

Les pactes successoraux et testaments conjonctifs à l'aune du droit international privé suisse et européen

MEMOIRE

présenté

par **Odile Piotet**

sous la direction du

Prof. Andrea Bonomi

Lausanne, le 10.06.2022

Table des matières

BIBLIOGRAPHIE	IV
OUVRAGES.....	IV
ARTICLES	V
JURISPRUDENCES	VII
TEXTES OFFICIELS.....	VIII
TABLE DES ABRÉVIATIONS	IX
I. INTRODUCTION	1
II. LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DES SUCCESSIONS	2
A. Le régime suisse.....	2
1. <i>Les généralités</i>	2
2. <i>L'application de la loi du domicile aux pactes successoraux</i>	3
a. Le pacte comptant un seul disposant	3
b. Le pacte comptant plusieurs disposants.....	3
3. <i>La professio juris</i>	4
B. Le règlement européen.....	5
1. <i>Les généralités</i>	5
2. <i>L'application de la loi de la résidence habituelle</i>	7
a. Le pacte comptant un seul disposant	7
b. Le pacte comptant plusieurs disposants.....	7
3. <i>La professio juris</i>	7
C. La révision de la LDIP.....	8
1. <i>La genèse</i>	8
2. <i>L'application de la loi du domicile</i>	9
c. Les pactes comptant un seul disposant	9
d. Les pactes comptant plusieurs disposants.....	10
3. <i>La professio juris</i>	11
a. Le pacte comptant un seul disposant	11
b. Le pacte comptant plusieurs disposants.....	12
III. LE DROIT COMPARÉ DES DISPOSITIONS BILATÉRALES À CAUSE DE MORT.....	13
A. Les pactes successoraux.....	13
1. <i>Le droit suisse</i>	13
2. <i>Le droit de certains pays européens</i>	14
a. Le droit allemand	14
b. Le droit français	15
c. Le droit italien.....	17
d. Autres droits.....	18
B. Les testaments conjonctifs	19
1. <i>Le droit suisse</i>	19
2. <i>En Europe</i>	21
a. En Allemagne.....	21
b. En France	22
c. En Autriche	23
C. Synthèse	24
IV. LES INCERTITUDES DE LA PLANIFICATION SUCCESSORALE VOLONTAIRE	24
A. La qualification des testaments conjonctifs	24
1. <i>La condition de l'effet contraignant</i>	24

a.	En Europe.....	24
b.	En Suisse.....	26
2.	<i>Le rattachement formel ou matériel</i>	27
a.	En Europe.....	27
b.	En Suisse.....	29
B.	La nature de la <i>professio juris</i>	29
1.	<i>Une disposition bilatérale ou unilatérale</i>	29
a.	En Suisse.....	29
b.	En droit européen.....	30
2.	<i>La révocation de la professio juris</i>	30
a.	En Suisse.....	30
b.	En droit européen.....	32
C.	Les effets du pacte	33
1.	<i>Généralités</i>	33
2.	<i>La problématique</i>	33
a.	En droit européen.....	33
b.	En droit suisse.....	34
3.	<i>Les solutions possibles</i>	34
a.	La <i>professio juris</i>	34
b.	Une interprétation large	35
c.	L'application uniforme de la loi	37
V.	CONCLUSION.....	37

Bibliographie

Ouvrages

ABT Daniel / WEIBEL Thomas (édit.), *Erbrecht : Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung*, Praxiskommentar, 4^e éd., Bâle 2019 (cité : PraxisK AUTEUR·E, art. X N Y).

BONOMI Andrea / WAUTELET Patrick, *Le droit européen des successions : commentaire du règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles 2016.

BONOMI Andrea, *Successions internationales : conflits de lois et de juridictions*, in Académie de droit internationale de la Haye / Dotation Carnegie pour la paix internationale (édit.), Boston 2011 (cité : BONOMI, *Conflits*).

BUCHER Andreas (édit.), *Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano : Art. 91-96 LDIP*, Commentaire romand, Bâle 2011 (cité : CR LDIP AUTEUR·E, art. X n°Y).

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

C.A.E. / I.R.E.N.E. / C.N.U.E., *Les successions en Europe – Le droit national de 42 pays européens*, Grèce 2016 (cité : Successions Pays AUTEUR·E).

CALVO CARAVA Alfonso-Luis / DAVÌ Angelo / MANSEL Heinz-Peter, *The EU Succession Regulation : Art. 25 RES*, Cambridge 2016 (cité : EU Succession AUTEUR·E, art. X p. Y).

DEIXLER-HÜBNER Astrid / SCHAUER Martin (édit.), *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung : art. 24-25 RES*, 2^e éd., Vienne 2020 (cité : EuErbVO AUTEUR·E, art. X LDIP n°Y).

DUTOIT Bernard, *Droit international privé suisse – Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 5^{ème} éd., Bâle 2016 (cité : DUTOIT, art. X LDIP n°Y).

DUTTA Anatol / WEBER Johannes (édit.), *Internationales Erbrecht : Art. 24-25 RES RES*, Beck'sche Kurz Kommentare, 2^e éd., 2021 München (cité : CH.Beck AUTEUR·E, art. X loi n°Y).

GIRSBERGER Daniel *et al.* (édit.), *Zürcher Kommentar zum IPRG : Art. 95 LDIP*, 2^e éd., Zurich / Bâle / Genève 2004 (cité : ZK 2004 LDIP AUTEUR·E, art. X n°Y).

GRUBER Michael / KALSS Susanne / MÜLLER Katharina / SCHAUER Martin (édit.), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2^e éd., Vienne 2018 (cité : ABGB AUTEUR·E).

HAAS-LEIMACHER Christelle, *Das gemeinschaftliche Testament und die Frage der Bindung an Absprachen auf den Todesfall bei Vertrauensbeziehungen – Rechtsvergleichend anhand des deutschen, österreichischen und französischen Rechts mit Schlussfolgerungen aus schweizerischer Sicht*, ZStP Zurich 2016.

MÜLLER-CHEN Markus / WIDMER LÜCHINGER Corinne (édit.), *Zürcher Kommentar zum IPRG : Art. 95 LDIP*, tome I, 3^e éd., Zurich / Bâle / Genève 2018 (cité : ZK 2018 LDIP AUTEUR·E, art. X n°Y).

MÜTZENBERG Sylvie, *Le testament conjonctif*, thèse Lausanne 2020.

PAMBOUKIS Haris P. (édit.), *EU Succession Regulation No 650/2012 : Art. 25 RES*, Munich 2017 (cité : EU Regulation AUTEUR·E, art. X n°Y).

PICHONNAZ Pascal / FOËX Bénédicte / PIOTET Denis (édit.), *Code Civil II : art. 494 ss*, Commentaire romand, Bâle 2016 (cité : CR CC AUTEUR·E, art. X n°Y).

REVILLARD Mariel, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, 8^e éd., Issy-les-Moulineaux 2014.

SCHNYDER Anton K. / GROLIMUND Pascal / LOACKER Leander D. (édit.), *Internationales Privatrecht : Art. 94-96 IPRG*, Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2021 (cité : BaKomm. LDIP AUTEUR·E, art. X n°Y).

SÜSS Rembert (édit.), *Erbrecht in Europa*, 3^e éd., Bonn 2015 (cité : Erbrecht AUTEUR·E, §X n°Y).

STEINAUER Paul-Henri, *Le droit des successions*, 2^e éd., Berne 2015.

WEIMAR Peter, *Das Erbrecht (Art. 457-516 ZGB) – Das Erbe*, BeKomm., Vol. 3, Berne 2009.

Articles

ALONSO Ignacio Herrero, *Le principe de la prohibition des pactes successoraux et les instruments alternatifs du Code civil espagnol*, in : Bonomi Andrea / Steiner Marco (édit.), *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu’espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, Genève 2008, p. 99 ss.

BONOMI Andrea, *La révision du chapitre 6 LDIP : le droit applicable à la succession à défaut de choix et aux dispositions pour cause de mort*, successio 2019 p. 238 ss (cité : BONOMI, P-LDIP).

BONOMI Andrea, *Die geplante Revision des schweizerischen Internationalen Erbrechts : Erweiterte Gestaltungsmöglichkeiten und Koordination mit der Europäischen Erbrechtsverordnung*, SRIEL 2018 p. 159 ss (cité : BONOMI, revIPRG).

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

BONOMI Andrea, *Les pactes successoraux en droit international privé - Remarques comparatives à la lumière des droits français, italien, espagnol et suisse*, in : Bonomi Andrea / Steiner Marco (édit.), *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu’espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, Genève 2008, p. 11 ss (cité : BONOMI, Pactes successoraux).

BONOMI Andrea / ÖZTÜRK Azadi, *Auswirkungen der Europäischen Erbrechtsverordnung auf die Schweiz unter besonderer Berücksichtigung deutsch-schweizerischer Erbfälle*, ZVglRWiss 2015 p. 4 ss.

BÜCHLER Andrea / DICKENMANN Sibilla, *Das gemeinschaftliche Testament Ein Rechtsvergleich Schweiz – Deutschland*, successio 2008 p. 74 ss.

CARLIN Sabrina, *La renonciation anticipée à une expectative successorale*, Not@lex 2009 p. 39 ss.

CHAPPUIS Benoît / PERRIN Julien, *Le Règlement (UE) N° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen*, Not@lex 2014 p. 1 ss.

DAMASCELLI Domenico, *Le « pacte de famille » en droit international privé italien*, in : Bonomi Andrea / Steiner Marco (édit.), *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, Genève 2008, p. 85 ss.

DÖBEREINER Christoph, *Introduction au droit successoral allemand*, in Steinauer Paul-Henri / Mooser Michel / Eigenmann Antoine (édit.), *Journée de droit successoral 2018*, Berne 2018, p. 79 ss.

FAVIER Yann, *Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français*, in : Bonomi Andrea / Steiner Marco (édit.), *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, Genève 2008, p. 29 ss.

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

LEU Daniel, *Die EU-Erbrechtsverordnung und ihre Bedeutung aus Schweizer Sicht*, SJZ 112/2016 p. 441 ss.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ María, *Les pactes successoraux dans les droits régionaux d'Espagne*, in : Bonomi Andrea / Steiner Marco (édit.), *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, Genève 2008, p. 107 ss.

MOOSER Michel, *Le testament conjonctif*, in : Pradervand-Kernen Maryse / Mooser Michel / Eigenmann Antoine (édit.), *Journée de droit successoral 2022*, Berne 2022, p. 139 ss.

PIOTET Denis, *Les scissions dues à la dissociation de la succession imposée par le même système de règles de conflits*, in : Bonomi Andrea / Piotet Denis / Frésard Philippe (édit.), *Droit successoral international : recueil des contributions du 8e Séminaire de formation de la Fondation Notariat Suisse et de la 2e Journée de droit patrimonial international du 3 septembre 2019*, Zurich 2019, p. 187 ss (cité : PIOTET, *Scission*).

PIOTET Paul, *La nature des pactes successoraux, et ses conséquences*, in : *Contributions choisies : recueil offert par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de son 80ème anniversaire*, Lausanne 2004, p. 317 ss (cité : PIOTET, *Pactes successoraux*).

PRETELLI Ilaria, *Le droit des successions italien à la lumière du droit comparé*, in Pradervand-Kernen Maryse / Mooser Michel / Eigenmann Antoine (édit.), *Journée de droit successoral 2021*, Berne 2021, p. 125 ss.

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

RUBIDO Jose-Miguel / VALINCIUTE FAIVRE Vilma, *L'ordre public au regard du droit international privé successoral*, in : Bonomi Andrea / Piotet Denis / Frésard Philippe (édit.), *Droit successoral international : recueil des contributions du 8e Séminaire de formation de la Fondation Notariat Suisse et de la 2e Journée de droit patrimonial international du 3 septembre 2019*, Zurich 2019, p. 221 ss.

SAINT-AMAND Pascal Julien, *La réforme des successions et des libéralités – Aspects civils et fiscaux*, in : Bonomi Andrea / Steiner Marco (édit.), *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, Genève 2008, p. 39 ss.

SCHNYDER Anton K. / CAPAUL Gian Andri, *Rechtswahl im Anwendungsbereich von schweizerischem IPR-Gesetz und Europäischer Erbrechtsverordnung*, in : Frésard Philippe / Morger Jürg (édit.), *Aktuelle Fragen des internationalen Erbrechts Beiträge des Weiterbildungsseminars der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 9. September 2019 in Zürich*, Zurich 2020, p. 49 ss.

SCHWANDER Ivo, *Die EU-Erbrechtsverordnung*, PJA 2014 p. 1084 ss.

TAPPY Denis, *Quand le contractuel s'invite dans le droit des successions : la genèse de la large admission du pacte successoral dans le Code civil suisse*, in : Mausen Yves / Pichonnaz Pascal (édit.), *Devoirs, promesses et obligations*, Zurich 2020, p. 165 ss.

VON OVERBECK Alfred E., *Les régimes matrimoniaux et les successions dans le nouveau droit international privé suisse*, in : Dessemontet François (édit.), *Le nouveau droit international privé suisse – Travaux des Journées d'étude organisées par le Centre du droit de l'entreprise les 9 et 10 octobre 1987, à l'Université de Lausanne*, Lausanne 1987, p. 59 ss.

WEINGART Claudio, *Nachlassplanung, Nachlassspaltung, Nachlasskonflikt und EU-Erbrechtsverordnung*, in : Grolimund Pascal et al. (édit.), *Festschrift für Anton K. Schnyder*, Zürich 2018, p. 395 ss.

WEISS Kinga M. / BIGLER Manuel, *Die EU Erbrechtsverordnung – Neue Herausforderungen für die internationale Nachlassplanung aus Schweizer Sicht*, successio 2014 p. 163 ss.

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

Jurisprudences

a) Suisses

Publiés

ATF 138 III 489, JdT 2013 II 138 (trad.)

ATF 133 III 406, JdT 2007 I 364 (trad.)

ATF 117 II 494= JdT 1993 I 158

ATF 102 Ia 574, non publié au JdT

ATF 89 II 284, JdT 1964 I 253 (trad.)

ATF 76 II 273, JdT 1951 I 514 (trad.)

ATF 70 II 255, JdT 1945 I 258 (trad.)

ATF 47 II 48, JdT 1921 I 482 (trad.)

ATF 46 II 11, JdT 1920 I 271 (trad.)

Étrangères

Européennes

CJUE du 9 septembre 2021, C-277/20, *UM*, EU:C:2021:708

CJUE du 21 juin 2018, C-20/17, *Oberle*, EU:C:2018:485

CJUE du 1^{er} mars 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, EU:C:2018:138

CJCE du 23 novembre 1999 C.369/96 et C-376/96, *Arblade, Leloup*, EU:C:1999:575

Françaises

CCiv. du 21 novembre 2012, C101330

Arrêt de la CA du 16 octobre 2003, Aix-en-Provence

Arrêt du Trib. Civ. Seine du 10 juillet 1939, in *Revue critique de droit international privé*, 1939 p. 450.

Textes officiels

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

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

Décision du 7 juin 1982 de l'Office fédéral de la justice, JAAC 1982 n° 47 p. 262 s.

Table des abréviations

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch autrichien du 1 ^{er} juin 1811
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BaKomm.	Commentaire bâlois
BeKomm.	Commentaire bernois
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch allemand du 12 août 1986
c.	considérant(s)
CA	Cour d'appel
C.A.E.	Commission des Affaires Européennes
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCE	Code civil espagnol du 16 août 1889
CCF	Code civil français du 21 mars 1804
CCI	Code civil italien du 21 avril 1942
CCiv	Cour de cassation civile
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
C.N.U.E.	Conseil de Notariat de l'Union Européenne
CR	Commentaire romand
éd.	édition
édit.	éditeur·e·s
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (et autres)
etc	<i>et caetera</i>
EuErbVO	= RES
FF	Feuille fédérale
IPRG	= LDIP
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux
I.R.E.N.E.	Institut de Recherches et d'Études Notariales Européens
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
let.	lettre
LPartG	Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft allemand du 16 Février 2001
n°	numéro(s)
N.	note(s)
p.	page(s)
par.	paragraphe(s)
PJA	Pratique Juridique Actuelle
P-LDIP	Projet de révision de la LDIP
RAAR	Renonciation anticipée à l'action en réduction
RDS	Revue Suisse de Jurisprudence
rés.	résumé
RES	Règlement européen n ° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et

	l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen
RNRF	Revue Suisse du Notariat et du Registre Foncier
RO	Recueil officiel
RS	Recueil systématique
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen = SRIEL
SJ	Semaine judiciaire
SJZ	= RDS
SRIEL	Swiss Review of International and European Law
s.	suivant(e)
ss	suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral
trad.	traduction
Trib. Civ.	Tribunal Civil
UE	Union européenne
ZK	Commentaire zurichois
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

I. Introduction

La mobilité allant croissant, on dénombre plus de 400 000 Suisses domiciliés en Europe¹ et plus de 1'400'000 citoyens européens domiciliés en Suisse². Ce fait a de nombreux impacts au niveau de notre ordre juridique, notamment sur le droit successoral. La Suisse doit aujourd'hui compter que bon nombre des successions de ses ressortissants s'ouvriront à l'étranger. Ces données de fait exigent une planification successorale internationale efficiente.

Parmi les instruments largement utilisés pour planifier une succession, on comptera notamment les pactes successoraux et les testaments conjonctifs. Pour ces derniers, il s'agit de testaments établis sur le même document et qui concernent plusieurs successions. Nous aurons aussi l'occasion d'examiner d'autres actes pour cause de mort proches des pactes successoraux.

Le droit international privé, malgré son nom, fait en général partie du droit national d'un Etat. Il permet de déterminer la compétence et le droit applicable en cas de situations transfrontalières. En Suisse, c'est la LDIP qui est applicable : elle est entrée en vigueur en 1989. Son chapitre 6 régit les aspects d'une succession internationale. Un projet de révision, élaboré en 2018, est actuellement à l'examen des Chambres fédérales. La révision vise à créer un régime de droit harmonisé avec le droit européen afin de faciliter la planification successorale internationale. De son côté, le règlement UE du 4 juillet 2012 n°650/2012 sur les successions internationales assure le même rôle pour ses Etats membres. Ce règlement introduit un régime de droit international privé successoral unitaire et universel. Grâce à ce règlement, les pactes successoraux et les instruments similaires sont reconnus plus largement en Europe.

Le présent travail tend à promouvoir une pratique uniforme des tribunaux suisses et européens quant aux pactes successoraux et aux testaments conjonctifs à l'aune du droit international privé suisse et européen. Il a pour ambition de trancher des incertitudes qui subsistent quant à ces deux institutions dans des planifications successorales internationales ; il ne prétend pas cependant présenter un exposé général du règlement européen ou de la LDIP. Nous n'aborderons pas non plus de manière détaillée les différents droits nationaux qui traitent des pactes successoraux et testaments mutuels. Nous nous intéresserons ponctuellement à des institutions nationales proches des pactes successoraux tels que définis par le règlement européen ou le droit international privé suisse. Ce sera le cas en particulier de pays limitrophes à la Suisse, comme le droit français, italien ou allemand.

Dans un premier temps, nous commencerons par établir les différents régimes de droit international privé, dont le projet de révision de la LDIP (*infra* II). Dans un deuxième temps, nous étudierons le droit comparé concernant les dispositions à cause de mort bilatérales (*infra* III). Dans un troisième temps, nous nous intéresserons aux questions soulevées par la planification successorale internationale (*infra* IV). Nous examinerons plus spécifiquement des problématiques liées aux testaments conjonctifs et approfondirons également la *professio juris* et les effets des actes successoraux multilatéraux. Dans un dernier temps, nous tirerons une conclusion sur l'objectif que nous avons poursuivi (*infra* V).

¹ Statistiques de la Confédération : <https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/vivre-etranger/schweizerinnen-und-schweizer-im-ausland/cinquieme-suisse/statistiques.html> (consulté le 01.04.22).

² Statistiques de la Confédération : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/migration-integration/nationalite-etrangere.html> (consulté le 01.04.22).

II. Le droit international privé des successions

A. Le régime suisse

1. Les généralités

La LDIP est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989. Auparavant, le droit international privé était principalement réglé par la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour³, des dispositions topiques de droit fédéral, et d'autres conventions internationales conclues entre la Suisse et d'autres pays⁴. La LDIP établit des règles de conflit applicables aux états de fait transfrontaliers, ainsi que des dispositions relatives à la reconnaissance des décisions étrangères, à leur exécution, et enfin à l'arbitrage international. Les traités internationaux sont réservés (art. 1 al. 2 LDIP)⁵.

