines demandes avaient été rejetées par le passé : cf. *Jelley c. Iliffe*, [1981] Fam. 128. Cette solution n'est pas sans rappeler la « créance d'assistance » prévue au profit du partenaire de vie dans le projet de modernisation du droit suisse des successions (nouvel art. 606a CC). Des modifications im-

- toute personne qui, même en l'absence de tout lien de famille ou d'alliance, dépendait économiquement du défunt, en tout ou en partie, dans la période immédiatement antérieure au décès<sup>64</sup>.

L'amplitude surprenante de ce filet de protection, qui paraît à première vue mal se concilier avec le principe de la liberté testamentaire, devient mieux compréhensible dès qu'on examine les autres caractéristiques de la « family provision ». En effet, bien qu'elle remplisse une fonction à certains égards assez proche de la réserve, cette institution s'en distingue de manière fondamentale et pour plusieurs raisons.

### c) L'appréciation discrétionnaire du juge

En premier lieu, il est important de souligner que les potentiels bénéficiaires de la « family provision » n'ont pas de droit véritable de l'obtenir : le tribunal compétent jouit, en effet, d'un large pouvoir discrétionnaire, tant dans la décision d'accorder ou de ne pas accorder la prestation que dans la détermination de son montant et de son mode d'octroi<sup>65</sup>. Il n'y a donc pas de « part réservée » de la succession, le tribunal étant libre d'attribuer n'importe quelle prestation dans les limites de l'actif successoral.

A y regarder de plus près, la loi de 1975 ne reconnaît donc pas le « droit » d'obtenir une prestation, mais tout simplement une sorte de légitimation active, à savoir le droit de saisir le tribunal afin de demander l'octroi de la prestation. Cette approche – quelque peu surprenante pour le juriste civiliste – est parfaitement en ligne avec la tradition historique du droit anglais, un système juridique qui – à l'instar de l'ancien droit prétorien romain – est né et s'est développé à

---

portantes ont été proposées par la Law Commission, en ce qui concerne les concubins, dans son rapport n° 331 de 2011 (*Intestacy and Family Provision Claims on Death*).

<sup>64</sup> Section 1(1)(e) de la loi de 1975.

<sup>65</sup> LEARMONTH/FORD/CLARK/MARTYN, Williams, Mortimer & Sunnucks, n° 53-01, p. 1016. La nature discrétionnaire du pouvoir du juge est souvent soulignée dans la jurisprudence relative à la loi de 1975. Elle a également comme conséquence que le recours en appel contre la décision est particulièrement limité. Ainsi, dans le cas *Negus c. Bahouse*, [2007] All ER (D) 353 (sur lequel voir aussi *infra* n. 79), les juges de la High Court of Justice ont refusé l'autorisation à appeler (« leave to appeal ») la décision de première instance au motif que la réforme d'une décision discrétionnaire n'est possible que si le jugement repose sur une incompréhension de la loi ou est autrement manifestement erroné (« When an appeal is against a judgment of what is or is not reasonable, the position on the court is that it has to be satisfied that the judgment was wrong in the sense that it either was erroneous in principle because *the judge has misunderstood the law or has come to a decision that is plainly wrong* having regard to the facts that he has found on the evidence and the proper application of the law to those facts » (nous soulignons).

partir du droit d'accès aux tribunaux<sup>66</sup> et qui reconnaît souvent des larges pouvoirs d'appréciation aux juges. Comme on a l'habitude de dire dans les pays de *common law*, « remedies precede rights », ce qui signifie que le droit matériel présuppose la possibilité d'agir en justice.

#### **d) Le fondement *lato sensu* alimentaire**

Dans le prolongement de ce que nous venons de dire, une autre grande différence de la « family provision » par rapport à la réserve réside dans son fondement *lato sensu* alimentaire. Pour l'obtenir, le demandeur doit, en effet, convaincre le tribunal qu'au vu de ses conditions économiques et des autres circonstances de l'espèce, la part qui lui revient dans la succession du défunt ne constitue pas une attribution financière raisonnable (« a reasonable financial provision »)<sup>67</sup>.

Il convient cependant de préciser que cette nature alimentaire se décline de manière très variable selon la qualité du demandeur. La loi de 1975 prévoit à cet effet deux différents « standards », selon que la prestation soit demandée par le conjoint survivant ou le partenaire enregistré, d'une part, ou par tout autre potentiel bénéficiaire, de l'autre.

1) Dans le premier cas, l'existence d'une attribution financière raisonnable se détermine en fonction du « surviving spouse standard », un critère qui correspond aux attributions financières que les tribunaux anglais peuvent octroyer dans le cas de divorce et ne dépend dès lors pas uniquement des besoins strictement alimentaires<sup>68</sup>.

Afin d'en saisir la portée, une brève digression sur les conséquences financières du démariage en droit anglais s'impose. Depuis l'importante réforme du droit du divorce intervenue en 1973 (*Matrimonial Causes Act*)<sup>69</sup>, les juges britanniques peuvent être saisis par l'un ou l'autre des époux d'une demande tendant à obte-

---

<sup>66</sup> La *common law* au sens historique du terme a été développée par les *Royal Courts* de Westminster, dans les cas – à l'origine assez restreints – dans lesquels ces juridictions pouvaient être saisies par les justiciables sur le fondement de ce qu'on appelait un « writ ».

<sup>67</sup> Section 1(2) de la loi de 1975.

<sup>68</sup> Section 1(2)(a) et (aa) de la loi de 1975, aux termes de laquelle, dans ces hypothèses, une « reasonable financial provision [...] means such financial provision as it would be reasonable in all the circumstances of the case for a husband or a wife [resp. a civil partner] to receive, whether or not that provision is required for his or her maintenance » (nous soulignons).

<sup>69</sup> Cette loi est particulièrement importante car elle marque l'adoption en droit anglais de la notion de divorce-remède, fondé sur l'échec de la vie conjugale (« irretrievable breakdown »), indépendant du critère de la faute.



nir des mesures financières accessoires (« ancillary relief »). A l'instar de ce que nous venons d'indiquer au sujet de la « family provision », le juge du divorce jouit, lui aussi, de vastes pouvoirs et d'une large marge d'appréciation discrétionnaire dans la détermination des conséquences accessoires de la désunion. Il convient de rappeler, en effet, que le droit anglais ne connaît pas la notion de régime matrimonial, le mariage n'ayant en principe aucun effet sur la propriété des biens des époux<sup>70</sup>. Il s'ensuit que, dans une seule décision accessoire au prononcé du divorce, le tribunal est censé, à la fois, répartir entre les époux les biens qui composent le patrimoine familial (l'équivalent de la liquidation du régime) et prendre des dispositions équitables pour l'entretien après divorce<sup>71</sup>. La jurisprudence a connu à cet égard une importante évolution: depuis un arrêt « révolutionnaire » de la House of Lords de 2000, rendu dans le cas *White v. White*<sup>72</sup>, le critère déterminant n'est plus (exclusivement) celui des besoins des époux (« needs »), mais celui de la recherche de l'égalité entre les conjoints (« equality ») : la distribution des ressources entre les époux doit donc se faire de manière tendanciellement égalitaire, sans négliger cependant des ajustements afin de tenir compte de l'origine des biens (notamment de ceux acquis avant le mariage ou reçus par succession ou donation)<sup>73</sup> et de compenser l'époux économiquement plus faible – notamment celui qui a renoncé à exercer une activité professionnelle pour s'occuper des enfants et du foyer familial (le « child-carer » ne devant pas être préterité vis-à-vis du « money-earner »).

En vertu du « surviving spouse standard », les critères élaborés dans le domaine du divorce s'appliquent également dans le cadre d'une succession. Il serait, en effet, choquant que le conjoint survivant soit moins bien traité que le conjoint divorcé. Dès lors, le tribunal saisi d'une demande de « family provision » de la part de l'époux ou du partenaire enregistré survivant devra lui allouer une pres-

---

<sup>70</sup> Depuis que le *Married Woman Property Act* de 1882 a supprimé l'ancienne règle discriminatoire de la *common law*, par effet de laquelle le mari devenait automatiquement titulaire de tous les biens de son épouse.

<sup>71</sup> La nature hybride de cette décision pose également des difficultés de qualification en droit international privé, ayant, entre autres, une influence sur l'applicabilité des Conventions de Bruxelles et de Lugano, ainsi qu'aujourd'hui des Règlements européens sur les obligations alimentaires (n° 4/2009) et sur les régimes matrimoniaux (n° 2016/1103) : cf. CJCE, 27 février 1997, aff. C-220/95, *Van den Boogaard c. Laumen*, Rec. 1997, p. I-1147.

<sup>72</sup> [2000] 1 AC 596.

