



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

# **Modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Successions)**

## **Rapport explicatif relatif à l'avant-projet**

Janvier 2018

---

## Condensé

*Le 12 décembre 2014, Luc Recordon, alors député au Conseil des États, a déposé une motion 14.4285 intitulée « Convention internationale sur les successions », qui chargeait le Conseil fédéral « d'examiner les possibilités de mettre en place une convention internationale sur les successions ou de prendre toute autre mesure évitant que la Suisse ne soit exclue de l'espace juridique de ce domaine créé par le règlement n° 650/2012 de l'Union européenne ». Dans sa réponse du 18 février 2015, le Conseil fédéral a reconnu que le règlement européen sur les successions internationales aurait des conséquences considérables pour les ressortissants suisses dont le dernier lieu de résidence habituel se trouve dans un État membre de l'UE et pour les personnes qui résident en Suisse et possèdent des biens dans un État membre de l'UE. Des doutes quant à l'opportunité de conclure une convention avec l'UE, comme le demande la motion, l'ont cependant poussé à recommander de la rejeter. Le Conseil national, qui examinait la motion en tant que deuxième conseil, s'est rallié à cette recommandation le 21 septembre 2015, ayant été informé que l'on se proposait d'adapter les dispositions de la LDIP sur le droit successoral dans le sens d'une harmonisation.*

### Contexte

*Le chapitre 6 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) règle d'une part la compétence des autorités suisses et le droit qu'elles doivent appliquer dans les cas de successions ayant des aspects internationaux, et d'autre part la reconnaissance des actes juridiques étrangers concernant une succession. Le 16 août 2012, le règlement européen n° 650/2012, qui porte sur des matières similaires, est entré en vigueur. Il s'applique aux successions des personnes décédées après le 16 août 2015. Dans les grandes lignes, il se rapproche des dispositions de la loi suisse, mais il en diffère néanmoins sur certains points, qui pourraient mener à des conflits de compétence. Certes, l'existence de conflits de compétence avec d'autres États en matière successorale n'est pas nouvelle, mais l'harmonisation des législations visée par le règlement européen représente une chance de minimiser ces discordances avec le reste de l'Europe et d'offrir aux citoyens davantage de sécurité juridique et de prévisibilité dans le sort de leurs biens après leur décès.*

### Contenu du projet

*Le but principal de la modification de loi est d'éviter des décisions contradictoires en matière de successions internationales, grâce à une harmonisation partielle du droit suisse avec le règlement européen en la matière. En premier lieu, il s'agit de mieux coordonner les compétences de décision de part et d'autre, en adaptant les règles de compétence et de reconnaissance. Lorsque ce n'est pas possible, l'avant-projet vise du moins à ce que le droit applicable soit le même en Suisse et dans les États appliquant le règlement européen. Le droit suisse se prête le mieux à une harmonisation avec le règlement européen lorsque les dispositions actuelles ne sont pas absolument nécessaires ou paraissent désuètes et lorsque la solution choisie par*

---

*l'Union européenne est compatible avec les principes fondateurs de la LDIP en général et de son chapitre 6 en particulier.*

*La révision ne se limite pas à la coordination avec le règlement européen. Elle vise aussi à apporter les modifications, compléments et clarifications dont la jurisprudence et la doctrine ont établi la nécessité en ces quelque 29 ans depuis lesquels la loi est entrée en vigueur.*

---

## Rapport explicatif

### 1 Présentation du projet

#### 1.1 Contexte

##### 1.1.1 Le chapitre 6 de la LDIP

Le chapitre 6, soit les art. 86 à 96, de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)<sup>1</sup> règle la compétence des autorités suisses et le droit applicable par ces dernières dans les cas de successions internationales, de même que la reconnaissance des actes juridiques étrangers concernant une succession.

La compétence est déterminée essentiellement par le dernier domicile du défunt (art. 86, al. 1). Les autorités suisses ont une compétence subsidiaire pour la succession des Suisses de l'étranger et pour les biens successoraux qui se trouvent en Suisse (art. 87, al. 1, et 88). Les Suisses de l'étranger peuvent en outre soumettre l'ensemble de leur succession ou une partie de celle-ci à la compétence des autorités suisses (art. 87, al. 2).

Le droit applicable à la succession est lui aussi déterminé par le dernier domicile du défunt. Si celui-ci avait son dernier domicile en Suisse, le droit successoral suisse s'applique, à moins que le *de cuius* n'ait choisi le droit d'un autre État dont il a la nationalité (art. 90). Si le défunt avait son dernier domicile à l'étranger, le droit successoral applicable est celui que désignent les règles de droit international privé de l'État concerné (art. 91, al. 1). S'il a la nationalité suisse, il peut cependant disposer que sa succession sera soumise en totalité ou en partie au droit successoral suisse. Des règles particulières s'appliquent à certains aspects des effets juridiques des testaments et des pactes successoraux (art. 93 à 95). Les mesures conservatoires et les aspects formels de la dévolution successorale sont déterminés par le droit suisse (art. 89 et 92, al. 2).

L'art. 96 règle la reconnaissance des « décisions, [d]es mesures ou [d]es documents relatifs à une succession », de même que des « droits qui dérivent d'une succession ouverte à l'étranger ». Qu'un acte juridique étranger puisse être reconnu dépend notamment du fait que la Suisse reconnaisse ou non la juridiction étrangère comme compétente (on parle ici de compétence indirecte). Comme pour la compétence des autorités suisses, cette appréciation se fonde sur le critère du dernier domicile du *de cuius*. On considère cependant aussi comme compétent l'État dont le *de cuius* a choisi le droit et, dans le cas des biens immobiliers, l'État dans lequel se trouve le bien concerné. Sont en outre reconnus les actes juridiques qui ont été reconnus dans un de ces États (État du dernier domicile, État du droit choisi, État de situation des biens).

<sup>1</sup> RS 291

---

## 1.1.2 Le règlement européen sur les successions internationales

Le règlement 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 (ci-après « règlement européen ») est entré en vigueur le 16 août 2012. Il s'applique à tous les États de l'Union européenne à l'exception du Danemark, du Royaume Uni et de l'Irlande et vaut pour la succession des personnes décédées après le 16 août 2015.

Le règlement européen a essentiellement le même objet que le chapitre 6 de la LDIP. Il porte sur la compétence des autorités des États liés par le règlement (ci-après « États membres »), sur le droit que ces autorités doivent appliquer et sur la reconnaissance des actes juridiques relevant du droit successoral et émanant d'autres États membres. Il contient aussi un chapitre instituant un « *certificat successoral européen* ».

Dans les grandes lignes, la réglementation européenne est semblable à celle de la LDIP. La différence la plus flagrante est le rattachement au dernier lieu de résidence habituelle du défunt plutôt qu'à son dernier domicile. Dans la doctrine, il semble cependant y avoir unanimité pour dire que ces deux notions coïncident dans la plupart des cas. Il est une autre différence qui revêt une plus grande importance pratique: sous l'empire du règlement européen, les autorités de l'État (membre) national du défunt ou de l'État (membre) où sont situés une partie des biens ont une compétence subsidiaire lorsque la personne concernée avait sa résidence habituelle au moment de son décès dans un État non soumis au règlement (État tiers); la LDIP pose comme condition supplémentaire que les autorités étrangères ne s'occupent pas de la succession. Selon le règlement européen, les autorités de l'État national sont compétentes lorsque des biens successoraux se trouvent dans cet État. L'État (membre) dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle antérieure est assimilé à l'État (membre) national s'il ne s'était pas écoulé plus de cinq ans depuis qu'il avait changé de résidence habituelle (pour l'ensemble de la question, voir art. 10 du règlement européen). Une autre différence importante par rapport à la LDIP est le fait que le disposant ne peut pas soumettre sa succession par testament ou par pacte successoral à la compétence des autorités de l'État national.

Le règlement européen ne règle le cas où des procédures étrangères sont en cours ou closes dans la même cause que s'il s'agit d'autres États membres (art. 17 s. du règlement européen). Selon la doctrine dominante<sup>2</sup>, pour ce qui est des procédures d'États tiers tels que la Suisse, c'est le droit procédural de l'État membre compétent en l'espèce qui s'applique.

Le règlement européen prend aussi la dernière résidence habituelle comme critère de rattachement pour la loi applicable (art. 21). Si le défunt résidait dans un État tiers, le droit successoral applicable est déterminé par les règles de droit international

<sup>2</sup> Voir par ex. BONOMI, in: Bonomi/Wautelet (éd.), *Le droit européen des successions*, Commentaire du Règlement (UE) du 4 juillet 2012, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles 2016, ch. 6 ss ad art. 17.

---

privé de cet État, comme à l'art. 91, al. 1, LDIP, mais uniquement si ces règles renvoient au droit d'un État membre ou d'un autre État tiers qui, dans un cas concret, appliquerait son propre droit successoral. Au demeurant, c'est le droit successoral de l'État tiers de résidence qui s'applique (pour l'ensemble du mécanisme, voir art. 34 du règlement européen).

Le règlement européen autorise l'élection de droit en faveur de l'État national du *de cuius* (art. 22). Il traite cependant différemment de la LDIP la question de la pluralité de nationalités et celle du moment déterminant pour la nationalité (pour plus de précisions, voir ch. 2). Comme la LDIP, il contient des règles spéciales portant sur le droit applicable aux effets des testaments et des pactes successoraux (art. 24 à 27), mais il existe là aussi des différences dans les détails (pour plus de précisions, voir ch. 2).

Le règlement européen contient un chapitre sur la reconnaissance des décisions étrangères (chapitre IV) et un autre sur la reconnaissance des actes authentiques et transactions judiciaires étrangers (chapitre V). Ces deux chapitres sont axés sur les relations entre États membres. La reconnaissance des actes juridiques des États tiers tels que la Suisse est déterminée, selon la doctrine dominante, par le droit procédural international de l'État membre dans lequel la question de la reconnaissance se pose. Pour ce qui est des actes des États membres, il n'est pas nécessaire d'examiner si l'État concerné était compétent<sup>3</sup>.

### 1.1.3 Nécessité d'une coordination

La coexistence de la LDIP et du règlement européen peut donner lieu à des problèmes, comme l'illustrent les exemples suivants.

Un « expat » français, qui avait jusque-là vécu et travaillé à Genève, meurt. Il laisse des biens tant en Suisse que dans sa patrie d'origine. Comme il avait son dernier domicile à Genève, les autorités genevoises compétentes en matière de successions se considèrent comme compétentes pour l'ensemble de la succession, en vertu de l'art. 86, al. 1, LDIP. Toutefois, il existe aussi une compétence globale en France, dont le défunt avait la nationalité et où il a laissé des biens successoraux (art. 10, par. 1, let. a, du règlement européen). Il est imaginable qu'un héritier ouvre une procédure en Suisse et un autre en France, les deux concernant la même question relative à la succession. Si les deux États se déclarent compétents, il surgit ce que l'on appelle un conflit de compétence positif.

Un Suisse qui a travaillé en dernier lieu à Francfort rentre en Suisse, où il meurt deux ans plus tard. À sa mort, il laisse plusieurs comptes dans des banques allemandes. La situation est la même que dans l'exemple précédent. La compétence des autorités étrangères se fonde cette fois-ci sur l'art. 10, par. 2, let. b, du règlement européen, qui prévoit un rattachement non seulement à la nationalité mais aussi au lieu de résidence habituelle antérieur.

<sup>3</sup> Sur l'ensemble de la question, voir PRETELLI, in: Bonomi/Wautelet, op. cit., ch. 7 et 11 avant les art. 39 ss.

---

Une Suissesse passe sa retraite en Provence, où elle meurt. Elle laisse un testament dans lequel elle soumet l'ensemble de sa succession au droit suisse. Cette élection de droit confère obligatoirement aux autorités suisses une compétence en vertu de l'art. 87, al. 2, LDIP. Toutefois, les autorités françaises se considèrent aussi comme compétentes, parce que la défunte a eu sa dernière résidence habituelle dans ce pays. Il y a de nouveau un risque de conflit de compétence positif.

La résidence habituelle au sens du règlement européen et le domicile au sens de la LDIP coïncident en général, comme on l'a dit plus haut. Il existe cependant des cas dans lesquels les autorités suisses estimeront que le dernier domicile est en Suisse et les autorités d'un État européen, que le dernier lieu de résidence habituelle est dans cet État. Un des avis rendus lors de la consultation écrite d'experts (voir ch. 1.2) cite le cas de couples de retraités suisses qui passent une grande partie de leur temps dans leur résidence secondaire de Majorque. Si tant la Suisse que l'Espagne se déclarent compétentes, il y a risque de conflit de compétence positif.

Si, dans les exemples cités, une procédure est ouverte en Suisse en premier lieu, c'est le droit de procédure de l'autre État qui déterminera dans quelle mesure cet État doit la prendre en compte. Si une procédure a été ouverte à l'étranger avant la procédure suisse, l'autorité suisse compétente ne peut généralement pas en tenir compte, car l'art. 9 LDIP, qui s'applique en ce cas, pose comme condition que la décision rendue à l'issue de la procédure étrangère puisse être reconnue en Suisse. C'est ainsi que dans l'exemple cité les décisions de l'État du dernier ou de l'avant-dernier lieu de résidence habituelle, de même que celles de l'État national du défunt, ne pourraient en principe pas être reconnues en Suisse (art. 96 LDIP). Il n'est pas possible d'éviter un conflit de compétence positif.

#### **1.1.4 La motion Recordon**

Le 12 décembre 2014, Luc Recordon, alors député au Conseil des États, a déposé une motion 14.4285 intitulée « Convention internationale sur les successions », qui chargeait le Conseil fédéral « d'examiner les possibilités de mettre en place une convention internationale sur les successions ou de prendre toute autre mesure évitant que la Suisse ne soit exclue de l'espace juridique de ce domaine créé par le règlement [européen sur les successions internationales] ». La motion a été acceptée le 19 mars 2015 par le Conseil des États (par 27 voix contre 4 et une abstention), puis rejetée le 21 septembre de la même année par le Conseil national, sur proposition de sa Commission des affaires juridiques du 27 août 2015 (proposition adoptée à 15 voix contre 0 et une abstention). Nul ne contestait toutefois que des conflits de compétence positifs pouvaient découler des différences entre le règlement européen et la LDIP. Résoudre ce problème par une convention internationale a été jugé irréaliste, comme le pensait aussi le Conseil fédéral. Mais le Conseil national a été informé que l'on se proposait d'adapter les dispositions de la LDIP sur le droit successoral dans le sens d'une harmonisation.