Les règles spéciales applicables aux successions sont ancrées aux art. 86 ss de la LDIP. Elles permettent à une personne de planifier sa succession au niveau international. Sous le terme de planification successorale, on comprend la planification anticipée et organisée du transfert des biens successoraux du *de cuius* à d'autres personnes, en général à la prochaine génération. Cela rejoint non seulement les aspects successoraux, mais aussi matrimoniaux, fiscaux, réels, *etc*⁶. Un état de fait est transfrontalier dès que la personne possède des biens à l'étranger, dispose d'une nationalité étrangère, ou a créé des institutions sous un droit étranger. Il s'agit alors de planification non pas uniquement nationale, mais internationale⁷.

Les règles du chapitre 6 de la LDIP sont régies par le principe général de l'unité de la succession. Il existe en outre un lien étroit entre le *forum* – désignant la compétence – et le *ius* – le droit applicable. Ainsi, si les autorités suisses sont compétentes pour régler une succession, elles appliqueront en général le droit suisse. Cependant, il est possible que le disposant ait choisi son droit national comme droit applicable à la succession (art. 90 al. 2, art. 91 al. 2 LDIP), dans ce cas, les autorités doivent suivre ce choix. L'art. 86 al. 2 LDIP prévoit également une exception à l'unité de la succession en reconnaissant une compétence exclusive des autorités du lieu de situation d'un immeuble⁸.

L'art. 95 LDIP est une disposition spéciale traitant des pactes successoraux, des actes à cause de mort qui ont un caractère contractuel. L'art. 95 désigne le droit applicable au pacte (*Erbvertragsstatut*), tandis que les art. 90 et 91 LDIP régissent le droit applicable à la succession (*Erb(folge)statut*)⁹.

Comme développé aux chapitres qui suivent, la LDIP différencie entre les pactes successoraux dans lesquels une seule personne dispose de sa succession et les pactes successoraux comptant plusieurs disposants. Une éventuelle contreprestation ne change pas le fait que le pacte successoral ne compte qu'un disposant¹⁰. Dans les deux cas, les pactes successoraux sont soumis, quant à leur forme, aux critères de rattachement de l'art. 93 LDIP, et quant à la capacité de disposer, à ceux de l'art. 94 LDIP (art. 95 al. 4 LDIP)¹¹.

³ RO 12 337.

⁴ FF 1983 I 256 ss.

⁵ FF 1983 I 276 ; WEINGART, p. 397 s.

⁶ WEINGART, p. 397 s.

⁷ *Idem*, p. 399 s.

⁸ BONOMI, *Règlement européen*, p. 402.

⁹ CR LDIP BUCHER, art. 90 n°1 ss.

¹⁰ BaKomm. LDIP SCHNYDER / LIATOWITSCH / DORJEE-GOOD, Art. 95 n° 1.

¹¹ DUTOIT, art. 95 LDIP n°5; BaKomm. LDIP SCHNYDER / LIATOWITSCH / DORJEE-GOOD, Art. 95 n° 12.

2. *L'application de la loi du domicile aux pactes successoraux*

a. *Le pacte comptant un seul disposant*

L'art. 95 al. 1 LDIP stipule que le droit applicable au pacte successoral est le droit du domicile du disposant au moment de la conclusion de l'acte¹². Ce droit règle entre autres l'admissibilité du pacte successoral, sa force obligatoire et ses effets sur la succession¹³. Le droit applicable au pacte est alors une loi hypothétique : c'est elle qui régirait la succession si cette dernière s'ouvrait immédiatement après la conclusion de l'acte (art. 86 al. 1 LDIP). Ainsi, un changement de domicile n'exerce aucune influence sur la validité du pacte¹⁴. La loi hypothétique de l'art. 95 al. 1 LDIP implique une prise en compte du renvoi, à l'instar de l'art. 91 al. 1 LDIP¹⁵.

b. *Le pacte comptant plusieurs disposants*

L'art. 95 al. 3 LDIP stipule que les dispositions réciproques pour cause de mort sont valables si elles sont conformes au droit des domiciles de chacun des disposants, ou à leur droit national commun¹⁶. Cette disposition prend aussi en compte le renvoi, comme l'al. 1¹⁷. L'art. 95 al. 3 LDIP établit un rattachement cumulatif à la validité du pacte successoral selon la doctrine majoritaire¹⁸. Selon elle, le pacte doit répondre cumulativement aux différents droits des domiciles des disposants¹⁹. Une autre partie de la doctrine, en revanche, conclut à ce qu'un seul droit soit applicable à chacune des dispositions. Il s'agit du rattachement distributif. Ce dernier implique que les dispositions à cause de mort réciproques sont régies par un seul droit, c'est-à-dire le droit national ou le droit du domicile du disposant concerné. Selon cette opinion, s'il s'agit d'un pacte successoral suisse et allemand, chaque disposition prise par l'héritier domicilié en Suisse doit être conforme au droit suisse, et chaque disposition prise par l'héritier domicilié en Allemagne doit être conforme au droit allemand²⁰.

Cette controverse naît du fait que de nombreuses questions sont soulevées par l'application cumulative des droits des domiciles des disposants. Tout d'abord, quel droit doit s'appliquer si chacun prévoit des effets juridiques différents ? De plus, comment interpréter une disposition à laquelle s'appliquent deux lois différentes²¹ ? Pour illustrer cette problématique, prenons un pacte successoral conclu entre une Autrichienne et un Suisse, dans lequel les disposants s'instituent mutuellement héritiers pour toute leur succession. Le droit autrichien fixe une limite quant aux dispositions pour cause de mort : un quart de la succession doit rester libre de toute obligation (§1253 ABGB), alors que le droit suisse permet de disposer de toute la succession, si ce n'est les réserves. On considère que la portée des dispositions pour cause de mort d'un pacte relève de ses effets contraignants. Si on applique cumulativement les règles de droit suisse et autrichien, le pacte devrait simultanément être limité à trois quarts de la succession, mais porterait aussi sur toute la succession. Ainsi, WIDMER LÜCHINGER propose la solution suivante :

¹² CR LDIP BUCHER, Art. 95 n°1.

¹³ FF 1983 I 380 ; RUBIDO / VALINCIUTE FAIVRE, p. 242 s.

¹⁴ FF 1983 I 380 ; BaKomm. LDIP SCHNYDER / LIATOWITSCH / DORJEE-GOOD, Art. 95 n° 1.

¹⁵ ZK 2018 LDIP HEINI, art. 95 n°7 ; sur la notion de renvoi : LEU, p. 445.

¹⁶ CR LDIP BUCHER, Art. 95 n°1 ; VON OVERBECK, p. 77.

¹⁷ DUTOIT, art. 95 LDIP n°4 ; ZK 2004 LDIP HEINI, art. 95 n°10.

¹⁸ CHAPPUIS / PERRIN, p. 27 ; BaKomm. LDIP SCHNYDER / LIATOWITSCH / DORJEE-GOOD, Art. 95 n°7.

¹⁹ HAAS-LEIMACHER, p. 460 s. n°1202 ; SCHNYDER / CAPAUL, p. 80.

²⁰ DUTOIT, art. 95 LDIP n°4 ; aussi BaKomm. LDIP SCHNYDER / LIATOWITSCH / DORJEE-GOOD, Art. 95 n°6 ; WIDMER LÜCHINGER, p. 16 s.

²¹ FF 2020 3244.

c'est le plus petit dénominateur commun qui doit désigner le droit applicable. Dans l'exemple présent, c'est le droit autrichien, car il n'est pas en contradiction avec l'autre ordre juridique impliqué. En effet, appliquer le droit suisse reviendrait à violer le droit autrichien. Cette solution n'est pas tout à fait satisfaisante, puisque cela ne correspond pas aux attentes des disposants. Il est donc préférable que les deux parties conviennent d'une élection de droit. Malheureusement, sous le droit actuel ce n'est pas possible, puisqu'ils n'ont pas de nationalité commune (cf. art. 95 al. 3 LDIP)²².

BONOMI soutient que le rattachement cumulatif permet d'éviter des conflits de loi quant à la l'admissibilité et la révocabilité du pacte successoral ou du testament conjonctif. Il admet aussi que ce critère est plus discutable quant à la validité et aux effets du pacte successoral, pour les raisons que nous avons mentionnées. Certains auteurs sont donc plus favorables à l'application d'un rattachement distributif²³. Une telle théorie ne serait cependant pas compatible avec le texte de l'art. 95 al. 3 LDIP, qui prévoit clairement un rattachement cumulatif aussi pour les effets du pacte successoral²⁴.

L'art. 95 al. 3 LDIP est applicable aux testaments mutuels régis par un droit étranger²⁵. Cela était déjà admis dès l'entrée en vigueur de la LDIP selon le Message du Conseil fédéral²⁶. Ainsi, selon une interprétation littérale et historique, il semble clair que les testaments conjonctifs ne peuvent tomber sous le coup de l'art. 95 al. 3 LDIP que s'ils contiennent des dispositions corrélatives. Les testaments conjonctifs non corrélatifs sont soumis, au contraire, aux règles habituelles sur le droit applicable (art. 90 s. LDIP)²⁷.

3. *La professio juris*

Selon l'art. 95 al. 2 LDIP, le disposant peut rédiger une *professio juris* en faveur de son droit national. Ce droit s'appliquera ensuite à toute sa succession²⁸. En effet, le droit du domicile cède le pas au droit national choisi par le disposant²⁹. La *professio juris* doit être contenue dans le pacte, ou ressortir implicitement de ce dernier³⁰. Le choix de loi doit porter sur la nationalité du disposant au moment de la conclusion du pacte³¹. Si le disposant possède plusieurs nationalités, il peut choisir parmi celles-ci librement³². On notera que le cocontractant d'un pacte ne peut choisir son droit national, puisqu'il ne dispose pas pour cause de mort³³. La *professio juris*, sous le droit actuel, n'est pas accessible aux doubles nationaux suisses. De plus, le choix de loi est caduc si le disposant ne possède plus la nationalité choisie au moment de sa mort, ou s'il a acquis entretemps la nationalité suisse³⁴. L'élection de droit autorise notamment

²² WIDMER LÜCHINGER, p. 19 et 24.

²³ ZK 2004 LDIP HEINI, Art. 95 n°8 ; BaKomm. LDIP SCHNYDER / LIATOWITSCH / DORJEE-GOOD, art. 95 n°7 ; si nous reprenons l'exemple donné ci-dessus, le droit suisse s'appliquerait uniquement aux dispositions pour cause de mort de la Suisse, et le droit autrichien aux dispositions pour cause de mort de l'Autrichienne.

²⁴ BONOMI, *P-LDIP*, p. 247.

²⁵ BaKomm. LDIP SCHNYDER / LIATOWITSCH / DORJEE-GOOD, Art. 95 n° 6.

²⁶ FF 1983 I 380.

²⁷ HAAS-LEIMACHER, p. 460 n°1202 ss.

²⁸ FF 2020 3243 s. ; BONOMI, *Règlement européen*, p. 415 ; DUTOIT, art. 95 LDIP n°2.

²⁹ ATF 138 III 489 c. 4.4, JdT 2013 II 138 (trad.) ; BaKomm. LDIP SCHNYDER / LIATOWITSCH / DORJEE-GOOD, Art. 95 n° 3.

³⁰ DUTOIT, art. 95 LDIP n°2.

³¹ ZK 2018 LDIP HEINI, art. 95 n°10.

³² DUTOIT, art. 95 LDIP n°3.

³³ WIDMER LÜCHINGER, p. 20.

³⁴ WEINGART, p. 419.

le disposant à choisir un droit national qui ne connaît pas les réserves successorales. En effet, cela ne va pas à l'encontre de l'ordre public³⁵.

L'art. 95 al. 3 LDIP prévoit la possibilité de conclure une *professio juris* en faveur du droit national commun aux disposants³⁶. La doctrine n'est pas unanime quant à savoir si cette disposition autorise une élection de droit partielle³⁷. Celle-ci implique de rattacher une partie de la succession à un droit différent du reste de la masse successorale³⁸. Ainsi, elle entraîne une scission volontaire, en distinguant la loi générale applicable à la succession, et la loi qui régit les dispositions pour cause de mort, par exemple un pacte successoral. Cette possibilité est plus étendue sous le règlement européen, comme nous le verrons au chapitre ci-dessous³⁹.

B. Le règlement européen

1. Les généralités

Le règlement européen n°650/2012 est applicable aux successions des personnes qui décèdent depuis le 17 août 2015 (art. 83 par. 1 RES)⁴⁰. Le présent travail ne prend pas en compte les successions antérieures.

Le règlement traite de la compétence internationale des autorités ou des tribunaux, de la loi applicable à la succession, de la reconnaissance des décisions étrangères ainsi que de leur exécution, et du certificat européen. Les principes généraux ressortant du règlement sont les suivants : l'unité de la succession, la dernière résidence habituelle du *de cuius* comme critère de rattachement pour désigner la loi applicable, et la recevabilité de la *professio juris*⁴¹. Le champ d'application est réglé par l'art. 1 RES. L'application du règlement est universelle (art. 20 RES). Les Etats membres doivent par conséquent appliquer les mêmes règles de conflit de loi envers les Etats tiers. Les conventions internationales sont réservées (art. 75 RES)⁴².

Le règlement introduit par le biais de l'art. 4 une compétence universelle dépendante de la dernière résidence habituelle du *de cuius*. Les art. 4 à 19 du règlement règlent la compétence des autorités ou des tribunaux, qu'il s'agisse des Etats membres ou des Etats tiers.

Le règlement européen prévoit des dispositions spécifiques concernant les pactes successoraux (art. 25), et pour le reste des dispositions pour cause de mort qui ne sont pas des pactes successoraux (art. 24 RES)⁴³. Il vise notamment à conserver la validité d'un pacte successoral en cas de changement de résidence habituelle. La loi applicable détermine d'abord si le pacte est recevable, en particulier s'il existe des restrictions concernant les parties aux pactes. En dehors du pacte successoral, la loi générale de la succession est régie par les art. 20 et 21 du règlement européen.

³⁵ DUTOIT, art. 95 LDIP n°2.

³⁶ WIDMER LÜCHINGER, p. 16 s.

³⁷ BONOMI, *Conflicts*, p. 223 ; cf. BONOMI, *Règlement européen*, p. 415 N. 99 ; CR LDIP BUCHER, Art. 90 n°5 DUTOIT, art. 95 LDIP n°1 ; GUILLAUME, p. 230 ; VON OVERBECK, p. 77.

³⁸ FF 2020 3243.

³⁹ BONOMI / ÖZTURK, p. 27.

⁴⁰ LEU, p. 442.

⁴¹ SCHWANDER, p. 1092.

⁴² *Ibidem* ; BONOMI, *Règlement européen*, p.397.

⁴³ SCHNYDER / CAPAUL, p. 83.

Si le pacte est valide, ce dernier déploie ses effets en principe sans que l'ordre public⁴⁴ ne puisse être invoqué⁴⁵. En effet, le règlement européen établit des règles bienveillantes à l'égard des pactes successoraux, ce qui implique que les Etats membres ne peuvent en principe plus invoquer la réserve de l'ordre public pour empêcher qu'ils déploient des effets sur leur territoire⁴⁶.

Le titre de l'art. 25 RES doit être entendu au sens large⁴⁷. Selon la jurisprudence européenne, le sens et la portée des dispositions du règlement sont soumis à une interprétation autonome et uniforme. Celle-ci se fonde sur la règle de droit en elle-même, ainsi que l'objectif qu'elle poursuit⁴⁸. Les rattachements spéciaux applicables aux dispositions pour cause de mort sont bien mieux délimités quant à leur portée que dans le droit suisse actuel, l'art. 25 RES ne concernant que la recevabilité, la validité au fond, et les effets contraignants. Par ailleurs, l'art. 26 RES définit ce qu'il faut entendre par la validité au fond. La recevabilité détermine notamment si l'acte pour cause de mort est admis au regard de l'ordre juridique concerné. En revanche, il subsiste des incertitudes quant à la portée exacte de l'application de la loi générale et de la loi applicable au pacte, qui doivent être précisées par la jurisprudence (*infra* IV/C)⁴⁹.

L'art. 3 point b RES définit les pactes successoraux. Il s'agit « d'un contrat en vertu duquel une personne prévoit le transfert futur, lors de son décès, de la propriété d'un bien immobilier lui appartenant et qui confère ainsi des droits dans sa future succession à d'autres parties à ce contrat [...] »⁵⁰. Cette définition large cherche à éviter tout morcellement de la succession, conformément au considérant 9 du règlement⁵¹. En revanche, elle ne recouvre pas le pacte négatif. Comme nous le verrons dans le chapitre suivant, celui-ci est pourtant soumis à l'art. 25 RES (*infra* III/A/a). Dans tous les cas, l'art. 3 let. b RES peut recouvrir d'autres actes, comme des donations à cause de mort, par exemple⁵². Ne sont pas pris en compte en revanche les pactes de disposition qui concernent la succession d'un tiers⁵³.

Le règlement distingue entre les testaments mutuels et conjonctifs. Le testament conjonctif est défini par l'art. 3 let. d RES. De leur côté, les testaments mutuels ou corrélatifs sont assimilés à des pactes successoraux, car ils se basent sur un accord (cf. art. 3 let. b RES). Le plus souvent, les testaments mutuels sont aussi conjonctifs, dans le sens que les dispositions se trouvent sur le même document, mais ce n'est pas nécessairement le cas⁵⁴. Cette terminologie peut prêter à confusion, étant donné qu'en droit allemand on nomme communément « testaments conjonctifs » (*gemeinschaftliche Testamente*) les testaments mutuels⁵⁵. On citera comme exemple le testament « berlinois », qui est réservé aux conjoints⁵⁶.

⁴⁴ cf. pour la notion d'ordre public en droit suisse et européen ATF 117 II 494 c. 7 = JdT 1993 I 158 ; ATF 102 Ia 574 c. 7d ; CJCE C.369/96 et C-376/96, page I-08453 point 30.

⁴⁵ CHAPPUIS / PERRIN, p. 16.

⁴⁶ *Idem*, p. 18 ; BONOMI, *Règlement européen*, p. 413.

⁴⁷ BONOMI / WAUTELET, art. 25 n°6.

⁴⁸ CJUE C-277/20 n°29 ; C-558/16 n°32.

⁴⁹ SCHNYDER / CAPAUL, p. 84.

⁵⁰ CJUE C-277/20 n°32.

⁵¹ CJUE C-20/17 n°55 ss.

⁵² CJUE C-277/20 n°33 ss.

⁵³ EU Regulation ZOUMPOULIS, art. 25 n°7.

⁵⁴ BONOMI / WAUTELET, art. 3 n°11 ss.

⁵⁵ *Idem*, art. 3 n°14.

⁵⁶ BONOMI / WAUTELET, art. 25 n°10.

2. *L'application de la loi de la résidence habituelle*

a. *Le pacte comptant un seul disposant*

L'art. 25 par. 1 RES régit les pactes successoraux dans lesquels une seule personne dispose. La recevabilité, la validité au fond et les effets contraignants d'un pacte successoral, y compris sa dissolution, sont, comme en droit suisse, régies par la loi hypothétique qui serait applicable à la succession si le disposant décédait le jour de la conclusion du pacte (*Errichtungstatut*). En conséquence, un changement de résidence habituelle⁵⁷ n'exerce aucune influence sur la validité du pacte⁵⁸. En revanche, il est possible que la loi générale applicable à la succession diffère de celle applicable au pacte, créant une scission légale. Dans ce cas, en dehors de la validité et des effets du pacte, tous les autres aspects de la succession, dont les réserves (art. 23 al. 2 let. h RES), demeurent régis par la loi générale⁵⁹.

b. *Le pacte comptant plusieurs disposants*

Conformément à l'art. 25 par. 2 al. 1 RES, pour les pactes comptant plusieurs disposants, sont déterminantes pour la recevabilité du pacte les différentes lois hypothétiques applicables à la succession des disposants si celle-ci s'ouvrait le jour de la conclusion de l'acte. En revanche, la validité au fond et les effets contraignants du pacte sont soumis au droit avec lequel le pacte présente les liens les plus étroits (art. 25 par. 2 al. 2 RES)⁶⁰, ce qui représente une grande différence avec le système suisse (art. 95 al. 3 LDIP)⁶¹. Cette disposition peut créer une certaine insécurité juridique. En effet, dans certaines situations, il est difficile de déterminer avec quel droit le pacte présente les liens les plus étroits. Ce problème peut être résolu par une élection de droit (art. 25 par. 3 RES)⁶².