<sup>73</sup> L'origine des biens est particulièrement importante dans les « short marriage – big money cases », dans lesquels la répartition égalitaire du patrimoine serait souvent très inéquitable pour le conjoint mieux loti : cf. l'arrêt de la *Court of Appeal* dans les affaires conjointes *Miller c. Miller* et *McFarlane c. McFarlane* [2006] UKHL 24. Pour une application de ces principes dans le cadre de la « family provision », cf. *Lilleyman c. Lilleyman*, [2012] EWHC 821 (Ch). Cf. aussi LEARMONTH/FORD/CLARK/MARTYN, Williams, Mortimer & Sunnucks, n° 54-12 s., p. 1051 ss.

tation de valeur pour le moins équivalente à celle qui serait attribuée en cas de divorce (« imaginary divorce guideline » ou « the divorce cross-check »)<sup>74</sup> ; pour ce faire, il tiendra compte d'un certain nombre de critères spécifiques, dont certains rappellent ceux énumérés à l'art. 125 du Code civil suisse pour l'entretien après divorce, tels la durée du mariage ou du partenariat, l'âge du conjoint ou partenaire survivant ainsi que la contribution de celui-ci au bien-être familial y compris les apports au sein du ménage et dans la prise en charge des enfants.

La conséquence de ce qui précède est que les chances d'obtenir une prestation, ainsi que la valeur de celle-ci, sont, pour le conjoint ou partenaire survivant, bien plus élevées que pour les autres potentiels bénéficiaires d'une « family provision ». La prestation accordée par le tribunal peut correspondre, dans ce cas, à la moitié du patrimoine successoral, ce qui paraît à première vue même plus important que la quotité réservée en Suisse et dans d'autres pays civilistes. Il ne faut pas se leurrer pour autant : en l'absence d'effet du mariage sur la propriété des biens du couple, la répartition du patrimoine successoral et la détermination de la « family provision » se feront sans procéder à la liquidation préalable du régime matrimonial. L'importance économique de la « family provision » s'explique ainsi au motif qu'elle englobe toutes les prétentions de l'époux ou du partenaire survivant, que ce soit à titre successoral ou matrimonial.

2) S'agissant des autres requérants, en revanche, le critère des besoins demeure déterminant : la loi de 1975 se réfère expressément, pour décider de l'octroi d'une « family provision », à un critère alimentaire (« the maintenance standard »)<sup>75</sup>.

Cette condition est bien plus difficile à remplir que la « surviving spouse standard ». Pour la concrétiser les tribunaux anglais sont censés tenir compte d'un

---

<sup>74</sup> Section 3(2) de la loi de 1975 : « [i]n the case of an application by the wife or husband of the deceased, the court shall also [...] have regard to the provision which the applicant might reasonably have expected to receive if on the day on which the deceased died the marriage, instead of being terminated by death, had been terminated by a decree of divorce ». Cf. *Lilleyman c. Lilleyman*, [2012] EWHC 821 (Ch). En pratique, l'attribution en faveur de l'époux survivant sera souvent plus importante que celle en cas de divorce, car il n'y a pas à tenir compte, dans ce cas, des besoins futurs de l'époux décédé : BURROWS, *English private law*, n° 7.230, p. 472 ; *Re Bunning* [1984] 1 Ch. 480 ; *P v G, P and P* [2004], EWCH 2944 (Fam), [2006] 1 FLR 431. Cf. SAWYER / SPERO, *Succession*, n° 15.23.5, p. 348 ss.

<sup>75</sup> Section 1(2)(b) : dans le cas de demande déposée par un requérant autre que l'époux ou le partenaire, « reasonable financial provision [...] means such financial provision as it would be reasonable in all the circumstances of the case for the applicant to receive for his maintenance » (nous soulignons).

ensemble de facteurs, dont certains ressemblent à ceux qui sont appliqués dans les pays civilistes pour fixer une prestation alimentaire, alors que d'autres sont plus spécifiques au domaine successoral. Nous mentionnerons les ressources et les besoins financiers, présents et futurs, des requérants et de tout autre bénéficiaire de la succession ; les obligations et les responsabilités que le défunt avait à leur égard ; l'entité et la nature du patrimoine successoral ; toute éventuelle incapacité physique ou mentale ; toute autre circonstance, y compris le comportement des personnes concernées. D'autres critères plus spécifiques sont également considérés pour certaines catégories de requérants<sup>76</sup>.

L'application de ces critères a donné lieu à une jurisprudence assez restrictive. Tel est notamment le cas en ce qui concerne les enfants du défunt. Si les enfants mineurs ou incapables ont des réelles chances d'obtenir du tribunal une décision d'octroi de « family provision », cela est bien plus improbable pour un enfant d'âge adulte, capable de travailler et de générer ses propres revenus : sa demande est généralement vouée à l'échec, y compris lorsqu'il a été évincé, en tout ou en partie, d'une succession de valeur importante<sup>77</sup>. Certes, la sévérité dont les tribunaux ont fait preuve par le passé a connu un léger infléchissement dans un cas récent, mais les circonstances étaient particulières<sup>78</sup>.

La jurisprudence est en revanche plus généreuse vis-à-vis du partenaire de vie. Ainsi, il a été jugé que la notion d'entretien (« maintenance ») doit être déterminée, dans ce contexte, par référence au cadre de vie que le partenaire avait avec le défunt, et non pas à la période antérieure à leur rencontre<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Dans le cas d'un « child of the family », par exemple, il faut considérer si le défunt, de son vivant, le soutenait économiquement, s'il avait assumé une responsabilité pour son entretien, s'il savait que l'enfant n'était pas le sien et s'il y a d'autres personnes responsables pour son entretien (section 3(3) de la loi de 1975).

<sup>77</sup> *Re Coventry* [1980] Ch 461, 465 (dans ce cas, le testateur avait laissé tout son patrimoine à l'épouse survivante, âgée de 74 ans ; la requête du fils du défunt, âgé de 46 ans et en bonne santé, avec une pleine capacité de travail, fut rejetée en dépit de ses mauvaises conditions économiques). Cf. BURROWS, *English private law*, n° 7.235, p. 474 ; LEARMONTH/FORD/CLARK/MARTYN, *Williams, Mortimer & Sunnucks*, n° 54-21, p. 1058.

<sup>78</sup> *Ilott v. Mitson* [2011] EWCA Civ 346, [2012] 2 FLR 170 (une attribution de £ 50'000 sur un patrimoine d'environ £ 500'000 fut octroyée à la fille de la défunte ; celle-ci avait plusieurs enfants et vivait dans des conditions économiques précaires. Sa mère, avec qui elle n'avait plus de contacts depuis plusieurs années, l'avait écartée de la succession laissant la totalité de celle-ci à des institutions de protection des animaux).

<sup>79</sup> *Negus c. Bahouse*, [2007] All ER (D) 353 (grâce à cette interprétation, la partenaire du défunt, une ancienne assistante dentaire âgée de 50 ans qui avait vécu avec lui pendant environ 8 ans, obtint des biens pour une valeur d'environ 640'000 livres, le fils du défunt héritant du reste de la fortune se montant à presque 2 millions de livres). Cf. SAWYER/SPERO, *Succession*, n° 15.12.2, p. 331.

### e) Les modalités d'attribution

Lorsqu'une prestation est octroyée au titre de family provision, les modalités peuvent être très variées. Il peut s'agir d'une somme fixe (« lump sum ») ou d'une rente, mais également du transfert en propriété d'un bien faisant partie de la succession, ou encore de la constitution d'un *trust* au bénéfice du requérant<sup>80</sup>.

#### 2.2 L'applicabilité de la « family provision » en Suisse

Lorsqu'un ressortissant anglais domicilié en Suisse soumet sa succession au droit anglais par le biais d'une *professio juris*, les autorités compétentes en Suisse ainsi que le notaire chargé de procéder au partage de la succession sont censés appliquer le droit choisi dans son intégralité. Le Tribunal fédéral l'a d'ailleurs souligné dans le cas *Hirsch* en s'appuyant sur cette obligation de fidélité au droit étranger pour rejeter l'application de la réserve de l'ordre public<sup>81</sup>.

Puisque la législation sur la « family provision » est l'un de pilier du droit successoral anglais, il paraît à première vue évident que la loi de 1975 doit être appliquée en Suisse, au même titre que les autres règles du droit anglais choisi par le *de cuius*<sup>82</sup>. Ce d'autant qu'en tant qu'« équivalent fonctionnel » de la réserve successorale, la « family provision » poursuit des objectifs qui sont également au cœur du droit suisse des successions en contribuant à réduire le clivage entre les principes inspirateurs de celui-ci et le droit étranger qu'il s'agit d'appliquer.