En la matière, le risque de conflits de compétence positifs avec d'autres États n'est certes pas nouveau. Cependant, l'harmonisation du droit apportée par le règlement européen représente une opportunité de minimiser le risque de conflits avec une

---

grande partie de l'Europe et d'offrir aux citoyens davantage de sécurité juridique et de prévisibilité dans le déroulement de leur succession.

## **1.2 Genèse du projet**

Le 23 décembre 2015, l'Office fédéral de la justice a soumis un document de travail à des experts et des associations représentant le milieu universitaire, les avocats, les notaires et les juges, ainsi qu'à quelques autorités cantonales chargées des successions. Ce document présentait plusieurs options de modification du chapitre « Successions » de la LDIP<sup>4</sup>, options reposant elles-mêmes en grande partie sur des idées émises lors d'un échange de vues avec le professeur Andrea Bonomi, professeur ordinaire de l'Université de Lausanne. Fin février 2016, cette consultation écrite avait permis de recueillir 14 avis.

L'Office fédéral de la justice a élaboré, sur la base de ces avis, plusieurs esquisses de travail qui ont été discutées dans un groupe d'experts et qui ont débouché sur l'avant-projet ci-joint. Les quatre membres de ce groupe d'experts étaient le professeur Bonomi, déjà cité, le professeur Hans Rainer Künzle, professeur titulaire de l'Université de Zurich et associé de Kendris AG, Zurich, le professeur Barbara Graham-Siegenthaler, professeur ordinaire à l'Université de Lucerne et associée de Furrer & Karrer, Bâle, et Mme Kinga M. Weiss, avocate spécialiste FSA en droit successoral et associée de Walder Wyss AG, Zurich. Mme Alessandra Ceresoli, dr en droit et responsable de l'office des successions de Bâle-Ville, a participé aux travaux de fond comme experte additionnelle.

## **1.3 Le dispositif proposé et sa motivation**

Le but principal de la modification de loi est d'éviter des décisions contradictoires dans les cas de successions internationales, grâce à une harmonisation partielle du droit suisse avec le règlement européen. En premier lieu, il s'agit de mieux coordonner les compétences de décision, de part et d'autre, en adaptant les règles de compétence et de reconnaissance. Lorsque ce n'est pas possible, l'avant-projet vise du moins à ce que le droit applicable soit le même en Suisse et dans les États appliquant le règlement européen. Le droit suisse se prête le mieux à une harmonisation avec le règlement européen lorsque les dispositions actuelles de la LDIP ne sont pas absolument nécessaires ou paraissent désuètes et lorsque la solution choisie par l'UE est compatible avec les principes fondateurs de la LDIP en général et de son chapitre 6 en particulier.

La révision ne se limite pas à la coordination avec le règlement européen. Elle vise aussi à apporter les modifications, compléments et clarifications dont la jurispru-

<sup>4</sup> Contrairement à ce qu'écrit PICH/STUDEN, *Die Schweiz will ihre Rechtsregeln für grenzüberschreitende Erbfälle reformieren - Anpassung an die EU-Rechtsslage*, in *successio* 4/2016, p. 318 ss., p. 319, il ne s'agissait pas de véritables propositions. Le document mettait en regard les avantages et les inconvénients de chaque option, sans en tirer de conclusions.

---

dence et la doctrine ont établi la nécessité en ces quelque 29 ans depuis lesquels la loi est entrée en vigueur.

Six des dispositions du chapitre 6 de l'avant-projet contiennent des modifications qui servent à réduire le risque de conflits de compétence positifs<sup>5</sup>. Les personnes ayant une nationalité étrangère pourront prendre en compte une éventuelle revendication de compétence de l'État étranger en question en soumettant aux autorités de ce dernier les biens qui y sont situés voire l'ensemble de leur succession<sup>6</sup>. Les ressortissants suisses auront aussi, dans une certaine mesure, la possibilité de prendre en compte la revendication de compétence d'un autre État. L'avant-projet offre à ceux qui veulent soumettre leur succession au droit suisse la possibilité de faire une réserve en faveur de la compétence de l'État concerné. Les autres modifications permettront aux autorités suisses chargées des successions, qui n'ont qu'une compétence subsidiaire si le défunt avait son dernier domicile à l'étranger, de n'intervenir en ce cas réellement qu'à titre subsidiaire. Cependant, après examen de la question, on a décidé de ne pas substituer la résidence habituelle au domicile comme critère de rattachement de la compétence.

Sept modifications visent une harmonisation concernant le droit applicable<sup>7</sup>. Comme le règlement européen, la loi suisse permettra aux doubles nationaux de choisir le droit de leur État national étranger. Ils ne devront plus avoir cette nationalité au moment de leur décès; il suffira qu'ils la possèdent au moment de l'élection de droit. De même, pour les testaments, c'est le dernier domicile au moment de l'établissement du testament, et non au moment du décès, qui sera déterminant. Pour les pactes successoraux, auxquels ce principe s'applique déjà, les choix possibles seront plus vastes. Les testaments « mutuels » ne seront plus traités comme des pactes successoraux, à moins qu'ils ne se fondent sur un accord contraignant. Une précision est apportée concernant les testaments et les pactes successoraux: le droit qui leur est applicable ne régit pas les questions relatives à la part réservataire. Comme pour les dispositions sur la compétence, le rattachement au dernier domicile demeure inchangé.

Des points obscurs ont été précisés dans onze dispositions<sup>8</sup>. La doctrine postule que les disposants étrangers ont la possibilité de choisir le for d'un État national: cette règle sera à l'avenir codifiée. Les conditions de la compétence subsidiaire des autorités suisses sont décrites de manière plus claire. Des précisions sont aussi apportées concernant la question du droit applicable à la succession des personnes mortes à l'étranger. L'avant-projet clarifie en outre plusieurs points: le droit applicable au statut juridique de l'exécuteur testamentaire et de l'administrateur de la succession, le droit applicable à la liberté de disposer en cas de pacte successoral, les possibilités d'élection de droit dans les cas de testaments mutuels et la reconnaissance des actes juridiques de l'État au droit duquel la succession est soumise.

<sup>5</sup> Art. 86, al. 3, 87, al. 1 et 2, 88, al. 1, 96, al. 1, let. c et d. On se reportera au ch. 2 pour des explications détaillées sur ces dispositions.

<sup>6</sup> Dans le droit actuel, ce point n'est pas clairement réglé.

<sup>7</sup> Art. 90, al. 2, 94, al. 1 à 3, 95, al. 1, 3 et 3<sup>bis</sup>. On se reportera au ch. 2 pour des explications détaillées sur ces dispositions.

<sup>8</sup> Art. 86, al. 3 et 4, 87, al. 1, 88, al. 1, 91, al. 1 et 2, 92, al. 2, 95, al. 1, 3 et 3<sup>bis</sup>, 96, al. 1, let. c. On se reportera au ch. 2 pour des explications détaillées sur ces dispositions.

---

Plusieurs de ces modifications donneront davantage de liberté au disposant<sup>9</sup>. Ce sont celles qui touchent la possibilité de proroger le for pour les disposants étrangers, l'extension de l'élection de droit pour les doubles nationaux, le critère de la nationalité au moment de l'élection de droit et la possibilité de réserver la compétence d'un autre État en cas de soumission de la succession au droit suisse. Il faut encore mentionner l'extension des possibilités d'élection de droit en relation avec les testaments et les pactes successoraux.

Le souci d'édicter une réglementation proche de la pratique a également guidé le choix des adaptations à faire<sup>10</sup>. Les autorités suisses auront une certaine marge d'appréciation concernant leur compétence subsidiaire. Par ailleurs, l'avant-projet permettra de conférer le statut d'exécuteur testamentaire ou d'administrateur de la succession au sens du droit suisse à ceux prévus par la législation étrangère applicable.

Les modifications proposées, contrairement à ce que craignait un des experts consultés par écrit, ne mènent pas à une dégradation de la position des Suisses de l'étranger. Ces derniers sont directement concernés par l'art. 87, al. 1 et 2. Pour ce qui est de l'al. 1, nous renvoyons au commentaire de la disposition, au chapitre 2 du présent rapport. Quant à l'al. 2, l'avant-projet améliore même la position des Suisses de l'étranger en leur accordant davantage d'autonomie privée (plus de précisions, voir le commentaire de cette disposition au ch. 2).

#### **1.4 Éventuelles mesures législatives complémentaires**

Deux États soumis au règlement européen, la Grèce et l'Italie, sont liés à la Suisse par un traité qui prime les dispositions de la LDIP (voir ch. 4.2). Ces deux traités comprennent des différences notables par rapport à la LDIP et au règlement européen. Il conviendra donc d'examiner, conjointement avec ces deux États, dans quelle mesure ces dispositions conventionnelles doivent être modifiées ou abrogées. L'administration fédérale a entrepris de premières démarches.

## **2 Commentaire des dispositions**

### *Art. 86, al. 1*

Selon cette disposition, en cas de succession internationale, les autorités suisses sont compétentes lorsque le défunt avait son dernier domicile en Suisse.

<sup>9</sup> Art. 86, al. 3, 87, al. 2, 90, al. 2 et 3, 94, al. 2, 95, al. 1 et 3<sup>bis</sup>, et 96, al. 1, let. c. On se reportera au ch. 2 pour des explications détaillées sur ces dispositions. La révision des dispositions de droit successoral dans le code civil (CC; RS 210), menée parallèlement à celle-ci, a pour but premier de renforcer la liberté de chacun de disposer de sa succession (voir ch. 3.4 du rapport explicatif du Conseil fédéral du 4 mars 2016, publié sous <https://www.ofj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-f.pdf>).

<sup>10</sup> Concerne les modifications apportées aux art. 87, al. 1, 88, al. 1, 92, al. 2, et certaines adaptations à l'art. 96. On se reportera au ch. 2 pour des explications plus détaillées.

---

Lors de la consultation écrite des experts, la possibilité de remplacer le dernier domicile par le dernier lieu de résidence habituelle du défunt (critère sur lequel le règlement européen se fonde, voir ch. 1.1.2) a été mise en discussion. Une claire majorité des avis reçus étaient défavorables à une modification de ce principe<sup>11</sup>, en cohérence avec le message sur la LDIP<sup>12</sup>, dans lequel le Conseil fédéral exposait que sur le plan du lieu, c'est le dernier domicile du défunt qui présente, en général, le rapport le plus étroit avec la succession. De plus, les intervenants ont souligné que le lieu de résidence habituel peut être éphémère et, dans certains cas, difficile à déterminer, sans compter que la notion est relativement floue et que chaque État l'interprète différemment. Le lieu de domicile, lui, est souvent désigné dans le testament; même si cette mention n'a pas force de loi, elle représente une indication de poids. Plusieurs experts consultés ajoutent qu'il existe des États, hors du champ d'application du règlement européen, qui s'appuient sur le critère du domicile. Mention a aussi été faite de la cohérence avec les règles de la LDIP applicables aux régimes matrimoniaux (art. 52 ss), lesquelles prennent aussi le domicile comme point de rattachement.

De manière générale, il est rare que ces deux lieux soient différents l'un de l'autre, comme les experts consultés l'ont aussi relevé<sup>13</sup>.

Le groupe d'experts a été unanime à conclure qu'il ne faut pas modifier la disposition.

*Art. 86, al. 2*

Cette disposition pose une exception au principe de l'al. 1. Concernant les immeubles sis à l'étranger, les autorités suisses ne sont pas compétentes dès lors que l'État de situation de l'immeuble prévoit une compétence exclusive sur son territoire.

Lors de la consultation écrite des experts, on a mis en discussion l'éventualité d'étendre cette réserve aux biens mobiliers dont un État étranger détient l'empire. Une claire majorité des experts consultés a rejeté cette option ou du moins émis des réserves<sup>14</sup>. Ils ont notamment avancé que même si l'État étranger peut *de facto* faire valoir une compétence à cet égard, notre législation ne devrait pas céder le pas à des exigences si excessives. Ils ont également indiqué que la doctrine considère comme non exclusifs les rattachements au lieu de situation prévus par le règlement européen, si bien que l'art. 86, al. 2, ne joue aucun rôle en relation avec les États appliquant ce dernier. Un des avis mentionnait, en complément, que ce raisonnement s'applique aussi en règle générale aux relations avec les États tiers. D'autres encore ont émis des doutes quant à la signification pratique d'une telle réserve vis-à-vis des États tiers. Nous renonçons donc à proposer une modification de l'art. 86, al. 2. Ce choix est incontesté au sein du groupe d'experts.

<sup>11</sup> Serait par contre favorable à une telle modification : PICHT/STUDEN, op. cit., p. 319.

<sup>12</sup> Message du 10 novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP), FF **1983** I 255.

<sup>13</sup> Voir BONOMI, Le règlement européen sur les successions et son impact pour la Suisse, in: Semaine judiciaire 2014 II 391 ss, p. 404 ss.

<sup>14</sup> Cependant, position plutôt favorable de PICHT/STUDEN, op. cit., p. 320.

---

Le nouvel art. 86, al. 3, proposé donne cependant au disposant la possibilité de tenir compte de la compétence revendiquée par un État étranger concernant les biens mobiliers. Cela ne sera toutefois le cas que si cet État étranger est un État national du disposant (pour plus de précisions, voir le commentaire de l'art. 86, al. 3).

*Art. 86, al. 3*

Les ressortissants suisses peuvent soumettre leur succession à la compétence des autorités suisses, par testament ou pacte successoral, au cas où ils n'ont pas leur domicile en Suisse au moment de leur décès (art. 87, al. 2). Le nouvel art. 86, al. 3, que nous proposons offre aussi aux ressortissants étrangers la possibilité d'une prorogation de for en faveur des autorités de leur État national.

L'instauration d'une symétrie là où le droit actuel ne permet la prorogation de for qu'unilatéralement, en faveur des ressortissants suisses, a été bien accueillie par la plupart des experts consultés par écrit et, sur le principe, incontestée au sein du groupe d'experts. Une partie des ouvrages de doctrine<sup>15</sup> estime que cette règle s'applique déjà en droit actuel. À l'époque de l'adoption de la LDIP, le rapporteur du Conseil des États était parti du principe que tel était l'état de droit<sup>16</sup>.