Si les parties ont des résidences habituelles différents, ou n'ont pas émis d'élection de droit commun, le pacte ou le testament mutuel sera soumis à plusieurs ordres juridiques. L'acte doit être recevable selon toutes les législations concernées. Conformément au considérant 51 du règlement, le critère de rattachement déterminant est la résidence habituelle (art. 4) le jour de la conclusion, de la modification ou de la révocation du pacte, ou la nationalité de la personne ce jour-là, si elle a émis une élection de droit selon l'art. 22 du règlement⁶³.

3. *La professio juris*

L'art. 25 par. 3 RES prévoit une particularité dans le régime européen : il est possible de faire une élection de droit qui porte sur la recevabilité, la validité au fond et les effets contraignants du pacte successoral (qu'il s'agisse du par. 1 ou 2 du règlement)⁶⁴. Cette élection de droit est à mettre en lien avec l'art. 22 RES. En général, un choix de loi nationale déterminé par un disposant est présumé recouvrir non seulement le pacte conclu, mais aussi sa succession entière⁶⁵. En revanche, s'il s'agit d'une *professio juris* partielle, elle n'est censée couvrir que la disposition à cause de mort des disposants, et non pas toute la succession. Dans tous les cas, les

⁵⁷ cf. sur la notion de résidence habituelle BONOMI / WAUTELET, art. 4 n°14 ss.

⁵⁸ SCHWANDER, p. 1094.

⁵⁹ BONOMI, *Règlement européen*, p. 413.

⁶⁰ BONOMI / ÖZTURK, p. 22.

⁶¹ HAAS-LEIMACHER, p. 464 n°1214.

⁶² EU Regulation ZOUMPOULIS, art. 25 n°24 ; WEISS / BIGLER, p. 188.

⁶³ SCHNYDER / CAPAUL, p. 84.

⁶⁴ BONOMI / ÖZTURK, p. 22.

⁶⁵ BONOMI / WAUTELET, art. 25 n°34 et art. 24 n°45 ss.

disposants devraient indiquer la portée de l'élection de droit⁶⁶. En particulier, une élection de droit partielle prévue par l'art. 25 RES trouve son utilité lorsque le pacte compte plusieurs disposants de nationalité différente⁶⁷.

Si le pacte ne compte qu'un seul disposant, ce dernier a la faculté de choisir son droit national. Si le pacte concerne la succession de plusieurs personnes, il est nécessaire que chacun des disposants conviennent d'une élection de droit. Ils peuvent cependant choisir le droit national d'un des disposants. Ainsi, il n'est pas nécessaire que tous les disposants possèdent ladite nationalité au moment de la conclusion du pacte⁶⁸. Le choix de loi suppose que la personne possède la nationalité de l'Etat en question soit au moment du choix, soit au moment de son décès (art. 22 par. 1 RES). Selon l'art. 22 par. 2 RES, le choix doit être formulé de manière expresse dans une disposition pour cause de mort, ou résulter implicitement de cette dernière. La validité au fond de l'acte en vertu duquel le choix de la loi est effectué est régie par la loi choisie (par. 3)⁶⁹. La *professio juris* partielle peut aussi être implicite, par exemple lorsque des époux concluent un pacte successoral, alors que le droit de l'Etat dans lequel ils sont domiciliés ne connaît pas cet instrument⁷⁰.

La *professio juris* partielle soulève quelques questions de coordination lors de la planification successorale. Elle ne permet notamment pas de fonder une compétence auprès des autorités de l'Etat dont la loi a été choisie. Sont compétentes les autorités qui appliquent la loi désignée par les art. 21 ou 22 en lien avec l'art. 4 RES. Si l'Etat en question ne reconnaît pas le pacte successoral ou le testament mutuel, il devrait en principe s'accommoder de ses effets⁷¹.

Plusieurs avantages ressortent de l'art. 25 par. 3 RES. Premièrement, cette disposition offre la possibilité aux disposants de conclure un pacte, même si la loi nationale de l'un d'entre eux ne connaît pas le pacte successoral ou le testament conjonctif⁷². Deuxièmement, les disposants sont en mesure d'éviter les conflits créés par l'application cumulative des droits de leur résidence habituelle (art. 25 par. 2 RES). Troisièmement, il n'est pas nécessaire de rechercher avec quel Etat le pacte présente les liens les plus étroits⁷³. Cependant, la *professio juris* partielle ne portant que sur le pacte en lui-même, le reste de la succession de chacun reste déterminé par l'art. 21 à 23 RES⁷⁴.

C. La révision de la LDIP

1. La genèse

La révision du chapitre 6 de la LDIP trouve son origine dans l'intention du législateur d'harmoniser le régime suisse par rapport au règlement européen. Il a d'abord été proposé de conclure une convention avec l'UE sur les successions, mais cette idée fut jugée irréaliste⁷⁵.

⁶⁶ WEISS / BIGLER, p. 187.

⁶⁷ HAAS-LEIMACHER, p. 136 n°410.

⁶⁸ SCHWANDER, p. 1094.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ BONOMI / WAUTELET, art. 22 n°60.

⁷¹ BONOMI, *Règlement européen*, p. 414 ; HAAS-LEIMACHER, p. 137 n°410.

⁷² SCHNYDER / CAPAUL, p. 85.

⁷³ HAAS-LEIMACHER, p. 136 s n°410.

⁷⁴ SCHNYDER / CAPAUL, p. 85 s.

⁷⁵ FF 2020 3216 ss.

En janvier 2018, le Conseil fédéral a publié un avant-projet et un rapport explicatif⁷⁶ et le 13 mars 2020, un projet révisé et un Message⁷⁷. Selon ce dernier, le règlement européen a une importance considérable en Suisse, du fait que de nombreux suisses sont domiciliés dans des Etats membres, et inversement. Le but principal de la révision est d'adapter le régime suisse afin d'éviter des conflits de lois ou de compétences, ou des décisions contradictoires avec celles des Etats liés par le règlement européen sur les successions. En outre, la révision tend aussi à accorder plus d'autonomie aux citoyens pour régler leur succession. Le Message précise cependant que la Suisse ne cherche pas à adopter les mêmes règles qu'en Europe⁷⁸.

Concernant le sujet du présent ouvrage, le projet de révision prévoit d'étendre les possibilités de conclure un pacte successoral pour les testateurs. Selon le Message, les testaments conjonctifs ne tombent pas sous le coup de l'art. 95 LDIP, sauf s'ils sont fondés sur accord contraignant⁷⁹. En revanche, l'art. 95a P-LDIP prévoit que l'art. 95 est applicable par analogie aux autres dispositions contractuelles pour cause de mort, principalement à la donation. L'art. 95a P-LDIP vise par-là l'al. 1 et 4 de l'art. 95 P-LDIP, les autres alinéas n'exerçant aucune influence sur les donations pour cause de mort⁸⁰.

La révision du chapitre 6 de la LDIP coïncide avec la révision du chapitre du Code civil suisse concernant le droit des successions, dont l'entrée en vigueur est prévue en janvier 2023⁸¹. On notera que dans ces deux projets, le législateur prévoit d'inscrire une plus grande liberté pour le disposant. Dans le Code civil, cela se manifestera par des réserves héréditaires moindres et un cercle d'héritiers réservataires réduit⁸².

En 2022, le projet de révision de la LDIP est toujours en cours d'examen par les Chambres. Il a été traité par le Conseil national le 15 juin 2021, qui a rendu son approbation. Le projet doit maintenant être traité par le Conseil des Etats⁸³.

2. L'application de la loi du domicile

c. Les pactes comptant un seul disposant

Le Message précise que la révision ne modifie pas essentiellement la disposition actuelle⁸⁴. La révision prévoit toujours, pour les pactes successoraux comptant un seul disposant, comme loi applicable la loi hypothétique déterminée par le domicile du disposant au moment de la conclusion du pacte (art. 95 al. 1 P-LDIP)⁸⁵. Ce critère a d'ailleurs été repris pour les testaments (art. 94 P-LDIP). En cela, la P-LDIP se rapproche des art. 24 et 25 RES du règlement européen, ce qui permet de faciliter la planification successorale internationale. L'art. 94 al. 1 parle cependant de révocabilité, tandis que l'art. 95 al. 1 P-LDIP vise les effets contraignants.

⁷⁶ Les deux se trouvent sur le site suivant : <https://www.bj.admin.ch/ejpd/fr/home/actualite/news/2018/2018-02-14.html> (consulté le 07.05.22).

⁷⁷ FF 2020 3215.

⁷⁸ FF 2020 3225; BONOMI, *revIPRG*, p. 160 s.

⁷⁹ FF 2020 3226.

⁸⁰ FF 2020 3247.

⁸¹ Communiqué du Conseil fédéral : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-83570.html> (consulté le 07.05.2022).

⁸² GUILLAUME, p. 228.

⁸³ cf. site du Parlement : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20200034> (consulté le 04.04.22).

⁸⁴ FF 2020 3243.

⁸⁵ BONOMI, *P-LDIP*, p. 246.

L'art. 95 al. 1 P-LDIP apporte une nouveauté bienvenue : il précise le champ d'application du droit désigné. Il règle ainsi la validité au fond, les effets contraignants, l'interprétation ainsi que les effets déployés par le pacte. Le Message précise que le champ d'application doit être interprété au sens large⁸⁶. Par ailleurs, l'art. 95b P-LDIP détermine la portée de la validité au fond. Le projet de révision reprend la distinction du droit actuel entre la loi désignée par les art. 90 et 91 (P-)LDIP et la loi applicable au pacte (art. 95 s. (P-)LDIP)⁸⁷.

d. Les pactes comptant plusieurs disposants

Le nouveau droit ne prévoit plus pour les pactes successoraux multi- ou plurilatéraux un rattachement cumulatif aux droits du domicile de chacun des disposants (art. 95 al. 3 LDIP). Au contraire, l'art. 95 al. 3 P-LDIP rattache les dispositions de chacun des disposants à leur loi du domicile (al. 1), ou à leur loi nationale choisie (al. 2). En d'autres mots, le projet de révision a adopté un régime de loi distributive. Cette solution se rapproche de celle prévue par le règlement européen (art. 25 par. 2 al. 2 RES)⁸⁸. Toutefois, ce dernier prévoit toujours un rattachement cumulatif pour la recevabilité du pacte⁸⁹.

Ce changement en droit suisse s'explique par les nombreuses critiques provenant de la doctrine, qui encourageait l'utilisation d'une loi uniforme au pacte, comme nous l'avons vu ci-dessus (*supra* II/A/b)⁹⁰. Parmi les différents arguments soulevés, il y a le fait que le rattachement cumulatif va à l'encontre du principe du *favor testamenti*⁹¹.

L'art. 95 al. 1 P-LDIP ne mentionne pas la recevabilité comme l'art. 25 par. 1 RE, mais seulement la validité au fond et les effets contraignants. En réalité, c'est l'art. 95b al. 1 let. a P-LDIP qui englobe la recevabilité dans la notion de validité au fond.

Le législateur suisse a refusé de reprendre le critère des liens les plus étroits (cf. art. 25 par. 2 al. 2 RES) dans la P-LDIP. En effet, ce critère créerait, selon le Message du 13 mars 2020, de l'insécurité juridique. WIDMER LÜCHINGER oppose à cet argument que le critère des « liens les plus étroits » est déjà bien connu du droit suisse (cf. art. 117 al. 1 LDIP)⁹². Selon le Message, le système proposé dans le projet arrive au même résultat que le régime européen⁹³.

Le texte de la révision ne parle plus de « dispositions réciproques », car la formulation actuelle prête à confusion. L'art. 95 al. 3 P-LDIP énonce qu'il s'agit de « pacte successoral [qui] compte deux disposants ou plus », donc un ou des actes multilatéraux. De plus, cet article est aussi applicable aux testaments se fondant sur un accord mutuel contraignant. Les disposants manifestent par-là la volonté de lier leurs dispositions pour cause de mort. L'art. 95 al. 3 P-LDIP requiert simplement que l'acte ait comme effet de restreindre la révocabilité des dispositions prises par les participants, par exemple après la mort du premier disposant⁹⁴. Cette réglementation est donc, intrinsèquement, la même que l'art. 25 par. 2 RE⁹⁵.

⁸⁶ FF2020 3243.

⁸⁷ FF 2020 3248.

⁸⁸ FF 2020 3244 s.

⁸⁹ FF 2020 3244.

⁹⁰ BONOMI, *P-LDIP*, p. 246 ss ; WIDMER LÜCHINGER, p. 20.

⁹¹ FF 2020 3244.

⁹² WIDMER LÜCHINGER, p. 19.

⁹³ FF 2020 3244 s.

⁹⁴ BONOMI, *P-LDIP*, p. 246 s.

⁹⁵ WIDMER LÜCHINGER, p. 16.

L'art. 95 al. 3 P-LDIP précise d'ailleurs que le droit applicable à la succession de chacun des disposants au pacte est déterminé par l'art. 95 al. 1 et 2 LDIP. Cela signifie qu'une élection de droit conclue par un des disposants dans le pacte ou dans une disposition antérieure en faveur de son droit national s'applique aussi au pacte. Effectivement, le nouveau droit ne requiert plus pour l'élection de droit que les parties choisissent un droit national commun⁹⁶.

Afin d'illustrer le nouveau droit, nous aimerions reprendre l'exemple que nous avons déjà examiné ci-dessus (*supra* II/A/b) : A., domiciliée en Autriche, conclut un pacte successoral avec son mari B., domicilié en Suisse. Ils s'instituent alors mutuellement héritiers pour toute leur succession. Dans ce cas, les dispositions sont soumises à un rattachement distributif. Le droit autrichien considère que la disposition prise par A. est partiellement invalide (§1253 ABGB), quand bien même le droit suisse valide en son entier l'institution d'héritier (art. 95 al. 3 P-LDIP). Nous pouvons ensuite comparer cette solution avec le régime européen. Le pacte est recevable selon l'art. 25 par. 2 al. 1 RES. C'est à l'aune du droit applicable aux effets contraignants que doit se décider si l'institution d'héritier est admissible (art. 25 par. 2 al. 2 RES). Le présent travail soutient que l'art. 25 RES peut être interprété au sens large quant aux effets du pacte. Ainsi, il faut examiner avec quel droit le pacte présente les liens les plus étroits. Si c'est le droit suisse, les institutions d'héritier sont valides. Si c'est le droit autrichien, les institutions d'héritier ne porteront que sur les trois quarts de la succession de chacun des disposants.

3. *La professio juris*

a. *Le pacte comptant un seul disposant*

Il est possible pour le disposant de soumettre sa succession entière à son droit national, dans quel cas on considère que la loi déterminée par l'al. 1 cède le pas au droit choisi (art. 95 al. 2 P-LDIP). Dans le cadre de l'art. 95 al. 2 P-LDIP, la *professio juris* concerne toute la succession. Le nouveau droit prévoit que la soumission à un droit national étranger est toujours valable à la mort du défunt, même si celui-ci n'a plus la nationalité au moment de sa mort, ou s'il est devenu suisse entretemps. Les double-nationaux suisses ont la possibilité de faire une élection de droit aussi⁹⁷. Dans tous les cas, l'art. 95 al. 2 P-LDIP ne prévoit pas, contrairement à l'al. 4, la possibilité de choisir le droit du domicile du disposant. Le nouvel article suit le principe selon lequel il faut avoir un lien suffisant avec l'Etat dont on veut choisir le droit⁹⁸. Cependant, le disposant peut choisir parmi ses droits nationaux librement, sans se soucier qu'il s'agisse de sa nationalité effective. Cela est d'ailleurs déjà admis dans le droit en vigueur, même si cela n'y est pas expressément écrit. Il s'agit donc d'une modification rédactionnelle⁹⁹.

L'art. 95 al. 4 P-LDIP dispose pour sa part qu'une élection de droit partielle est possible, clarifiant enfin l'incertitude créée par le droit suisse actuel¹⁰⁰. En effet, les parties peuvent soumettre le pacte successoral au droit d'un des Etats nationaux du disposant (art. 95 al. 4 P-LDIP). La *professio juris* ne devient pas non plus invalide si le disposant perd sa nationalité entre la conclusion du pacte et sa mort, ou s'il devient suisse dans l'intervalle¹⁰¹.

⁹⁶ FF 2020 3245 ; BaKomm. LDIP SCHNYDER / LIATOWITSCH / DORJEE-GOOD, art. 95 n°8.

⁹⁷ FF 2020 3225 ; WIDMER LÜCHINGER, p. 6; GUILLAUME, p. 228.

⁹⁸ GUILLAUME, p. 228.

⁹⁹ WIDMER LÜCHINGER, p. 15 s.

¹⁰⁰ BONOMI, *P-LDIP*, p. 247.

¹⁰¹ FF 2020 3246.

Cette solution permet d'harmoniser le droit international successoral au régime matrimonial (art. 52 al. 2 LDIP)¹⁰².

b. Le pacte comptant plusieurs disposants

Tout d'abord, il est possible pour les disposants de convenir d'une *professio juris* selon l'art. 95 al. 2 P-LDIP pour leurs dispositions à cause de mort respectives dans un pacte successoral (art. 95 al. 3 P-LDIP). Mais les parties peuvent aussi convenir d'une élection de droit partielle. Celle-ci peut désigner un Etat national d'un des disposants, sans que les autres soient nécessairement aussi ressortissants de l'Etat en question¹⁰³. Le disposant dont le droit national est choisi doit avoir la nationalité au moment de la conclusion du pacte, ou au moment du décès du premier disposant (art. 95 al. 4 deuxième phrase P-LDIP). Pour le reste, ce qui a été dit ci-dessus vaut également pour l'élection de droit partielle en cas d'actes comptant plusieurs disposants¹⁰⁴.

Une autre innovation consiste en la possibilité de convenir d'une élection de droit en faveur du droit du domicile d'un des disposants (art. 95 al. 4 première phrase P-LDIP). Cette option n'est disponible, selon le texte de la P-LDIP, que pour les actes multilatéraux. Le règlement européen ne prévoit pas non plus le choix de la loi de la résidence habituelle. Il existe donc un risque que les Etats membres ne reconnaissent pas cette élection de droit. Pour régler ce conflit latent, les autorités ou les tribunaux des Etats membres pourraient assimiler le droit du domicile désigné au droit avec lequel le pacte ou le testament conjonctif présente les liens les plus étroits (art. 25 par. 2 al. 2 RES)¹⁰⁵.

L'élection de droit prévue par l'art. 95 al. 2 P-LDIP cède le pas à l'art. 95 al. 4 P-LDIP, qui ne porte que sur la recevabilité, la validité du pacte successoral et ses effets. En cas d'élection partielle, les autres aspects de la succession sont régis par la loi désignée par les art. 90 et 91 (P-)LDIP. C'est le cas notamment des réserves et de la quotité disponible (art. 95b al. 2 P-LDIP)¹⁰⁶.

Le projet de révision s'aligne parfaitement avec le droit européen, puisque le règlement prévoit lui aussi, sous les mêmes conditions, l'élection de droit partielle¹⁰⁷. Cette possibilité présente le grand avantage de permettre plus facilement de conclure des pactes successoraux ou des testaments mutuels¹⁰⁸. L'art. 95 al. 4 P-LDIP stipule cependant que le disposant dont la loi nationale est choisie doit disposer de cette nationalité au moins au plus tard au décès du premier disposant. La loi applicable au pacte doit effectivement être fixée au moment de l'ouverture de la succession du premier défunt¹⁰⁹.

Nous nous permettons d'illustrer le changement de loi avec l'exemple suivant : une Suisse est domiciliée au Portugal avec son mari. Ils désirent conclure un pacte successoral. La Suisse choisit le droit suisse comme applicable à l'ensemble de sa succession. Son mari ne peut faire de même, puisqu'il ne possède pas la nationalité suisse. Sous le droit actuel, sans nationalité commune, les époux ne peuvent conclure un pacte successoral, celui-ci étant prohibé

¹⁰² BONOMI / WAUTELET, art. 25 n°36.