De manière surprenante, des auteurs l'ont pourtant nié<sup>83</sup>. Cette opinion s'appuie sur une interprétation littérale et stricte des conditions d'application territoriale de la loi anglaise de 1975 (3.1). En filigrane, elle fait également transparaître un souci de fond, lié aux difficultés résultant de l'application, par des autorités ou des notaires suisses, de règles qui reposent sur un pouvoir d'appréciation largement discrétionnaire reconnu au juge anglais (3.2).

---

<sup>80</sup> Section 2 de la loi de 1975.

<sup>81</sup> ATF 102 II 136, c. 4a (v. *infra* n. 104).

<sup>82</sup> Telle est du reste la solution préconisée dans d'autres Etats européens : cf. LAGARDE, Commentaire du Règlement européen, art. 23, n° 38 : « Dans les Etats qui ne connaissent pas la réserve héréditaire proprement dite, il existe d'autres mécanismes qui ont une fonction comparable. Dans les pays de *common law* l'autorité compétente attribue souvent, en équité, des biens faisant partie de la succession à certaines personnes que la loi veut protéger, principalement à des 'personnes proches du défunt' [...] Si la juridiction compétente est celle d'un Etat autre que celui dont la loi régit la succession, elle devra répondre à ces demandes de ces 'personnes proches du défunt', en essayant d'utiliser les mêmes critères d'appréciation que les juridictions de l'Etat dont la loi est applicable » (nous soulignons).

<sup>83</sup> LALIVE, Un anachronisme, p. 445.

**a) La condition d'application territoriale**

Contrairement à d'autres systèmes de *common law*<sup>84</sup>, le droit anglais fait dépendre le droit d'un potentiel bénéficiaire de demander au juge l'octroi d'une « family provision » d'un rattachement d'ordre territorial, à savoir le dernier domicile du défunt en Angleterre ou dans le Pays de Galles<sup>85</sup>. Cette condition fait l'objet depuis longtemps de sérieuses critiques<sup>86</sup> et la Law Commission a proposé en 2011 de la supprimer<sup>87</sup>.

Puisqu'elle n'est pas remplie dans le cas de *professio juris* de la part d'un *de cuius* domicilié en Suisse, on ~~en pu~~ en déduire l'inapplicabilité, dans ce cas, de la loi anglaise de 1975<sup>88</sup>.

Cette conclusion est superficielle et hâtive, car elle s'attache à la lettre de la loi, sans s'interroger sur la nature et la raison d'être de la condition posée par le droit anglais. Le but de celle-ci est manifestement de définir, dans un cas transfrontalier, les conditions d'application de la loi de 1975 : bien qu'incluse dans une loi contenant des règles de droit successoral matériel, il s'agit – à bien vouloir la comprendre – d'une règle spéciale de droit international privé.

Ceci n'a rien d'exotique : dans les droits des pays civilistes, des règles de droit international privé sont également souvent incluse dans des textes de droit matériel. Tel est souvent le cas dans des pays, comme la France, qui n'ont pas adopté une loi spécifique de droit international privé : le Code civil français contient ainsi plusieurs règles de droit international privé définissant tantôt la compétence internationale des tribunaux français<sup>89</sup>, tantôt les conditions d'application des règles françaises de droit matériel régissant telle ou telle institution<sup>90</sup>.

---

<sup>84</sup> Cf. MORRIS, Choice of Law, p. 179.

<sup>85</sup> SECTION 1(1) du *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* de 1975 : « Where after the commencement of this Act a person dies domiciled in England and Wales [...] ». Cf. DICEY, MORRIS & COLLINS, Conflict of Laws, N 27-051 ; MILLER, International Aspects, p. 228 ; MILLER, Family Provision, p. 275 ss ; BURROWS, English private law, n° 7.220, p. 470.

<sup>86</sup> LEARMONTH/FORD/CLARK/MARTYN, Williams, Mortimer & Sunnucks, n° 53-12, p. 1025 ; MILLER, Family Provision, p. 275 ss. Cf. déjà MORRIS, Choice of Law, p. 178 ss.

<sup>87</sup> LAW COMMISSION, Report n° 331, §§ 7.11-7.40. Cf. BURROWS, English private law, n° 7.220, n° 470 ; SAWYER/SPERO, Succession, n° 15.8, p. 323.

<sup>88</sup> LALIVE, Un anachronisme, p. 445.

<sup>89</sup> Tel est le cas des articles 14 et 15 du Code civil.

<sup>90</sup> Tel est le cas, par exemple, des articles 202-1 et 202-2 du Code civil (concernant la loi applicable à la validité matérielle et formelle du mariage) et de l'art. 309 du Code civil (concernant la loi applicable au divorce).

Dans le cas du droit anglais, la prévision d'une règle de conflit spécifique dans un texte législatif comme le *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* s'encadre parfaitement dans la complexe système des sources qui composent un ordre juridique de *common law*. Dans un tel droit, dans lequel une partie importante des règles de droit matériel sont issues de la jurisprudence, leurs conditions d'application dans des cas internationaux relèvent également du droit prétorien. Cependant, lorsque le législateur intervient en adoptant une loi écrite (un « statute »), il tend à faire preuve de la plus grande précision et exhaustivité, afin d'assurer que la mise en œuvre de sa volonté ne dépende pas du bon vouloir des tribunaux. Il est donc fréquent que les conditions d'applications d'un texte normatif anglais, y compris dans les cas internationaux, y soient précisées de manière expresse.

Tel est le cas de la condition de domicile du défunt prévue dans la loi de 1975. Cette règle anglaise de droit international privé peut ainsi s'analyser, à la fois, en une règle sur le droit applicable et, en même temps, en une règle de compétence juridictionnelle.

En ce qui concerne le droit applicable, la condition de domicile n'est autre qu'une règle de conflit unilatérale et spéciale, inscrite expressément dans la loi de 1975<sup>91</sup>.

Cette règle de conflit est « unilatérale », car elle ne dicte que les conditions d'application de la loi anglaise, sans rien préciser quant à l'applicabilité de règles similaires de droit étranger : le juge anglais ne pourrait donc pas octroyer une « family provision » sur le fondement d'une loi étrangère prévoyant également cette institution (la loi néozélandaise ou australienne, par exemple). Il n'y

---

<sup>91</sup> C'est dans ce sens que cette condition est également perçue en Angleterre : cf. MORRIS, *Choice of Law*, p. 176 ss (pour qui cette règle n'est autre qu'une « particular choice of law clause » contenue dans un « statute ») ; MILLER, *Family Provision*, p. 277 (qui se réfère à une « restrictive choice of law provision »). Du reste, les propositions récentes de suppression de la condition de domicile suggèrent d'appliquer, à sa place, les règles générales de droit anglais relatives aux conflits de lois en matière de succession (à savoir les rattachements à loi du domicile pour les meubles et à *lex rei sitae* pour les immeubles) : LAW COMMISSION, *Report n° 331*, § 7.37 ; LEARMONTH/FORD/CLARK/MARTYN, *Williams, Mortimer & Sunnucks*, n° 53-12, p. 1025 ; MILLER, *Family Provision*, p. 287. Dans certains systèmes de *common law*, ces règles de conflit traditionnelles sont d'ores et déjà applicables à la « family provision » : cf. MILLER, *Family Provision*, p. 269 ss. Notons qu'une telle qualification a également été retenue, par les tribunaux vaudois, par rapport à la condition de domicile anglais attachée à la règle de révocation automatique du testament en cas de mariage subséquent, que nous examinerons par la suite (cf. *infra*, point III, 3.2).

en cela rien de surprenant, car les règles de conflit unilatérales sont un phénomène bien connu et largement étudié dans le droit international privé comparé<sup>92</sup>.

Il s'agit, en outre, d'une règle de rattachement « spéciale » – au sens du terme allemand de « Sonderanknüpfung » – car, applicable spécifiquement à la « family provision », elle déroge partiellement au rattachement dualiste que le droit anglais consacre en matière successorale : *lex domicilii* pour les meubles et *lex situs* pour les immeubles. Contrairement à la plupart des autres dispositions du droit anglais des successions, la loi de 1975 n'est applicable que si dernier domicile du *de cuius* était en Angleterre ; *a contrario*, elle n'est pas applicable au titre de la *lex situs*, lorsque le *de cuius*, domicilié à l'étranger, aurait laissé un ou plusieurs biens immobiliers en Angleterre<sup>93</sup>. Il ne s'agit du reste pas du seul cas d'une règle de conflit anglaise qui déroge, pour une question spécifique, à la méthode dualiste : ainsi, le droit du domicile du disposant a été jugé seul applicable à l'interprétation du testament<sup>94</sup>, un domaine dans lequel le rattachement au lieu de situation de biens immobiliers est manifestement inadapté.

