



L'extension de la portée de l'élection de droit en matière successorale

Quel avenir pour la *professio juris* ?

Florence Guillaume*

Table des matières

1. Remarques introductives
2. La portée de la *professio juris* en cas de domicile en suisse
 - 2.1 Le régime actuel de la LDIP
 - 2.2 Le régime futur envisagé dans l'avant-projet de modification de la LDIP
 - 2.3 La question des réserves héréditaires
3. La portée de la *professio juris* pour un Suisse domicilié à l'étranger
 - 3.1 Le régime actuel de la LDIP
 - 3.2 Le régime futur envisagé dans l'avant-projet de modification de la LDIP
4. La portée de la *professio juris* pour un étranger domicilié à l'étranger
 - 4.1 Le régime actuel de la LDIP
 - 4.2 Le régime futur envisagé dans l'avant-projet de modification de la LDIP
5. La coordination avec le droit européen au moyen de la *professio juris*
 - 5.1 La portée de la *professio juris* en droit européen
 - 5.2 *Professio juris* et prorogation de compétence
 - 5.3 *Professio juris* et reconnaissance des décisions étrangères
 - 5.4 *Professio juris* et régime matrimonial

1. Remarques introductives

Le législateur suisse a préparé un avant-projet de modification des dispositions sur les successions internationales¹ de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)². Cette révision est motivée en grande partie par le souhait de coordonner les règles du chapitre 6 de la LDIP avec celles introduites en 2015 dans le droit de l'Union européenne, lors de l'entrée en vigueur du Règlement 650/2012 sur les successions internationales³. Ce règlement est appliqué par tous les Etats membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni⁴. Au vu du nombre conséquent de successions helvético-européennes, le législateur a considéré que l'unification des règles de droit international privé au sein de l'Union européenne est susceptible d'avoir un impact pratique suffisamment important pour justifier une adaptation des règles suisses de droit international privé. La prise en compte de cette modification du droit international privé européen devrait permettre aux règles de conflit suisses de mieux remplir leur fonction de coordination des divers ordres juridiques.

Dans le domaine des successions, la compétence des autorités requiert une attention toute particulière, afin d'éviter les situations où une succession

* Professeur ordinaire de droit international privé et de droit des successions à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel.

1 Voir CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif à l'avant-projet de modification de la Loi fédérale sur le droit international privé (Successions) et avant-projet de janvier 2018. La présente contribution se base sur cet avant-projet de révision. Les projets d'articles figurant dans cet avant-projet sont désignés « AP-LDIP ».

2 RS 291.

3 Règlement (UE) 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, JOUE L 201 du 27.07.2012, p. 107 ss.

4 Le terme « Etat membre » désigne, dans le cadre de la présente contribution, un Etat membre de l'Union européenne lié par le Règlement 650/2012.

internationale serait en déshérence faute d'autorité compétente pour s'en occuper⁵. C'est la raison pour laquelle la révision du chapitre 6 de la LDIP vise avant toutes choses à coordonner les règles suisses sur la compétence et sur la reconnaissance, dans la mesure du possible, avec celles figurant dans le règlement européen⁶. Ce n'est que « [l]orsque cet objectif n'est pas réalisable, [que] l'avant-projet vise du moins à ce que le droit applicable soit le même en Suisse et dans les Etats appliquant le règlement européen »⁷. Dans la mesure où les autorités suisses et les autorités des Etats membres de l'Union européenne appliquent le même droit, la question de la compétence perd en effet, en grande partie, son importance pratique. Le législateur suisse entend réaliser la coordination au niveau du droit applicable principalement en étendant la portée de l'élection de droit.

L'élection de droit en matière successorale – communément désignée par le terme latin *professio juris* – permet au *de cuius*⁸ de soumettre sa succession à un autre droit que celui désigné par les règles de conflit de lois. Le droit choisi s'applique aux questions qui sont comprises dans le statut successoral, à savoir notamment le cercle des héritiers légaux et réservataires, les biens composant le patrimoine successoral, ainsi que la responsabilité pour les dettes. La *professio juris* est un outil de planification successorale à disposition lorsqu'il est possible d'anticiper que la future succession sera internationale. Le choix du droit applicable à la succession ne sera en effet pris en considération que si la succession est internationale au moment du décès. En Suisse, le caractère international d'une succession découle essentiellement du domicile à l'étranger du *de cuius*, de sa nationalité étrangère ou de la présence de biens de la succession à l'étranger⁹.