¹⁰³ BONOMI, *revIPRG*, p. 172.

¹⁰⁴ FF 2020 3246.

¹⁰⁵ FF 2020 3246.

¹⁰⁶ BONOMI, *P-LDIP*, p. 247.

¹⁰⁷ BONOMI / WAUTELET, art. 25 n°36.

¹⁰⁸ BONOMI, *P-LDIP*, p. 248.

¹⁰⁹ FF 2020 3246 s.

au Portugal. La nouvelle disposition rend possible pour les époux de choisir le droit suisse (art. 95 al. 4 P-LDIP), même si le mari portugais ne peut soumettre sa succession à ce même droit (cf. art. 95 al. 2 P-LDIP)¹¹⁰. Le pacte successoral est dans ce cas soumis au droit suisse, tandis que la succession du mari reste régie par le droit portugais. Dans cet exemple, il faut noter que l'élection de droit de l'épouse est toujours valable, même si elle n'est plus ressortissante suisse au moment de son décès, ou si elle devient binationale suisse portugaise. Au niveau européen, le pacte positif est aussi reconnu en vertu des mêmes règles.

III. Le droit comparé des dispositions bilatérales à cause de mort

A. Les pactes successoraux

1. Le droit suisse

Les pactes successoraux sont un des deux modes de disposer reconnu en droit suisse (art. 494 ss CC), l'autre étant le testament (art. 481 al. 1 CC). Les pactes successoraux ont une nature bilatérale contraignante et ne peuvent en principe pas être révoqués unilatéralement¹¹¹. Ils impliquent, d'un côté un disposant, et de l'autre, un cocontractant¹¹². Le pacte successoral s'inscrit dans la tradition germanique, qui utilisait la voie contractuelle pour régler des questions successorales¹¹³. Jusqu'à l'entrée en vigueur du Code civil en 1912, les règles en la matière différaient selon les régions. L'admissibilité des pactes successoraux était surtout répandue dans les cantons alémaniques. Les cantons romands s'inspiraient de leur voisin français et prohibaient les pactes successoraux¹¹⁴. C'est dans le Code civil de 1912 que sont introduits pour toute la Suisse les pactes successoraux d'attribution et de renonciation¹¹⁵.

Le pacte successoral peut donc prendre deux formes. Il peut s'agir d'un pacte positif ou d'attribution, dans lequel le disposant cède ou lègue une partie de sa succession à un tiers (art. 494 al. 1 CC). Ce pacte peut notamment contenir une institution d'héritier, un legs, des conditions, des charges, des substitutions, etc. Cependant, une exhérédation sans l'accord de l'exhérité ou une désignation d'exécuteur testamentaire sont des dispositions à caractère pleinement unilatéral et révocable¹¹⁶. Plus généralement, toute disposition qui n'est pas dans sa nature unilatérale peut faire l'objet d'un pacte¹¹⁷. Un pacte peut aussi contenir des dispositions réciproques, par exemple lorsque deux époux s'instituent mutuellement héritiers¹¹⁸.

Dans le cadre d'un pacte d'attribution, il faut rappeler que le *de cuius* se lie dès la conclusion du pacte. De plus, le disposant ne peut révoquer unilatéralement le pacte¹¹⁹, et le cocontractant ne fait qu'accepter l'attribution. Le pacte ne prend effet qu'à l'ouverture de la succession (art. 537 CC). Avant cela, le *de cuius* peut encore librement disposer de ses biens par actes entre vifs, du moins à titre onéreux (art. 494 al. 2 et 3 CC). Cette disposition ne s'applique pas pour

¹¹⁰ cf. BONOMI, *revIPRG*, p. 172.

¹¹¹ TAPPY, p. 168.

¹¹² STEINAUER, p. 337 n°607.

¹¹³ CARLIN, p. 41.

¹¹⁴ TAPPY, p. 181 ss.

¹¹⁵ *Idem*, p. 188 s.

¹¹⁶ STEINAUER, p. 337 n°610.

¹¹⁷ *Idem*, p. 345 n°628.

¹¹⁸ CR CC ABBET, art. 494 n°4.

¹¹⁹ Sous réserve de l'art. 513 al. 2 et 3 CC pour le pacte positif ; voir PraxisK GRUNDMANN, art. 513 CC n°19.

le legs conventionnel d'un bien¹²⁰. Le pacte est en principe définitif, mais les parties peuvent le révoquer conformément à l'art. 513 CC¹²¹.

Secondement, le pacte successoral peut aussi consister en un pacte de renonciation ou pacte négatif, dans lequel l'héritier, en principe réservataire, renonce à sa réserve de façon anticipée¹²². La portée de la renonciation peut être partielle ou complète¹²³. Souvent, les parties conviennent d'une contre-prestation en échange de la renonciation, que ce soit pour cause de mort ou entre vifs. Le pacte négatif implique que le cocontractant qui renonce totalement à ses droits ne deviendra pas héritier (art. 495 al. 2 CC). De plus, la quotité disponible du *de cuius* augmente en conséquence et non les réserves des autres héritiers. L'art. 495 al. 3 CC prévoit que la renonciation est opposable aux descendants du renonçant¹²⁴.

2. Le droit de certains pays européens

a. Le droit allemand

En Allemagne, les pactes successoraux étaient largement admis avant la codification déjà. Cependant, le Code civil allemand de 1896 règle séparément le pacte positif (§1941 et 2274 ss BGB) et la renonciation anticipée à la succession (§2346 ss BGB)¹²⁵.

Le pacte positif ne peut être conclu que si les parties ont une capacité juridique illimitée (§2275 BGB). De plus, seul un notaire peut l'instrumenter (§2276)¹²⁶. Les dispositions bilatérales du pacte d'attribution sont typiquement des institutions d'héritiers, des legs, des charges, et une élection de droit au sens du règlement européen (§2278 al. 2 BGB). Le pacte peut aussi prévoir des dispositions unilatérales, qui seront toujours révocables (§2299 BGB)¹²⁷.

Si les parties ont disposé réciproquement, la nullité d'une clause entraîne la nullité entière du pacte (§2298 al. 1 BGB). Si un pacte contenant des dispositions réciproques réserve le droit des parties de le résilier, la résiliation de l'un des contractants annule le contrat dans son ensemble. Le droit de résiliation s'éteint au décès de l'autre partie. Toutefois, le survivant peut répudier ce que le pacte lui octroie, et il est alors libre de modifier ses dispositions pour cause de mort par testament (al. 2). Les al. 1 et 2 du §2298 BGB ne s'appliquent pas lorsqu'il y a lieu de présumer une volonté différente des parties contractantes (al. 3)¹²⁸.

La révocation du pacte successoral peut avoir lieu de plusieurs façons. Les parties peuvent conclure un nouveau contrat (§2290 al. 1 première phrase), ou un testament conjonctif (§2292 BGB). Il est aussi possible d'annuler les dispositions contractuelles du pacte par un testament avec l'accord de l'autre partie (§2291 BGB)¹²⁹. Le pacte n'est plus annulable une fois qu'une des parties décédée (§2290 al. 1 deuxième phrase BGB). En revanche, le disposant peut résoudre le pacte successoral si ce dernier le prévoit (§2293 BGB). Les paragraphes §§2294 et

¹²⁰ STEINAUER, p. 344 ss n°624 ss.

¹²¹ *Idem*, p. 354 s. n°642 ss.

¹²² *Idem*, p. 338 n°611 s. ; TAPPY, p. 168.

¹²³ PraxisK GRUNDMANN, art. 495 CC n°9.

¹²⁴ CR CC ABBET, art. 495 n°8 et 11 ss.

¹²⁵ TAPPY, p. 181.

¹²⁶ DÖBEREINER, p. 98.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Erbrecht TERSTEEGEN, p. 393 n°44 ss.

¹²⁹ DÖBEREINER, p. 108.

2295 BGB prévoient d'autres possibilités de résoudre le pacte. La résiliation se fait sous la forme d'une déclaration notariée adressée à l'autre partie (§2296 al. 2 BGB)¹³⁰.

La renonciation anticipée à la succession (*Erbverzicht*) se rapproche du pacte négatif du droit suisse. Mais, en droit allemand, la doctrine considère que ce n'est ni un pacte successoral proprement dit, ni une disposition pour cause de mort. Il s'agit d'un contrat entre vivants qui empêche toute acquisition future au moment de la mort du testateur. Cette relation contractuelle lie les parties avant la mort du *de cuius* et n'est pas révocable. Cette renonciation peut aussi porter sur la réserve (*Pflichtteilsverzicht*). Les dispositions générales du droit des contrats sont applicables à la renonciation anticipée à la succession¹³¹. La doctrine considère qu'il ne s'agit pas d'un contrat synallagmatique, quand bien même une contreprestation serait prévue. Une telle renonciation peut être implicitement prévue dans un testament conjonctif ou dans un pacte successoral¹³².

Sous l'angle du droit international privé, il est aisément admis que les pactes successoraux positifs tombent sous le coup de l'art. 25 RES ou 95 LDIP (P-LDIP). En revanche, il n'était pas certain de savoir si les renonciations anticipées ou conventionnelles à la succession entraînent dans le champ d'application du règlement européen (§§2346 ss BGB). Par exemple, deux parties concluent une renonciation anticipée à la réserve en Allemagne. Elles changent par la suite de résidence habituelle et vont habiter en France. Dans ce cas, la renonciation a pour effet de priver le réservataire de son droit, alors que le droit français prévoit des conditions différentes pour ce faire¹³³. Le considérant 50 RES stipule que la loi qui s'applique à une disposition pour cause de mort ne saurait porter préjudice à un droit dont le bénéficiaire ne peut être privé, par exemple la réserve héréditaire. On vise en réalité ici les droits de la personne qui prétend à une réserve héréditaire ou à un autre dont elle ne peut être privée *unilatéralement*¹³⁴. De plus, les renonciations anticipées à la succession ou à la réserve constituent des accords portant sur les biens futurs laissés à la mort du *de cuius* (cf. art. 3 let. b RES). Ils sont en conclusion effectivement soumis à l'art. 25 RES¹³⁵.

b. Le droit français

La France prohibait déjà le pacte successoral avant la Révolution française, même s'il existait des exceptions prévues par des coutumes locales. Le Code civil de 1804 a ensuite supprimé ces exceptions en interdisant expressément les conventions sur les successions futures¹³⁶. Les pactes successoraux et les autres actes pour cause de mort bilatéraux sont considérés comme immoraux, puisqu'ils restreignent la capacité des parties¹³⁷ et la révocabilité absolue des dispositions pour causes de mort¹³⁸. De plus, les réserves en droit français sont considérées comme des règles d'ordre public interne¹³⁹. L'art. 722 CCF dispose depuis 2001 ce qui suit : « Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que

¹³⁰ *Idem*, p. 98.

¹³¹ HAAS-LEIMACHER, p. 42 s n°129.

¹³² *Idem*, p. 46 s n°136.

¹³³ CH.Beck BAUER / WEBER, art. 25 RES n°11.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ HAAS-LEIMACHER, p. 130 n°397.

¹³⁶ cf. FAVIER, p. 30 s.

¹³⁷ JAAC 1982 n°47 p. 262 ; Erbrecht DÖBEREINER, p. 528 n°119 ; FAVIER, p. 29 ss.

¹³⁸ Erbrecht DÖBEREINER, p. 529 n°119.

¹³⁹ CARLIN, p. 40 ; cf. pour la distinction entre l'ordre public interne et international : BUCHER / BONOMI, §11 p. 132 ss.

dans les cas où elles sont autorisées par la loi ». Le même principe se trouve dans le chapitre du droit des obligations (art. 1130 al. 2 CCF). L'art. 1389 CCF précise que les époux ne peuvent conclure de convention qui modifierait leur succession à venir. La sanction est la nullité *ex tunc* du pacte, une conversion n'entrant pas en considération¹⁴⁰.

En France, les autorités ont plusieurs fois invoqué, dans des jurisprudences anciennes, l'ordre public pour empêcher des pactes négatifs étrangers de déployer des effets sur le territoire français¹⁴¹. Ces décisions étant jugées excessives¹⁴², la France ne considère plus aujourd'hui l'interdiction des pactes sur les successions futures comme une règle d'ordre public international¹⁴³.

Il faut attendre jusqu'au début du XXIème siècle pour que la France adopte un régime plus flexible¹⁴⁴. Elle introduit alors des exceptions à la prohibition des pactes successoraux. Premièrement, le droit français prévoit depuis 2006 la possibilité de renoncer de façon anticipée à l'action en réduction (RAAR) (art. 929 ss CCF)¹⁴⁵. La renonciation n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à hériter (art. 929 al. 1 CCF). Cet acte n'est pas à confondre avec une renonciation à la succession, puisque le renonçant reste héritier, voire héritier réservataire. Mais il ne peut pas agir en réduction. La RAAR est soumise à plusieurs conditions de validité, notamment la désignation d'un bénéficiaire au minimum (art. 929 al. 1 CCF). Le ou les bénéficiaires doivent être déterminé(s). A défaut, l'acte est nul. Il faut préciser que le *de cuius* est libre de choisir s'il porte ensuite atteinte à la réserve du renonçant ou non (art. 930-2 al. 1 CCF)¹⁴⁶. Si l'atteinte porte sur une part de la réserve plus grande que prévu, le renonçant peut intenter une action en réduction sur l'excédent¹⁴⁷. L'art. 929 al. 3 CCF interdit de prévoir dans l'acte de renonciation une contrepartie. Mais il est possible de prévoir un avantage pour le renonçant dans un autre acte¹⁴⁸. La renonciation anticipée est soumise à des conditions de forme très strictes : l'acte doit être instrumenté par deux notaires (art. 930 al. 1 CCF)¹⁴⁹. On remarquera que l'institution de renonciation anticipée est un contrat unilatéral, le renonçant étant la partie principale concernée¹⁵⁰. De plus, il ne peut simplement révoquer cet acte librement, il doit lancer une procédure judiciaire¹⁵¹.

La doctrine avance que cet acte doit être assimilé un pacte successoral¹⁵², même s'il s'agit d'un contrat unilatéral¹⁵³. On rappelle que l'art. 3 let. b RES a une portée autonome. Non seulement la renonciation anticipée porte sur des biens futurs, mais elle constitue également un accord à l'aune du règlement européen¹⁵⁴. En effet, la renonciation anticipée se trouverait souvent dans un rapport synallagmatique avec la libéralité que donne le *de cuius* en échange, même si ce n'est pas dans le même acte¹⁵⁵. De plus, sa révocation est soumise à des conditions

¹⁴⁰ Erbrecht DÖBEREINER, p. 529 n°119.

¹⁴¹ Trib. Civ. Seine du 10 juillet 1939.

¹⁴² REVILLARD, p. 488 n°919.

¹⁴³ CA Aix-en-Provence du 16 octobre 2003 ; Erbrecht DÖBEREINER, p. 504 n°32 ss s.

¹⁴⁴ TAPPY, p. 166 s. et 177 s.

¹⁴⁵ CARLIN, p. 44.

¹⁴⁶ SAINT-AMAND, p. 41.

¹⁴⁷ Successions France GRESSER, p. 284.

¹⁴⁸ SAINT-AMAND, p. 41.

¹⁴⁹ CARLIN, p. 45.

¹⁵⁰ HAAS-LEIMACHER, p. 320 n°903.

¹⁵¹ CARLIN, p. 47.

¹⁵² BONOMI / WAUTELET, art. 3 n°18 ; Erbrecht DÖBEREINER, p. 506 n°39 ; REVILLARD, p. 489 n°920.

¹⁵³ Bien qu'il soit sujet à approbation de la part du *de cuius*.

¹⁵⁴ CARLIN, p. 48.

¹⁵⁵ FAVIER, p. 41 ; PIOTET, p. 193.

particulières¹⁵⁶. Selon BONOMI et WAUTELET, cette forme de renonciation tombe dans le champ d'application de l'art. 25 RES¹⁵⁷.

Deuxièmement, le droit français prévoit l'institution de la donation-partage (art. 1076 ss CCF), qui est aussi similaire aux pactes successoraux. Le disposant donne et partage, de son vivant, ses biens entre ses héritiers présomptifs, ou à d'autres descendants. Dans certains cas, il est possible de donner les biens à un tiers¹⁵⁸. La donation-partage érige déjà les héritiers comme les propriétaires des biens. Lors de l'ouverture de la succession, les biens transférés représentent leurs parts héréditaires¹⁵⁹.

La donation-partage doit faire l'objet d'une qualification successorale¹⁶⁰. Il s'agit d'un acte hybride qui porte sur des biens présents du vivant du *de cuius*, mais qui a une signification successorale considérable. Effectivement, il consiste en un partage anticipé de la vocation successorale. Un changement de domicile ou de résidence habituelle ne saurait influencer la donation-partage¹⁶¹. Ainsi, c'est bien l'art. 25 RES qui est applicable¹⁶². Au regard de la LDIP, une qualification successorale est aussi justifiée, du fait de la similarité de la donation-partage ou du testament-partage avec l'art. 534 CC.

Enfin, le droit français connaît une troisième exception à l'interdiction générale des pactes successoraux. Il s'agit de l'institution contractuelle (art. 1082 ss CCF), un contrat selon lequel l'instituant ou le donateur promet à l'institué ou le donataire de lui donner gratuitement (tous) ses biens à sa mort¹⁶³. Cet instrument n'est pas appréhendé comme une donation pour cause de mort, mais comme une institution d'héritier¹⁶⁴. L'institution contractuelle peut être convenue dans des contrats de mariage, soit entre époux, soit de la part de tiers en faveur des époux. En dehors des contrats de mariage, l'institution contractuelle ne peut être conclue qu'entre époux, et elle reste librement révocable¹⁶⁵.

L'institution contractuelle est soumise à une qualification successorale en droit international privé, car elle porte sur des biens futurs¹⁶⁶. Le régime qui lui est applicable dépend de l'existence d'un contrat de mariage. On convient qu'une institution contractuelle convenue dans un contrat de mariage tombe sous le coup de l'art. 25 RES¹⁶⁷. En revanche, l'institution contractuelle conclue en dehors du contrat de mariage entre deux époux est librement révocable en tout temps. Par conséquent, l'art. 24 RES lui est applicable, puisqu'il n'y a pas d'effet obligatoire conclu entre les parties (cf. art. 3 let. b RES)¹⁶⁸.

c. Le droit italien

L'Italie, comme les anciens codes des Etats italiens d'avant 1865, s'est inspirée de la codification française pour rédiger le Code civil de l'Italie unifiée. Les pactes successoraux,

¹⁵⁶ CH.Beck BAUER / WEBER, art. 25 RES n°3.

¹⁵⁷ PIOTET, *Scission*, p. 192.

¹⁵⁸ SAINT-AMAND, p. 42 ss.

¹⁵⁹ Erbrecht DÖBEREINER, p. 538 n°154.

¹⁶⁰ BONOMI, *Pactes successoraux*, p. 13.

¹⁶¹ REVILLARD, p. 490 n°921.

¹⁶² BONOMI, *Conflicts*, p. 285 ; BONOMI / WAUTELET, art. 3 n°22.

¹⁶³ Erbrecht DÖBEREINER, p. 529 ss n°120 ss.

¹⁶⁴ HAAS-LEIMACHER, p. 307 ss n°860 ss.

¹⁶⁵ Successions France GRESSER, p. 295.

¹⁶⁶ BONOMI, *Conflicts*, p. 267 ss.

¹⁶⁷ BONOMI / WAUTELET, art. 3 n°21 ; Erbrecht DÖBEREINER, p. 506 n°38.

¹⁶⁸ Erbrecht DÖBEREINER, p. 506 n°38.

ainsi que toute convention sur une succession future sont prohibés. Ces règles sont conservées dans le Code civil italien de 1942 (art. 458 CCI)¹⁶⁹. En Italie, la liberté de tester ainsi que la révocabilité du testament sont des principes absolus. Ils ne peuvent être restreints conventionnellement¹⁷⁰. Les pactes successoraux et les testaments mutuels vont à l'encontre de l'ordre public interne¹⁷¹. Il est également interdit de renoncer à l'action en réduction en tant qu'héritier réservataire tant que le *de cuius* est en vie (art. 557 al. 2 CCI)¹⁷².