S'agissant de la « family provision », le rattachement unitaire au seul domicile du défunt est également approprié<sup>95</sup> : étant donné que pareille prestation vise à corriger les attributions insuffisantes reçues par le requérant, il paraît raisonnable que son octroi dépende de la loi d'un seul pays, celui du dernier domicile du défunt, afin d'éviter l'application concurrente (et potentiellement discordante) d'une ou plusieurs *leges rei sitae*<sup>96</sup>.

Ayant la nature et la fonction d'une règle de conflit, la condition du domicile recèle en même temps – et pour les mêmes raisons – une règle de compétence internationale, ce qui est bien compréhensible si l'on connaît l'« approche juridictionnelle » (au sens de « jurisdictional approach ») qui caractérise, dans bien des domaines, le droit international privé des pays anglo-saxons et, tout particulièrement, le remède prévu par la loi de 1975. Comme nous l'avons relevé<sup>97</sup>, celle-ci n'attribue pas directement le droit d'obtenir une prestation, mais uniquement celui de saisir un tribunal anglais pour la demander. La condition du domicile vient donc circonscrire le périmètre de compétence du juge anglais, en

---

<sup>92</sup> Cf. BUCHER/BONOMI, Droit international privé, n° 373 ss, p. 101 ss. ; GIAN PAOLO ROMANO, L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno, Zurich 2004.

<sup>93</sup> DICEY, MORRIS & COLLINS, Conflict of Laws, N 27-055.

<sup>94</sup> CLARKSON/HILL, Conflict of Laws, p. 448, 450 et 452.

<sup>95</sup> En dépit des critiques dont elle fait l'objet en Angleterre (voir *supra* n. 86 et 87).

<sup>96</sup> Une autre institution équivalente à la réserve, l'« elective share », prévue dans plusieurs Etats des Etats-Unis, est également régie, dans le système du *Uniform Probate Code* par la loi du dernier domicile du défunt (section 2-202(d)).

<sup>97</sup> Cf. *supra*, point III, 2.1, c).

excluant son intervention lorsque la succession s'ouvre à l'étranger<sup>98</sup>. Cette limitation de la compétence juridictionnelle est le pendant logique de la règle sur le droit applicable. Elle vise en effet à éviter que les tribunaux anglais du lieu de situation des biens puissent intervenir de manière concurrente (et potentiellement conflictuelle) avec les juridictions étrangères de l'État du dernier domicile, sans doute mieux placées pour statuer sur la succession et pour appliquer, si leur droit le prévoit, des correctifs à la liberté testamentaire (ou aux règles sur la succession ab intestat). En même temps, elle assure le parallèle entre *forum* et *jus*, en épargnant à un tribunal anglais la tâche, sans doute délicate, d'appliquer des règles étrangères impliquant une appréciation discrétionnaire.

Règle de conflit de loi *et* règle de compétence juridictionnelle, la condition de domicile est, dans tous les cas, dépourvue de toute pertinence du point de vue suisse.

Il est incontesté, d'une part, que la *professio juris* exclut le renvoi<sup>99</sup>. La désignation du droit national par le *de cuius* ne porte que sur les règles de droit matériel de la loi choisie, à l'exclusion de ses règles sur le conflit de lois. La règle de conflit anglaise prévoyant l'application de la loi du dernier domicile du défunt (ou de certaines dispositions de celle-ci) ne peut donc jouer aucun rôle lorsque le *de cuius* a soumis sa succession au droit anglais.

Il en va de même, *a fortiori*, pour une règle anglaise de compétence juridictionnelle. Les règles étrangères de cette nature ne sont *jamais* appliquées ni prises en considération en Suisse, même pas lorsqu'il s'agit de tenir compte de la litispendance à l'étranger ou de reconnaître une décision étrangère<sup>100</sup>. Le fait qu'un tribunal anglais serait incompétent pour statuer sur une demande de « family provision » déposée par l'un des proches d'un *de cuius* domicilié en Suisse, n'a aucun impact sur la compétence juridictionnelle attribuée aux autorités suisses par l'art. 86 al. 1<sup>er</sup>, LDIP, et encore moins sur l'application de la loi anglaise désignée par une *professio juris*. Il n'y a donc aucune raison d'en tenir compte.

---

<sup>98</sup> Cf. Law COMMISSION, Report n° 61 § 258 ss : « The jurisdiction of the court to entertain applications for family provision under the 1938 Act and the 1965 Act is limited to cases where the deceased was domiciled in England at death ».

<sup>99</sup> TF 5A\_437/2008, 23.02.2009, c. 4.2.3 ; Message LDIP, N 263.3, p. 376 ; DUTOIT, Droit international privé, art. 90 N 6, p. 392 ; ZüKomm. IPRG 2003 – HEINI, art. 90 N 15, p. 1042 ; BaKo IPRG – SCHNYDER/LIATOWITSCH., art. 90 N 14, p. 743. Plus nuancé, CoRo LDIP/CL – BUCHER, art. 90 N 4, p. 802. Cf. aussi, *supra*, la contribution de FLORENCE GUILLAUME.

<sup>100</sup> Dans ces hypothèses, la compétence de la juridiction étrangère (première saisie ou ayant rendu une décision) se juge à l'aune des règles suisses de compétence indirecte (tel l'art. 26 LDIP et les règles spéciales incluses, entre autres, aux articles 50, 58, 65, 96, 149 etc. LDIP).



La condition du domicile anglais ne pourrait être pertinente, du point de vue suisse, que si elle était qualifiée d'« autolimitation » de droit matériel, visant à exclure l'application de certaines règles de la loi anglaise au profit d'autres règles matérielles de cette même loi<sup>101</sup>. Cependant, une telle qualification ne saurait pas convaincre ici, car la disposition anglaise a « clairement pour objectif, dans une situation internationale, de coordonner dans l'espace le système juridique anglais avec les systèmes étrangers, ce qui lui donn[e] la qualité de règle de conflit de loi »<sup>102</sup>.

Du reste, même si l'on devait parvenir à la conclusion que l'*Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* ne peut pas s'appliquer lorsque le *de cuius* était domicilié en Suisse, avec la conséquence de priver l'un des proches du défunt de toute participation financière raisonnable au patrimoine successoral, la question de la compatibilité de ce résultat avec l'ordre public international mériterait d'être posée<sup>103</sup>.

Certes, l'arrêt *Hirsch c. Cohen* a établi que l'absence de réserve n'est pas incompatible avec l'ordre public suisse. Cependant, comme nous l'avons indiqué, cette décision devrait être reconsidérée lorsqu'un proche du défunt, écarté de la succession, risque de se trouver dans le besoin. Un tel résultat serait d'autant plus choquant, dans cette hypothèse, qu'il serait en contradiction non seulement avec les principes du droit suisse mais avec ceux du droit anglais. Or, l'arrêt du Tribunal fédéral repose largement sur la volonté d'assurer le respect du droit choisi par le défunt<sup>104</sup>. Cela étant, il serait très surprenant que la *professio juris* puisse être utilisée par le *de cuius* pour s'affranchir, à la fois, de la réserve successorale suisse et des limites à la liberté testamentaire prévues en droit anglais. Le choix de loi par le *de cuius* n'est pas l'expression d'une liberté sans limites, mais une sorte de compromis entre le rattachement du domicile et celui de la nationalité : or, si l'on appliquait le droit anglais en l'amputant de ses propres garde-fous, on finirait par consacrer une solution contraire aux deux droits con-

---

<sup>101</sup> Sur la notion de norme « autolimitée », cf. BUCHER/BONOMI, Droit international privé, N 463 ss.

<sup>102</sup> Ce sont les termes utilisés par la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois, dans l'arrêt du 12 mars 2008 et repris par le Tribunal fédéral, dans l'arrêt du 23 février 2009, 5A\_437/2008, c. 3.2 in : Not@lex 2009, p. 161 ss, par rapport au critère du domicile du testateur au moment du mariage, qui décide en droit anglais de l'applicabilité de la règle matérielle de la révocation du testament en cas de mariage subséquent.

<sup>103</sup> BONOMI/BERTHOLET, La *professio juris*, p. 371, n. 74.

<sup>104</sup> ATF 102 II 136, c. 4a : « [s]oll aber die Unterstellung der Erbfolge unter das Heimatrecht überhaupt einen Sinn haben, so darf die Anwendung des massgebenden ausländischen Rechts nicht durch Berufung auf den inländischen Ordre public weitgehend wirkungslos gemacht werden » (nous soulignons).

cernés<sup>105</sup>. Ce résultat « illogique et absurde »<sup>106</sup> est incompatible avec la fonction de la *professio juris* et – plus généralement – avec l’objectif de coordination internationale des règles de conflit qui désignent un droit étranger. Il devrait donc être écarté au nom de l’ordre public du for<sup>107</sup>.