Il semble en effet indiqué que les ressortissants étrangers aient la même autonomie privée que les Suisses. Certes, dans certains cas, cela leur permettra d'éviter des dispositions impératives du droit successoral suisse, mais le droit actuel leur offre aussi la possibilité de soumettre leur succession au droit de leur État national. Au vu de cette prérogative, il est avisé d'autoriser la prorogation de for en faveur de cet État. Le disposant pourra faire en sorte que le droit qu'il a choisi soit interprété et appliqué par les autorités auxquelles il est le plus familier.

Le nouvel al. 3, qui a notamment rallié les suffrages pour des raisons d'égalité de traitement, établira aussi une meilleure cohérence avec le règlement européen, ce qui n'est pas sans importance sur le plan pratique. Comme on l'a exposé au ch. 1.1.2, l'art. 10, par. 1, let. a, du règlement européen prévoit, pour la succession des ressortissants d'un État membre, la compétence de cet État dès lors qu'une partie de la succession se trouve sur son territoire. Si la personne concernée avait son dernier domicile en Suisse, un conflit de compétence positif risque aujourd'hui d'apparaître (voir ch. 1.1.3). La disposition proposée permettra de l'éviter: la Suisse renonce à sa compétence pour le cas où le disposant soumet sa succession à la compétence des autorités de son État national.

Parmi les quelques avis contraires, l'un cite des motifs fiscaux. Il faut néanmoins souligner que la disposition proposée ne touche pas à la souveraineté fiscale de la Suisse. Celle-ci peut imposer une succession même si ses autorités ne sont pas compétentes pour la régler au sens du droit successoral, de la même manière que

<sup>15</sup> Voir SCHNYDER/LIATOWITSCH, in: Basler Kommentar IPRG, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2013, ch. 16 ad art. 87, et les références citées, et ROMANO, Remarks on the Impact of the Regulation 650/2012 on the Swiss-EU Successions, in: Yearbook of Private International Law, vol. 17, p. 253 ss, p. 269.

<sup>16</sup> BO CE 1985 p. 152 ; voir aussi SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, op. cit., ch. 16 ad art. 87.

---

l'absence de compétence au principal n'exclut pas la compétence en matière de mesures conservatoires (art. 89 LDIP).

La possibilité de proroger le for est aussi ouverte aux ressortissants suisses qui ont une double ou une multiple nationalité, ce qu'exprime le passage « *même si elle a la nationalité suisse* » (voir pour plus de précisions le commentaire de l'art. 90, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase).

Selon l'art. 87, al. 2, actuel, si un disposant suisse a soumis sa succession au droit suisse, elle est également présumée soumise à la compétence des autorités suisses. L'avant-projet précise que cette présomption peut être renversée par une réserve du disposant (pour plus de précisions, voir le commentaire de l'art. 87, al. 2). Le nouvel art. 86, al. 3, ne présente pas de règle analogue. Une élection de droit en faveur d'un État national étranger n'emporte pas la présomption que les autorités de cet État sont aussi compétentes. On écarte ainsi le risque que les autorités de cet État n'appliquent un autre droit que celui qu'a choisi le disposant et que l'élection de droit ne soit sans effet. Il n'existe pas de tel risque dans les cas visés à l'art. 87, al. 2.

Comme à l'art. 87, al. 2, la disposition proposée autorise une prorogation de for partielle. Le disposant peut la limiter à certains biens, par exemple à ceux qui se trouvent dans l'État national étranger. C'est un avantage notamment lorsque l'unique objectif de la prorogation est de tenir compte d'une éventuelle revendication de compétence de cet État. La part de la succession dont cet État n'a pas l'empire pourra être confiée à la compétence des autorités suisses. L'idée d'une prorogation de for partielle n'a cependant pas fait l'unanimité dans le groupe d'experts, car elle entraîne une scission de la succession.

La succession peut aussi se trouver scindée dans les cas des art. 86, al. 2, 87, al. 1, et 2, et 88, al. 1. Ces cas de figure soulèvent diverses questions de droit dont le groupe d'experts a débattu en partie. Il est parvenu à la conclusion que la meilleure voie pour trouver une réglementation légale satisfaisante était celle d'une modification du droit matériel. Le Conseil fédéral examinera donc cette question dans le cadre de la révision en cours du droit successoral dans le CC<sup>17</sup>.

L'idée d'exiger un lien entre prorogation de for et élection de droit, formulée par quelques experts (dont un membre du groupe d'experts) et auteurs de doctrine, n'a pas été reprise. Selon la conception qui préside à ce projet, il n'appartient pas à la Suisse de veiller à la conjonction du *jus* et du *forum* (du droit applicable et de la compétence) à l'étranger.

#### *Art. 86, al. 4*

En concordance avec les ouvrages mentionnés à propos de l'alinéa précédent et avec certains avis exprimés dans la consultation écrite des experts, le nouvel al. 4 prévoit que la compétence suisse ne devient caduque, dans les cas de prorogation de for à un État national étranger visés à l'al. 3, que si cet État se considère effectivement comme compétent en l'espèce et exerce sa compétence. Il s'agit d'éviter des conflits de compétence négatifs. Cette disposition n'a pas été contestée par les experts.

<sup>17</sup> Concernant l'état actuel de ce projet législatif:  
[https://www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2017/ref\\_2017-05-10.html](https://www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2017/ref_2017-05-10.html).

---

Elle fonde en même temps une compétence subsidiaire pour les cas visés à l'al. 2. Si les tribunaux étrangers du lieu de situation de l'immeuble ne revendiquent pas la compétence, celle-ci reviendra aux autorités suisses conformément à l'al. 1.

*Art. 87, al. 1*

L'art. 87 porte sur la succession des Suisses de l'étranger. L'al. 1 prévoit une compétence subsidiaire des autorités suisses du lieu d'origine au cas où « *les autorités étrangères ne s'(...) occupent pas [de régler la succession]* ». Dans les versions allemande et italienne, il n'est question que d'une autorité étrangère (« *die ausländische Behörde* », « *l'autorità estera* »), au contraire de l'art. 88, al. 1, (« *die ausländischen Behörden* », « *le autorità estere* »: substantif et verbe au pluriel). La différence dans ces deux versions linguistiques de ces deux articles, lesquels fondent tous deux une compétence subsidiaire, a déclenché une controverse dans la doctrine: suffit-il que l'autorité compétente du dernier domicile du défunt ne s'occupe pas de régler la succession, ou bien faut-il que les autorités d'éventuels autres États dont la compétence pourrait être reconnue du point de vue de la Suisse (art. 96) ne s'occupent pas<sup>18</sup>?

Il en va de la sécurité du droit de clarifier cette question dans le texte de loi. Nous proposons une solution qui devrait concilier les deux points de vue opposés<sup>19</sup>. Pour des considérations pratiques, elle se base sur l'interprétation la plus étroite, selon laquelle seul l'État du dernier domicile entre en ligne de compte. On ne saurait en effet présumer des autorités suisses en matière de succession qu'elles fassent de complexes recherches juridiques pour déterminer tous les États dont les décisions pourraient être reconnues au sens de l'art. 96<sup>20</sup>. Il convient de plus d'épargner aux héritiers la lourde tâche de contacter tous ces États avant de pouvoir partir du principe que les autorités suisses sont compétentes. En même temps, les autorités suisses auront la possibilité d'éviter certains conflits de compétence positifs<sup>21</sup>. La 2<sup>e</sup> phrase proposée à l'art. 87, al. 1, leur permet donc de faire dépendre leur compétence, en l'espèce, de l'inactivité des autorités d'autres États que celui du dernier domicile du défunt, si ces autorités sont aussi susceptibles de s'occuper de la succession. Il pourrait s'agir d'un État national étranger de la personne concernée, de l'État où elle avait sa dernière résidence habituelle ou, dans le cas de biens successoraux isolés, de l'État de situation de ces biens<sup>22</sup>. L'autorité suisse saisie pourra demander à la personne qui requiert l'ouverture de la procédure une preuve qu'elle s'est adressée à un ou plusieurs de ces États<sup>23</sup>, mais uniquement après avoir elle-même déterminé si

<sup>18</sup> Sur l'ensemble de la question, voir SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, op. cit., ch. 5 ss ad art. 87, et BUCHER, Commentaire Romand LDIP/CL, Bâle 2011, ch. 4 ad art. 87, chacun avec d'autres références.

<sup>19</sup> Les experts consultés n'interprétaient pas non plus tous la disposition de la même façon.

<sup>20</sup> Par ex. les États dont les décisions sont reconnues dans l'État du dernier domicile (art. 96, al. 1, let. a).

<sup>21</sup> Éviter les conflits de compétence positifs était un des buts principaux du Conseil fédéral lors de l'élaboration de l'art. 87, al. 1 (voir message LDIP, op. cit., ch. 262.2).

<sup>22</sup> Les actes des États concernés pourront, selon le nouvel art. 96, al. 1, let. d, proposé, être reconnus en Suisse. Si une juridiction d'un de ces États a déjà été saisie, l'autorité suisse doit absolument en tenir compte et à tout le moins interrompre sa propre procédure (art. 9 LDIP).

<sup>23</sup> Voir SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, op. cit., ch. 19 ad art. 87.

---

l'État ou les États en question sont compétents selon leur propre droit. La nouvelle phrase tient compte notamment du règlement européen qui déclare ces États compétents dès lors qu'ils appliquent le règlement<sup>24</sup>.

Un des experts consultés par écrit a objecté que la différence entre les conditions d'application de l'art. 87 et de l'art. 88 LDIP est voulue, motivée par le souci de donner aux héritiers des Suisses de l'étranger un accès privilégié aux tribunaux suisses. Le message<sup>25</sup> ne laisse cependant rien paraître d'une telle intention. Il y est au contraire question d'une compétence prévue pour des situations exceptionnelles et visant à éviter des conflits de compétence négatifs, ce qui laisse entendre que c'est une simple compétence subsidiaire. En fin de compte, les Suisses de l'étranger n'ont pas intérêt à ce qu'une disposition expose leurs héritiers à une insécurité juridique causée par un conflit de compétence positif. Si la personne concernée souhaite une compétence des autorités suisses, elle pourra prévoir une prorogation de for à cet effet par testament ou pacte successoral.

Un autre avis contenait une proposition de modifier le rattachement au lieu d'origine tel qu'il est prévu dans le droit actuel. L'expert en question suggérait que la compétence appartienne en premier lieu aux autorités suisses du lieu où le défunt avait son dernier domicile en Suisse et que les autorités du lieu d'origine ne s'occupent de la succession qu'en l'absence d'un domicile suisse antérieur. On peut objecter à cela que le for au plan national est d'une importance mineure; de plus, le dernier domicile suisse n'aura, dans de nombreux cas, aucun lien notable avec la succession, surtout s'il s'est écoulé un grand laps de temps. Le rattachement au lieu d'origine garantit qu'il existe dans tous les cas une compétence suisse. Si le défunt avait un deuxième lieu d'origine, la partie peut choisir entre les deux fors<sup>26</sup>, ce qui ne devrait pas poser de problème. Dans l'ensemble, le double critère de rattachement proposé dans cet avis représenterait une complication dont l'utilité est très relative.

#### *Art. 87, al. 2*

L'art. 87, al. 2, en vigueur permet aux Suisses de l'étranger de choisir pour leur succession un for suisse. Soumettre leur succession au droit suisse revient à la soumettre à la compétence des autorités suisses; en d'autres termes, il y a présomption irréfragable que le disposant, en choisissant le droit suisse, a voulu fonder une compétence des autorités suisses.

Lors de la consultation écrite des experts, un débat a été ouvert sur l'opportunité de supprimer cette présomption. En effet, dans le cas où un Suisse de l'étranger choisit la Suisse comme for, il existe un grand risque de conflit de compétence positif si son dernier domicile (ou son dernier lieu de résidence habituel, lorsqu'il diffère du domicile) se trouve dans un État appliquant le règlement européen. La prorogation de for devrait donc être expresse. La majorité des experts consultés a bien accueilli

<sup>24</sup> L'État national n'est cependant compétent que si une partie de la succession s'y trouve au décès de la personne concernée. Pour une vue d'ensemble de la question, voir art. 4 et 10, par. 1, let. a, et 2, du règlement européen.

<sup>25</sup> Message LDIP, op. cit., ch. 262.2.

<sup>26</sup> Voir SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, op. cit., ch. 20 ad art. 87.

---

cette idée<sup>27</sup>. Nous proposons cependant de reformuler l'art. 87, al. 2, dans le sens d'un compromis qui a été avancé par quelques-uns des adversaires de la modification et qui est soutenu par le groupe d'experts: l'élection de droit entraîne toujours la présomption d'une élection de for correspondante, mais le disposant a la possibilité de renverser cette présomption par une clause contraire, c'est-à-dire de statuer qu'il ne choisit pas la compétence des autorités de l'État dont il a choisi le droit. Contrairement à la solution soumise à la consultation des experts, il ne s'agit plus d'exiger que la prorogation de for parallèle à l'élection de droit soit prévue expressément pour s'appliquer, mais d'exiger qu'elle soit exclue expressément pour ne pas s'appliquer (*opt out* au lieu de *opt in*). On pose donc l'hypothèse que la prorogation de for est voulue par le *de cuius*, mais on lui permet, si tel n'est pas le cas, d'en disposer autrement et d'éviter ainsi un conflit de compétence positif.

*Art. 88, al. 1*

La disposition actuelle prévoit un for suisse subsidiaire pour les biens successoraux situés en Suisse. Pour les questions que ce point soulève, on se reportera au commentaire de l'art. 87, al. 1.

Nous proposons, en accord avec le groupe d'experts, de régler les conditions de la compétence subsidiaire de la même manière qu'à l'art. 87, al. 1, en complétant la disposition par une 2<sup>e</sup> phrase identique. Seul manque la mention de l'État de situation, inutile puisque la compétence subsidiaire de l'art. 88 ne s'applique qu'aux biens situés en Suisse.

Lors de la consultation des experts, on s'est de plus demandé s'il fallait étendre la compétence subsidiaire des autorités suisses aux biens étrangers dont les autorités étrangères ne s'occupent pas<sup>28</sup>. Les avis reçus sont défavorables à une telle règle, presque à l'unanimité<sup>29</sup>. Certains indiquent que le mécanisme mis en place par l'art. 3 LDIP suffit pour éviter les conflits de compétence négatifs<sup>30</sup>. Le groupe d'experts en a également jugé ainsi.