Cependant, des modifications ont été introduites dans le Code civil italien au fil du temps. On nommera notamment le pacte de famille (art. 768^{bis}-768^{octies} CCI). Cette institution permet à un entrepreneur de transférer son entreprise à ses descendants, à condition que tous les réservataires participent¹⁷³. Il est très controversé en doctrine de savoir si le pacte de famille est une institution *mortis causa*. Selon DAMASCELLI, il s'agit d'un acte entre vifs, car les biens sont transférés immédiatement et définitivement avant la mort du disposant¹⁷⁴. Selon une autre partie de la doctrine, le pacte de famille est une véritable exception à l'interdiction des pactes successoraux¹⁷⁵. Le pacte de famille est proche de la donation-partage (art. 1076 ss CCF) et des biens transférés entre vifs conformément à l'art. 534 CC, il nous semble donc que l'application de l'art. 25 RES ou de l'art. 95 (P-)LDIP serait justifiée.

En Italie, l'interdiction des pactes successoraux représente une règle d'ordre public. Avec l'application du règlement européen, les autorités italiennes compétentes dans une succession devraient cependant reconnaître un pacte successoral conclu valablement sous un autre droit¹⁷⁶.

d. Autres droits

L'Espagne interdit aussi de manière générale les pactes successoraux (art. 1271.2 CCE)¹⁷⁷. Il existe cependant des droits foraux¹⁷⁸ qui prévoient des régimes de succession différents. Cela dépendra de la loi applicable au territoire en question selon le principe de « proximité civile »¹⁷⁹. Des régions ibériques connaissent des actes similaires aux pactes successoraux¹⁸⁰. Ces actes sont soumis à l'art. 25 RES et à l'art. 95 (P-)LDIP.

Le Code civil autrichien de 1811 limite toute convention relative à une succession future (§879 al. 2 ch. 3), mais il admet la renonciation anticipée à la succession (§551 ABGB)¹⁸¹. La renonciation anticipée à la succession n'est pas un pacte successoral proprement dit, mais plutôt un contrat de droit successoral¹⁸². Les droits des héritiers réservataires ne sont pas impactés par

¹⁶⁹ TAPPY, p. 178.

¹⁷⁰ PRETELLI, p. 144.

¹⁷¹ cf. pour la distinction entre l'ordre public interne et international : BUCHER / BONOMI, §11 p. 132 ss.

¹⁷² PRETELLI, p. 145.

¹⁷³ cf. DAMASCELLI, p. 88 ss.

¹⁷⁴ DAMASCELLI, p. 91.

¹⁷⁵ PRETELLI, p. 144 ; EU Succession RODRIGO, art. 25 p. 381.

¹⁷⁶ CHAPPAUS / PERRIN, p. 16 ; RUBIDO / VALINCIUTE FAIVRE, p. 252.

¹⁷⁷ ALONSO, p. 100 s.

¹⁷⁸ Les droits foraux désignent les ordres juridiques de la Galice, du Pays Basque, de la Navarre, de l'Aragon, de la Catalogne et des îles Baléares. Ces territoires avaient déjà leur propre droit civil au moment de l'entrée en vigueur de la Constitution de 1978, il reste donc valable (art. 149.1.8 de la Constitution espagnole) ; cf. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, p. 107.

¹⁷⁹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, p. 108.

¹⁸⁰ TAPPY, p. 166 s ; cf. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, p. 111 ss.

¹⁸¹ TAPPY, p. 176 ; dont la renonciation à la réserve (*Pflichtteilsverzicht*).

¹⁸² HAAS-LEIMACHER, p. 200 n°556.

le pacte successoral (§1254 ABGB)¹⁸³. Le pacte positif est valide s'il est conclu entre époux uniquement (§602 ABGB). Le pacte est dissous de par la loi si les parties divorcent ou si le mariage est déclaré nul¹⁸⁴. En principe, les époux s'instituent mutuellement héritiers. Mais il arrive qu'ils instituent des tiers comme héritiers. De telles dispositions dans un pacte successoral ne possèdent aucun caractère contractuel, elles sont librement unilatéralement révocables par les époux¹⁸⁵. En droit autrichien, le pacte successoral ne peut recouvrir au maximum que trois quarts des biens successoraux. Le *de cuius* doit pouvoir disposer librement d'un quart de la succession (§1253 ABGB, principe de la *quarte falcidienne*). Dans la pratique, ce quart est ensuite attribué par testament mutuel au cocontractant du pacte, mais une telle institution d'héritier est alors une disposition librement et unilatéralement révocable¹⁸⁶.

Les pactes successoraux ainsi que les renonciations anticipées à la succession de droit autrichien constituent des actes auxquels l'art. 25 RES est applicable. La qualification successorale de ces actes est la même du point de vue du droit international privé suisse.

B. Les testaments conjonctifs

1. Le droit suisse

Il n'existe pas d'interdiction expresse des testaments conjonctifs corrélatifs dans le Code civil suisse, mais la jurisprudence du Tribunal fédéral est constante sur le sujet depuis des décennies : le testament (conjonctif) corrélatif n'est pas admis en droit suisse¹⁸⁷. Lors de l'élaboration du Code civil, le testament conjonctif corrélatif fut supprimé de l'avant-projet datant de 1900, mais on refusa également de le rendre tout bonnement interdit¹⁸⁸.

Puisque la loi suisse n'aborde pas cet instrument, il faut se référer à la définition jurisprudentielle. Le Tribunal fédéral définit le testament conjonctif par des dispositions pour cause de mort prises conjointement dans un même acte. Il y a en revanche testament corrélatif ou mutuel, lorsque les dispositions sont dépendantes les unes des autres. Cette dépendance implique que l'invalidité d'une disposition entraîne la même sanction pour une autre disposition¹⁸⁹. C'est ce caractère interdépendant qui est interdit en droit suisse. Cependant, dans la jurisprudence suisse, il est fréquent que le terme de testament conjonctif soit utilisé pour qualifier un testament corrélatif – car ce dernier est souvent aussi conjonctif. De plus, à défaut d'indication contraire, la jurisprudence semble présumer qu'on est en présence d'un testament corrélatif¹⁹⁰. Nous sommes d'avis, au contraire, de suivre le principe de *favor validitatis* et de ne pas présumer l'invalidité d'un testament au premier abord¹⁹¹.

Pour qu'un testament conjonctif soit donné, les parties doivent manifester la volonté de vouloir disposer conjointement¹⁹². Il est parfois difficile de distinguer le testament conjonctif d'un testament simple ou d'un pacte successoral. On considère donc qu'il s'agit d'un testament conjonctif si ce dernier est rédigé à la première personne du pluriel, si le patrimoine des deux

¹⁸³ Autriche ÖSTERREICHISCHE NOTARIATSKAMMER, p. 108.

¹⁸⁴ STEINAUER, p. 339 n°617 ; Successions Autriche ÖSTERREICHISCHE NOTARIATSKAMMER, p. 107.

¹⁸⁵ Ebrecht HAUNSCHMIDT, p. 972 n°70 s.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 972 n°72.

¹⁸⁷ ATF 89 II 284 c. 4, JdT 1964 I 253 (trad.) ; ATF 47 II 48 c. 1, JdT 1921 I 482 (trad.) ; 46 II 11 c.1, JdT 1920 I 271 (trad.).

¹⁸⁸ ATF 47 II 48 c. 3, JdT 1921 I 482 (trad.) ; TAPPY, p. 194.

¹⁸⁹ ATF 76 II 273 c. 3a, JdT 1951 I 514 (trad.).

¹⁹⁰ ATF 46 II 11 c. 4, JdT 1920 I 271 (trad.) ; MOOSER, p. 144 n°8.

¹⁹¹ Dans le même sens HAAS-LEIMACHER, p. 491.

¹⁹² STEINAUER, p. 341 n°618.

disposants est considéré comme une unité, ou si les dernières volontés des deux disposants sont rédigées alternativement¹⁹³.

Le testament corrélatif n'est pas admis en droit suisse pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il contrevient au principe absolu de la révocabilité pour les testaments. Secondement, il ne respecte pas les exigences de forme prévues par le Code civil¹⁹⁴. En effet, la forme requise du testament (art. 498 CC) ne peut recouvrir l'acte que d'une seule personne. De plus, les parties ne respectent pas non plus la forme du pacte successoral (art. 512 CC), ce dernier étant le seul acte successoral en droit suisse qui peut être convenu entre deux personnes¹⁹⁵. Le Tribunal fédéral s'appuie également sur une interprétation historique, selon laquelle la suppression du testament conjonctif de l'avant-projet signifie qu'il ne saurait exister en droit suisse.

Dans chacun des arrêts du Tribunal fédéral, les actes ont été déclarés nuls de plein droit, parce qu'ils ont été qualifiés comme des testaments conjonctifs corrélatifs¹⁹⁶. La doctrine soutenait d'ailleurs aussi en partie cette opinion¹⁹⁷. Le Tribunal fédéral n'a jamais eu l'occasion d'examiner l'admissibilité d'un testament corrélatif non conjonctif¹⁹⁸. Il serait aussi probablement déclaré nul. La doctrine minoritaire veut permettre de convertir un testament mutuel en un testament d'une seule personne¹⁹⁹, même si le Tribunal fédéral semble refuser cette possibilité en raison du caractère corrélatif des dispositions²⁰⁰.

Cependant, ce n'est pas le principe de nullité absolue, mais d'annulabilité qui prévaut en droit des successions. S'il n'y a pas la volonté des parties de disposer conjointement de façon irrévocable, mais que la question tourne autour de la rédaction d'un document unique, c'est un vice de forme²⁰¹. Ainsi, c'est par une action en annulation (art. 520 al. 1 CC), que les personnes légitimées peuvent faire valoir que le testament n'est pas valable²⁰². Pour clarifier, l'admissibilité d'un testament conjonctif est d'abord une question formelle, sous réserve du caractère personnel des dispositions à cause de mort. Un testament conjonctif qui respecte les conditions formelles suisses, et qui est librement révocable, est considéré comme valide²⁰³. S'il ne respecte pas les conditions formelles, il présente un vice de forme, qui pourra être invoqué par le biais de l'art. 520 CC. On remarquera d'ailleurs qu'établir deux testaments indépendants sur le même support matériel est conforme à la loi. C'est seulement si on peut conclure à un rapport de dépendance entre les deux testaments que ces derniers sont invalides sous le droit suisse²⁰⁴. De plus, un testateur peut assortir son testament d'une condition résolutoire, qui fait que ses dispositions pour cause de mort seront invalides au cas où les dispositions d'un tiers ont été révoquées²⁰⁵.

¹⁹³ MOOSER, p. 144 n°9.

¹⁹⁴ STEINAUER, p. 341 s. n°618 s.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ ATF 89 II 284 c. 4, JdT 1964 I 253 (trad.) ; ATF 70 II 255 c. 1, JdT 1945 I 258 (trad.) ; ATF 47 II 58 c. 1, JdT 1921 I 482 (trad.) ; ATF 46 II 11, c. 4, JdT 1920 I 271 (trad.).

¹⁹⁷ Pour une présentation générale de la doctrine sur cette question HAAS-LEIMACHER, p. 446 ss n°1179 ss.

¹⁹⁸ HAAS-LEIMACHER, p. p. 444 n°1176 ; sur la question MOOSER, p. 149 n°25 ss.

¹⁹⁹ BÜCHLER / DICKENMANN, p. 76 ; MOOSER, p. 156 n°37 ss.

²⁰⁰ ATF 89 II 284 c. 4, JdT 1964 I 253 (trad.) ; HAAS-LEIMACHER, p. 445 n°1178.

²⁰¹ CR CC PIOTET, art. 519 / 520 n°15.

²⁰² BÜCHLER / DICKENMANN, p. 75 s.

²⁰³ HAAS-LEIMACHER, p. 465 n°1216.

²⁰⁴ MOOSER, p. 149 n°25.

²⁰⁵ STEINAUER, p. 342 n°618a ; MOOSER, p. 149 n°24 ; sur la condition résolutoire dans un testament cf. WEIMAR, *Einleitung – Verfügungen von Todes wegen*, n°35 s.

La révision actuelle du droit successoral suisse n'apporte pas de précision sur les testaments conjonctifs²⁰⁶. Ils restent admis au regard du droit international privé, leur prohibition n'ayant jamais revêtu le caractère d'une règle d'ordre public²⁰⁷.

2. En Europe

a. En Allemagne

En droit allemand, le testament conjonctif est réglé distinctement du pacte successoral (§§2265 ss BGB)²⁰⁸. Ce testament est très populaire pour deux raisons : il profite d'une forme olographe simplifiée et son effet contraignant est moindre que celui d'un pacte successoral²⁰⁹.

Seuls les époux peuvent conclure un testament conjonctif (§ 2265 du BGB), ainsi que les partenaires enregistrés (§10 al. 4 de la LPartG). Le §2268 du BGB stipule qu'une fois le mariage ou le partenariat dissous, le testament conjonctif déploie toujours ses effets, aussi longtemps qu'on peut présumer que les dispositions auraient été prises aussi dans ce cas de figure. La forme du testament conjonctif peut être celle d'un acte authentique établi par un notaire, soit celle d'un testament olographe, dans quel cas il suffit que les deux conjoints signent le testament établi par l'un deux (§ 2267 BGB)²¹⁰.

Le droit allemand connaît plusieurs formes valables de testaments conjonctifs. Premièrement, deux testaments peuvent être rédigés en même temps et sur le même support, sans pour autant qu'ils ne partagent des dispositions réciproques. Ils profitent en général aussi de la forme simplifiée ancrée aux paragraphes §2266 s. BGB²¹¹. Deuxièmement, il existe aussi des testaments dans lesquels les disposants s'instituent mutuellement héritiers, ou font un legs à la même personne, sans pour autant que les dispositions soient intrinsèquement liées entre elles²¹². Troisièmement, les parties peuvent formuler des dispositions pour cause de mort réciproques ou corrélatives (*wechselbezügliche Verfügungen*)²¹³. On considère une disposition comme réciproque lorsqu'elle n'aurait pas été prise sans que l'autre partie dispose à son tour (§2270 al. 1 BGB)²¹⁴. Les dispositions corrélatives sont par exemple l'institution d'héritier, un legs, ou une *professio juris* (§2270 al. 3 BGB). La réciprocité dans les dispositions pour cause de mort est établie soit expressément par les disposants, soit par interprétation (§ 2270 al. 2 BGB)²¹⁵.

Pour la forme olographe, il n'est pas nécessaire que les deux testaments soient réunis en un même document, il suffit qu'il ressorte des deux testaments la volonté des époux ou des partenaires enregistrés de disposer conjointement. Il s'agit de la théorie subjective²¹⁶. La forme authentique est quant à elle régie par les règles générales en la matière. Toujours selon la théorie subjective, il est possible qu'un des époux fasse instrumenter son testament par un notaire et

²⁰⁶ MOOSER, p. 140 n°3.

²⁰⁷ FF 1983 I 380 s.

²⁰⁸ TAPPY, p. 181.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²⁰⁹ HAAS-LEIMACHER, p. 19 n°54 ss.

²¹⁰ DÖBEREINER, p. 96.

²¹¹ MÜTZENBERG, p. 45.

²¹² BÜCHLER / DICKENMANN, p. 76.

²¹³ *Idem*, p. 76 s.

²¹⁴ DÖBEREINER, p. 96 s ; Erbrecht TERSTEEGEN, p. 391 n°42.

²¹⁵ DÖBEREINER, p. 97 ; HAAS-LEIMACHER, p. 9 n°20.

²¹⁶ MÜTZENBERG, p. 45.

que l'autre le rédige de façon olographe. Dans ce cas, seul compte leur déclaration de volonté d'avoir pris connaissance des dispositions de l'autre disposant²¹⁷.

Les testaments sont en principe librement révocables (§2253 BGB). Mais il existe une particularité quant aux dispositions réciproques d'un testament conjonctif : la nullité ou la révocation d'une disposition a pour conséquence que la disposition corrélatrice est aussi invalide (§2270 al. 1 BGB). Les dispositions réciproques peuvent être révoquées aussi longtemps que les deux époux sont encore en vie par une déclaration notariée adressée à l'autre disposant (§2271 al. 1 et §2296 al. 2 BGB). Cette possibilité disparaît une fois que le premier conjoint est décédé (§2271 al. 2 BGB)²¹⁸. Les époux peuvent néanmoins convenir que le conjoint survivant peut modifier les dispositions réciproques même après la mort du premier disposant (§2271 al. 3 BGB)²¹⁹.

Un cas spécial est le testament dit « berlinois », dans lequel les époux (§2265 BGB) s'instituent mutuellement héritiers. Ils déterminent alors qu'après la mort du conjoint survivant, la succession sera transmise à un ou des tiers. Le plus souvent, ce seront les enfants communs (§2269 al. 1 BGB)²²⁰. Le testament berlinois offre deux possibilités : soit le conjoint survivant est l'héritier grevé et le tiers venant à la succession est l'héritier appelé, soit le tiers est désigné simplement comme l'héritier du conjoint survivant²²¹. Dans le premier cas, le conjoint survivant n'a pas la libre disposition des biens successoraux, puisqu'il est l'héritier grevé. Le paragraphe §2269 BGB prévoit qu'à défaut d'indication contraire, les époux sont présumés avoir choisi la deuxième solution²²².

Il est possible de révoquer un testament conjonctif en concluant entre les mêmes signataires un pacte successoral ou un autre testament conjonctif, que ce soit de façon expresse (§2254) ou concluante (§2258 BGB). Selon les §§2272 et 2256 BGB, une révocation peut aussi subvenir par le retrait du testament du dépôt officiel par la demande des deux époux²²³.

Les effets d'un testament corrélatif se rapprochent du pacte successoral, une fois que le premier disposant est décédé. On notera tout de même qu'à la différence du testament conjonctif, le pacte successoral déploie son effet contraignant dès la conclusion du pacte²²⁴. Le testament corrélatif de droit allemand n'est pas un contrat, quand bien même les dispositions réciproques ne sont pas révocables après le décès du premier disposant²²⁵. Il est tout de même soumis en principe à l'art. 25 RES, respectivement à l'art. 95 (P-)LDIP)²²⁶.

b. En France

Le droit français prohibe expressément le testament conjonctif (art. 968 CCF), cela parce qu'il enfreint le principe de révocabilité absolue des testaments et qu'un tiers ne doit pas être en mesure d'influencer les dispositions pour cause de mort du *de cuius*. La sanction de cette interdiction entraîne la nullité de plein droit des dispositions pour cause de mort

²¹⁷ *Idem*, p. 46.

²¹⁸ BÜCHLER / DICKENMANN, p. 77 s.

²¹⁹ DÖBEREINER, p. 97 ; Erbrecht TERSTEEGEN, p. 391 n°43.

²²⁰ BÜCHLER / DICKENMANN, p. 77 ; DÖBEREINER, p. 106.

²²¹ DÖBEREINER, p. 106.

²²² BÜCHLER / DICKENMANN, p. 77 ; DÖBEREINER, p. 107.

²²³ HAAS-LEIMACHER, p. 11 n°27 ss.

²²⁴ BÜCHLER / DICKENMANN, p. 79.

²²⁵ HAAS-LEIMACHER, p. 36 n°107.

²²⁶ CH.Beck BAUER / WEBER, art. 25 RES n°3.

(art. 1001 CCF)²²⁷. L'art. 968 CCF n'est pas une interdiction matérielle, mais formelle. Un testament ne peut être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, même avec les deux signatures. Mais la jurisprudence reste restrictive sur l'application de l'art. 968 CCF, elle considère que les testaments sont valides s'ils sont rédigés distinctement, et qu'ils respectent les conditions formelles de la loi²²⁸. En revanche, il ne s'agira jamais d'un testament mutuel. Le droit français ne reconnaît aucun effet contraignant à de tels testaments. Le contraire contreviendrait au principe de la révocabilité²²⁹. Les testaments conjonctifs sont en revanche considérés comme admissibles s'ils sont conclus sous un droit étranger, grâce au règlement européen sur les successions (*supra* II/B).

c. En Autriche

Les testaments conjonctifs sont conclus dans un seul et même document par des époux, des partenaires enregistrés ou des futurs mariés (§586 al. 2 ABGB). Il ne s'agit pas d'un contrat. On distingue à nouveau entre le testament conjonctif, dans lequel il n'existe pas forcément de dispositions réciproques, et les testaments mutuels (*gemeinschaftliche wechselbezügliche Testamente*). Le droit autrichien suit la théorie objective, il y a donc testament conjonctif quand on est présence d'une unité d'actes. Avant la révision de 2015, une déclaration expresse de réciprocité était nécessaire²³⁰. Aujourd'hui, on présume qu'un testament conjonctif est corrélatif (§586 al. 2 ABGB).