**b) Les difficultés pratiques liées à l’application de la « family provision » en Suisse**

La réticence de certains auteurs par rapport à l’application en Suisse de la législation sur la « family provision » s’explique sans doute aussi par les difficultés pratiques que celle-ci entraîne.

Comme nous l’avons expliqué, la décision d’octroyer ou de ne pas octroyer une prestation sur le fondement de la loi de 1975 est largement discrétionnaire et dépend de la pondération d’un grand nombre de facteurs. La tâche d’une juridiction suisse saisie d’une demande de « family provision » est délicate, ce d’autant que les indications que l’on peut tirer de la jurisprudence anglaise sont éparses et pas toujours cohérentes. La position du notaire, appelé à anticiper une telle décision lorsqu’il établit, pour le compte des parties, un projet de partage, est encore plus inconfortable.

Il convient également de considérer que, dans le cas spécifique du conjoint ou du partenaire survivant, la « family provision » n’a pas uniquement une fonction successorale, mais vise aussi à compenser, comme nous l’avons vu, l’absence de régime matrimonial<sup>108</sup>. Or, si les relations patrimoniales entre les époux sont régies, en l’espèce, par le droit suisse ou par celui d’un autre pays civiliste, les critères prévus en droit anglais pour la quantification de l’attribution patrimoniale peuvent s’avérer redondants et aboutir à un montant excessif : en particulier, la « imaginary divorce guideline » n’est plus entièrement pertinente.

Sans vouloir les nier, ces difficultés ne paraissent, toutefois, pas insurmontables.

---

<sup>105</sup> LALIVE, Un anachronisme, p. 446 : « Ce bizarre ‘conflit négatif’ aboutirait ainsi à une sorte de vide juridique, à une absence de toute protection successorale du conjoint survivant et des descendants, absence de protection pourtant inconnue dans les deux systèmes juridiques en cause ».

<sup>106</sup> LALIVE, Un anachronisme, p. 446. Toutefois, au lieu d’en déduire l’applicabilité de la « family provision » cet auteur concluait, de manière surprenante, à l’inefficacité de la *professio juris*.

<sup>107</sup> Cf. dans un sens similaire BaKo IPRG – SCHNYDER/LIATOWITSCH, art. 90 N 19, *in fine* (qui préfèrent invoquer l’abus de droit).

<sup>108</sup> Cf. *supra*, point III, 2.1, d).

En droit suisse ainsi que dans d'autres systèmes civilistes, les tribunaux sont souvent appelés à établir le montant d'une attribution patrimoniale en application de critères de portée générale et sur la base d'une appréciation de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Tel est le cas lorsqu'il s'agit de fixer le montant d'une pension alimentaire<sup>109</sup> ou l'entretien après divorce<sup>110</sup>. Les facteurs pertinents à cet effet ressemblent d'ailleurs de près à ceux prévus par la loi anglaise de 1975. Du reste, la « créance d'assistance » que le projet de réforme du droit matériel des successions préconise d'introduire au profit du partenaire de vie du défunt présente également des caractéristiques similaires<sup>111</sup>.

Bien évidemment, l'appréciation que le tribunal est appelé à effectuer dans ces hypothèses repose sur des règles et des principes de droit suisse, tandis que l'octroi d'une « family provision » devra se faire à l'aune du droit et de la jurisprudence anglais<sup>112</sup>. Mais là encore, il ne s'agit pas d'une nouveauté. Le juge suisse saisi d'une demande de prestation alimentaire doit appliquer un droit étranger chaque fois que la Convention de La Haye de 1973 le prescrit<sup>113</sup>. Il en va de même pour l'entretien après divorce lorsque la dissolution du lien conjugal a déjà été prononcée à l'étranger par une décision reconnue en Suisse<sup>114</sup>. Dans toutes ces hypothèses, la tâche du juge suisse consiste à déterminer le droit d'obtenir une prestation alimentaire ainsi que le montant de celle-ci sur le fondement de règles et de critères propres à un droit étranger : c'est une tâche délicate, mais elle n'est pas prohibitive.

Quant au notaire, il devra, lors de l'établissement d'un projet de partage à l'amiable, s'évertuer à anticiper celle que pourrait être l'issue d'une éventuelle demande de « family provision ». Il s'agit certes d'un exercice difficile, mais pas plus que celui auquel doit se livrer, par exemple, un professionnel chargé d'établir un projet de convention de divorce réglant les prétentions financières des époux en vue d'une requête conjointe<sup>115</sup>.

---

<sup>109</sup> Art. 329 CC.

<sup>110</sup> Art. 125 CC.

<sup>111</sup> Nouvel art. 606a CC, tel que prévu dans le projet du 29 août 2018, FF 2018 5949 : « [L]a personne qui menait de fait une vie de couple avec le défunt depuis cinq ans au moins au jour du décès peut exiger dès ce jour que les héritiers lui fournissent une assistance lorsque, à défaut, elle tomberait dans le besoin ».

<sup>112</sup> Cf. LAGARDE, Commentaire du Règlement européen, art. 23, n° 38 (voir *supra* n. 82).

<sup>113</sup> Il peut s'agir du droit de la résidence habituelle du créancier d'aliments ou du droit de l'Etat de la nationalité commune des parties (art. 4 de la Convention).

<sup>114</sup> Art. 8 de la Convention de La Haye de 1973.

<sup>115</sup> Si le projet de modernisation du droit des successions est adopté, la même difficulté se posera à l'avenir pour le calcul de la « créance d'assistance », prévue au nouvel art. 606a CC.

Ce parallèle est particulièrement pertinent en présence d'un conjoint survivant. Dans ce cas, les attributions patrimoniales reçues par le conjoint au titre du régime matrimonial (que ce soit en application du droit suisse ou d'un autre droit connaissant cette institution) devront bien évidemment être prises en compte – comme elle le sont aussi, dans une certaine mesure, lors du calcul de l'entretien après divorce<sup>116</sup> – afin de déterminer l'octroi en sa faveur d'une éventuelle « family provision » ainsi que le montant de celle-ci.

Quant aux autres bénéficiaires potentiels de l'attribution prévue par le droit anglais, l'orientation restrictive de la jurisprudence anglaise ne pourra que faciliter la recherche d'une solution à l'amiable : il suffira généralement de s'assurer que les proches du *de cuius* ne se retrouvent pas, suite au décès, dans un état de besoin.

### 3. La révocation du testament par mariage subséquent

#### 3.1 *Le droit anglais*

Très populaire dans les pays anglo-saxons, le testament y est soumis à des règles certes différentes mais, pour la plupart, assez proches de celles du droit suisse et des autres pays civilistes.

Certes, la qualification des dispositions à cause de mort y est très différente : dans un système de « succession aux biens », où les créanciers sont désintéressés par le « personal representative » dans le cadre de la procédure de « probate », les héritiers ne répondent jamais des dettes de la succession avec leur patrimoine personnel. Dès lors, la distinction, propre au droit suisse et à la plupart des systèmes issus du droit romain, entre l'institution d'héritier et le legs n'a pas raison d'être. Les différentes dispositions contenues dans un testament de droit anglais sont donc classifiées en fonction d'autres critères, essentiellement fondés sur leur objet ou leur portée : ainsi, l'on distingue entre « legacies » (ou « bequests ») et « devises », selon que la disposition porte sur des biens mobiliers ou immobiliers<sup>117</sup>, et l'on oppose des libéralités spécifiques ou générales<sup>118</sup>. Parmi ces dernières, une position particulière occupe ce qu'on qualifie de « residuary legacy »<sup>119</sup>, une disposition résiduelle qui porte sur « le reste » de la succession après les attributions spécifiques. De telles distinctions ont un impact sur

---

<sup>116</sup> Art. 125 al. 2 ch. 6 CC.

<sup>117</sup> BURROWS, *English private law*, n° 7.51, p. 429.

<sup>118</sup> BURROWS, *English private law*, n° 7.167 ss, p. 458.

<sup>119</sup> BURROWS, *English private law*, n° 7.170, p. 458.

l'interprétation et les effets des dispositions concernées<sup>120</sup>, mais elles ne comportent pas de conséquences radicalement différentes de celles prévues en droit suisse.