*Art. 90, al. 1*

Cette disposition soumet la succession des personnes ayant eu leur dernier domicile en Suisse au droit suisse.

Comme pour la disposition régissant le for, on a examiné l'opportunité de prendre comme critère de rattachement, non plus le dernier domicile, mais la dernière résidence habituelle. Cette idée a été rejetée pour les mêmes raisons (voir commentaire de l'art. 86, al. 1).

<sup>27</sup> Avis critique dans PICTH/STUDEN, op. cit., p. 321.

<sup>28</sup> Voir SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, op. cit., ch. 10 ad art. 88.

<sup>29</sup> Par ex. PICTH/STUDEN, op. cit., p. 320.

<sup>30</sup> Aucun État ne se reconnaît compétent.

---

*Art. 90, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase*

L'art. 90, al. 2, actuel prévoit une exception au principe de l'al. 1: les ressortissants étrangers peuvent soumettre leur succession à leur droit national. Si une personne a plusieurs nationalités étrangères, elle peut choisir librement entre le droit de ses États nationaux étrangers<sup>31</sup>. Selon le droit en vigueur, elle ne peut cependant élire le droit si une de ses nationalités est la nationalité suisse.

L'idée à la base de cette réglementation était l'égalité de traitement de tous les citoyens suisses, qu'ils aient une autre nationalité ou non<sup>32</sup>. Elle entraîne cependant une inégalité entre les Suisses possédant une autre nationalité et les purs étrangers. Quelle que soit l'option choisie, une inégalité demeure<sup>33</sup>. Dans ces circonstances, le plus sensé semble être d'opter pour la solution qui met la loi en harmonie avec le règlement européen<sup>34</sup>. Selon celui-ci, le *de cuius* peut choisir la loi de tout État dont il possède la nationalité. La modification proposée à la 1<sup>re</sup> phrase de l'art. 90, al. 2, reprend cette disposition. Elle présente en outre l'avantage d'accroître l'autonomie privée.

Une nette majorité des experts consultés par écrit est favorable à cette solution ou la considère du moins comme objectivement fondée<sup>35</sup>. Les autres ont signalé un risque d'abus. Cette objection a été examinée par le groupe d'experts, qui soutient par ailleurs la modification sans discussion (pour plus de précisions, voir le commentaire de l'art. 90, al. 3).

Un des avis exprimés soulève la question de l'intérêt d'inscrire dans la loi le cas où il existe plusieurs droits nationaux étrangers. La formulation actuelle de l'alinéa, qui le mentionne déjà, semble cependant suffisamment claire. Autant que nous le sachions, cette disposition n'a jamais encore donné lieu à discussion.

Le même avis suggère d'examiner s'il faut étendre les possibilités d'élection de droit en permettant au disposant de choisir le droit de son lieu de résidence habituel actuel ou le droit régissant son régime matrimonial. En ce qui concerne le lieu de résidence habituel actuel, on peut se référer à la modification proposée à l'art. 94, qui tient en partie compte de cette suggestion et réalise en même temps une harmonisation avec le règlement européen, à ceci près que l'on renonce à y remplacer le terme de « domicile » par celui de « résidence habituelle » (voir le commentaire de l'art. 86, al. 1). Quant au régime matrimonial, le nouvel art. 95, al. 3<sup>bis</sup>, proposé créera une possibilité de coordination<sup>36</sup>. Il a en outre l'avantage d'être conforme au règlement européen. Il ne semble par contre guère avisé de créer de nouvelles divergences avec le règlement européen en étendant encore les choix possibles.

Le même expert a fait encore une autre proposition: que l'on examine la possibilité de régler plus clairement dans la loi si l'élection de droit vaut aussi pour la quotité disponible – en d'autres termes, si le droit relatif à la réserve héréditaire ne fait pas

<sup>31</sup> Voir message LDIP, op. cit., ch. 263.3.

<sup>32</sup> Voir message LDIP, op. cit., ch. 263.3.

<sup>33</sup> Position critique dans HEINI, Zürcher Kommentar IPRG, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2004, ch. 8 ad art. 90.

<sup>34</sup> Voir art. 22 du règlement européen.

<sup>35</sup> Avis positif dans PICHT/STUDEN, op. cit., p. 321.

<sup>36</sup> Voir à ce sujet l'art. 52, al. 2, LDIP.

---

partie de l'ordre public suisse<sup>37</sup>. Il semble cependant qu'il faille adopter à ce sujet un point de vue nuancé<sup>38</sup>, difficile à codifier de manière abstraite dans une norme légale.

Enfin, cet expert a proposé de compléter l'art. 90, al. 2, par des dispositions sur l'élection de droit tacite. Nous y renonçons également. Le législateur, à l'adoption de la LDIP, a délibérément laissé cette question à l'appréciation des tribunaux<sup>39</sup>. Ceux-ci ont la possibilité de prendre en compte le droit européen lors de l'application de l'art. 90, al. 2, comme ils le font déjà dans d'autres domaines de la LDIP. La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral (ATF 125 III 35) admet une élection de droit tacite, basée sur des indices concluants, ce qui s'inscrit dans le cadre du règlement européen.

*Art. 90, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase*

L'ajout de cette phrase vise à créer une réglementation parallèle à celle de l'art. 91, al. 2 (voir le commentaire de cette disposition et celui de l'art. 87, al. 2). Ici aussi, il est prévu que la prorogation de for et l'élection de droit soient liées d'office, à moins d'une réserve expresse (*opt out*). Sur le plan pratique, cette règle ne jouera cependant de rôle que si l'État désigné compétent par le disposant ne se considère pas lui-même comme compétent ou ne fait pas usage de sa compétence et que les autorités suisses, se fondant de ce fait sur le nouvel art. 86, al. 4, continuent de s'occuper de la succession. Dans tous les autres cas, la question du droit applicable ne se posera pas pour la Suisse<sup>40</sup>.

*Art. 90, al. 3*

Une nouvelle phrase ayant été ajoutée à l'al. 2, la 2<sup>e</sup> phrase de l'art. 90, al. 2, actuel devient un nouvel al. 3.

Cette phrase, dans sa version actuelle, statue que le choix du droit national étranger prévu par la 1<sup>re</sup> phrase de l'al. 2 est caduc si le disposant, au moment de son décès, n'a plus cette nationalité ou a acquis la nationalité suisse.

L'acquisition ultérieure de la nationalité suisse est un cas de figure qui ne peut plus avoir aucune importance étant donné les modifications proposées dans la 1<sup>re</sup> phrase de l'al. 2 (voir *supra*). Avoir aussi la nationalité suisse n'empêchera plus un ressortissant étranger de soumettre sa succession au droit de l'État étranger. Cette condition de la caducité peut donc être biffée.

En ce qui concerne la perte de la nationalité étrangère, il ne semble pas objectivement nécessaire de rendre caduque l'élection de droit déjà exprimée. On peut tout à fait défendre le point de vue que l'existence d'un lien avec l'État choisi au moment de l'élection de droit suffit. Cette solution a l'avantage de la continuité: le choix opéré valablement demeure valable tant qu'il n'est pas révoqué, même si les circons-

<sup>37</sup> Ainsi qu'en a conclu le Tribunal fédéral in ATF 102 II 136 consid. 4.

<sup>38</sup> Voir à ce sujet SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, op. cit., ch. 19 ad art. 90.

<sup>39</sup> Voir à ce sujet le message LDIP, op. cit., ch. 263.3.

<sup>40</sup> Des doutes ont été exprimés au sein du groupe d'experts quant à l'utilité de cette disposition.

---

tances extérieures changent. Nous proposons donc de rapprocher encore cette disposition de l'art. 22 du règlement européen<sup>41</sup> – la modification de l'art. 90, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, étant déjà un pas dans cette direction – en faisant de cette phrase une proposition négative « *ce choix n'est pas caduc ...* ».

On avait proposé au groupe d'experts une 2<sup>e</sup> phrase à l'al. 3: « *Hingegen ist [die Unterstellung unter das Recht des Heimatstaates] unbeachtlich, wenn gewichtige Anhaltspunkte für die Annahme bestehen, dass die betreffende Staatsbürgerschaft zum hauptsächlichlichen Zweck erworben wurde, Bestimmungen des schweizerischen Erbrechts zu umgehen.* » (Le choix du droit national étranger n'est toutefois pas pris en compte lorsqu'il y a des raisons majeures de penser que cette nationalité n'a été acquise que pour éluder les dispositions du droit successoral suisse.) Le but était de tenir compte des craintes d'abus exprimées en relation avec l'art. 90, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase. Le groupe d'experts a cependant considéré que l'interdiction de l'abus de droit à l'art. 2 CC était un correctif suffisant. On notera que cette interdiction ne s'applique que si l'intention de commettre un abus est attestée en l'espèce. On pense ici typiquement à une personne qui n'avait d'abord que la nationalité suisse et qui, ayant son dernier domicile en Suisse, aurait forcément vu sa succession réglée selon le droit suisse, si elle n'avait pas acquis ultérieurement une autre nationalité. Un indice d'abus sera, notamment, le fait que la naturalisation ait lieu presque en même temps que l'établissement du testament, surtout si le disposant n'a que peu de liens avec l'État considéré.

Le texte de loi actuel ne dit rien sur la situation inverse, celle dans laquelle le disposant n'acquiert une nationalité étrangère qu'après l'élection de droit. Un des experts consultés par écrit a suggéré que l'on prenne comme critère l'existence d'une relation suffisante du disposant avec le droit choisi au moment du choix. On est en droit de se demander si une telle règle serait praticable. En outre, ce sont précisément les cas d'acquisition tardive d'une nouvelle nationalité qui renferment un grand potentiel d'abus (voir le paragraphe précédent). On continuera donc de ne pas prendre en considération une nationalité acquise après l'élection de droit, au contraire de ce que prévoit le règlement européen (art. 22, par. 1)<sup>42</sup>.

#### *Art. 91, al. 1*

Cette disposition concerne la succession des personnes ayant eu leur domicile à l'étranger. Elle prévoit que le droit successoral applicable est celui désigné par le droit international privé (règles de conflits de lois) de l'État du dernier domicile.

Cette réglementation pose des problèmes lorsque les règles de conflits de lois de l'État étranger ne déterminent pas le droit matériel applicable, mais renvoient aux règles de conflits de lois d'un autre État et qu'il se trouve en l'espèce que cet autre État est la Suisse. Celle-ci, par l'art. 91, al. 1, renvoie de nouveau aux règles de conflits de lois de l'État étranger, en une boucle sans fin. Cela peut se produire par exemple lors du décès d'une personne qui avait son dernier domicile en Angleterre et qui possédait un immeuble en Suisse. S'il existe un for suisse, c'est la règle de

<sup>41</sup> Selon l'art. 22, par. 1, du règlement européen, une personne peut choisir la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix.

<sup>42</sup> Voir BONOMI, Bonomi/Wautelet, op. cit., ch. 30 ad art. 22.

---

conflits de lois anglaise qui détermine le droit applicable en matière de succession. Mais la règle anglaise renvoie aux règles de conflits de lois suisses pour l'immeuble situé en Suisse (*foreign court theory*), amorçant un ping-pong entre les deux législations. Il ne semble pas y avoir de jurisprudence concernant ce problème, et les solutions avancées par la doctrine partent en tous sens, si bien qu'il existe sur ce point une grande insécurité juridique. Une large majorité des avis rendus lors de la consultation écrite des experts était favorable à la résolution de ce problème, opinion partagée par le groupe d'experts.

Sur la base de l'art. 91, al. 1, actuel, deux solutions s'offrent. La première consiste à renvoyer non plus au droit international privé étranger mais au droit matériel de l'État concerné, dans les cas où le droit international privé étranger renvoie aux règles de conflits suisses. La seconde est de transformer le renvoi aux règles de conflits suisses en un renvoi au droit matériel suisse. Nous proposons d'adopter la première option, qui correspond au principe fondamental du rattachement au dernier domicile du *de cuius*. En cas de renvoi aux règles de conflits de lois suisses, c'est le droit matériel de l'État du dernier domicile qui s'appliquera. Dans l'exemple cité précédemment, l'Angleterre, État du dernier domicile, est aussi l'État dont les autorités sont compétentes au premier chef pour régler la succession. La solution choisie garantirait, dans ce cas, que l'ensemble de la dévolution successorale soit régi par le même droit, car les biens meubles, situés en Angleterre ou non, de même que les biens immobiliers situés en Angleterre, sont soumis au droit successoral anglais selon les règles de conflits de lois anglaises<sup>43</sup>. Cette harmonisation au niveau du droit applicable est la motivation première de l'art. 91, al. 1, actuel<sup>44</sup>.

Un tribunal anglais reprendrait la solution proposée. Conformément à la *foreign court theory*, il statuerait comme un tribunal suisse<sup>45</sup>. Dans la plupart des cas, un État appliquant le règlement européen reconnaîtrait le renvoi proposé au droit matériel de l'État de domicile. Le règlement européen renvoie au droit de l'État de la dernière résidence habituelle, qui correspond en général à l'État du dernier domicile (voir commentaire de l'art. 86, al. 1). Il ne peut y avoir de renvoi à la loi d'un autre État au sens de l'art. 34, al. 1, let. a ou b, du règlement européen.

Un renvoi en boucle entre un État X de l'UE appliquant le règlement et la Suisse est possible tout au plus dans le cas de figure rare où le *de cuius* avait son dernier domicile dans cet État de l'UE mais sa dernière résidence habituelle, au sens du règlement européen, en Suisse. Dans ce cas-là aussi, la solution proposée plus haut éviterait une boucle sans fin. Comme le renvoi de l'art. 91, al. 1, au droit de l'État de domicile X déboucherait sur un renvoi au droit suisse, il serait remplacé par un renvoi au droit matériel: c'est le droit successoral de l'État X qui s'appliquerait. Celui-ci, qui applique le règlement européen, tiendrait compte de ce résultat: de son point de vue, le droit suisse invoqué par le règlement européen renverrait à son propre droit matériel, ce qu'il serait tenu de reconnaître puisqu'il est un État membre au sens de l'art. 34, par. 1, let. a, du règlement européen.

<sup>43</sup> Du moins dans les cas où le domicile du défunt se trouve en Angleterre selon le droit anglais. Sur l'ensemble de la question, voir KUHN, *Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz*, Zurich 1998, p. 318.