Le testament conjonctif peut être conclu sous la forme d'un testament authentique, olographe ou d'un *fremdhändiges Zeugentestament* (§577 ss BGB). Si les parties choisissent la forme olographe, il ne suffit pas, contrairement au droit allemand, qu'un disposant écrive les dispositions sur le document et que l'autre le signe, les deux testaments doivent être rédigés et signés individuellement sur le même document²³¹.

Contrairement au droit allemand, la dissolution du mariage ou du partenariat enregistré n'entraîne pas l'invalidité du testament conjonctif. Pour le reste, les testaments conjonctifs sont librement révocables. En outre, il est possible de révoquer le testament conjonctif, même réciproque, sans avertir l'autre partie. Enfin, les dispositions réciproques restent librement révocables après la mort du premier disposant (§§ 713 ss ABGB)²³². Par le passé, le paragraphe §1248 ABGB prévoyait que la révocation d'une disposition réciproque d'un testament conjonctif n'entraînait pas automatiquement l'invalidité de la disposition correspondante²³³. Cet article a été abrogé le 1^{er} janvier 2017. Il est toujours applicable aux testaments conjonctifs qui ont été conclus avant cette date²³⁴. Aujourd'hui, le droit autrichien prévoit que l'invalidité d'une disposition entraîne automatiquement la même sanction pour la clause qui lui est dépendante²³⁵.

Il est controversé de savoir si les testaments conjonctifs autrichiens sont soumis à l'art. 24 ou 25 RES. BONOMI et WAUTELET soutiennent qu'ils tombent tout de même sous le coup de l'art. 25 RES²³⁶. Pour notre part, nous nous rallions à l'avis de FISCHER-CZERMAK, selon lequel

²²⁷ HAAS-LEIMACHER, p. 277 s n°793 ss.

²²⁸ CCiv. du 21 novembre 2012 C101330 ; HAAS-LEIMACHER, p. 275 s. n°788 ss.

²²⁹ Erbrecht DÖBEREINER, p. 506 n°40.

²³⁰ HAAS-LEIMACHER, p. 173 ss.

²³¹ ABGB FISCHER-CZERMAK, p. 767 n°99 ; MÜTZENBERG, p. 49.

²³² HAAS-LEIMACHER, p. 173 ss.

²³³ Erbrecht HAUNSCHMIDT, p. 969 n°53 s ; MÜTZENBERG, p. 49.

²³⁴ ABGB FISCHER-CZERMAK, p. 765 n°94.

²³⁵ *Idem*, p. 769 n°103.

²³⁶ BONOMI / WAUTELET, art. 25 n°13 ; *contra* : HAAS-LEIMACHER, p. 146 N. 1108.

les testaments conjonctifs autrichiens sont soumis à l'art. 24 RES. Cela vaut même si le testament contient des dispositions mutuelles, car elles sont toujours librement révocables (§583 ABGB) et ne créent aucun effet obligatoire entre les parties (cf. art. 3 let. b RES)²³⁷. La condition selon laquelle seuls les époux peuvent rédiger un testament conjonctif n'est pas une règle de forme conformément à l'art. 27 RES. Le mariage n'est pas une condition personnelle du disposant, mais une relation juridique entre deux personnes. Il s'agit donc d'une condition de fond, qui est soumise à la recevabilité de l'art. 24 RES²³⁸.

C. Synthèse

Nous avons vu à quel point les règles prévues par les différents droits nationaux évoqués sont diverses et variées. Cela vaut en particulier pour les testaments conjonctifs. Effectivement, selon le droit national, c'est soit la théorie subjective, soit celle objective qui prévaut. De plus, les modalités de forme varient beaucoup d'un pays à l'autre. Cela démontre à quel point il existe différentes façons de concevoir le testament conjonctif (ou mutuel). Ainsi, il n'est pas surprenant que leur rattachement au droit international privé ne soit pas toujours très clair. Nous retenons donc que le règlement européen, et plus généralement le droit international privé, a une portée autonome. On le voit bien avec la RAAR, qui est soumise à des conditions spéciales en droit français, mais qui peut être assimilé tout de même à un pacte successoral (cf. art. 3 let. b RES ; art. 95 (P-)LDIP).

IV. Les incertitudes de la planification successorale volontaire

A. La qualification des testaments conjonctifs

1. La condition de l'effet contraignant

a. En Europe

L'art. 24 RES exige que la disposition pour cause de mort à laquelle il s'applique ne soit pas un pacte successoral, c'est-à-dire ne soit pas une disposition pour cause de mort résultant d'un accord²³⁹. Dans le règlement européen, il est cependant controversé de savoir si le testament conjonctif ne résultant pas d'un accord est soumis à l'art. 25 RES.

Selon la doctrine majoritaire, les testaments conjonctifs qui ne se fondent pas sur un accord sont soumis à l'art. 24 RES²⁴⁰. Mais, selon une autre partie de la doctrine, cette disposition n'est pas satisfaisante pour régler le conflit de loi en cas de testament conjonctif impliquant plusieurs disposants souhaitant tester conjointement. Il existe un risque que deux lois différentes s'appliquent simultanément au testament. Il est incertain, dans ce cas, de savoir s'il s'agit d'une application cumulative ou distributive des droits des résidences habituelles en question ou des différents droits nationaux désignés. La doctrine allemande soutient qu'il s'agit d'une lacune dans le règlement européen. HAAS-LEIMACHER propose l'application du droit avec lequel le testament conjonctif partage les liens les plus étroits (par analogie à l'art. 25 RES), dès lors que plusieurs statuts sont applicables à l'acte pour cause de mort. Cela permettrait notamment de faire usage de la *professio juris* partielle prévue par l'art. 25 par. 3 RES pour faciliter la planification successorale²⁴¹.

²³⁷ EuErbVO FISCHER-CZERMAK, art. 24 n°5.

²³⁸ HAAS-LEIMACHER, p. 255 s. n°748.

²³⁹ BONOMI / WAUTELET, art. 24 n°4.

²⁴⁰ *Idem*, art. 24 n°5 et art. 3 n°15 ; CHAPPUIS / PERRIN, p. 16.

²⁴¹ HAAS-LEIMACHER, p. 141 s n°418.

Selon cette opinion, cette solution trouve aussi son fondement dans l'art. 3 let. c RES qui établit une définition purement formelle du testament conjonctif, lequel s'appuie sur l'art. 27 et 75 RES. Ainsi, on ne saurait conclure que la définition donnée par l'art. 3 let. c exclut le testament conjonctif du champ d'application de l'art. 25 RES. HAAS-LEIMACHER postule par-là que les art. 3 let. b et 25 RES n'exigent pas que l'effet obligatoire soit donné. Elle démontre cela avec le testament corrélatif allemand, qui ne devrait être assimilé à un pacte successoral seulement dans le cas où un des disposants est déjà décédé. Avant cela, les dispositions ne sont pas irrévocables. Si les parties ont réservé la possibilité pour un des disposants de résilier le testament corrélatif (§2298 al. 2 BGB), ce dernier n'entrerait même pas dans la définition de l'art. 3 let. b RES. Par conséquent, il faudrait interpréter l'art. 3 let. b RES comme donnant une définition non exhaustive²⁴². HAAS-LEIMACHER soutient que le testament conjonctif est considéré comme un accord entre deux personnes sur leurs successions respectives, que leurs dispositions soient contraignantes entre elles ou non. Si certains auteurs soutiennent que le règlement supposerait un effet obligatoire pour admettre l'existence d'un accord²⁴³, HAAS-LEIMACHER avance que les testaments conjonctifs représentent également des accords puisqu'il existe une volonté de disposer conjointement – dans le sens du droit allemand (*Errichtungswille*). Ne tombent sous le coup de l'art. 24 RES que les testaments conjonctifs dits simultanés, dans lesquels il y a uniquement une apparence externe de volonté commune de disposer. Ce type de testaments conjonctifs purement formels sont en réalité rares. C'est ainsi qu'elle conclut à l'application analogique de l'art. 25 RES²⁴⁴.

Pour aller plus loin, comment reconnaître s'il y a un effet obligatoire, si celui-ci peut être implicite et prévu dans des actes séparés²⁴⁵ ? Si cette question doit être résolue par interprétation, elle serait soumise à la validité au fond de l'acte (art. 26 RES), alors que l'on ne sait toujours pas s'il faut appliquer l'art. 24 ou 25 RES²⁴⁶. Par conséquent, la doctrine part du principe que l'existence d'un accord est une question de fait. Il ne revêt pas nécessairement de forme particulière. Il peut même ressortir implicitement d'un testament mutuel. L'unité d'acte n'est pas une condition à l'existence du testament mutuel, elle est simplement un indice qu'un accord existe²⁴⁷.

A notre avis, l'art. 3 let. b RES doit effectivement être interprété largement, afin de faciliter la planification successorale impliquant plusieurs disposants. Cependant, nous considérons que contrairement aux arguments exposés ci-dessus, les testaments conjonctifs non corrélatifs tombent sous le coup de l'art. 24 et non l'art. 25 RES. L'existence d'une volonté de disposer conjointement ne suffit pas à fonder un accord entre les parties, ou plutôt, nous réfutons l'idée qu'un effet obligatoire ne soit pas nécessaire pour considérer qu'un accord soit donné selon l'art. 3 let. b RES²⁴⁸. Si nous examinons l'exemple du droit allemand, le testament corrélatif est soumis quant à sa révocation aux conditions applicables aux pactes successoraux (§2296 BGB). Le fait qu'un des disposants peut se réserver le droit de le révoquer unilatéralement ne change rien à ce que l'acte déploie un effet contraignant. Pour reprendre l'avis de WEBER et BAUER, il suffit en effet que les conditions auxquelles la révocation du testament mutuel est soumise diffèrent spécifiquement dans leur contenu, dans leur forme et dans le temps des dispositions

²⁴² *Idem*, p. 142 ss n°419 ss.

²⁴³ BONOMI / WAUTELET, art. 24 n°5 et art. 3 n°15 ; CHAPPUIS / PERRIN, p. 16.

²⁴⁴ HAAS-LEIMACHER, p. 146 n°423 ; *contra* : CH. Beck BAUER / WEBER, art. 25 n°2 s.

²⁴⁵ HAAS-LEIMACHER, p. 146 n°423.

²⁴⁶ Erbrecht SÜSS, p. 141 n°62 s.

²⁴⁷ BONOMI / WAUTELET, art. 3 n°16.

²⁴⁸ dans le même sens CH. Beck BAUER / WEBER, art. 25 n°3 ; EU Regulation ZOUMPOULIS, art. 25 n°7.

applicables aux testaments²⁴⁹. Les critères de distinction entre le champ d'application de l'art. 24 et 25 RES doivent donc être interprétés de façon autonome²⁵⁰.

Plus largement, l'art. 25 RES s'appuie sur une définition matérielle du pacte successoral. Or, le fait que deux personnes testent sur le même document constitue un aspect purement formel. L'art. 25 ne saurait donc s'y appliquer si on ne peut en tirer un contenu conforme à l'art. 3 let. b RES²⁵¹. La volonté de disposer conjointement n'a pas d'effet obligatoire sur la succession de l'autre disposant. Il ne suffit pas non plus que plusieurs successions qui ne dépendent pas du même droit soient concernés par un testament conjonctif pour considérer qu'il y a pacte successoral²⁵².

Il est vrai, cependant, qu'un problème peut se poser lorsqu'un testament conjonctif est soumis à deux statuts différents, en raison du droit de la résidence habituelle des disposants. Par exemple, deux sœurs rédigent un testament conjonctif, dans lequel elles instituent un tiers comme héritier. La première sœur habite en Autriche, et la deuxième en Suède. En Autriche, deux sœurs ne peuvent pas rédiger un testament conjonctif valable²⁵³. En Suède, en revanche, le cercle de parties n'est pas aussi limité. Par conséquent, on ne sait si c'est le droit autrichien, ou le droit suédois qui doit primer.

Il y a trois solutions envisageables : soit il suffit que la disposition soit valide selon un des droits impliqués ; soit on décide que chaque disposition est soumise au statut qui lui correspond ; soit on applique cumulativement ces deux législations (cf. art. 25 par. 2 RES). Dans la première option, les deux testaments sont valides selon le droit suédois. Cette hypothèse est conforme au principe de *favor validitatis*, mais on peine à étayer pourquoi le droit autrichien devrait céder le pas au droit suédois, alors qu'il est désigné en tant que loi applicable selon le règlement. Dans la deuxième option, le testament de la personne domiciliée en Suède est valide, et la disposition autrichienne, elle, est nulle. Dans le dernier cas, le testament conjonctif est nul pour les deux disposantes²⁵⁴. Comme nous le verrons dans le chapitre suivant, la prohibition des testaments mutuels n'est pas forcément une question formelle. Il s'agit ainsi de choisir quelle règle matérielle appliquer à cette situation. Selon nous, il n'est pas fondé d'appliquer par analogie l'art. 25 RES, puisque les parties ne sont pas tenues l'une envers l'autre pour leurs dispositions à cause de mort. FISCHER-CZERMAK postule que cette application par analogie est justifiée du fait que la problématique posée par cet exemple se rapproche des particularités des pactes successoraux. Nous réfutons une telle hypothèse, puisque l'art. 25 RES concerne un accord contraignant sur une succession future. Il se justifie, par conséquent, d'appliquer le droit respectivement désigné par l'art. 24 RES à chaque testament²⁵⁵.

b. En Suisse

En droit suisse, la controverse présentée ci-dessus ne se pose pas directement. Il n'existe pas de règle spécifique prévue en droit international privé concernant les testaments conjonctifs. Cependant, il est aisément admis que les *mutual wills* du droit anglais et que les *gemeinschaftliche Testamente* du droit allemand sont assimilés à des pactes successoraux. Il

²⁴⁹ CH. Beck BAUER / WEBER, art. 25 n°3.

²⁵⁰ *Ibidem* ; EuErbVO FISCHER-CZERMAK, art. 24 n°4.

²⁵¹ CH. Beck WEBER / BAUER, Art. 24 n°7.

²⁵² *Idem*, Art. 24 n°8.

²⁵³ HAAS-LEIMACHER, p. 255.

²⁵⁴ EuErbVo FISCHER-CZERMAK, art. 24 n°16.

²⁵⁵ CH. Beck WEBER / BAUER, Art. 24 n°2 ; *contra* : HAAS-LEIMACHER, p. 141 s. n°418 ; EuErbVO FISCHER-CZERMAK, art. 24 n°16.

s'agit de « dispositions réciproques » au sens de la loi (art. 95 al. 3 LDIP)²⁵⁶. Les testaments conjonctifs non réciproques semblent, au contraire, exclus de cette disposition. Quant à l'art. 95 al. 1 et 2 LDIP, il est douteux qu'il s'applique aux testaments conjonctifs non réciproques. Il est vrai qu'un testament conjonctif se fonde principalement sur la volonté des parties de disposer conjointement. Étant donné que l'art. 95 al. 1 et 2 LDIP ne vise que les pactes successoraux ne comptant qu'un seul disposant, et qu'on ne peut appliquer l'art. 95 al. 3 LDIP pour les raisons citées ci-dessus, il convient d'admettre que les testaments conjonctifs non corrélatifs tombent sous le coup des articles généraux (art. 90 s. LDIP), c'est-à-dire à la loi du domicile du *de cuius* au moment de sa mort, ou à sa loi nationale choisie. De plus, si on qualifie l'interdiction des testaments conjonctifs comme une règle formelle, l'art. 93 al. 1 et 2 LDIP permet de résoudre le vice de forme, aussi longtemps que les dispositions ne sont pas interdépendantes.

La révision règle en partie ce problème. D'un côté, si on considère que le testament conjonctif non corrélatif doit être traité comme un testament, l'art. 94 P-LDIP établit lui aussi une loi hypothétique déterminée par le droit du domicile du disposant au moment de la rédaction de l'acte (al. 1). Le Message de la P-LDIP précise d'ailleurs que « [l]es testaments "réciproques" ne seront plus traités dans les dispositions régissant les pactes successoraux, à moins qu'ils ne se fondent sur un accord contraignant »²⁵⁷. Effectivement, un testament conjonctif ne se fonde pas toujours sur un accord contraignant. A notre avis, le législateur semble suivre le principe selon lequel un effet contraignant est nécessaire pour appliquer l'art. 95 P-LDIP. Nous suivons l'opinion selon laquelle un testament conjonctif non mutuel doit être soumis aux dispositions applicables aux testaments, pour les mêmes raisons que nous avons mentionnées au chapitre précédent.

Si nous reprenons l'exemple avec les deux sœurs domiciliées en Autriche et en Suède, se pose la question de l'application analogique de l'art. 95 al. 3 LDIP, respectivement de l'art. 95 al. 3 P-LDIP. Nous réfutons cette application analogique. En droit suisse, l'interdiction du testament conjonctif relève principalement d'une question de forme comme nous le verrons au chapitre suivant. Ainsi, le testament conjonctif des deux sœurs présentant un vice de forme peut être sauvé par le moyen de l'art. 93 al. 1 LDIP.

2. Le rattachement formel ou matériel

a. En Europe

L'art. 27 RES reprend les critères de validité quant à la forme des testaments de la Convention de la Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires du 5 octobre 1961²⁵⁸. Il s'applique notamment à la forme des testaments conjonctifs, pour déterminer s'ils doivent être rédigés en la forme authentique ou olographe par exemple. En revanche, cette disposition ne permet pas de déterminer si la prohibition des testaments conjonctifs est une règle de forme²⁵⁹ ou de fond²⁶⁰. Selon la législation nationale de chaque Etat membre, cette question sera considérée d'un point de vue ou de l'autre²⁶¹.

²⁵⁶ BONOMI / ÖZTURK, p. 22.

²⁵⁷ FF 2020 3226.

²⁵⁸ RS 0.211.312.1.

²⁵⁹ notamment Pays-Bas, Belgique, Roumanie, Pologne et Luxembourg : Erbrecht SÜSS, p. 139 ss n°55 ss.

²⁶⁰ notamment Italie, Grèce et Portugal : Erbrecht SÜSS, p. 139 ss n°55 ss.

²⁶¹ BONOMI / WAUTELET, art. 27 n°13 s.

D'un côté, s'il s'agit d'une question de forme comme en Belgique, l'objectif de l'interdiction est de préserver l'authenticité de l'acte. Selon cette opinion, il faut appliquer l'art. 27 RES, respectivement la Convention de la Haye pour décider si l'acte est formellement valide. De l'autre côté, s'il s'agit d'une question matérielle comme en Italie, c'est pour protéger le disposant d'influences extérieures et préserver le principe de révocabilité des dispositions pour cause de mort. La question matérielle est rattachée à la recevabilité et à la validité au fond selon l'art. 24 ou 25 RES²⁶².

Selon une opinion répandue, la nature de la prohibition des testaments conjonctifs dépend du but visé par la législation nationale désignée par le règlement. Selon BONOMI et WAUTELET, une telle opinion ne convient pas à l'interprétation uniforme du règlement. Une qualification qui dépend de la norme nationale désignée par le règlement cause une imprévisibilité juridique. Effectivement, des raisons différentes risquent d'être avancées pour justifier la même règle prohibitive. Le but d'une telle règle nationale demeure également souvent incertain²⁶³.

Une autre interprétation possible est d'établir une distinction entre la validité et les effets du testament conjonctif. Ainsi, la question d'interdiction de disposer conjointement dans le même acte constitue un aspect formel soumis à l'art. 27 RES. Une fois cette question réglée, la validité au fond de l'acte et ses effets, dont sa révocabilité, sont analysés selon la loi applicable à la succession. Il s'agit notamment de déterminer si le droit désigné prescrit que les dispositions réciproques ne peuvent être révoquées que de façon limitée. Ce résultat n'est pas non plus satisfaisant. Le testament conjonctif peut être valable quant à la forme, mais il restera librement révocable si la loi applicable à la succession ne prévoit pas autre chose. Or cela risque de décevoir les attentes des disposants²⁶⁴.