Il existe néanmoins quelques différences de taille. La révocation de plein droit du testament dans le cas de mariage subséquent, actuellement prévue à la section 18 du *Wills Act* de 1837<sup>121</sup>, est sans doute parmi les plus remarquables. Connue dans plusieurs systèmes de *common law*, cette règle traditionnelle a été supprimée ou modifiée dans d'autres<sup>122</sup>. Elle puise apparemment ses racines dans une époque où l'on appliquait encore l'ancienne règle de *common law*, selon laquelle le mari devenait, suite au mariage, propriétaire des biens de son épouse : le testament de celle-ci ne pouvait dès lors pas survivre au mariage. En dépit de l'abolition de ce système profondément inégalitaire par le *Married Women Property Act* de 1882, la révocation automatique s'est maintenue, car elle remplit une importante fonction de protection. Puisque le droit anglais ne connaît ni la notion de régime matrimonial ni celle de réserve successorale, et que le conjoint ne figure généralement pas parmi les bénéficiaires d'un testament confectionné avant le mariage, celui-ci risque de se trouver, dans de tels cas, complètement dépourvu. La révocation automatique du testament lui permet de bénéficier des règles, très généreuses avec lui, de la succession *ab intestat*<sup>123</sup>.

Cette révocation se produit de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de prouver qu'elle correspond à l'intention du testateur<sup>124</sup>. Elle repose en quelque sorte sur une présomption légale selon laquelle le testateur – s'il y avait réfléchi – n'aurait pas voulu maintenir après le mariage son testament antérieur.

---

<sup>120</sup> Ainsi la distinction entre « specific » and « general » legacies est importante lorsque le bien objet de la disposition ne fait plus partie du patrimoine héréditaire au moment du décès (« ademption ») ou en cas de succession passive (« abatement »).

<sup>121</sup> BARLOW/WALLINGTON/MEADWAY/MACDOUGALD/KYNASTON, *Williams on Wills*, n° 17.2 ss, p. 192 ss ; BURROWS, *English private law*, n° 7.112, p. 442; SAWYER/SPERO, *Succession*, n° 7.2, p. 121 ss.

<sup>122</sup> Dans l'Etat de New York, par exemple, une règle correspondante n'est applicable qu'aux testaments établis avant le 1<sup>er</sup> septembre 1930 : § 5-1.3(a) *Estates, Powers and Trusts Law*. Pour la période successive, le conjoint est de toute manière protégé par cet équivalent fonctionnel de la réserve qu'est l'« elective share » (§ 5-1.1 *Estates, Powers and Trusts Law*).

<sup>123</sup> Cet effet protecteur est très évident dans les systèmes de *common law* dans lesquels le mariage subséquent n'a pas pour effet de révoquer le testament dans sa globalité, mais uniquement d'en limiter la portée, le conjoint se voyant de toute manière reconnu le droit d'exiger sa part *ab intestat* : cf. § 2-310 du *Uniform Probate Code* ; tel était également le cas, jusqu'en 1930, dans le droit de l'Etat de New York (voir *supra* n. 122).

<sup>124</sup> BURROWS, *English private law*, n° 7.112, p. 442.

Cette présomption n'est toutefois pas irréfragable. Hormis les cas de mariage nul<sup>125</sup>, la révocation ne se produit en effet pas lorsque le testament antérieur avait été confectionné en prévision du futur mariage (« *in contemplation of a future marriage* »), ce qui doit ressortir de manière non équivoque de l'interprétation de l'acte<sup>126</sup>. S'il en est ainsi, le testament garde son efficacité, quand bien même il ne comprend aucune disposition en faveur du futur conjoint – ce qui est du reste également le cas d'un testament postérieur au mariage par lequel le conjoint survivant est entièrement exhéredé. Seul correctif, le conjoint prétérite pourra demander une « family provision » sur le fondement de la loi de 1975, un texte qui – comme nous l'avons vu – se veut, tant dans sa formulation que dans son interprétation jurisprudentielle, plutôt généreux à son intention<sup>127</sup>.

Compte tenu de la protection assurée au conjoint par la « family provision », le législateur anglais s'est interrogé quant à l'opportunité d'abroger la règle de la révocation de plein droit, mais il a finalement préféré la maintenir<sup>128</sup>. Ce choix, très favorable au conjoint, s'explique sans doute par la différence non négligeable entre ce que celui-ci peut obtenir au titre de « family provision » et l'attribution à laquelle il aura droit – suite à la révocation du testament – en tant qu'héritier *ab intestat*<sup>129</sup>.

### 3.2 L'application de ces règles en Suisse

L'applicabilité en Suisse de la règle de révocation du testament par mariage subséquent a été confirmée dans une affaire bien connue, tranchée d'abord par les juridictions vaudoises<sup>130</sup> et ensuite par le Tribunal fédéral<sup>131</sup>.

---

<sup>125</sup> BURROWS, English private law, n° 7.113, p. 442.

<sup>126</sup> Section 18(3) du Wills Act, comme modifié en 1983 ; cf. BURROWS, English private law, n° 7.114, p. 442 ss ; SAWYER/SPERO, Succession, n° 7.2.6, p. 123.

<sup>127</sup> Cf. *supra*, point III, 2.1, d).

<sup>128</sup> LAW REFORM COMMITTEE, Report n° 22, 1980 ; SAWYER / SPERO, Succession, n° 7.2.1, p. 121.

<sup>129</sup> En concours avec des enfants du défunt, le conjoint – outre aux biens meubles personnels du défunt et à la maison familiale – a droit *ab intestat* à une somme fixe (ce qu'on appelle le « statutory legacy »), actuellement fixée à £ 250'000, ainsi que la moitié du patrimoine restant. Cf. BURROWS, English private law, n° 7.18 ss, p. 421 ss, ainsi que la contribution de BASTIEN VERREY dans cet ouvrage.

<sup>130</sup> Tribunal cantonal du canton de Vaud, arrêts de la Cour civile du 16 janvier 2007 et de la Chambre des recours du 12 mars 2008, Not@lex 2009, p. 161 ss.

<sup>131</sup> Arrêt du 23 février 2009, 5A\_437/2008, Not@lex 2009, p. 161 ss. Le Tribunal fédéral a considéré que le recours constitutionnel était irrecevable et que le recours en matière civile, dans la mesure où il était recevable, devait être rejeté.

Le *de cuius*, de nationalité anglaise mais domicilié en Suisse, avait rédigé un testament comprenant une *professio juris* au profit du droit anglais ainsi que plusieurs *trusts*. Il s'était marié par la suite, concluant avec son épouse un contrat de mariage contenant des attributions pour le cas du décès. Ses filles, s'estimant lésées par rapport au fils du défunt par les dispositions du testament, attaquèrent ce dernier sur le fondement de l'art. 18 du *Wills Act*. Les juridictions vaudoises leur donnèrent raison.

Plusieurs questions se posaient dans cette affaire, la première étant celle de la qualification de la règle anglaise de révocation. Il convient de noter que, selon une opinion largement majoritaire en Angleterre – même si fondée sur une jurisprudence ancienne et quelque peu sibylline – la règle de révocation du testament par mariage est qualifiée, en raison de sa fonction prépondérante de protection du conjoint, de règle de droit matrimonial et non pas de droit successoral<sup>132</sup>. Il en résulte que les juridictions anglaises l'appliquent uniquement lorsque le droit anglais régit les relations patrimoniales entre les époux, son applicabilité à la succession n'étant en revanche pas pertinente. De manière plus concrète, l'art. 18 du *Wills Act* ne serait applicable, du point de vue anglais, que si les relations patrimoniales des époux étaient régies par le droit anglais et en particulier si le *de cuius* avait son domicile en Angleterre au moment du mariage<sup>133</sup>.

Bien évidemment, cette qualification anglaise ne lie pas les juridictions suisses, dans la mesure où la qualification se fait, en droit international privé suisse, selon la loi du for<sup>134</sup>. Elle aurait néanmoins pu se voir reconnaître une influence sur la qualification en Suisse d'une institution inconnue comme telle du droit suisse<sup>135</sup>. Un tel raisonnement a cependant été rejeté par les juridictions vaudoises dans l'affaire mentionnée, celles-ci ayant décidé de faire prévaloir une qualification fondée sur la systématique du droit suisse du for, à la lumière duquel, au-delà de son but de protection, une règle relative à la révocation d'un

---

<sup>132</sup> Cette qualification a été retenue par la *Court of Appeal* dans le cas *Re Martin* [1900] p. 211. Cf. DICEY, MORRIS & COLLINS, *Conflict of Laws*, N 27-089 ; CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, *Private International Law*, p. 1276 ( it would seem scarcely open to doubt that it is essentially a doctrine connected with the relationship of marriage . La même qualification a été retenue, plus récemment, dans l'Etat australien du New South Wales : *Re Micallef's Estate*, [1977] 2 NSWLR 929.

<sup>133</sup> DICEY, MORRIS & COLLINS, *Conflict of Laws*, N 27-090 ss.