Le critère de rattachement de base retenu en droit international privé suisse est le dernier domicile du *de cuius*. La succession d'une personne domiciliée en Suisse à son décès est par conséquent en principe traitée par les autorités suisses du dernier domicile

en application du droit suisse. Il y a ainsi coïncidence entre la compétence et le droit applicable. De nombreuses exceptions sont bien entendu prévues, notamment pour tenir compte des règles de droit international privé existant dans les autres pays. La *professio juris* est l'exception la plus importante. La loi permet, par exemple, à une personne de nationalité étrangère domiciliée en Suisse à son décès d'organiser sa succession conformément à sa loi nationale plutôt qu'en application des dispositions du Code civil suisse (CC)¹⁰. Le droit régissant la succession s'applique en principe à l'ensemble des biens successoraux, qu'ils se trouvent en Suisse ou à l'étranger, sans égard au fait qu'il s'agisse de biens mobiliers ou immobiliers. Mais le principe de l'unité de la succession fait également l'objet d'exceptions qui peuvent être introduites notamment par une *professio juris*, même si celle-ci est en principe plutôt utilisée pour uniformiser la loi applicable dans l'hypothèse où il est à prévoir que les autorités de plusieurs Etats se saisiront de la succession.

La présente contribution examine la portée actuelle et future de la *professio juris* en droit international privé suisse en suivant une approche fondée sur le critère du domicile du défunt. Les modifications des règles du chapitre 6 de la LDIP, telles qu'elles sont prévues dans l'avant-projet, seront présentées d'abord dans l'hypothèse où le *de cuius* avait son domicile en Suisse au moment du décès (2.). Lorsque le domicile du *de cuius* se trouvait à l'étranger, la situation du défunt de nationalité suisse (3.) sera distinguée de celle du défunt de nationalité étrangère (4.). L'examen de ces règles permettra d'apprécier si l'extension de la portée de la *professio juris* est un moyen approprié pour atteindre l'objectif de coordination avec le droit international privé européen poursuivi dans l'avant-projet (5.). En l'absence de règles transitoires spécifiques, il faut admettre que les nouvelles dispositions relatives à la détermination de la loi applicable à la succession, et en particulier à la validité d'une *professio juris*, s'appliqueront aux successions ouvertes après leur entrée en vigueur (art. 196 al. 1 LDIP).

2. La portée de la *professio juris* en cas de domicile en Suisse

L'existence du domicile du *de cuius* en Suisse au moment de son décès est le critère de base pour déterminer la compétence des autorités suisses. Le domicile du *de cuius* se trouve en Suisse à condition que ce dernier y « réside avec l'intention de s'y éta-

5 Voir CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant une Loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982, FF 1983 I 255, N 262, p. 371–374.

6 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif (note 1), N 1.3, p. 8.

7 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif (note 1), N 1.3, p. 8.

8 Le terme latin « *de cuius* », qui provient de l'expression « *is de cuius successione agitur* », désigne la personne décédée dont la succession est en cause.

9 Dans d'autres systèmes juridiques, d'autres éléments peuvent être déterminants pour conférer un caractère international à une succession, tels que notamment le domicile à l'étranger ou la nationalité étrangère d'un héritier.

10 RS 210.



blir» (art. 20 al. 1 lit. a LDIP). Dans ce cas, les autorités suisses du canton du domicile sont compétentes pour ordonner «les mesures nécessaires au règlement de la succession», d'une part, et juger «les litiges successoraux», d'autre part (art. 86 al. 1 LDIP)¹¹. La compétence des autorités suisses s'étend donc aussi bien à la juridiction gracieuse qu'à la juridiction contentieuse. La succession d'une personne domiciliée en Suisse est en principe régie par le droit suisse (art. 90 al. 1 LDIP). C'est donc au regard des art. 457 ss du Code civil suisse (CC) qu'il faut déterminer notamment les parts successorales, les réserves héréditaires, la quotité disponible, le régime des rapports et des réunions, ainsi que la responsabilité des héritiers pour les dettes successorales (art. 92 al. 1 LDIP). Le droit international privé suisse prévoit cependant la possibilité de choisir un autre droit, moyennant le respect de certaines conditions bien définies.