Il est en conclusion préférable de soumettre la validité de l'acte et les effets à une seule et même loi. Il faut donc s'appuyer sur la distinction faite entre les art. 3 let. b et c RES. Selon BONOMI et WAUTELET, l'existence d'un accord contraignant indique que la recevabilité d'un testament mutuel est une question matérielle – et donc déterminée par l'art. 25 RES – et non formelle. Les testaments conjonctifs relèvent d'un type d'acte à cause de mort spécifique, qui peut déployer des effets contraignants. Son admissibilité est donc une question matérielle²⁶⁵. Cette solution se justifie également par le fait que les testaments mutuels présentent de grandes similitudes avec les pactes successoraux. C'est seulement une fois que la recevabilité du testament mutuel est admise que l'on peut se pencher sur ses conditions formelles conformément à l'art. 27 RES ou à la Convention de la Haye de 1961²⁶⁶.

Il faut rappeler ici que l'art. 27 RES ne règle que la validité d'une disposition quant à la forme. Si une règle de droit national qui interdit les testaments conjonctifs est perçue comme une question formelle, l'art. 27 RES ne permet pas d'apprécier l'existence d'un effet contraignant éventuel prévu par le testament conjonctif (cf. art. 3 let. b RES). De plus, la plupart des États qui prévoient l'interdiction des testaments conjonctifs prohibent également les pactes successoraux, comme l'Italie. Il est donc probable que l'ordre juridique impliqué analyse non

²⁶² CH.Beck SCHMIDT, art. 24 RES n°8 ; EU Regulation METALLINOS, art. 24 n°6.

²⁶³ BONOMI / WAUTELET, art. 27 n°16.

²⁶⁴ BONOMI, *Conflicts*, p. 303 ss.

²⁶⁵ HAAS-LEIMACHER, p. 147 n°424 ss ; CH.Beck WEBER / BAUER, art. 25 RES n°10 ; Erbrecht SÜSS, p. 139 ss n°55 ss.

²⁶⁶ BONOMI / WAUTELET, art. 27 n°16 ; *contra* : Eu Regulation METALLINOS, art. 24 n°9.

seulement la prohibition des testaments conjonctifs, mais aussi des pactes successoraux. Cela implique que l'art. 25 RES sera de toute façon appliqué²⁶⁷.

b. En Suisse

L'admissibilité des testaments conjonctifs en droit suisse, qu'ils soient corrélatifs ou non, est une question de forme conformément à l'93 LDIP. Le contenu corrélatif éventuel doit en revanche être soumis à l'art. 95 al. 3 (P-)LDIP²⁶⁸. Ainsi, il convient d'abord d'analyser que la forme soit respectée avant de déterminer si le testament conjonctif contient des dispositions réciproques. Si le droit suisse est désigné comme étant applicable selon l'art. 95 al. 3 (P-)LDIP, le testament conjonctif doit être considéré comme invalide s'il contient des dispositions interdépendantes, quand bien même il serait admissible quant à la forme.

Il faut cependant prendre en compte que la révision du droit suisse établit un parallélisme plus conséquent avec le règlement européen. Ainsi, on peut se demander si la révision encourage également le rattachement matériel de la prohibition des testaments conjonctifs. S'il est vrai que le droit suisse cherche à harmoniser son régime de droit international privé avec le règlement, il a été précisé que le législateur suisse ne cherchait pas à adopter exactement les mêmes règles²⁶⁹. En droit européen, la question du rattachement matériel ou formel demeure controversée et soulève de nombreux problèmes pratiques. Tant que cela n'a pas été éclairci, il est souhaitable que la Suisse maintienne sa pratique actuelle.

B. La nature de la *professio juris*

1. Une disposition bilatérale ou unilatérale

a. En Suisse

Dans le droit en vigueur, il est controversé de savoir si une élection de droit dans un pacte successoral est une convention, ou une disposition unilatérale du disposant. Dans tous les cas, on admettra qu'une élection de droit est forcément conventionnelle lorsqu'elle est contenue dans un pacte successoral multilatéral. Notre problématique se pose surtout lorsque le pacte successoral ne compte qu'un seul disposant. Selon HEINI et WIDMER LÜCHINGER, le droit en vigueur requiert une convention bilatérale d'élection de droit, indépendamment du fait de savoir si le pacte successoral compte plus d'un disposant²⁷⁰. Cela est d'autant plus justifié par le fait que l'élection de droit doit se trouver dans le pacte successoral. En effet, pour le Tribunal fédéral, si la partie cocontractante a un intérêt à la clause litigieuse, elle est sensée avoir un caractère bilatéral²⁷¹. Ainsi, si le disposant fait dans un pacte successoral une élection de droit en faveur du droit national pour toute sa succession, et que le cocontractant signe le pacte, cela sera interprété comme une convention (art. 95 al. 2 LDIP)²⁷².

Dans le pacte d'attribution, il est admis que la personne pouvant choisir son droit national est le disposant, puisque c'est lui qui s'engage contractuellement. En revanche, pour le pacte de renonciation, la chose est moins aisée. Effectivement, le cocontractant est celui qui renonce à sa part, mais il n'est pas considéré comme le disposant, même si sa renonciation a un impact

²⁶⁷ HAAS-LEIMACHER, p. 147 n°426.

²⁶⁸ ZK 2004 LDIP HEINI, art. 95 n°7.

²⁶⁹ FF 2020 3225.

²⁷⁰ ZK 2004 LDIP HEINI, Art. 95 n°5 ; WIDMER LÜCHINGER, p. 16 ; voir aussi SCHNYDER / CAPAUL, p. 77.

²⁷¹ ATF 133 III 406 c. 2.3, JdT 2007 I 364 (trad.).

²⁷² ZK 2018 LDIP HEINI, art. 95 n°9.

direct sur la succession²⁷³. C'est donc toujours le *de cuius* qui peut choisir sa loi nationale, et non le cocontractant, même pour le pacte de renonciation. On ne peut d'ailleurs tirer de l'art. 95 al. 2 LDIP la possibilité pour le cocontractant de faire une *professio juris* dans le pacte négatif. De ce fait, il se justifie d'autant plus de considérer l'élection de droit comme une disposition contractuelle. Il s'agit du seul moyen pour s'assurer que le renonçant participe au choix de loi applicable²⁷⁴.

Le Message de révision ne va cependant pas dans ce sens, indiquant clairement qu'en cas de pacte successoral dans lequel seul un disposant est impliqué, la *professio juris* est unilatérale²⁷⁵. Cela suit la logique du droit en vigueur, confirmé par le Message du 10 novembre 1982. Cette opinion est d'ailleurs soutenue par une partie de la doctrine²⁷⁶. De plus, il a été précisé qu'une élection de droit testamentaire ne s'appliquerait pas au pacte successoral²⁷⁷.

b. En droit européen

Outre l'élection de droit générale de l'art. 22, l'art. 25 al. 3 RES prévoit une *professio juris* portant uniquement sur certains aspects concernant le pacte successoral, c'est-à-dire la recevabilité, la validité au fond et les effets contraignants. Elle sert notamment à préserver la validité du pacte ou du testament conjonctif. Pour cette raison, SCHNYDER et CAPAUL soutiennent que cette élection de droit doit être soit immuable, soit modifiable avec l'accord de toutes les parties au contrat. Ils justifient cette pensée par le fait que le pacte, en tant que relation contractuelle, éveille des attentes chez l'autre partie sur la succession à venir. En droit européen, il est admis, selon eux, qu'une élection de droit conformément à l'art. 25 par. 2 RES nécessite un accord entre les parties²⁷⁸.

2. La révocation de la *professio juris*

a. En Suisse

La nature unilatérale ou bilatérale d'une *professio juris* a des répercussions sur sa révocation ou sa modification. Dans un pacte successoral bilatéral, on admettra aisément que la modification de l'élection de droit nécessite l'accord des deux disposants, mais qu'en est-il du pacte successoral unilatéral ? ROMANO se pose notamment la question quant à une disposante qui souhaite modifier la *professio juris* contenue dans un pacte qu'elle a conclu, et ce d'une façon qui pourrait entraîner l'invalidité du pacte. Selon lui, la formulation et la portée des dispositions de la LDIP indiquent clairement que la *professio juris* ne peut être qu'unilatérale, ce qui confirme la possibilité pour la disposante non seulement de modifier cette clause, mais aussi de rendre invalide le pacte. En effet, il ajoute : « Est-ce que l'engagement d'une partie envers l'autre de soumettre sa succession à une loi "éligible" par elle est *valable* si bien que la clause d'élection de droit ne pourrait plus être révoquée ? La même question pourrait se poser l'égard d'une élection de *for* »²⁷⁹.

Plus généralement, dans l'exemple présenté par ROMANO, nous nous interrogeons sur l'idée de la révocabilité de la *professio juris* en tant que disposition unilatérale. En effet, si l'on imagine

²⁷³ BONOMI, *Conflicts*, p. 266 ss.

²⁷⁴ Dans le même sens SCHNYDER / CAPAUL, p. 77 s.

²⁷⁵ FF 2020 3243; ZK 2004 LDIP HEINI, art. 95 n°5; WIDMER LÜCHINGER, p. 16.

²⁷⁶ ROMANO, p. 216.

²⁷⁷ FF 1983 I 380.

²⁷⁸ BONOMI / WAUTELET, art. 25 n°23 ; SCHNYDER / CAPAUL, p. 70 ss.

²⁷⁹ ROMANO, p. 216 N. 45.

que l'élection de droit est le seul moyen pour deux parties de conclure un pacte successoral ou un testament mutuel, par exemple parce qu'ils sont domiciliés dans un Etat qui ne connaît pas ces institutions, laisser la possibilité au disposant de révoquer cette disposition de son seul chef, va à l'encontre même du principe d'un contrat. En effet, le disposant s'est engagé envers le cocontractant et la *professio juris* ne saurait être un moyen d'échapper à cet engagement. Cela vaut non seulement pour le pacte positif gratuit ou onéreux, mais aussi pour le pacte négatif. Considérant qu'il est aujourd'hui considéré comme une exhérédation contractuelle, c'est une véritable disposition pour cause de mort que prend le disposant en acceptant la renonciation du cocontractant²⁸⁰, cela même s'il n'y a pas de contrepartie prévue. Cela implique que la renonciation ne peut être révoquée par le seul *de cuius*. Faire revivre la réserve nécessite une révocation conformément à l'art. 513 al. 1 CC²⁸¹. Par conséquent, le pacte successoral, même dans sa forme la plus simple, constitue toujours une relation contractuelle. On ne voit pas pourquoi, dès lors que le disposant ne peut révoquer unilatéralement un pacte successoral, il soit concevable qu'il l'invalide par une élection de droit²⁸². Cela est d'autant plus justifié du fait que la *professio juris* doit être formulée dans l'acte pour cause de mort (cf. art. 95 al. 2 LDIP). Le disposant ne doit pas être en mesure de décevoir les attentes du cocontractant ou d'un tiers en révoquant unilatéralement le pacte. La révocation doit avoir également lieu aux conditions de l'art. 513 CC.

L'élection de droit est présentée comme une clause indépendante des autres dispositions pour cause de mort. En effet, si l'acte pour cause de mort qui contient l'élection de droit est déclaré nul, l'élection de droit ne subit pas la même sanction, sa validité ne dépendant pas de ce dernier²⁸³. On doit examiner si une telle clause est valide selon le droit que le *de cuius* a choisi²⁸⁴. Ces affirmations sont toujours vraies même si on considère l'élection de droit comme une convention. Rien n'empêche de considérer que l'élection de droit constitue une clause indépendante bilatérale, soumise à certaines conditions de validité spéciales.

Comme PIOTET le démontre, la doctrine suisse est énormément influencée par le droit allemand pour interpréter le droit civil suisse²⁸⁵. Il est donc intéressant de se pencher sur les dispositions allemandes afin de pouvoir établir une comparaison. Même si ces deux législations ne sont pas tout à fait similaires concernant la nature contractuelle du pacte successoral²⁸⁶, le §2278 al. 2 et §2270 al. 3 BGB indiquent que les élections de droit sont des dispositions à caractère contractuel. Pour le testament conjonctif, les dispositions sont révocables jusqu'à la mort du premier disposant selon les règles applicables aux pactes successoraux (§§2271 al. 1 et 2 et 2996 BGB), l'accord des deux disposants est donc aussi nécessaire.

Dans une situation transfrontalière, on peut observer que ni la LDIP, ni la P-LDIP, ne traitent de la révocation ou de la modification d'une élection de droit. Imaginons qu'un *de cuius* suisse mais domicilié en Belgique conclut avec son fils un pacte positif. Le *de cuius* s'accorde avec son fils sur une *professio juris* en faveur du droit suisse et il stipule qu'elle vaut pour l'intégralité de sa succession (art. 95 al. 2 LDIP et P-LDIP). Par la suite, le *de cuius* révoque sa *professio juris*. Cette révocation est-elle valable ? SCHNYDER et CAPAUL soutiennent que l'accord de

²⁸⁰ PIOTET, *Pactes successoraux*, p. 320 ; voir aussi CR CC ABBET, art. 495 n°3 ; PraxisK GRUNDMANN, art. 495 CC n°6.

²⁸¹ PIOTET, *Pactes successoraux*, p. 320 s.

²⁸² L'art. 513 al. 2 et 3 CC ne serait pas applicable aux pactes négatifs selon la doctrine, cf. : PraxisK GRUNDMANN, art. 513 CC n°19.

²⁸³ GUILLAUME, p. 226 s.

²⁸⁴ *Idem*, p. 227.

²⁸⁵ PIOTET, *Pactes successoraux*, p. 322.

²⁸⁶ *Idem*, p. 323.

toutes les parties est nécessaire pour révoquer l'élection de droit relative au pacte. Les conditions de révocation sont quant à elles soumises à la loi désignée conformément à l'art. 90 al. 2 LDIP. Afin d'assurer une sécurité juridique, il serait idéal que la révocation ou la modification de l'élection de droit respectent les règles en la matière de chaque ordre juridique impliqué puisque la situation n'a toujours pas été éclaircie par la jurisprudence²⁸⁷.

b. En droit européen

S'il est aisément admis par la doctrine que l'élection de droit, en droit européen, ne peut être révoquée ou modifiée unilatéralement, les répercussions restent incertaines. SCHNYDER et CAPAUL s'interrogent sur les effets d'une révocation d'une élection de droit sur le statut de la succession. Pour illustrer cela, imaginons qu'un disposant conclut un pacte successoral dans un pays A, et soumet sa succession au même droit car il en a la nationalité (art. 25 par. 3 et 22 par. 1 RE). Plus tard, il décide de modifier la *professio juris* applicable à sa succession en faveur du droit du pays B, puisqu'il est binational. Si le droit du pays B prévoit une quote-part plus grande à la réserve, le cocontractant du pacte risque d'être lésé dans ses droits²⁸⁸.

Le règlement européen reste silencieux sur le caractère contraignant d'une telle élection de droit. Une révocation ou la modification d'une élection de droit est valable quant à la forme, si elle respecte le droit d'un autre ordre juridique conformément à l'art. 27 RES. Pour les conditions matérielles d'une révocation ou d'une modification de l'élection de droit, le règlement n'offre pas de réponse. On ne sait pas si on doit appliquer le droit de la disposition à révoquer ou à modifier, ou le droit qui devrait s'appliquer à la place, ou les deux²⁸⁹. L'art. 22 par. 4 RES précise, pour sa part, que la modification ou la révocation du choix de loi satisfait aux exigences de forme applicables à la modification ou à la révocation d'une disposition à cause de mort²⁹⁰. Mais de quelle loi dépend une élection de droit contenue dans un pacte successoral ? Dans un pacte successoral, il se justifie de se référer – conformément à l'art. 22 par. 2 RES selon lequel le choix de la loi doit prendre la forme d'une disposition à cause de mort – aux dispositions relatives à la modifiabilité et à la révocabilité de l'acte à cause de mort²⁹¹. Cela, même si la loi désignée par le règlement ne contient pas de règle sur l'effet contraignant d'un choix de la loi²⁹². Dans tous les cas, si le droit auquel l'élection de droit est soumise prévoit un effet contraignant, il faut respecter les conditions de cet ordre juridique pour la révoquer. Par exemple, le §22701 al. 1 BGB prévoit aujourd'hui que la *professio juris* est un élément contractuel d'un pacte successoral. Elle n'est donc pas unilatéralement révocable²⁹³. Au regard de l'art. 25 RES, une précision quant à cette problématique n'est pas forcément nécessaire. En effet, la loi hypothétique désignée par l'art. 25 RES est cristallisée, le *de cuius* ne peut donc invalider le pacte par une élection de droit successive. Dans le pire des cas, une élection de droit qui serait convenue après la conclusion du pacte n'influencerait pas la validité ni les effets du pacte, mais seulement les autres aspects de la succession (art. 22 par. 1 RES)²⁹⁴.

²⁸⁷ SCHNYDER / CAPAUL, p. 73 s.

²⁸⁸ *Idem*, p. 72.

²⁸⁹ Erbrecht SÜSS, p. 53 s. n°94 ss.

²⁹⁰ WEISS / BIGLER, p. 176.

²⁹¹ SCHNYDER / CAPAUL, p. 72 s. ; voir aussi WEISS / BIGLER, p. 187.

²⁹² BONOMI / WAUTELET, art. 22 n°74 ss.

²⁹³ Erbrecht SÜSS, p. 54 n°101 ss.

²⁹⁴ HAAS-LEIMACHER, p. 139 n°415 ; CH.Beck BAUER / WEBER, art. 25 RES n°24.

C. Les effets du pacte

1. Généralités

Il existe une controverse, sous le droit actuel européen et suisse, à propos des effets des pactes successoraux par rapport à la loi générale applicable à la succession. La délimitation entre les effets successoraux du pacte et le reste des effets successoraux représente une difficulté de taille en pratique. Nous aimerions donc définir l'effet contraignant, tel que donné par l'art. 25 RES et l'art. 95 al. 1 P-LDIP par opposition aux autres effets de la succession (cf. art. 23 RES). Cette problématique est sujette à de nombreuses controverses en doctrine, mais peu de solutions ont été apportées jusqu'à aujourd'hui. Effectivement, il est difficile d'établir une pratique uniforme en la matière, du fait de la multitude des législations nationales applicables selon le règlement, et le parallélisme que le droit international privé suisse souhaite établir avec le régime européen. Le Tribunal fédéral n'a, pour sa part, toujours pas thématisé cette question²⁹⁵.

2. La problématique

a. En droit européen

L'effet contraignant est mentionné à l'art. 25 RES (*Bindungswirkung*), mais non à l'art. 24 RES. Il ne s'agit pas seulement d'une possibilité restreinte de révoquer unilatéralement une disposition pour cause de mort, mais d'une révocabilité limitée ou exclue qui constitue une notion propre aux pactes successoraux²⁹⁶. En résumé, l'art. 25 RES détermine quelles sont les dispositions irrévocables du pacte, respectivement les dispositions interdépendantes du testament mutuel²⁹⁷.

Le droit national peut décider qu'une disposition contractuelle successorale peut être soumise à des conditions spéciales de révocation. Ainsi, l'effet contraignant est déjà donné si la révocation unilatérale d'un pacte successoral est soumise à d'autres conditions que celles d'un testament simple. L'effet contraignant comprend notamment les conditions de révocation, de résiliation et de modification du pacte. Il détermine également les conditions auxquelles un nouvel acte à cause de mort peut révoquer ou modifier le précédent²⁹⁸.

Le statut applicable au pacte détermine si les dispositions sont valides et quelles personnes peuvent entrer en considération comme parties au pacte. Par exemple, un disposant en Allemagne ne peut conclure un pacte successoral avec son associé qui habite en Autriche, le droit autrichien réservant les pactes successoraux aux époux (*supra* III/A/d)²⁹⁹. La loi du pacte successoral détermine également quelles dispositions peuvent être prises de manière réciproque, et aussi quelles personnes peuvent en être bénéficiaires. En Autriche par exemple, les époux ne peuvent pas prendre des dispositions réciproques qui attribuent des biens en faveur d'un tiers³⁰⁰.

Les autres effets du pacte sont les effets des dispositions prises dans le pacte successoral sur la réserve, la question même de savoir si ces dispositions peuvent être prises, *etc*³⁰¹... Ces effets

²⁹⁵ WIDMER LÜCHINGER, p. 18.

²⁹⁶ BONOMI / WAUTELET, art. 25 n°12.