<sup>134</sup> Jurisprudence constante : ATF 111 II 276 ; 112 II 450 ; 127 III 390 ; 131 III 511. Cf. BUCHER/BONOMI, *Droit international privé*, N 539.

<sup>135</sup> Il est admis que, même dans le cadre d'une qualification *lege fori*, il convient de tenir compte de la nature d'institutions étrangères différentes, voire inconnues de la loi interne du for : BUCHER/BONOMI, *Droit international privé*, N 545.

testament est de nature successorale<sup>136</sup>. Sur ce fondement, l'art. 18 du *Wills Act* a été appliqué en l'espèce, puisque la succession avait été soumise au droit anglais.

Cette solution peut se comprendre au plan dogmatique. En outre, l'interprétation large de la matière successorale, sur laquelle elle repose, correspond aux tendances les plus récentes en droit européen<sup>137</sup>.

Il faut bien reconnaître, toutefois, qu'elle aboutit à des résultats peu satisfaisants au plan intellectuel : la qualification successorale conduit, en effet, à appliquer une règle dont le but est de combler une lacune de protection propre au droit anglais (compte tenu de l'absence de régime matrimonial), dans des hypothèses où le conjoint est en réalité très confortablement protégé par le droit applicable aux relations patrimoniales entre les époux – ce qui était du reste le cas dans l'affaire litigieuse.

Le résultat était encore plus paradoxal ici dans la mesure où l'application du droit anglais (et donc celle de l'art. 18 du *Wills Act*) résultait d'une *professio juris* que le *de cuius* avait incluse dans son testament. Les juridictions vaudoises ont considéré que celle-ci, en tant que disposition formelle et autonome du testament qui la contenait, n'était pas affectée par l'article 18 du *Wills Act*. En revanche, le choix du droit anglais étant valable, les dispositions matérielles du testament étaient révoquées par effet du mariage subséquent du testateur.

Ce raisonnement paraît également critiquable. Il est certes vrai que la *professio juris* est une disposition *sui generis*, qui concerne la loi applicable et dont la validité s'apprécie de manière autonome par rapport à l'acte qui la contient. Cependant, la validité d'un acte de choix de loi se juge généralement – tant en droit suisse que dans la plupart des droit étrangers – à l'aune du droit choisi<sup>138</sup> : on ne voit pas pourquoi cette approche ne s'étendrait pas également à la révocation<sup>139</sup>. Or, le droit anglais désigné par le *de cuius* comprend bel et bien une

---

<sup>136</sup> Arrêt de la Chambre des recours du 12 mars 2008, c. 6. Ce point n'a pas été contesté devant le Tribunal fédéral (arrêt du 23 février 2009, c. 4.1, Not@lex 2009, p. 161 ss).

<sup>137</sup> Dans l'un de ses premiers arrêts concernant le Règlement européen sur les successions, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que la règle de droit allemand prévoyant une liquidation forfaitaire du régime matrimonial en cas de décès de l'un des conjoints (§ 1371 du BGB) était de nature successorale, contrairement à l'opinion majoritaire en Allemagne : CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2018, aff. C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138.

<sup>138</sup> Cf., pour des élections de droit en d'autres matières, les articles 53 al. 1<sup>er</sup> et 116 al. 2 LDIP. La même solution est spécifiquement consacrée pour la *professio juris* à l'art. 22 par. 3 du Règlement européen.

<sup>139</sup> Pour le Règlement européen, cf. BONOMI/WAUTELET, Commentaire du Règlement 650/2012, art. 22 n° 70.



règle de révocation automatique des dispositions testamentaires en cas de mariage subséquent et celle-ci pourrait également s'appliquer à la *professio juris*, à l'instar d'autres règles propres aux dispositions testamentaires (celle sur les vices du consentement, par exemple). Pour justifier la conclusion opposée, la Chambre de recours du Canton de Vaud semble vouloir considérer que l'art. 18 du *Wills Act* n'est applicable qu'à certaines dispositions testamentaires (celle à contenu matériel) à l'exclusion des dispositions formelles, notamment le choix de loi<sup>140</sup>. Le problème est que l'on ne trouve, ni dans le *Wills Act* ni dans la jurisprudence anglaise, aucune trace d'une telle distinction<sup>141</sup>.

Encore une fois, le résultat est paradoxal, car le testament – qui aurait été parfaitement valable selon le droit suisse du dernier domicile – est révoqué par effet de la *professio juris* que le défunt avait voulu y introduire au profit du droit anglais. Ce scénario incongru n'est pas sans rappeler la problématique de la « nullité sur choix », plus étudiée dans le droit international privé des contrats, qui se présente lorsque un contrat ~~conclu par les parties~~ (et qui aurait été valable selon le droit désigné par les rattachements objectifs) est frappé de nullité selon le droit auquel les parties ont voulu, elles-mêmes, le soumettre. Dans un tel cas, on devrait considérer que l'élection de droit est inefficace, puisque on ne peut admettre que les parties aient voulu rendre nul le contrat qu'elles ont conclu<sup>142</sup>.

Appliquant ce raisonnement au cas que nous venons de discuter, la *professio juris* aurait dû être ignorée, avec la conséquence que le testament serait resté valable en application du droit suisse du dernier domicile. A l'inverse, la conclusion des juridictions saisies a été que la *professio juris* était valable et, par conséquent, le testament était révoqué en application de l'art. 18 du *Wills Act*.

---

<sup>140</sup> Chambre de recours, arrêt du 12 mars 2008, c. 8, Not@lex 2009, p. 161 ss : « simple choix volontaire de la loi applicable, la *professio juris* reste étrangère à la révocation prévue par le *Wills Act* ».

<sup>141</sup> Certes, le droit anglais ne connaît pas la *professio juris* telle qu'elle est prévue en droit suisse, mais ce n'est pas une raison pour soutenir que les règles sur la révocation ne lui sont pas applicables. Nul doute, en effet, que les dispositions matérielles prises par le testateur sont révoquées par effet de l'art. 18 du *Wills Act* quand bien même elles seraient inconnues du droit anglais.

<sup>142</sup> Dans ce sens, l'art. 3 al. 3 de la résolution de l'Institut de Droit International relative à l'autonomie des parties dans les contrats internationaux : cf. Annuaire de l'Institut de droit International, Session de Bâle 1992, vol. 64-II, p. 382 ss : « Lorsque le contrat n'est pas valable selon la loi choisie par les parties, le choix de loi est privé de tout effet ». Cf. aussi le § 187 du *Restatement 2<sup>nd</sup> on Conflict of Laws* et l'art. 3112 du Code civil du Québec. Cf. aussi TF 102 II 143, c. 1b (pour le cas particulier dans lequel la nullité résulterait d'un vice de forme). Cf. aussi l'opinion plus nuancée de VISCHER/HUBER/OSER, Internationales Vertragsrecht, N 149 ss.

Dans le cadre de la même affaire, les tribunaux saisis ont également été confrontés à une troisième question, toujours relative à l'applicabilité de l'art. 18 du *Wills Act*. Selon la règle que nous avons exposée plus haut, cette disposition n'est applicable, du point de vue anglais, que si le testateur était domicilié en Angleterre au moment du mariage<sup>143</sup>. A l'instar de celle prévue à l'art. 1<sup>er</sup> de l'*Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* de 1975<sup>144</sup>, cette limitation territoriale n'est autre qu'une règle de conflit spéciale, et non pas une autolimitation matérielle<sup>145</sup>. Se fondant sur cette qualification, les tribunaux vaudois ont considéré, à juste titre, qu'elle devait être ignorée du point de vue suisse, puisque la *professio juris* exclut le renvoi<sup>146</sup>.

#### IV. Conclusion

L'application du droit successoral anglais pose, aux juridictions et aux professionnels suisses, des questions parfois très complexes. Ceci ne saurait étonner si l'on considère le clivage important qui existe, à plusieurs égards, entre les systèmes de *common law* et les systèmes civilistes.

Dans la recherche des solutions les plus appropriées, les juristes suisses doivent sans doute s'en tenir aux règles législatives et jurisprudentielles du droit anglais. En même temps, ils ne doivent pas les appliquer de manière mécanique mais rechercher des solutions à la fois justes et cohérentes.

Il ne faut pas perdre de vue que la véritable raison d'être des règles de droit international privé qui prescrivent l'application d'un droit étranger est la recherche de l'uniformité : le droit étranger doit être respecté et dans sa lettre et dans son esprit. En cas de doutes, telle doit être l'étoile polaire des juges et des praticiens.

Dans le cas du droit successoral anglais, le mécanisme de protection des proches fondée sur une appréciation discrétionnaire du juge fait partie intégrante du système. L'ignorer sous prétexte qu'il ne serait pas applicable en l'espèce aux termes d'une règle spéciale de rattachement anglaise c'est aboutir à l'application déformée et caricaturale du droit étranger. Si l'on conjugue cela avec une con-

---

<sup>143</sup> Cf. *supra*, n. 133.