<sup>44</sup> Voir message LDIP, op. cit., ch. 263.2, et HEINI, ZK-IPRG, op. cit., ch. 2 ad art. 91.

<sup>45</sup> Voir KUHN, op. cit., p. 317.

---

Le groupe d'experts préférerait toutefois une approche radicalement autre. Il a proposé que la disposition de l'art. 91, al. 2, selon laquelle le droit suisse s'applique aux cas prévus par l'art. 87, soit étendue aux cas prévus par l'art. 88. L'art. 91, al. 2, aurait eu à peu près la teneur suivante: « *Soweit die schweizerischen Gerichte oder Behörden nach Artikel 87 oder 88 zuständig sind, untersteht der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz im Ausland schweizerischem Recht, es sei denn, diese habe in der letztwilligen Verfügung oder im Erbvertrag ausdrücklich das Recht an seinem letzten Wohnsitz oder das Recht eines seiner Heimatstaaten vorbehalten.* » (Dans la mesure où les autorités judiciaires ou administratives suisses sont compétentes en vertu de l'art. 87 ou 88, la succession d'un défunt qui a eu son dernier domicile à l'étranger est régie par le droit suisse à moins que, par testament ou pacte successoral, le défunt n'ait réservé expressément le droit de son dernier domicile ou le droit d'un de ses États nationaux.) Le problème posé par l'art. 91, al. 1, perdrait alors toute importance pratique, car il touche principalement les cas prévus par l'art. 88. Cette solution a un autre avantage: elle permettrait aux autorités suisses qui s'occupent de la succession d'appliquer le droit suisse. Le Conseil fédéral ne voit toutefois pas de raison de modifier fondamentalement l'art. 91. Pour autant qu'il le sache, l'essentiel du contenu de cette disposition n'a jamais été critiqué. Les considérations du message de 1982<sup>46</sup>, notamment la volonté d'assurer que la totalité de la succession soit réglée selon le même droit (voir plus haut), lui semblent toujours valables.

Un des experts consultés par écrit a proposé, pour éviter les renvois en boucle, que l'on examine s'il est opportun d'étendre les possibilités d'élection de droit. L'art. 91, al. 1, actuel permet cependant déjà de tenir compte du choix du disposant, du moment que ce choix est reconnu par son dernier État de domicile. Contrairement à la solution de l'avant-projet, donner encore plus de latitude ne permettrait plus d'assurer l'harmonisation des règles sur le droit appliqué, qui est l'objectif principal de la disposition.

La disposition proposée ne règle pas le cas où le renvoi en boucle a lieu non pas entre le droit suisse et le droit de l'État du dernier domicile, mais entre l'État du dernier domicile et un autre État encore (par ex. l'État national). Les ouvrages de doctrine ne donnent pas d'exemple de cas d'application. On est donc en droit de présumer que ce cas de figure n'a quasiment pas d'importance en pratique. En outre, régler le droit applicable entre deux États étrangers n'entraînerait pas d'harmonisation dans le champ d'application de l'art. 91, car les règles de conflits de lois suisses n'auraient pas de portée pour ces deux États.

#### *Art. 91, al. 2*

Cette disposition, dans son libellé actuel, statue que, en cas de for d'origine selon l'art. 87, le droit suisse s'applique « *à moins que, par testament ou pacte successoral, le défunt n'ait réservé expressément le droit de son dernier domicile* ».

Le groupe d'experts a discuté de l'opportunité de biffer le mot « *expressément* ». Nous proposons cependant une modification plus importante de la disposition. De

<sup>46</sup> Message LDIP, op. cit., ch. 263.2.

---

fait, le renvoi au droit suisse à l'al. 2 couvre les cas visés par l'art. 87, al. 2, mais aussi par l'art. 87, al. 1 (voir le commentaire de ces normes), alors que la réserve citée dans le paragraphe qui précède ne se rapporte qu'aux cas de l'art. 87, al. 2 (prorogation de for en faveur des autorités suisses). La formulation proposée – « *à moins que [...] le défunt ne l'ait soumise au droit [...]* » – permettra de couvrir aussi les cas de l'art. 87, al. 1. En principe, les mêmes règles s'appliqueront que pour l'élection de droit prévue par l'art. 90, al. 2. En pratique, il faudra cependant considérer qu'une élection de droit tacite doit être admise avec plus de retenue que dans les cas de l'art. 90, al. 2 (voir le commentaire de la 1<sup>re</sup> phrase de cette disposition) lorsqu'il s'agit d'un cas visé par l'art. 87, al. 2; en effet, une prorogation de for en faveur de la Suisse est un net indice de la volonté de choisir aussi le droit suisse plutôt que le droit de l'État de domicile. Si la personne concernée a expressément choisi le droit suisse, la question d'un choix tacite du droit de l'État de domicile ne se pose pas<sup>47</sup>.

Par ailleurs, l'élection de droit sera étendue à un éventuel autre État national du Suisse de l'étranger concerné. L'al. 2 est complété en conséquence: il permettra aux Suisses ayant une double ou une multiple nationalité de soumettre eux aussi leur succession au droit d'un État national étranger.

Lors de la consultation écrite des experts, il a été question de ne plus prévoir l'application du droit suisse dans le champ d'application de l'art. 87, al. 2, qu'en cas d'élection de droit correspondante. Les opinions étaient partagées<sup>48</sup>. Nous proposons de conserver l'exigence d'une réserve expresse (*opt out*), comme à l'art. 87, al. 2 (voir commentaire de cette disposition), c'est-à-dire d'appliquer le droit suisse sauf disposition contraire du défunt.

#### *Art. 92, al. 2, LDIP*

L'al. 92 LDIP précise d'une part les questions soumises au droit désigné par les art. 90 s. LDIP (« statut successoral ») et d'autre part les questions qui restent soumises au droit du lieu d'ouverture de la succession (« statut d'ouverture ») – par exemple le droit suisse pour les procédures ayant lieu en Suisse.

Il s'est toutefois avéré que cette disposition n'était pas formulée de façon suffisamment claire. Le texte légal prévoit que les questions d'exécution testamentaire relèvent du statut d'ouverture. Or, le message sur la LDIP<sup>49</sup> ainsi qu'une large majorité de la doctrine partent du principe que cela ne vaut que pour les aspects formels de l'exécution testamentaire. Les avis divergeant ainsi partiellement sur la question de la délimitation exacte des champs d'application<sup>50</sup>, certaines clarifications sont nécessaires. Lors de la consultation écrite d'experts, une nette majorité des participants a pris position en faveur d'une précision de la loi sur ce point. Cette question revêt

<sup>47</sup> À moins que le choix du droit suisse n'ait été fait par une disposition pour cause de mort antérieure à la prorogation de for.

<sup>48</sup> Avis critique dans PICT/STUDEN, op. cit., p. 321.

<sup>49</sup> Message LDIP, op. cit., ch. 263.5.

<sup>50</sup> Sur ce sujet, voir MAYER, *Erbbescheinigungen bei letztwilligen Verfügungen zugunsten eines Trusts – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung eines zwischengeschalteten personal representative*, *Ergänzende Bemerkungen zu einer Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz*, successio 4/2015, p. 308 ss, p. 314 s.

---

en effet une grande importance pratique, en particulier pour les exécuteurs testamentaires (*executor*) et les administrateurs (*administrator*) de la succession nommés par les autorités publiques dans les pays de *common law*, qui obtiennent la qualité de propriétaire à titre fiduciaire de la succession<sup>51</sup>.

La solution proposée ici s'inscrit dans la ligne du message sur la LDIP<sup>52</sup>, selon lequel les droits et les obligations de l'exécuteur testamentaire relèvent en principe du statut successoral. La question de son rapport à la succession, c'est-à-dire celle de l'étendue de son pouvoir de disposition et de son éventuelle qualité de propriétaire de la succession, relève en revanche du statut d'ouverture. Lorsque le droit des successions d'un pays de *common law* s'applique dans le cadre d'une succession ouverte en Suisse et que le testament fait mention d'un *executor*, l'avantage est que ce dernier pourra être assimilé à un exécuteur testamentaire au sens du CC. En l'absence d'une telle mention, on pourra satisfaire à l'obligation d'instituer un *administrator* en initiant une liquidation officielle au sens de l'art. 593 CC<sup>53</sup>. Les institutions de l'*executor* et de l'*administrator* pourront ainsi être transposées sans problème en droit civil suisse. Pour ce qui concerne les certificats d'héritier et d'exécuteur testamentaire, les inscriptions au registre foncier et les autres points semblables, les dispositions de droit suisse applicables aux successions sans élément international pourront être appliquées. Cela permettra de tenir tout de même suffisamment compte du droit successoral étranger applicable. Ces derniers prévoient essentiellement l'institution d'une personne en charge de la liquidation de la succession, devant pouvoir disposer seule de cette dernière. La désignation d'un exécuteur testamentaire ou d'un liquidateur de la succession au sens du CC est conforme à ce critère. La question de savoir qui est le propriétaire formel de la succession paraît secondaire et de peu d'intérêt pour le disposant soumettant sa succession au droit successoral d'un pays de *common law*. Il lui importera en effet avant tout que le droit choisi définisse les tâches de l'*executor* ou de l'*administrator*<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Dans le cadre de l'exécution testamentaire au sens des art. 517 s. CC, la communauté héréditaire reste en principe propriétaire de la succession.

<sup>52</sup> Message LDIP, op. cit. ch. 263.5.

<sup>53</sup> Avec, dans la disposition instituant le liquidateur de la succession, un complément selon lequel ce dernier doit également procéder au partage en appliquant le droit anglais. L'exécuteur testamentaire agissant comme *executor* assumera également la fonction de liquidateur officiel dans un premier temps. Voir sur ce sujet, MAYER, op. cit., p. 316 et 320.

<sup>54</sup> L'autorité ayant précédé l'Office fédéral de la justice (la Division de la justice du Département fédéral de justice et police) s'est prononcée en faveur de la même solution dans un avis de droit publié en 1973 (JAAC 37/1973 n° 57). Il s'agissait notamment de tenir compte du fait qu'en droit successoral des pays de *common law*, bien que le *personal representative* soit propriétaire du point de vue formel, ses droits sont limités sur le plan matériel par sa position de fiduciaire. En ce sens également, BUCHER, CR LDIP/CL, op. cit., art. 92 LDIP, ch. 7; DIGGELMANN/WOLF, *Erbgang und Nachlassabwicklung nach dem neuen internationalen Privatrecht der Schweiz*, in *Praetor* 1988/89, p. 89, et BERTHER, *Die internationale Erbschaftsverwaltung bei schweizerisch-deutschen, -österreichischen und -englischen Erbfällen*, *Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht*, tome 3, Zurich 2001, p. 218 s. Voir également DUTOIT, *Droit international privé*, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2005, art. 92, ch. 5.

---

Le texte en vigueur de l'art. 92 mentionne uniquement l'exécution testamentaire. Dans un but de clarté, la nouvelle formulation fait également mention de l'administration de la succession. Cette expression doit être comprise comme faisant référence à la liquidation de la succession ordonnée par une autorité, au sens de l'*administration de common law* ou à celui de l'art. 29 du règlement (utilisant l'expression « administrateur de la succession »). La simple administration d'office de la succession au sens de l'art. 554 CC, limitée à des mesures conservatoires, n'est toutefois pas visée ici et doit continuer à relever entièrement du statut d'ouverture<sup>55</sup>.

*Art. 92, rejet de la proposition de mention complémentaire*

Un des experts consultés avait suggéré de compléter les art. 90 à 95 par une indication complémentaire sur le droit applicable aux certificats d'héritiers. Cela ne semble toutefois pas nécessaire. Dès lors que le certificat a été émis par une autorité successorale suisse, le Tribunal fédéral estime en effet que l'art. 559 CC s'applique<sup>56</sup>. La question de savoir qui peut obtenir un certificat, à quelles conditions, sous quelle forme et dans le cadre de quelle procédure relève ainsi du droit national. Le droit applicable à la succession (statut successoral) détermine pour sa part uniquement qui doit avoir la qualité d'héritier<sup>57</sup>. Le droit en vigueur semble suffisamment clair.

Selon la doctrine majoritaire, le champ d'application du statut successoral s'étend également à la « fonction de légitimation » du certificat d'héritier<sup>58</sup>. Le Conseil fédéral estime toutefois qu'il y a lieu de distinguer la « force probante » au sens du règlement européen des fonctions de légitimation au sens étroit. Selon l'art. 59 du règlement, la force probante d'un acte authentique est régie par le droit de l'État de délivrance. Il doit en être de même dans le cadre de la LDIP. Pour les certificats

Le règlement semble prévoir que le statut juridique d'un exécuteur testamentaire ou d'un administrateur de la succession relève exclusivement du statut successoral (art. 23, par. 2, let. f). Le Conseil fédéral estime toutefois qu'il n'existe pas de besoin de coordination significatif sur ce point.

Avec la modification proposée, l'art. 67, al. 1, let. a, ch. 2 et 4, et let. b, ch. 3, de l'ordonnance du 23 septembre 2011 sur le registre foncier (ORF; RS 211.432.1) – partant du principe que l'« ayant droit intermédiaire » acquiert un droit de propriété sur la succession – ne s'appliquerait plus qu'aux *executors* ou aux *administrators* désignés comme tels à l'étranger, dont la confirmation dans leurs fonctions ou la désignation est reconnue en application de l'art. 96 LDIP.

<sup>55</sup> Voir au sujet de la situation juridique actuelle l'arrêt du TF 5A\_758/2007 du 3 juin 2008.

<sup>56</sup> Voir ATF 118 II 108, consid. 2b et arrêt 5A\_758/2007 du 3 juin 2008.

<sup>57</sup> La notion d'héritier découle de l'art. 483, al. 2, CC, qui prévoit que l'héritier est celui auquel l'universalité ou une quote-part de la succession est destinée. L'applicabilité du statut successoral à la question des héritiers découle de la lettre de l'art. 92, al. 1: « *Le droit applicable à la succession détermine [...] qui est appelé à succéder, pour quelle part [...]* ».