2.1 Le régime actuel de la LDIP

2.1.1 Le choix du droit national par *professio juris* pour les étrangers

Selon le texte de la loi actuellement en vigueur, un étranger domicilié en Suisse à son décès a la possibilité de choisir de soumettre sa succession à son droit national (art. 90 al. 2, 1^{ère} phrase LDIP). Par exemple, une personne de nationalité française domiciliée en Suisse peut choisir d'appliquer le droit français à sa succession. Lorsqu'une personne a plusieurs nationalités étrangères, le choix peut se porter sur le droit de l'un ou l'autre Etat national. Il n'est pas nécessaire que le *de cuius* ait des liens particuliers avec l'Etat dont il a choisi d'appliquer le droit à sa succession¹². En présence de plusieurs nationalités, le *de cuius* peut donc choisir librement le droit qu'il souhaite appliquer à sa succession, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait des liens prépondérants avec cet Etat¹³. Par exemple, une personne ayant la

nationalité française et la nationalité portugaise peut soumettre sa succession indifféremment au droit français ou au droit portugais.

En revanche, une personne de nationalité suisse domiciliée en Suisse à son décès n'est pas autorisée à choisir le droit applicable à sa succession. Le droit suisse s'applique impérativement dans un tel cas. Il en va de même pour les Suisses qui ont une ou plusieurs nationalités étrangères. Par exemple, la succession d'une personne ayant la nationalité suisse et la nationalité française est régie impérativement par le droit suisse. Il en résulte que si un étranger a choisi d'appliquer son droit national à sa succession, ce choix est caduc en cas d'acquisition de la nationalité suisse (art. 90 al. 2, 2^e phrase LDIP). Le droit suisse s'appliquerait alors impérativement à la succession.

2.1.2 L'existence de la nationalité au moment de la *professio juris* et au moment du décès

Dans le régime actuel, l'élection de droit est valable à condition que le *de cuius* ait la nationalité de l'Etat dont il a choisi d'appliquer le droit à sa succession au moment de son décès (art. 90 al. 2, 2^e phrase LDIP). Si le *de cuius* n'a plus la nationalité en question au moment de son décès, la *professio juris* n'est plus valable. Il faut en outre admettre que le *de cuius* doit avoir la nationalité de l'Etat dont il a choisi le droit au moment où il fait ce choix, même si cela n'est pas précisé dans le texte légal¹⁴.

2.1.3 La forme de la *professio juris*

La *professio juris* doit être faite dans un testament ou dans un pacte successoral (art. 90 al. 2, 1^{ère} phrase LDIP). Il s'agit d'une clause indépendante de l'acte à cause de mort qui est, pour cette raison, soumise à ses propres conditions de validité¹⁵. La validité de l'élection de droit doit donc être examinée pour elle-même et indépendamment de celle du testament ou du pacte successoral. Une *professio juris* peut être valable et déployer ses effets même si le testament ou le pacte successoral dans lequel elle se

11 Il faut toutefois mentionner le fait que les autorités suisses renoncent à s'occuper de la succession d'un immeuble à l'étranger lorsque l'Etat dans lequel il se trouve revendique une compétence exclusive pour les immeubles situés sur son territoire (art. 86 al. 2 LDIP). Cela s'explique par le fait qu'une décision rendue en Suisse au sujet d'un immeuble se trouvant dans un Etat revendiquant une compétence exclusive ne pourra pas être reconnue dans l'Etat du lieu de situation de cet immeuble.

12 ATF 102 II 136, c. 3.

13 Il ressort clairement du texte de l'art. 90 al. 2, 1^{ère} phrase LDIP que le choix de la loi applicable à la succession n'est pas limité au droit de l'Etat de la nationalité effective : le choix du *de cuius* peut se porter sur le «droit de l'un de ses Etats nationaux». L'art. 23 al. 2 LDIP n'est donc pas applicable.

14 Voir CONSEIL FÉDÉRAL, Message LDIP (note 5), N 263.3, p. 376 : «le disposant étranger peut soumettre sa succession au droit d'un Etat dont il était ressortissant au moment de la *professio*». Le législateur a confirmé récemment sa position : CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif (note 1), p. 19.

15 ANDREA BONOMI, Successions internationales : Conflits de lois et de juridictions, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, Tome 350 (2010), p. 71-418, spéc. p. 221.

trouve est nul. La *professio juris* peut être la seule et unique clause d'un testament ou s'intégrer dans un testament où le *de cuius* a organisé sa succession. Peu importe que la succession doive être réglée *ab intestat* ou conformément aux dernières volontés du disposant.