<sup>144</sup> Cf. *supra*, point III, 2.2, a).

<sup>145</sup> Cf. *supra*, n. 101 et 102.

<sup>146</sup> Chambre de recours, arrêt du 12 mars 2008, c. 7 (voir *supra* n. 102). Le Tribunal fédéral a jugé que cette interprétation n'était pas arbitraire (arrêt du 23 février 2009, c. 4.2.2). Cf. aussi DUTOIT, Droit international privé, art. 90 N 6.

ception très restrictive de l'ordre public suisse, le résultat est particulièrement critiquable, car l'on finit par reconnaître au *de cuius* une liberté testamentaire qui va bien au-delà de celle admise dans les deux pays concernés.

A l'inverse, l'application de la vieille règle anglaise de révocation du testament en cas de mariage subséquent, dans des cas où elle ne serait même pas appliquée par les juridictions anglaises, est elle aussi insatisfaisante. Elle sacrifie sans nécessité la liberté testamentaire dans des circonstances où elle serait respectée tant par le droit anglais que par le droit suisse.

De telles applications de la *professio juris* trahissent les objectifs de celle-ci. Si le choix de la loi applicable à la succession mérite sans doute d'être admis et encouragé, il convient de rester fidèles à sa philosophie et à sa raison d'être.

## V. Bibliographie

BaKo, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (édit.), BaKo Internationales Privatrecht (IPRG), 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2013 (cité : BaKo IPRG – AUTEUR).

BARLOW FRANCIS/WALLINGTON RICHARD/MEADWAY SUSANNAH L./MACDOUGALD JAMES/KYNASTON CHARLOTTE, Williams on Wills, *in* : The law of wills, Volume 1, 10<sup>e</sup> éd., LexisNexis 2014; 1<sup>st</sup> supplement to 10<sup>th</sup> ed., LexisNexis 2016 (cité : BARLOW/WALLINGTON/MEADWAY/MACDOUGALD/KYNASTON, Williams on Wills).

BONOMI ANDREA, La révision du chapitre 6 LDIP – Le droit applicable à la succession à défaut de choix et le droit applicable aux dispositions pour cause de mort, *successio* 2019 (sous presse, cité : BONOMI, La révision).

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

BONOMI ANDREA, Successions internationales : conflits de lois et de juridictions, Recueil des cours de l'Académie de La Haye 2010, p. 73–418 (cité : BONOMI, Successions internationales).

BONOMI ANDREA/BERTHOLET JULIE, La *professio juris* en droit international privé suisse et comparé, *in* : Mélanges de l'Association des Notaires Vaudois, Zurich 2005, p. 355–380 (cité : BONOMI/BERTHOLET, La *professio juris*).

BONOMI ANDREA/WAUTELET PATRICK, *Le droit européen des successions – Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles 2016 (cité : BONOMI/WAUTELET, *Commentaire du Règlement 650/2012*).

BUCHER ANDREAS/BONOMI ANDREA, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2013 (cité : BUCHER/BONOMI, *Droit international privé*).

BURROWS ANDREW, *English private law*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford 2013 (cité : BURROWS, *English private law*).

CHAPPUIS BENOÎT, *L'utilisation de véhicules successoraux dans un contexte international et la lésion de la réserve successorale*, SJ 2005, p. 43 ss (cité : CHAPPUIS, *Véhicules successoraux*).

CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, *Private International Law* (édité par J.J. Fawcett et J.M. Carruthers), 14<sup>e</sup> éd., Oxford 2008 (cité : CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, *Private International Law*).

CLARKSON C. M. V./HILL JONATHAN, *The Conflict of Laws*, Oxford 2011 (cité : CLARKSON/HILL, *Conflict of Laws*).

CoRo, BUCHER ANDREAS (édit.), *CoRo Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano*, Bâle 2011 (cité : CoRo LDIP/CL - AUTEUR).

DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of Laws*, 15<sup>e</sup> éd., London 2012 (cité : DICEY, MORRIS & COLLINS, *Conflict of Laws*).

DÖRNER HEINRICH, *Internationales Erbrecht – Art. 25, 26 EGBGB*, in : J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Einführungsgesetz zum BGB*, Berlin 2007 (cité : DÖRNER, *Internationales Erbrecht*).

DUTOIT BERNARD, *Droit international privé suisse – Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2016 (cité : DUTOIT, *Droit international privé*).

FULCHIRON HUGUES, *Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin*, *Recueil Dalloz* 2017, p. 2310 ss (cité : FULCHIRON, *Ordre public*).

HANISCH HANS, *Professio iuris, réserve légale und Pflichtteil*, in : Dutoit Bernard/Hofstetter Josef/Piotet Paul (édit.), *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne 1985, p. 473 ss (cité : HANISCH, *Professio iuris*).

HAUSHEER HEINZ, *RSJB* 1978, p. 193–195 (cité : HAUSHEER, *RSJB* 1978).

KUHN HANS, *Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz*, Zurich 1998, p. 85 (cité : KUHN, *Der Renvoi*).

LAGARDE PAUL, *in* : Bergquist et al., *Commentaire du Règlement européen sur les successions*, Paris 2015 (cité : LAGARDE, *Commentaire du Règlement*).

LALIVE PIERRE, *ASDI* 1977, p. 334 ss (cité : LALIVE, *ASDI* 1977).

LALIVE PIERRE, *Un anachronisme en droit international privé ? (l'ATF Hirsch c. Cohen revisited)*, *in* : *Mélanges Alain Hirsch*, Genève 2004, p. 443-446 (cité : LALIVE, *Un anachronisme*).

LAW COMMISSION, Report n° 61, *Family Law 2d Report on Family Property : Family Provision on Death*, 1974.

LAW COMMISSION, Report n° 331, *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, 2011.

LAW REFORM COMMITTEE, Report n° 22 Report, *The Making and the Revocation of Wills*, 1980.

LEARMONTH ALEXANDER/FORD CHARLOTTE/CLARK JULIA/MARTYN JOHN ROSS, *Williams, Mortimer and Sunnucks on executors, administrators and probate*, Londres 2018 (cité : LEARMONTH/FORD/CLARK/MARTYN, *Williams, Mortimer and Sunnucks*).

MILLER GARETH, *Family Provision on Death – The International Dimension*, *I.C.L.Q.* 1990, p. 261-287 (cité : MILLER, *Family Provision*).

MILLER GARETH, *International Aspects of Succession*, Aldershot 2000 (cité : MILLER, *International Aspects*).

MORRIS J.H.C., *The Choice of Law Clause in Statutes*, *Law Quarterly Review* 1946, p. 170–185 (cité : MORRIS, *Choice of Law*).

NOURISSAT CYRIL/REVILLARD MARIEL, *La réserve successorale à l'épreuve de l'exception d'ordre public international*, *SJ* 2017, p. 2117–2121 (cité : NOURISSAT/REVILLARD, *La réserve*).

OUGHTON RICHARD, *Tyler's Family Provision*, 3<sup>e</sup> éd., Londres 1997 (cité : OUGHTON, *Tyler's Family Provision*).

SAWYER CAROLINE/SPERO MIRIAM, *Succession, wills and probate*, 3<sup>e</sup> éd., Abingdon 2015 (cité : SAWYER/SPERO, *Succession*).

SIEHR KURT, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zurich 2002, p. 165 (cité : SIEHR, Das Internationale Privatrecht).

STURM FRITZ, Der missverstandene Art. 91 des schweizerischen IPRG<sup>2</sup>, in : Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Neuchâtel 2000, p. 341 ss. et 347 (cité : STURM, Der missverstandene Art. 91).

VISCHER FRANK/HUBER LUCIUS/OSER DAVID, Internationales Vertragsrecht, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2000, N 149 ss (cité : VISCHER/HUBER/OSER, Internationales Vertragsrecht).

VON OVERBECK ALFRED, Das neue schweizerische Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, IPRax 1988, p. 332 ss (cité : VON OVERBECK, Das neue schweizerische Bundesgesetz).

WESTENBERG CATHERINE, Staatsangehörigkeit im schweizerischen IPRG, Bâle 1992, p. 154 (cité : WESTENBERG, Staatsangehörigkeit).

ZüKomm, GIRSBERGER DANIEL (édit.), ZüKomm. zum IPRG, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2003, Art. 91 (cité : ZüKomm. IPRG 2003 – AUTEUR).

ZüKomm, MÜLLER-CHEN MARKUS/WIDMER LÜCHINGER CORINNE (édit.), ZüKomm. zum IPRG, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2018 (cité : ZüKomm. IPRG 2018 – AUTEUR).