<sup>58</sup> Voir DALLAFIOR, *Die Legitimation des Erben, Eine rechtsvergleichende und international-privatrechtliche Studie, Schweizer Studien zum internationalen Recht*, tome 66, Zurich 1990, p. 153 ss. En ce sens également HEINI, ZK-IPRG, ch. 13 ad art. 92; SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, ch. 5 ad art. 92 LDIP; DUTOIT, *Droit international privé, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2005, ch. 3 ad art. 92; KUHN, op. cit., p. 65, et BERTHER, *Die internationale Erbschaftsverwaltung bei schweizerisch-deutschen, -österreichischen und -englischen Erbfällen, Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht*, tome 3, Zurich 2001, p. 219.

---

d'héritiers suisses, la qualité d'héritier est réputée entièrement attestée aussi longtemps qu'un jugement contraire n'est pas rendu (ou tant que le certificat n'est pas révoqué)<sup>59</sup>. Pour les certificats d'héritiers émis à l'étranger, ce point est réglé par le droit du pays émetteur. La question de l'aptitude du certificat à servir de légitimation suffisante et le droit applicable pour trancher cette question dépendent du contexte dans lequel cette dernière se pose. S'il s'agit de l'inscription de l'héritier concerné au registre foncier, c'est le droit applicable à l'immeuble en question qui détermine comment il doit attester de sa qualité<sup>60</sup>. Pour les immeubles sis en Suisse, les art. 965 CC et 65, al. 1, let. a, ORF s'appliquent<sup>61</sup>. Cette dernière disposition doit être comprise à la lumière de l'art. 559 CC<sup>62</sup>, un acte authentique étranger devant ainsi avoir au moins la même force probante qu'un certificat d'héritier émis sous l'empire du CC. La question de savoir quels moyens de preuve une personne se présentant comme héritier doit fournir à une banque doit quant à elle être tranchée sur la base du droit applicable à la relation bancaire en question.

Le groupe d'experts a examiné l'option d'introduire un nouvel art. 96a LDIP (en lien avec les certificats d'héritiers étrangers) reprenant la règle prévue à l'art. 59 du règlement. Cette idée a toutefois été abandonnée. Une telle règle découle en effet déjà de l'art. 96, qui prévoit que les actes authentiques étrangers en matière de droit des successions – et notamment les certificats d'héritier<sup>63</sup> – sont reconnus à certaines conditions. La reconnaissance d'un acte authentique implique la reprise des effets qui lui sont attribués dans l'État de délivrance.

#### *Art. 93*

Cet article est abrogé, et son contenu intégré dans les art. 94 et 95. En effet, le nouvel art. 94 comprendra une disposition sur le droit applicable aux testaments.

#### *Art. 94, al. 1*

L'avant-projet donne une nouvelle teneur à l'art. 94, ce dernier comportant désormais quatre alinéas et portant le nouveau titre marginal « *Testaments* ».

Ici encore, la modification vise principalement à adapter le droit suisse au règlement européen dans un but d'harmonisation du droit. Les questions de validité matérielle et d'interprétation des testaments sont aujourd'hui en principe soumises au droit applicable à l'ensemble de la succession (statut successoral). La modification prévoit d'introduire des critères de rattachement spéciaux pour ces questions, sur le modèle de l'art. 24 du règlement. Pour les pactes successoraux, la LDIP prévoit déjà de tels critères spéciaux (art. 95). Pour ce qui concerne la validité matérielle des testaments, le droit en vigueur ne prévoit en revanche qu'un rattachement spécial partiel, limité

<sup>59</sup> Voir KARRER/VOGT/LEU, Basler Kommentar ZGB II, 5<sup>e</sup> éd. 2015, ch. 45 ad art. 559.

<sup>60</sup> C'est également le cas sous l'empire du règlement (cf. considérant 18).

<sup>61</sup> L'art 65, al. 1, let. a, ORF prévoit que pour prouver le transfert de propriété en cas de succession, un certificat constatant que « les héritiers légaux et les héritiers institués sont reconnus comme seuls héritiers du défunt » doit être présenté.

<sup>62</sup> Voir FASEL, *Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011, Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2013, ch. 16 ad art. 65.

<sup>63</sup> Voir SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, op. cit., ch. 4 ad art. 96 et les références citées.

---

à la question de la capacité de disposer et prévu à l'actuel art. 94. La modification proposée vise à le remplacer.

Sur le modèle de l'art. 24 du règlement européen, les points visés par le nouvel art. 94 sont soumis au droit du domicile du disposant au moment où ce dernier fait son testament et non plus au droit de son domicile au moment de son décès. Il reste toutefois une différence par rapport à l'art. 24 du règlement dans la mesure où le critère de rattachement retenu est le domicile et non la résidence habituelle. Ce choix découle de la décision de principe de conserver dans la LDIP le critère du domicile et de ne pas reprendre celui de résidence habituelle prévu par le règlement (voir commentaire de l'art. 90, al. 1).

Dans le cadre de la consultation écrite d'experts, une large majorité de participants s'est prononcée en faveur du rattachement proposé, basé sur le modèle du règlement<sup>64</sup>. Cette solution a également fait l'unanimité au sein du groupe d'experts. Dans le texte en vigueur de la LDIP, la raison pour laquelle les pactes successoraux et les testaments ne sont pas traités de la même façon est qu'à la différence de ces derniers, les pactes successoraux sont souvent difficiles voire impossibles à adapter (uniquement moyennant le consentement des autres parties) en cas de changement de domicile subséquent du disposant, ce qui justifie de prévoir une réglementation spéciale. De ce point de vue, le fait de prévoir des critères de rattachement spéciaux pour les testaments ne paraît pas strictement nécessaire, mais il semble toutefois également se justifier dans les faits. Les testaments présentent eux aussi des liens étroits avec le droit du domicile du disposant au moment où ils sont faits. Il s'agit en effet généralement du droit auquel ce dernier s'est référé pour rédiger ses dispositions pour cause de mort. Le fait de prévoir des critères de rattachement spéciaux présente certes le désavantage pour l'autorité suisse saisie de devoir prendre en compte le cas échéant, en plus du droit applicable à la succession, le droit d'une juridiction supplémentaire. En règle générale, elle peut toutefois attribuer la charge de prouver l'existence de la disposition applicable de droit étranger à la partie mettant en cause la validité du testament (art. 16 LDIP). De plus, si le disposant a soumis sa succession à son droit national, une telle division des droits applicables n'a pas lieu, le droit choisi s'appliquant à toutes les questions (voir le projet d'art. 94, al. 2).

Les contours du champ d'application matériel de l'art. 24 du règlement européen ne sont quant à eux pas suffisamment clairs. Il ne fait pas de doute que les questions juridiques concernant l'établissement du testament au sens matériel (en particulier l'admissibilité de la représentation), l'incapacité de disposer en faveur de certaines personnes, les vices du consentement (dol, contrainte, erreur), la nature obligatoire des testaments pour les héritiers ainsi que leur révocabilité<sup>65</sup> entrent dans son champ d'application. Les questions de principe relatives à l'admissibilité de certains testaments (par ex. des testaments mutuels, voir à ce sujet le commentaire de l'art. 95, al.

<sup>64</sup> Voir également ROMANO, op. cit., p. 276. Critique sur ce point: PICHT/STUDEN, op. cit., p. 322.

<sup>65</sup> Sur l'ensemble de ces points, voir art. 26 du règlement européen.

---

3 ci-après) sont également visées<sup>66</sup>. La question de savoir si la licéité de certaines dispositions (substitution fidéicommissaire, constitution de fondations, etc.) et de leurs effets entre dans le champ de cette disposition n'est pas claire et fait l'objet d'avis divergents en doctrine<sup>67</sup>. Il importe donc de déterminer si le nouvel art. 94 doit régler ce point, ou si l'alignement sur le règlement européen ne doit avoir lieu que lorsque son contenu est clair. Le groupe d'experts estime que cette dernière approche est la mieux appropriée<sup>68</sup>. Il est en outre d'avis qu'une harmonisation avec l'art. 95, qui fait l'objet d'une interprétation large (voir les remarques relatives à l'art. 95, al. 1, ci-après), serait utile. Le nouveau texte de l'art. 94, al. 1, s'inspire en conséquence de celui de l'art. 95, al. 1, et reprend également l'exception concernant les questions relatives à la quotité disponible (voir le commentaire de l'art. 95, al. 1)<sup>69</sup>. Tout comme à l'art. 95, les dispositions de la LDIP relatives à la forme des testaments (actuel art. 93) sont réservées, mais elles font l'objet d'un nouvel al. 4 de l'art. 94 (voir ci-après commentaire de l'al. 4).

Le nouvel art. 94, al. 1, règle également la question de la capacité de disposer, qui fait déjà l'objet de l'actuel article 94 LDIP. L'un des avis soumis lors de la consultation des experts demandait que le texte soit clarifié. Le texte du nouvel art. 94 semble toutefois suffisamment clair.

Certains parmi les experts consultés par écrit s'étant prononcés en faveur d'un alignement de l'art. 94 LDIP sur l'art. 24 du règlement européen se sont toutefois également exprimés en faveur du maintien du contenu actuel de cette disposition. Cela reviendrait cependant à créer un double niveau de critères de rattachement spéciaux rendant la loi complexe. Par rapport à la règle générale des art. 90 ss, l'art. 94 constituerait en effet une règle de rattachement spéciale, à laquelle s'ajouterait un second niveau de règle spéciale applicable aux questions de capacité de disposer se posant dans le cadre de cet article. Une telle approche aurait par ailleurs pour effet de réduire le degré d'harmonisation avec le règlement européen. L'actuel art. 94 vise certes à favoriser l'admissibilité des testaments – ce qui demeure une approche souhaitable. Une telle exception par rapport à l'art. 24 du règlement européen aurait toutefois pour effet qu'un même testament pourrait être valide en Suisse quand bien même il serait sans effet dans tous les États dans lesquels le règlement est en vigueur. Pour les mêmes raisons, l'harmonisation, proposée dans l'un des avis écrits, des règles applicables à la validité matérielle avec celles de la Convention de La

<sup>66</sup> Voir WEISS/BIGLER, *Die EU-Erbrechtsverordnung - Neue Herausforderungen für die internationale Nachlassplanung aus Schweizer Sicht*, in *successio* 2/2014, p. 163 ss, p. 186 nbp 135.

<sup>67</sup> Voir FISCHER-CZERMAK, in Dexler-Hübner/Schauer (éd.), *EuErbVO - Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*, Vienne 2015, ch. 8 ad art. 24, et BONOMI, Bonomi/Wautelet, op. cit., ch. 15 ad art. 24.

<sup>68</sup> Voir également FISCHER-CZERMAK, Dexler-Hübner/Schauer, op. cit., ch. 8 ad art. 24, et BONOMI, Bonomi/Wautelet, op. cit., ch. 15 ad art. 24, ainsi que l'examen approfondi de la question par BONOMI/ÖZTÜRK, *Das Statut der Verfügung von Todes wegen (Art. 24 ff. EuErbVO) in Dutta/Herrler (éd.), die Europäische Erbrechtsverordnung*, Munich 2014, ch. 44 ss (donnant l'exemple d'un disposant domicilié en Allemagne instituant un héritier grevé et un héritier appelé, déplaçant ensuite son domicile en Italie, où de telles dispositions testamentaires ne sont pas reconnues).

<sup>69</sup> Qui restent également soumises au statut successoral général sous l'empire du règlement européen (art. 23, al. 2, let. h).

---

Haye du 5 octobre 1961 (applicable aux questions de forme et mentionnée à l'art. 93 LDIP) n'est pas souhaitable.

*Art. 94, al. 2*

Si le disposant a entièrement soumis sa succession au droit de l'un de ses États nationaux (cf. en particulier art. 87, al. 2, et 90, al. 2), ce dernier s'applique en lieu et place du droit prévu à l'al. 1. Cette disposition suit le modèle de l'art. 95, al. 2. Elle correspond par ailleurs ce que prévoit le règlement européen<sup>70</sup>.

*Art. 94, al. 3*

Le nouvel al. 3 prévoit que le disposant peut également soumettre son testament – c'est-à-dire les questions visées à l'art. 94 (voir commentaire de l'al. 1 *supra*) – directement au droit de l'un de ses États nationaux, qui remplace alors le droit visé à l'al. 1. Le choix de ce droit prévaut également sur une élection de droit au sens de l'al. 2. Cette disposition suit elle aussi le modèle de la réglementation proposée pour les pactes successoraux (voir commentaire de l'art. 95, al. 3<sup>bis</sup>) et du règlement européen (art. 24, al. 2).

*Art. 94, al. 4*

Cette disposition reprend le contenu de l'actuel art. 93, al. 1. La Convention de La Haye de 1961 reste pour sa part applicable aux questions de forme. La disposition correspondante du règlement européen (art. 27) se base également sur cette convention<sup>71</sup> – qui est même directement applicable dans plusieurs des États appliquant le règlement<sup>72</sup>.

*Art. 95, al. 1*

À la différence du cas des testaments, la LDIP prévoit déjà à l'art. 95 une réglementation spéciale complète pour les pactes successoraux.

Comme on l'a déjà mentionné, l'art. 25 du règlement européen prévoit des critères de rattachement spéciaux pour les pactes successoraux. Le parallélisme entre la LDIP et le règlement européen concerne essentiellement la détermination du droit applicable, pour laquelle le moment de la conclusion du pacte est déterminant. Il y a toutefois lieu de tenir compte de la différence fondamentale existant entre le chapitre 6 de la LDIP – qui se réfère au domicile – et le règlement – qui se fonde sur la notion de résidence habituelle (voir sur ce point le commentaire de l'art. 94, al. 1).

Le champ d'application matériel de l'art. 95 n'a encore jamais été clairement défini. L'idée à la base de cet alinéa, selon laquelle la validité des dispositions contractuelles doit être maintenue<sup>73</sup> en cas de changement de domicile du disposant ou de

<sup>70</sup> Voir BONOMI, Bonomi/Wautelet, op. cit., ch. 23 ad art. 24.

<sup>71</sup> Voir BONOMI, Bonomi/Wautelet, op. cit., ch. 1 ad art. 27.

<sup>72</sup> L'art. 75 du règlement prévoit que l'application de la Convention de La Haye n'est pas affectée.

<sup>73</sup> Voir ATF 138 III 489, consid. 3.3.1 et la référence au message LDIP (op. cit.), ch. 264.1.

---

l'une des parties, plaide en faveur d'une interprétation large. Le message du Conseil fédéral relatif à la LDIP<sup>74</sup> indique également que « [l]e droit applicable au pacte successoral régit ce pacte dans son ensemble; il détermine donc son admissibilité et sa force obligatoire et ses effets successoraux. ». La doctrine semble aussi admettre une large portée du droit régissant le pacte successoral, puisque la manière d'exclure de son champ d'application les règles relatives à la réserve héréditaire y fait l'objet de débats<sup>75</sup>.