En principe, la *professio juris* est expresse, mais elle est aussi valable si elle ressort « sans équivoque » des dispositions pour cause de mort¹⁶. La validité matérielle de l'élection de droit doit être examinée au regard du droit choisi¹⁷. La loi désignée par le *de cuius* détermine notamment s'il avait la volonté de soumettre sa succession à cette loi. L'existence et la validité d'une élection de droit doivent être appréciées selon les règles générales applicables à l'interprétation des dispositions de dernière volonté¹⁸. S'il ressort de l'interprétation des dispositions pour cause de mort, conformément aux règles d'interprétation définies par la loi choisie, que la *professio juris* n'est pas valable, la loi régissant la succession doit être déterminée par les règles applicables à défaut d'élection de droit.

La *professio juris* peut avoir une influence sur la validité de l'acte à cause de mort. La validité matérielle du testament ou du pacte successoral est en effet régie, en principe, par la même loi que celle régissant le statut successoral, notamment dans le cas d'une *professio juris*. C'est donc au regard du droit applicable à la succession, à savoir le droit désigné par le *de cuius* dans la *professio juris*, que sera examinée la validité matérielle de l'acte à cause de mort¹⁹. Il faut toutefois préciser que la capacité de disposer fait l'objet d'un rattachement propre. Elle

peut être examinée, alternativement, au regard du droit de l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle du *de cuius* ou au regard du droit de l'un de ses Etats nationaux²⁰ (art. 94 LDIP). Il suffit que les conditions fixées par l'un de ces droits soient remplies pour que la capacité de disposer du défunt soit reconnue. La validité formelle de l'acte peut être examinée, alternativement, au regard de plusieurs lois telles que la loi de l'Etat où le *de cuius* a testé, sa loi nationale, la loi de l'Etat de son domicile ou de sa résidence habituelle, voire la loi de l'Etat dans lequel se trouve un immeuble si l'acte à cause de mort concerne un immeuble (art. 93 LDIP)²¹. Un acte à cause de mort sera donc considéré comme formellement valable lorsqu'il remplit les conditions de validité formelle prescrites par l'un de ces droits, même s'il ne remplit pas celles prescrites par la loi à laquelle le *de cuius* a choisi de soumettre sa succession.

Le droit désigné par *professio juris* est le droit matériel de l'Etat en question, à l'exclusion des règles de conflit de lois, dès lors que le renvoi est exclu en cas d'élection de droit²².

2.2 Le régime futur envisagé dans l'avant-projet de modification de la LDIP

Plusieurs modifications importantes quant à la portée de la *professio juris*, lorsque le *de cuius* était domicilié en Suisse à son décès, sont envisagées dans l'avant-projet.

16 ATF 125 III 35; ATF 111 II 16, c. 3; ATF 109 II 403, c. 2; ANDREAS BUCHER, in: A. Bucher (édit.) Commentaire romand. Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano, Bâle 2011, Art. 90 N 3, p. 802; BERNARD DUTOIT, Droit international privé. Commentaire de la Loi fédérale du 18 décembre 1987, 5^e éd., Bâle 2016, Art. 90 N 5, p. 392; ANTON HEINI, in: D. Girsberger et al. (édit.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2004, Art. 90 N 11, p. 1041; ANTON K. SCHNYDER/MANUEL LIATOWITSCH, in: H. Honsell et al. (édit.), Basler Kommentar. Internationale Privatrecht, 3^e éd., Bâle 2013, Art. 90 N 18, p. 744.

17 L'art. 116 al. 2, 2^e phrase LDIP est applicable par analogie. Du même avis: DUTOIT (note 16), Art. 90 N 2, p. 390; ANDREA BONOMI/JULIE BERTHOLET, La *professio juris* en droit international privé suisse et comparé, in: F. Bianchi (édit.), Mélanges publiés par l'Association des Notaires Vandoise à l'occasion de son centenaire, Genève/Zurich/Bâle 2005, p. 355–380, spéc. p. 368.

18 ATF 125 III 35, c. 2. Pour un résumé de cet arrêt, voir BONOMI/BERTHOLET (note 17), p. 365 s.

19 Bien que non prévue expressément dans la LDIP, cette règle découle de l'art. 92 al. 1 LDIP. Voir BONOMI (note 15), p. 314, spéc. nbp. 898.