²⁹⁷ *Idem*, art. 25 n°13.

²⁹⁸ BONOMI, *Pactes successoraux*, p. 23 ; CH.Beck WEBER / BAUER, art. 25 RES n°18 s ; WIDMER LÜCHINGER, p. 19.

²⁹⁹ Successions Autriche ÖSTERREICHISCHE NOTARIATSKAMMER, p. 107.

³⁰⁰ Erbrecht SÜSS, p. 132 n°32.

³⁰¹ *Idem*, p. 135 n°42.

ne sont en général pas régis par l'art. 25 RES, ils restent soumis à la loi générale applicable à la succession. La portée de cette délimitation est cependant incertaine, en particulier lorsque l'Etat dans lequel le pacte doit déployer ses effets ne connaît pas cet acte à cause de mort³⁰². L'art. 23 al. 2 let. h RES stipule que les réserves et la quotité disponibles sont soumises à la loi applicable à la succession. Ainsi, la loi applicable au pacte successoral risque de mettre en danger les droits des héritiers réservataires qui ne participent pas au pacte³⁰³.

b. En droit suisse

En droit suisse, l'effet contraignant n'est pas explicitement mentionné à l'art. 95 LDIP. Il stipule simplement que le pacte est régi par la loi du domicile. Le Département fédéral de justice et police n'a pas déterminé la portée de cet article, en concluant simplement qu'il ne s'agissait pas, au moment de l'entrée en vigueur de la LDIP, d'examiner l'harmonisation de la LDIP avec le règlement à ce sujet³⁰⁴. Pourtant, le Message du 10 novembre 1982 concernant la LDIP dit que la loi applicable conformément à l'art. 95 al. 1 LDIP régit le pacte dans son ensemble : son admissibilité, sa force obligatoire et ses effets successoraux³⁰⁵. En revanche, une grande partie de la doctrine admet que les réserves et la quotité disponible n'en font pas partie³⁰⁶, même si la LDIP ne dispose pas de règle expresse à ce sujet³⁰⁷.

Le projet de révision lève aujourd'hui cette incertitude en stipulant expressément que les réserves et la quotité disponible sont soumises à la loi générale successorale (cf. art. 95b al. 2 P-LDIP)³⁰⁸. Le texte de loi précise que le statut du pacte successoral porte aussi sur ses « effets contraignants » et les « effets déployés par ses dispositions » (art. 95 al. 1 P-LDIP)³⁰⁹.

3. Les solutions possibles

a. La professio juris

Le premier moyen d'éviter un morcellement du droit applicable aux effets successoraux est l'élection de droit³¹⁰. Cette solution ne règle pas le problème au fond, mais empêche les problèmes pratiques qui lui sont liés. Par exemple, une personne conclut une renonciation anticipée à la réserve selon le droit français envers son père. Le *de cuius* comme le renonçant sont des ressortissants français. Le renonçant n'a pas renoncé entièrement à sa part réservataire. Le *de cuius* part ensuite habiter en Suisse et meurt quelques années après, non sans avoir lésé une portion plus grande de la succession que ce que prévoyait la RAAR. S'agissant de la renonciation, on conviendra qu'il s'agit d'un pacte successoral au sens de l'art. 95 al. 1 LDIP ou P-LDIP. La RAAR est valablement conclue sous le droit français, c'est aussi ce dernier qui doit s'appliquer. Pour le reste de la succession, si le *de cuius* n'a pas émis de *professio juris* en faveur du droit français, c'est le droit suisse qui s'appliquera (art. 86 al. 1 et 90 al. 1 LDIP). C'est donc le droit suisse qui doit déterminer les réserves et les conditions de l'action en réduction selon la majorité de la doctrine actuelle. Or, en droit suisse, le pacte négatif augmente

³⁰² BONOMI / WAUTELET, art. 25 n°15.

³⁰³ CHAPPUIS / PERRIN, p. 16 ; HAAS-LEIMACHER, p. 137 n°410.

³⁰⁴ CR LDIP BUCHER, art. 95 n°2 ; PIOTET, *Scission*, p. 193.

³⁰⁵ FF 1983 I 380.

³⁰⁶ BONOMI, *P-LDIP*, p. 247 ; CR LDIP BUCHER, art. 95 n°2.

³⁰⁷ VON OVERBECK, p. 77.

³⁰⁸ PIOTET, *Scission*, p. 194 ; WIDMER LÜCHINGER, p. 15.

³⁰⁹ FF 2020 3247.

³¹⁰ VON OVERBECK, p. 77.

la quotité disponible, tandis qu'en droit français, la renonciation se fait en faveur d'un bénéficiaire (art. 929 al. 1 CCF). Selon les art. 930 à 932 al. 1 CC, l'excédent est sujet à réduction, s'il a été porté atteinte à une fraction supérieure que ce que prévoyait la renonciation. Pour poser le problème de façon plus claire, appliquer les réserves et le droit suisse à cette situation aboutit à un résultat peu cohérent avec la RAAR. De plus, les modalités de réduction suisses et françaises sont différentes (art. 845 CCF, respectivement art. 535 s. CC)³¹¹.

Dans cet exemple, une élection de droit qui porte sur toute la succession a pour effet d'uniformiser les effets successoraux. La succession pourrait être régie dans son intégralité par le droit français (art. 95 al. 2 (P-)LDIP). A la différence de la *professio juris* de l'art. 95 al. 3 LDIP (ou al. 4 P-LDIP) qui crée un rattachement au statut du pacte, le choix de loi conformément à l'al. 2 renvoie à la loi désignée par les art. 90 s. (P-LDIP)³¹². En revanche, une *professio juris* partielle a pour effet dans ce cas d'entraîner une scission de la succession, en distinguant la loi générale applicable à la succession, et la loi qui régit les dispositions pour cause de mort, par exemple un pacte successoral. Cela arrive notamment lorsque deux personnes de nationalité différente concluent un pacte successoral ou un testament mutuel et le soumettent à un de leur droits nationaux. Le disposant dont la nationalité n'a pas été choisie ne peut donc soumettre sa succession au même droit. La situation peut aussi se présenter lorsque deux ressortissants d'un même Etat s'accordent sur une élection de droit partielle uniquement applicable au pacte, mais qu'ils décèdent dans un autre Etat. Troisièmement, il est aussi possible que les disposants conviennent d'une élection de droit partielle, mais qu'ils procèdent à une autre *professio juris* pour le reste de leur succession respective³¹³.

b. Une interprétation large

Lors de la rédaction du règlement européen, on a distingué l'admissibilité d'un acte de son contenu. L'art. 25 RES ne devrait viser que l'acte à cause de mort *per se*, et non pas les autres dispositions pour cause de mort qu'il contient. Celles-ci sont soumises en principe au statut réglé par les art. 21 et 22. RES. Cette interprétation est contestée par une partie de la doctrine, qui soutient qu'il faut prêter une large interprétation au champ d'application à l'art. 25 RES. En effet, les effets contraignants du pacte sont souvent inextricablement liés aux autres dispositions pour cause de mort. Prenons comme exemple une Suissesse et un Allemand qui se sont mariés récemment et habitent à Hambourg. Ils ont un fils. Ils choisissent de conclure un pacte successoral, dans lequel ils établissent les deux une substitution fidéicommissaire. Le pacte est soumis au droit suisse selon l'art. 25 par. 3 RES, puisqu'une des lois nationales peut être choisie. Par la suite, le mari allemand décède. Comme nous l'avons vu, le pacte reste soumis au droit suisse en vertu de l'élection de droit partielle. En effet, celle-ci ne touche pas le reste de la succession du mari, ce dernier n'ayant pas la nationalité suisse (art. 22 par. 1 RES). Ainsi, il faut déterminer si les droits de l'appelée et du grevé sont soumis au statut applicable au pacte successoral (art. 488 ss CC), ou à la loi générale applicable à la succession (§2100 BGB). Il faut savoir que ces deux législations ne prévoient pas les mêmes règles quant à la substitution fidéicommissaire³¹⁴. Pourtant, il serait souhaitable que les effets du pacte soient réglés par une seule et même loi³¹⁵.

³¹¹ cf. PIOTET, *Scission*, p. 192 ss.

³¹² WIDMER LÜCHINGER, p. 20.

³¹³ cf. WIDMER LÜCHINGER, p. 21.

³¹⁴ cf. BONOMI, *Conflicts*, p. 224.

³¹⁵ BONOMI / WAUTELET, art. 25 n°15 s. ; SCHNYDER / CAPAUL, p. 81 ; EU Regulation ZOUPOULIS, art. 25 n°7.

Le problème principal causé par cette solution est que les réserves ainsi que les modalités de réduction sont clairement soumises à la loi générale de la succession (art. 23 al. 2 let. h et i RES, respectivement art. 95b al. 2 P-LDIP). Ainsi, une interprétation large ne résoudrait pas le problème des réserves. Cependant, dans l'exemple ci-dessus, cela permettrait de déterminer quel droit est applicable à la substitution fidéicommissaire.

Une interprétation large des effets d'un pacte successoral est dans tous les cas nécessaire concernant les pactes négatifs ou toute autre renonciation anticipée à la réserve. En effet, si un disposant conclut un pacte négatif valable selon le droit de sa résidence habituelle ou sa loi nationale, mais que la loi générale applicable à la succession interdit un tel instrument, certains auteurs préconisent que le pacte négatif ne déploie pas d'effets, même s'il reste admissible. Cela est dû au fait que c'est la loi désignée par les art. 21 et 22 qui décide à quelles conditions il est possible de renoncer aux réserves (art. 23 al. 2 let. h RES)³¹⁶. Une interprétation large permet, en droit européen, à un pacte négatif ou toute autre renonciation à la succession de déployer ses effets, même dans les Etats qui s'opposent à la renonciation des réserves héréditaires, ou qui prévoient des conditions différentes pour ce faire³¹⁷.

En droit suisse, selon la majorité de la doctrine, les héritiers du disposant ne peuvent invoquer les réserves héréditaires prévues par la loi applicable au pacte successoral, celles-ci étant réglées par la loi applicable à la succession³¹⁸. Plus généralement, l'application de la loi du domicile au moment de la conclusion du pacte (art. 95 al. 1 et 3 LDIP) ne saurait conduire à léser les réserves des héritiers, si celles-ci sont prévues par la loi générale applicable à la succession³¹⁹. DUTOIT considère que dans ce cas, « l'équité commande de ne pas faire jouer le pacte successoral, de façon indirecte, contre l'institution de la réserve et cela indépendamment de la volonté du *de cuius* »³²⁰.

Pour notre part, nous soutenons que le pacte déploie ses effets, non seulement vis-à-vis du droit applicable au pacte, mais aussi vis-à-vis de la loi générale applicable à la succession³²¹. Cela permet de sauvegarder les intérêts et la confiance des parties et d'éviter des problèmes causés par la résolution du contrat en raison de la non exécution du pacte négatif. Il serait en effet regrettable de décevoir les attentes des parties, en particulier lorsqu'un pacte négatif ou une renonciation anticipée à la succession ou à la réserve ont été conclus valablement sous le droit étranger. Ces instruments ont pour objectif de permettre aux parties de pouvoir renoncer à leur droit de façon conventionnelle. Le renonçant ne peut d'ailleurs s'opposer ou remettre en cause un pacte négatif ou toute autre renonciation à la succession sans démontrer de la mauvaise foi, sous réserve des vices de la volonté³²².

Une interprétation large est un bon moyen pour analyser, au cas par cas, quels effets devraient ressortir respectivement de la loi générale de la succession ou du pacte ou du testament mutuel. En droit européen, elle nécessiterait des principes et des précisions donnés par la CJUE, puisqu'elle dépend, à défaut, largement des interprétations données par les tribunaux et autorités nationales.

³¹⁶ EU Regulation ZOUMPOULIS, art. 25 n°16.

³¹⁷ BONOMI, *Règlement européen*, p. 414 ; BONOMI / WAUTELET, art. 25 n°17.

³¹⁸ DUTOIT, art. 95 LDIP n°1 ; VON OVERBECK, p. 77 ; ZK 2018 LDIP HEINI, art. 95 n°4.

³¹⁹ BUCHER, CR LDIP Art. 95 n°2 ; VON OVERBECK, p. 77.

³²⁰ DUTOIT, art. 95 LDIP n°1 ; BONOMI, *Conflicts*, p. 224.

³²¹ EU Regulation ZOUMPOULIS, art. 25 n°16.

³²² RUBIDO / VALINCIUTE FAIVRE, p. 253 ; BONOMI, *Conflicts*, p. 224.

En droit suisse, une interprétation large est également recommandable. Le projet de révision suit d'ailleurs cette idée en soumettant les effets déployés des dispositions du pacte à l'art. 95 al. 1 LDIP. Cependant, la Suisse n'étant pas soumise à l'autorité de la CJUE, les interprétations établies par la jurisprudence peuvent aller à l'encontre des décisions prises dans le cadre du règlement européen. Avec la révision de la LDIP, il faudra prêter plus attention aux décisions rendues en ce domaine, puisque le législateur cherche à harmoniser le régime suisse avec le droit européen.

c. *L'application uniforme de la loi*

En droit suisse, HEINI a proposé, dans son ouvrage datant de 2004, de différencier entre l'effet contraignant du pacte et les autres effets successoraux³²³. Il propose ensuite de soumettre l'effet contraignant au rattachement cumulatif prévu par les art. 95 al. 1 et 3 LDIP. Le reste des effets successoraux du pacte, en revanche, dépendent de leur statut respectif (selon un rattachement distributif). En revanche, il ne présente pas ce que recouvre exactement le terme d'effet contraignant et comment s'opère le rattachement cumulatif³²⁴.

Ce serait en fait le principe même de l'accord qui serait soumis à l'application cumulative des lois désignées par l'art. 95 al. 1 et 3 (P-)LDIP. Les autres dispositions pour cause de mort contenues dans le pacte sont réglées, pour le reste, au droit dont elles relèvent. Pour illustrer cela avec un exemple, imaginons que deux personnes de nationalités différentes ont conclu un testament mutuel, lequel est soumis au droit national d'un des disposants (art. 25 par. 3 RES). Il s'agit d'une *professio juris* partielle. Dans ce cas, il n'est toujours pas certain, en dehors de l'effet contraignant, si les dispositions contenues dans le testament mutuel, par exemple une institution d'héritier, sont soumises au droit national choisi, ou au droit du domicile des parties. Plus généralement, cette hypothèse ne résout pas la problématique liée aux actes multilatéraux soumis à l'art. 95 al. 3 (P-)LDIP. Cela vaut également pour l'art. 25 par. 2 RES.

Si on distingue les effets contraignants des autres effets du pacte, cela devrait ressortir clairement de la loi. Or, sous le droit actuel, il n'est pas possible de procéder à une telle distinction sans une base légale. Ainsi, il sera systématiquement recommandé aux parties de choisir un droit national uniforme (art. 95 al. 2 P-LDIP, respectivement art. 25 par. 3 et 22 RES). En droit suisse, cela sera d'ailleurs facilité par le fait que les parties n'auront bientôt plus à choisir un droit national commun³²⁵. Par ailleurs, cette solution paraît obsolète aujourd'hui au regard de la révision de la P-LDIP, du fait que cette dernière prévoit un rattachement distributif (*supra* II/C/d).

V. Conclusion

En conclusion, le législateur suisse a eu raison en proposant une révision du chapitre 6 de la LDIP. Un régime harmonisé de droit international privé successoral signifie qu'à l'avenir la planification successorale en sera d'autant plus facilitée. La révision de la LDIP règle la plupart des problèmes qui ont été soulignés par la doctrine depuis quelques années, notamment concernant l'élection de droit partielle ou le choix de loi. En revanche, la délimitation des effets du pacte successoraux reste toujours incertaine. Plusieurs solutions ont été proposées dans ce travail, nous arrivons à la conclusion que le statut applicable au pacte devrait recouvrir le plus

³²³ ZK-LDIP 2004 HEINI, art. 95 n°8.

³²⁴ *Idem*, art. 95 n°8; cf. WIDMER LÜCHINGER, p. 18 s.

³²⁵ WIDMER LÜCHINGER, p. 19 s.

d'aspects possibles de la succession, à l'exception légale des réserves et de la quotité disponible. Il semble, à priori, qu'une interprétation large du statut applicable au pacte successoral demeure l'option la plus propice à éviter des incohérences dans des cas concrets lorsque deux lois doivent s'appliquer au même acte. Pour cela, encore faut-il que les autorités ou les tribunaux établissent une pratique flexible et tolérante envers le droit étranger.

Nous relevons également la difficulté d'établir un régime uniforme en droit européen, étant donné le nombre d'ordres juridiques impliqués en tant qu'Etats membres. Nous avons principalement étudié les pays limitrophes à la Suisse, mais il faut se rappeler que bien d'autres pays peuvent être pris en compte, en particulier du fait que le règlement a une application universelle. Par exemple, l'Autriche et l'Allemagne connaissent les deux les pactes successoraux et les testaments conjonctifs mais ils ne prévoient pas le même régime à leur égard. Ainsi, il ne suffit pas de dire que le règlement européen ou la LDIP ont une portée autonome. Il convient d'analyser les instruments successoraux à l'aune de critères de droit international privé tel que l'existence d'un accord au sens de l'art. 3 let. b RES. Nous avons observé que le critère essentiel pour déterminer si un accord est donné est l'existence d'un effet obligatoire. Cet accord doit porter sur des biens futurs du *de cuius*, ou au moins avoir une portée successorale prépondérante, comme la donation-partage du droit français.

Nous remarquons également que les pays sont de plus en plus ouverts à la notion de pactes sur des successions futures, à l'exemple de la France ou de l'Italie. Il faut tout de même rester prudent avec une application trop large de l'art. 25 RES : nous l'avons notamment souligné avec les testaments conjonctifs autrichiens. Une planification successorale internationale demande une application régulière et stable du droit international privé.

Ce travail met en exergue également l'importance de l'élection de droit, que ce soit dans le régime suisse ou européen. L'élection de droit permet de rendre admissible des pactes successoraux, en les soumettant à des droits qui les reconnaissent, même si un des disposants n'est pas ressortissant de l'Etat en question. Elle permet également d'unifier dans certains cas la loi applicable au pacte et la loi générale à la succession si celles-ci diffèrent. En addition à cela, nous avons soutenu, durant ce travail, qu'une telle *professio juris* représente toujours une clause bilatérale au sein d'un pacte successoral ou d'un testament corrélatif. Sa révocation nécessite également l'accord de toutes les parties.

Nous saluons également le projet de révision de la LDIP qui permet de procéder à une election de droit en faveur du droit du domicile d'un des disposants. Dans le futur, il serait intéressant pour le régime européen de suivre cet exemple, même s'il s'agit d'une possibilité très libérale.

Quant aux testaments conjonctifs, ce sont des actes à cause de mort spécifiques qui méritent une analyse plus poussée. Au vu de l'application incertaine du règlement à leur égard, il serait bienvenu d'établir une pratique claire afin d'assurer aux disposants que leur volonté sera respectée. Les testaments conjonctifs ne sont pas réglés de la même manière dans chaque ordre juridique. De plus, on doit distinguer les testaments conjonctifs simples des testaments mutuels. Selon l'Etat considéré, l'existence d'un testament conjonctif dépendra de la théorie objective ou subjective et cela peut créer de nombreuses incertitudes au niveau du droit international privé. En effet, la théorie objective requiert forcément une unité d'acte. Or, en Suisse par exemple, la LDIP ne requiert pas une unité d'acte pour appliquer l'art. 95 al. 3 (P-)LDIP. Il serait souhaitable que la jurisprudence suisse et européenne se penchent sur les questions que nous avons abordées dans ce travail pour clarifier les incertitudes.

Enfin, nous avons cherché à établir les ressemblances et les différences entre le règlement européen et la (P-)LDIP au sujet des pactes successoraux et des autres actes mutuels. Il a aussi démontré plusieurs controverses liées à ces sujets et essayé de prendre position à ce sujet. Finalement, nous saluons l'effort du législateur suisse et européen de créer un régime aussi complet et structuré. Il subsiste certaines incertitudes, mais elles sont principalement liées à la multitude d'ordres juridiques impliqués et des états de fait complexes. Il ne fait aucun doute que les pactes successoraux et les testaments mutuels continueront d'être des instruments favorisés dans les planifications successorales internationales.