La disposition correspondante du règlement européen (art. 25) a pour l'essentiel le même champ d'application que celle visant les testaments (art. 24, voir commentaire de l'art. 94, al. 1). Il n'est pas clair à ce jour si les termes de cet article « recevabilité » et « validité au fond » visent également la recevabilité et la validité des différentes dispositions du pacte. Quant à savoir dans quelle mesure le champ d'application matériel de l'art. 95 LDIP est plus étendu que celui de l'art. 25 du règlement européen, la question peut rester ouverte pour le moment. Tant que ces incertitudes subsistent, il semble en effet peu utile à ce stade d'examiner la question de l'harmonisation de la LDIP avec le règlement européen sur ce point.

Il faut toutefois faire une exception pour les questions relatives à la quotité disponible (règles relatives à la réserve héréditaire). L'art. 23, al. 2, let. h, du règlement européen prévoit en effet clairement que ce domaine ne relève pas de ses art. 24 et 25. D'autre part, selon la doctrine, il serait souhaitable, du point de vue du résultat, que les questions relatives à la quotité disponible n'entrent pas dans le champ de l'art. 95 et qu'elles demeurent plutôt soumises au statut successoral général (art. 90 s.)<sup>76</sup>. On propose donc de compléter l'art. 95, al. 1, pour préciser que la règle n'est pas applicable aux questions relatives à la quotité disponible, ce qui permet d'établir clairement que ces questions sont régies par les art. 90 s.

#### *Art. 95, al. 2*

L'art. 95, al. 2, en vigueur prévoit que si le disposant soumet toute sa succession au droit de son État national, ce dernier régit également le pacte successoral. Le règlement européen prévoit en substance la même disposition (cf. art. 25, al. 1)<sup>77</sup>.

À la différence de l'art. 95, al. 2, LDIP, sous l'empire du règlement européen, il y a toutefois lieu – du moins selon certains auteurs<sup>78</sup> – de tenir compte d'une élection de droit faite dans une disposition antérieure. La question se pose ainsi de savoir si l'art. 92, al. 2, doit faire l'objet d'une harmonisation sur ce point. Le présent projet ne contient pas de modification en ce sens, dès lors qu'il ne semble pas justifié qu'une élection de droit antérieure du disposant dont aucune mention n'est faite dans le pacte successoral puisse obliger les autres parties au pacte. À cela s'ajoute le fait que la portée de l'art. 25, al. 1, du règlement européen n'est encore pas suffisamment claire.

<sup>74</sup> Message LDIP, op. cit., ch. 264.1.

<sup>75</sup> Voir notamment HEINI, ZK-IPRG, op. cit., ch. 11 ad art. 95; BUCHER, CR-LDIP/CL, op.cit., ch. 2 ad art. 95, et DUTOIT, op. cit., ch. 1 ad art. 95; avec les références citées par chacun.

<sup>76</sup> Cf. *supra* nbp 75.

<sup>77</sup> Voir BONOMI, Bonomi/Wautelet, op. cit., ch. 19 ad art. 25.

<sup>78</sup> Voir notamment BONOMI, Bonomi/Wautelet, op. cit., ch. 22 ad art. 25.

---

La seule modification apportée à l'al. 2 est ainsi de nature purement rédactionnelle: la formule « *droit de son État national* » est remplacée par « *droit d'un de ses États nationaux* », comme dans le texte en vigueur ou proposé aux art. 86, al. 3, 87, al. 2, 88, al. 2, 90, al. 2, 94, al. 2, et 96, al. 1, let. c, admettant qu'une personne puisse avoir plusieurs États nationaux.

La règle de l'al. 2 présuppose que l'élection de droit effectuée soit valide. Pour savoir si elle l'est, on se fondera, selon les cas, sur la base de l'art. 87, al. 2, de l'art. 90, al. 2, ou du droit désigné par l'art. 91, al. 1.

*Art. 95, al. 3, 1<sup>re</sup> phrase et titre*

L'actuel al. 3 de l'art. 95 LDIP prévoit la règle de principe selon laquelle les pactes successoraux<sup>79</sup> « réciproques » – c'est-à-dire ceux dans lesquels plus d'une personne dispose de sa succession – sont valables si toutes les dispositions qu'ils contiennent sont conformes au droit qui leur est applicable.

Cet alinéa manque de clarté dans la mesure où il ne permet pas de déterminer si une élection du droit de l'État national au sens de l'al. 2 doit être prise en compte ou non (voir commentaire de l'art. 3<sup>bis</sup>). La modification proposée permet de clarifier ce point en prévoyant que les disposants parties à un pacte successoral réciproque peuvent également soumettre leurs successions respectives au droit de l'un de leurs États nationaux. Il n'y a en effet pas de raison de limiter les choix possibles des disposants sur la base du seul fait que l'élection de droit a lieu dans le cadre d'un pacte successoral réciproque. Dans ce cas, la loi prévoit désormais – tout comme à l'al. 2 – que le droit de l'État national désigné s'applique pour la personne concernée au lieu du droit de l'État de son domicile. Cela découle de la nouvelle formule « *ou le cas échéant au droit de l'État national désigné (al. 2)* » ajoutée après la mention du « *droit de l'État de domicile* ». Lorsqu'une partie soumet sa succession au droit de son État national dans le cadre d'un pacte successoral réciproque, il est en effet également judicieux de soumettre à ce même droit la question de la validité des dispositions prises.

Une telle solution présente également l'avantage d'être proche de celle du règlement européen<sup>80</sup>. Ce dernier prévoit toutefois qu'il faut déterminer, pour les questions spécifiques de la « *validité au fond* » et des « *effets contraignants entre les parties* », la juridiction – parmi celles mentionnées plus haut – présentant le lien de connexité le plus étroit avec le pacte successoral. Le présent avant-projet ne reprend pas cette distinction dans la mesure où elle constitue une ramification supplémentaire, la notion de lien de connexité étroit induisant par ailleurs un flou juridique important. Parmi les experts consultés par écrit ainsi qu'au sein du groupe d'experts, personne ne s'est en outre prononcé en faveur d'un alignement sur le règlement sur ce point.

Le texte en vigueur de l'al. 3 prévoit par ailleurs que les parties à un pacte successoral réciproque peuvent choisir un éventuel droit national commun. Cette mention est

<sup>79</sup> Au lieu de « *pactes successoraux* », la loi emploie ici le terme général de « *dispositions pour cause de mort* », dans la mesure où certaines formes de testaments sont également visées. Voir un peu plus loin.

<sup>80</sup> Voir BONOMI, Bonomi/Wautelet, op. cit., ch. 25 ad art. 25.

---

désormais supprimée et cette question réglée dans le nouvel al. 3<sup>bis</sup> proposé (voir ci-après le commentaire de cet alinéa).

L'al. 3 en vigueur ne mentionne toutefois pas les « *pactes successoraux réciproques* » mais les « *dispositions réciproques pour cause de mort* ». Il y a lieu d'en conclure que les testaments mutuels entrent également dans son champ d'application. Cette disposition ne précise cependant pas quel type de situation elle vise. Il ressort du message du Conseil fédéral que le législateur de l'époque avait les « testaments conjonctifs » à l'esprit, c'est-à-dire les testaments coordonnés et interdépendants<sup>81</sup>. La loi ne fournit toutefois pas ici de critères clairs. La nouvelle version de l'al. 3 vise à y remédier et mentionne désormais le « *pacte successoral* » au lieu des « *dispositions [...] pour cause de mort* ». Une seconde phrase prévoit ensuite que certains testaments « mutuels » sont assimilés aux pactes successoraux (voir ci-après commentaire de la 2<sup>e</sup> phrase). Tous les autres testaments sont quant à eux régis par le nouvel art. 94. Cette solution permet non seulement d'apporter plus de clarté, mais permet également une harmonisation avec le règlement européen, qui traite aussi des testaments et des pactes successoraux dans deux articles distincts (art. 24 et 25) mais qui qualifie certains testaments mutuels de pactes successoraux (art. 3, al. 1, let. b; voir aussi le commentaire de la 2<sup>e</sup> phrase).

En plus du remplacement de l'expression « *dispositions [...] pour cause de mort* » par « *pacte successoral* », le terme « *réciproques* » a été supprimé et remplacé par la formule « *pacte successoral auquel sont parties deux disposants ou plus* ». La remarque a été faite au sein du groupe d'experts que le terme « *pactes successoraux réciproques* » était de nature à induire en erreur. En réalité, les parties ne doivent en effet pas nécessairement prendre des dispositions l'une en faveur de l'autre, mais peuvent également prévoir des libéralités en faveur de tiers.

En raison des modifications mentionnées de son al. 3, l'art. 95 peut désormais porter le titre marginal simplifié « *Pactes successoraux* ».

#### *Art. 95, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase*

La seconde phrase de l'al. 3 prévoit que certains testaments mutuels doivent être qualifiés de pactes successoraux au sens de l'art. 95 (voir commentaire de la 1<sup>re</sup> phrase). Elle vise des testaments établis les uns en fonction des autres, devant être considérés comme l'expression d'un accord contraignant conclu entre les disposants – à l'image des *wechselbezüglichen gemeinschaftlichen Testamente* de droit allemand ou des *mutual wills in common law*<sup>82</sup> – assimilable à un pacte successoral du point de vue matériel. Sur ce point également, le nouvel al. 3 est aligné sur le contenu du règlement européen (art. 3, al. 1, let. b).

#### *Art. 95, al. 3<sup>bis</sup>, 1<sup>re</sup> phrase*

L'art. 95 est complété par un nouvel al. 3<sup>bis</sup>. Ce dernier prévoit que les parties peuvent soumettre le pacte successoral au droit de l'un des États nationaux du disposant ou de l'un des disposants, selon qu'il s'agit d'un pacte successoral unilatéral ou

<sup>81</sup> Message LDIP, op. cit., ch. 264.1.

<sup>82</sup> Voir BONOMI, Bonomi/Wautelet, op. cit., ch. 7 ad art. 25.

---

mutuel. Il s'agit également d'une harmonisation avec le règlement européen (art. 25, al. 1).

L'actuel al. 3, qui est supprimé (voir le commentaire de l'al. 3), manque de clarté. Dans le message relatif à la LDIP<sup>83</sup>, elle semble être comprise comme un complément à l'al. 2, prévoyant qu'en cas de pacte successoral réciproque, les disposants ne peuvent soumettre leurs successions respectives qu'à un éventuel droit national commun<sup>84</sup>. Il semble toutefois mieux adapté de considérer que cette élection d'un droit national commun concerne le pacte successoral commun et non les successions respectives des disposants. Le nouvel al. 3<sup>bis</sup> permet ainsi d'apporter une clarification en faveur de cette seconde interprétation.

Le nouveau texte donne par ailleurs plus de marge de manœuvre aux parties. Il leur permet en effet de soumettre le pacte successoral à un même droit, même lorsqu'elles n'ont pas de nationalité commune. Cette solution présente également l'avantage d'être alignée sur la règle applicable en matière de régimes matrimoniaux, selon laquelle il est aussi possible d'élire l'un des droits nationaux (art. 52, al. 2, LDIP). Elle a en outre obtenu le soutien d'une large majorité des experts consultés par écrit. L'un de ceux qui l'ont critiquée a relevé que si un pacte successoral est soumis au droit national d'une seule de ses parties, les héritiers de l'autre partie pourraient être confrontés à un droit avec lequel ils n'ont aucun lien. Il y a toutefois lieu de privilégier ici le lien géographique avec le pacte successoral par rapport aux attaches géographiques des héritiers. De plus, le droit applicable en matière de réserve héréditaire, particulièrement important pour les héritiers, n'est pas affecté par l'élection de droit (voir commentaire de l'al. 1 *supra*). Au sein du groupe d'experts, cette modification n'a pas fait l'objet de débats.

À la différence de la formule de l'al. 3 devant être supprimée – et ici encore sur le modèle du règlement – la disposition proposée s'applique également aux pactes successoraux au contenu unilatéral visés aux al. 1 et 2, seul le droit national ou l'un des droits nationaux du disposant pouvant toutefois être choisi. Sous l'empire du droit en vigueur, seule la succession dans son intégralité peut être soumise à ce droit.

#### *Art. 95, al. 3<sup>bis</sup>, 2<sup>e</sup> phrase*

La seconde phrase de l'al. 3<sup>bis</sup> s'inspire du texte proposé pour l'art. 90, al. 3. Elle prévoit également que l'élection d'un droit national n'est pas caduque si, au moment de son décès, le disposant concerné n'avait plus la nationalité de l'État en question. L'art. 95 visant à favoriser la durabilité des pactes successoraux (voir commentaire de l'al. 1 *supra*), une telle règle s'impose.

#### *Art. 95, al. 4*

L'art. 95, al. 4, actuel contient une réserve en faveur des art. 93 et 94. Le premier est supprimé et le second aura un nouveau contenu (voir commentaire des art. 93 et 94, al. 1), si bien que cette réserve devient sans objet. Le nouvel al. 4 reprend le contenu

<sup>83</sup> Message LDIP, op. cit., ch. 264.1.

<sup>84</sup> Il s'agit également manifestement de l'interprétation faite par SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, op. cit., ch. 6 ad art. 95.

---

de l'actuel art. 93, al. 2, qui se réfère à la Convention de La Haye de 1961 pour la forme des dispositions pour cause de mort autres que testamentaires (pactes successoraux et autres).

*Art. 96, al. 1, let. a*

L'art. 96 traite de la reconnaissance des « décisions, [d]es mesures ou [d]es documents relatifs à une succession » ainsi que des droits « qui dérivent d'une succession ouverte à l'étranger ». Selon l'al. 1, let. a de cette disposition, ces actes peuvent en principe être reconnus lorsqu'ils proviennent de l'État du dernier domicile du défunt ou de l'État au droit duquel le défunt a soumis sa succession, ou s'ils sont reconnus dans un de ces États.

Pour ce qui concerne le rattachement au lieu du dernier domicile du défunt, le présent projet renonce également à remplacer, à l'art. 96, « domicile » par « résidence habituelle ». Les raisons de ce choix sont les mêmes que celles exposées en lien avec les questions de la compétence de la Suisse et du droit applicable (voir commentaire de l'art. 86, al. 1).