20 Lorsque le *de cuius* avait plusieurs nationalités, le droit de l'un ou l'autre Etat national peut être appliqué pour examiner s'il avait la capacité de disposer. Il ressort en effet clairement du texte de l'art. 94 LDIP que l'art. 23 al. 2 LDIP n'est pas applicable.

21 En application de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires (RS 0.211.312.1), l'acte à cause de mort est valable quant à la forme si les conditions fixées par l'un ou l'autre des droits désignés à l'art. 1 sont remplies.

22 TF 5A_437/2008, 23.02.2009, c. 4.2.3. Il n'y a donc pas de renvoi (cf. art. 14 al. 1 LDIP); CONSEIL FÉDÉRAL, Message LDIP (note 5), N 263.3, p. 376; DUTOIT (note 16), Art. 90 N 6, p. 392; HEINI (note 16), Art. 90 N 15, p. 1042; SCHNYDER/LIATOWITSCH (note 16), Art. 90 N 14, p. 743. BUCHER (note 16), Art. 90 N 4, p. 802, considère au contraire que la *professio juris* « n'est pas par principe hostile au renvoi ».



2.2.1 Le choix du droit national par *professio juris* pour les étrangers et pour les Suisses binationaux

L'avant-projet envisage d'élargir le cercle des personnes autorisées à choisir le droit applicable à leur succession. Il est prévu que toute personne domiciliée en Suisse et disposant de plusieurs nationalités puisse choisir de soumettre sa succession à un droit national étranger, sans égard à sa nationalité suisse²³. La nationalité suisse ne serait dès lors plus un obstacle à la *professio juris*. Par exemple, une personne ayant la nationalité suisse et la nationalité française pourrait planifier sa succession au regard du droit successoral français. Tout comme dans le régime actuel, le *de cuius* pourrait choisir librement de soumettre sa succession au droit national de son choix, même si les liens avec la Suisse sont les plus importants.

L'ouverture de la *professio juris* aux Suisses binationaux est probablement la nouveauté la plus importante envisagée dans la révision. Cela permettrait de tenir compte d'une réalité sociale où le nombre de Suisses avec une double nationalité vivant en Suisse est en constante augmentation²⁴. Cette modification supprimerait une discrimination existant actuellement à l'égard des citoyens suisses domiciliés en Suisse qui sont binationaux.

Cette nouveauté irait dans le sens d'une augmentation de la liberté de disposer qui est un principe essentiel du droit suisse des successions. Si, en droit matériel, la liberté de disposer s'exprime par la quotité disponible, à savoir la possibilité pour le *de cuius* de favoriser les personnes de son choix, elle se manifeste en droit international privé par l'opportunité offerte au *de cuius* d'organiser sa succession conformément au droit de son choix. La liberté de disposer à cause de mort reste cependant bien encadrée en droit suisse : en droit international privé, la *professio juris* est restreinte, dans le sens que le *de cuius* ne peut pas soumettre sa succession à n'importe quel droit, alors qu'en droit matériel, les réserves héréditaires imposent au *de cuius* des restrictions quant à la répartition de ses biens à son décès. La révision du chapitre 6 de la LDIP s'inscrit dans le même courant que la révision en cours du droit ma-

tériel des successions qui prévoit d'offrir une plus grande liberté de disposer en réduisant le cercle des héritiers réservataires ainsi que les parts réservataires²⁵.

L'existence d'une nationalité étrangère resterait néanmoins une condition *sine qua non* pour avoir le choix d'appliquer un droit étranger à la succession. Il n'est pas prévu dans l'avant-projet d'offrir à un citoyen suisse n'ayant pas d'autre nationalité la possibilité de choisir de soumettre sa succession à un droit étranger. Il est en effet important que le *de cuius* ait un lien suffisant avec l'Etat dont il a choisi d'appliquer le droit à sa succession, ce lien étant formalisé par la nationalité de l'Etat en question. La succession d'une personne ayant uniquement la nationalité suisse resterait donc soumise impérativement au droit suisse, comme cela est déjà le cas aujourd'hui.