Dans son arrêt 5P.274/2002 du 28 octobre 2002 (consid. 4.1), le Tribunal fédéral a jugé que la compétence de l'État du dernier domicile ne doit pas être admise lorsque la Suisse est compétente en vertu de l'art. 87, al. 2, LDIP. Il s'agit des cas dans lesquels une personne de nationalité suisse a soumis sa succession à la compétence des autorités suisses et au droit suisse. Lors de la consultation écrite des experts, deux participants ont pris position en faveur d'une correction de cette décision. Un autre souligne toutefois à juste titre que l'art 87, al. 2, concerne des cas de prorogation de for directe ou indirecte, visant à exclure la compétence du for ordinaire. Au vu de ce fait, il ne semble pas que cette jurisprudence doive faire l'objet d'une correction. Il ne semble toutefois pas non plus nécessaire de l'inscrire dans la loi, comme l'ont proposé deux autres participants. La lettre de l'actuel art. 87, al. 2, LDIP constitue déjà une base solide pour l'interprétation qu'en fait le Tribunal fédéral.

La question du rattachement au droit choisi fait l'objet des remarques relatives à l'art. 96, al. 1, let. c, ci-après.

*Art. 96, al. 1, let. c*

Le rattachement au droit choisi par le défunt, prévu à l'al. 1, let. a, actuel, soulève deux questions: n'y a-t-il lieu de prendre en compte que les élections de droit valables? Et, le cas échéant, selon quel droit la question de la validité doit-elle être tranchée? Une majorité des experts consultés par écrit a estimé qu'il était souhaitable de clarifier ces questions. Cela semble en effet utile, dès lors qu'il est ressorti des différentes prises de position que les avis divergeaient.

La doctrine semble admettre à l'unanimité que seules les élections de droit valables doivent être prises en compte. Les débats se limitent à la question de savoir comment juger de la validité. Selon une approche libérale de la question<sup>85</sup>, le rattache-

<sup>85</sup> Voir SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, op. cit., ch. 9 ad art. 96 et références citées.

---

ment au droit choisi a une acception très large. Le disposant peut théoriquement fonder un for dans n'importe quel État par le biais d'une élection de droit, dès lors que cette dernière est conforme au droit du lieu de son dernier domicile et que l'État désigné se déclare compétent. En revanche, une prorogation de for directe en faveur d'un État étranger n'est pas prise en compte aux fins de la reconnaissance, ce qui pose un problème de cohérence. C'est pourquoi la solution présentée ici s'inscrit plutôt dans la ligne de l'approche restrictive représentée dans la doctrine<sup>86</sup>. Selon ce point de vue, le droit choisi n'aura d'influence sur la question de la compétence de l'État étranger désigné que s'il s'agit du droit de l'un des États nationaux du disposant. Parallèlement, le projet prévoit qu'une prorogation de for directe en faveur de l'un des États nationaux doit désormais également être prise en compte – une telle conclusion s'imposant notamment au vu du nouvel art. 86, al. 3. La prise en compte à l'art. 96 de la possibilité de prorogation de for prévue par l'art. 86, al. 3, a été presque incontestée parmi les experts consultés par écrit. Sur le plan rédactionnel, ces modifications se concrétisent par une suppression du passage de l'art. 96, al. 1, let. a, concernant les cas d'élection de droit et par une nouvelle let. c réglant la question des actes juridiques émanant de l'un des États nationaux du défunt.

Seuls les actes juridiques émanant de l'État national concerné sont reconnus, à l'exclusion des actes y faisant simplement l'objet d'une reconnaissance. Le passage supprimé à la let. a n'est ainsi repris que partiellement dans la nouvelle let. c. Le groupe d'experts a estimé qu'il y avait lieu d'adopter une approche restrictive des exceptions au principe sur lequel se fonde le chapitre 6 de la LDIP, selon lequel les autorités du dernier domicile du défunt sont compétentes pour le règlement de la succession.

*Art. 96, al. 1, let. d*

Les actes juridiques émanant de l'un des États nationaux du défunt seront par ailleurs également reconnus lorsque le dernier domicile de ce dernier se situait à l'étranger et lorsque l'État concerné ne s'occupe pas de la succession. Il en va de même pour les actes émanant de l'État d'une éventuelle dernière résidence habituelle du défunt différente de son domicile ou, pour les biens successoraux isolés, de l'État dans lequel ils se trouvent. Pour les immeubles, la let. b reste toutefois applicable.

Cette nouvelle let. d vise à compléter les nouveaux art. 87, al. 1, et 88, al. 1. Elle permet d'éviter certains conflits de compétence positifs avec les États appliquant le règlement et certains États tiers (voir commentaire de l'art. 87, al. 1), tout en préservant le principe de la compétence des autorités du dernier domicile du défunt. L'idée d'étendre la reconnaissance de la compétence de l'État national a été discutée et finalement rejetée par le groupe d'experts.

La possibilité d'une reconnaissance complète de la compétence des autorités de l'État de la dernière résidence habituelle du défunt a été soumise à discussion dans le cadre de la consultation écrite d'experts. Une majorité de participants se sont exprimés en faveur d'une telle solution. Le groupe d'experts a toutefois estimé qu'une

<sup>86</sup> Voir par ex. BUCHER, CR-LDIP/CL, op. cit., ch. 2 ad art. 96.

---

telle exception s'écarterait trop du principe de la compétence des autorités de l'État du domicile.

Pour ce qui concerne la question d'une reconnaissance plus étendue de la compétence des autorités de l'État du lieu de situation des biens, nous renvoyons au commentaire de l'art. 96, al. 1, let. b, et 2.

*Art. 96, al. 1, let. b, et 2*

Conformément à l'actuel art. 96, al. 1, let. b, lorsque la succession comprend un immeuble à l'étranger, les actes juridiques émanant de l'État dans lequel il est situé ou reconnu dans cet État sont reconnus en Suisse. Si l'État étranger revendique une compétence exclusive, seuls ses actes juridiques sont reconnus (al. 2).

L'idée d'étendre ces règles aux biens mobiliers a été débattue dans le cadre de la consultation écrite des experts. La plupart d'entre eux s'est toutefois prononcée contre une telle mesure – tout comme le groupe d'experts. Nous renvoyons sur ce point au commentaire de l'art. 86, al. 2.

L'art. 96, al. 1, let. d, toutefois, prévoit désormais une reconnaissance de la compétence de l'État du lieu de situation des biens mobiliers dans certaines circonstances (cf. *supra*).

*Autres possibilités de révision discutées en lien avec l'art. 96*

Dans l'un des avis écrits d'experts, la possibilité a été évoquée de réexaminer la mention des « documents » et des « droits qui dérivent d'une succession ouverte à l'étranger » dans la liste des éléments pouvant faire l'objet d'une reconnaissance dans la proposition principale de l'art. 96, al. 1. Ces expressions sont en effet source d'incertitudes. La question se pose notamment de savoir s'il est véritablement nécessaire de faire mention des « droits » dans cette disposition<sup>87</sup>. Rien n'indique toutefois que cette mention pose problème en pratique. Le risque est plutôt qu'à l'inverse, une suppression de l'expression « droits qui dérivent d'une succession ouverte à l'étranger » soit interprétée comme une modification de nature matérielle et crée alors plus de confusion.

La proposition a été faite dans un autre avis de définir les termes de la reconnaissance du statut de propriétaire de l'*executor* ou de l'*administrator* d'un pays de *common law*<sup>88</sup>. La reconnaissance de la confirmation judiciaire d'un *executor* ou de la désignation d'un *administrator* entre toutefois déjà dans le champ de l'actuel art. 96 LDIP<sup>89</sup>. Une telle reconnaissance comprend également l'admission des effets juridiques liés à la fonction concernée, y compris le cas échéant la qualité de propriétaire de celui qui l'exerce<sup>90</sup>. Pour le surplus, il y a lieu de se référer à l'art. 67, al.

<sup>87</sup> Voir SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, op. cit., ch. 5 ad art. 96 et les références citées, et BUCHER, CR-LDIP/CL, op. cit., ch. 7 ad art. 96.

<sup>88</sup> En *common law*, l'*executor* ou l'*administrator* devient *trustee* de la succession.

<sup>89</sup> Voir SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, op. cit., ch. 4 ad art. 96 LDIP.

<sup>90</sup> Il est ici question de la qualité de propriétaire de façon générale. D'autres règles particulières qu'il n'y a pas lieu d'examiner ici sont applicables à la question particulière du transfert des droits sur les biens successoraux individuels. La qualité de propriétaire découle en outre de l'art. 92, al. 2 (tel que proposé dans le présent projet).

---

1, let. a, ch. 2 et 4, et let. b, ch. 3, de l'ORF, dont il découle indirectement qu'un *executor* ou un *administrator* (« ayants droit intermédiaires » dans l'ORF) doit être inscrit en tant que propriétaire au registre foncier<sup>91</sup>.

Dans un autre avis, la proposition a été faite de saisir l'opportunité de la présente révision pour régler certaines questions demeurées ouvertes qui se posent en lien avec l'établissement et la reconnaissance des certificats d'héritiers – en particulier celle du moment où la juridiction est réputée saisie et celle du droit applicable. La possibilité de compléter l'art. 96 par un art. 96a a ainsi été examinée par le groupe d'experts, qui a finalement décidé de ne pas y donner suite.

Sur la question du moment où la juridiction est réputée saisie, le présent rapport part du constat que l'art. 96 doit être interprété à la lumière des dispositions générales des art. 25 ss LDIP. Ainsi, les art. 27, al. 2, let. c, et 31, selon lesquels la reconnaissance d'un acte étranger relevant de la juridiction gracieuse peut être refusée notamment si une procédure portant sur le même objet a déjà été introduite en Suisse, sont applicables. Selon le principe posé à l'art. 62, al. 1, du code de procédure civile<sup>92</sup>, l'instance est introduite au moment du dépôt de la requête en question<sup>93</sup>. Contre l'avis de certains auteurs, l'art. 537, al. 1, CC selon lequel la succession s'ouvre par la mort n'est pas applicable dans le présent contexte. Nous sommes en effet d'avis que cette disposition est de nature matérielle et non procédurale<sup>94</sup>.

Le groupe d'experts estime qu'il n'est pas nécessaire d'apporter de corrections à l'état actuel du droit décrit dans les paragraphes qui précèdent. Dans le cas d'une compétence ordinaire (et non simplement subsidiaire) de la Suisse pour le règlement d'une succession, un certificat d'héritier étranger ne peut être reconnu que lorsqu'il a été émis dans l'un des États nationaux du défunt et lorsque ce dernier a soumis sa succession au droit de cet État (voir commentaire de l'art. 96, al. 1, let. c). Le certificat d'héritier est alors établi dans l'État dont le droit s'applique à la succession, ce qui semble parfaitement sensé.

Pour ce qui concerne la question du droit applicable aux certificats d'héritier, nous renvoyons aux remarques formulées plus haut dans le paragraphe intitulé « *Art. 92, rejet de la proposition de mention complémentaire* ».

### **3 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral**

Le projet n'est pas annoncé dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> L'administration fédérale examine actuellement l'opportunité de faire figurer cette règle à l'art. 65 ORF également.

<sup>92</sup> RS 272

<sup>93</sup> Voir BERTI/DROESE, Basler Kommentar IPRG, op. cit., ch. 17 ad art. 9.

<sup>94</sup> En ce sens également BONOMI, La circulation internationale des certificats d'héritiers, in: Journée de droit successorale 2017, Berne 2017, p. 107 ss, ch. 110 et les références citées.

<sup>95</sup> FF 2016 4999

---

## 4 Conséquences des modifications proposées

Le projet proposé relève des domaines du droit privé et de la procédure civile. Il ne crée pas de nouvelles tâches pour l'État et ne modifie pas le mode d'organisation actuel. Il n'y a pas non plus lieu de s'attendre à des effets significatifs sur la charge de travail des différentes autorités. Les justiciables profiteront cependant pour leur part de plus de liberté et de sécurité juridique.

Les progrès en matière de sécurité juridique profitent également de façon générale à l'économie. Il n'y a toutefois pas lieu de s'attendre à des effets significatifs sur cette dernière.

## 5 Aspects juridiques

### 5.1 Forme de l'acte à adopter et constitutionnalité

Le présent projet vise la modification d'une loi en vigueur (la LDIP), fondée sur les art. 54 et 122 Cst. (compétence fédérale concernant les affaires étrangères et la législation en matière de droit civil et de procédure civile)<sup>96</sup>.

### 5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Conformément à l'art. 1, al. 2, LDIP, les traités internationaux sont réservés.

Les traités internationaux (réglant certains aspects relatifs au droit applicable et à la compétence en cas de successions internationales) applicables au droit des successions en vigueur à ce jour sont les suivants:

- Convention d'établissement et de protection juridique entre la Suisse et la Grèce du 1<sup>er</sup> décembre 1927<sup>97</sup>, art. 10;
- Convention d'établissement et consulaire entre la Suisse et l'Italie du 22 juillet 1868<sup>98</sup>, art. 17 et protocole, art. IV;
- Convention d'établissement entre la Confédération suisse et l'Empire de Perse du 25 avril 1934<sup>99</sup>, art. 8;
- Traité conclu entre la Confédération suisse et les États-Unis de l'Amérique du Nord du 25 novembre 1850<sup>100</sup>, art. V et VI.

<sup>96</sup> À l'origine, sur les dispositions antérieures de la constitution du 29 mai 1874.

<sup>97</sup> RS 0.142.113.721

<sup>98</sup> RS 0.142.114.541 et 0.142.114.541.1

<sup>99</sup> RS 0.142.114.362

<sup>100</sup> RS 0.142.113.361. L'art. VIII de la Convention consulaire entre la Suisse et le Portugal du 27 août 1883 vise également le droit des successions mais ne prévoit toutefois que des mesures de protection. L'art. IV du traité d'amitié, de commerce et d'établissement réciproque entre la Confédération suisse et sa Majesté la Reine du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et de l'Irlande du 6 septembre 1855 requiert uniquement l'égalité dans le traitement des ressortissants des deux États contractants en matière de successions.

---

### **5.3 Conformité à la législation sur la protection des données**

Du point de vue du traitement des données personnelles, la présente révision est sans effet sur les plans pratique et juridique. Les dispositions en matière de protection des données visant les autorités compétentes en matière de successions restent applicables.