2.2.2 L'existence de la nationalité au moment de la *professio juris*

L'avant-projet modifie un autre élément important en prévoyant qu'il ne serait plus nécessaire d'avoir la nationalité correspondant au droit choisi au moment du décès²⁶. Le moment déterminant pour la nationalité serait ainsi uniquement le moment où le *de cuius* a choisi le droit applicable à sa succession, autrement dit le moment où il a rédigé son acte à cause de mort contenant la *professio juris*. Cette modification du droit actuel aurait pour effet que l'élection de droit resterait valable si le *de cuius* perd la nationalité de l'Etat dont il a choisi d'appliquer la loi à sa succession. Par exemple, lorsqu'une personne de nationalité française a choisi de soumettre sa succession au droit français mais qu'elle n'a plus cette nationalité au moment de son décès, le droit français resterait applicable à la succession. Actuellement, la perte de cette nationalité rend l'élection de droit caduque²⁷.

Le législateur aurait pu aller plus loin en prévoyant que le *de cuius* doit avoir eu la nationalité en question soit au moment où il a disposé, soit au moment du décès. Cela aurait permis d'admettre la validité du choix de la loi d'un Etat dont le *de cuius* était sur

23 L'art. 90 al. 2, 1^{re} phrase AP-LDIP est rédigé de la manière suivante : « Une personne ayant une ou plusieurs nationalités étrangères peut, même si elle a la nationalité suisse, soumettre sa succession par testament ou pacte successoral au droit d'un de ses Etats nationaux étrangers ».

24 Voir COMMISSION FÉDÉRALE DES MIGRATIONS, Nationalité et démocratie en période de migrations transnationales : contexte, opportunités et risques de la double nationalité, décembre 2018, p. 16 s.

25 Voir CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision du Code civil suisse (Droit des successions) du 29 août 2018, FF 2018 5865.

26 L'art. 90 al. 3 AP-LDIP est rédigé de la manière suivante : « Ce choix n'est pas caduc si, au moment de son décès, le disposant n'avait plus la nationalité en cause ».

27 Voir *supra* 2.1.2.

le point d'acquérir la nationalité au moment où il a choisi la loi applicable à sa succession²⁸.

2.2.3 La présomption de *professio juris* en cas de désignation des autorités nationales

L'avant-projet contient une présomption de *professio juris* lorsque le *de cuius* a soumis sa succession à la compétence des autorités étrangères de l'un de ses Etats nationaux²⁹. Il est en effet prévu d'introduire la possibilité, pour une personne de nationalité étrangère, de soustraire sa succession à la compétence des autorités suisses au moyen d'une prorogation de compétence³⁰. Ainsi, lorsqu'un défunt domicilié en Suisse à son décès a choisi de soumettre sa succession aux autorités étrangères d'un Etat national, sans pour autant préciser le droit applicable à la succession, il serait présumé avoir également choisi de soumettre sa succession au droit de cet Etat. Par exemple, si une personne de nationalité brésilienne a désigné dans son testament les autorités de son Etat national comme étant compétentes pour régler sa succession, sans rien préciser concernant le droit applicable, la prorogation de compétence entraînerait une élection de droit en faveur du droit brésilien. On relèvera cependant que la question du droit applicable ne se poserait de toute façon pas aux autorités suisses dans un tel cas, dès lors qu'elles donneront effet à la prorogation de compétence et ne s'occuperont pas de la succession³¹.

Il faut cependant réserver l'hypothèse où les autorités suisses du domicile du défunt auraient une compétence subsidiaire en raison du fait que les autorités étrangères désignées par le *de cuius* refusent leur compétence pour certains biens de la succession. Dans ce cas, la présomption de *professio juris*

aurait pour effet que le droit de l'Etat national étranger dont le *de cuius* a désigné les autorités serait applicable à la succession même si les autorités suisses seraient finalement compétentes. L'objectif visé est que toute la succession soit régie par la même loi. Cet objectif ne peut évidemment être atteint que si les autorités étrangères désignées par le *de cuius* appliquent le droit du for à la succession³². Toutefois, dans l'hypothèse où les autorités étrangères désignées par le *de cuius* refusent toute compétence pour la succession et que les autorités suisses vont donc devoir s'en occuper entièrement, il nous semble qu'il faudrait admettre que la présomption d'élection de droit tombe et que le droit suisse s'applique à la succession³³.

La question se pose de la portée exacte de la *professio juris* présumée lorsque le *de cuius* a désigné les autorités étrangères de son Etat national uniquement pour une partie de ses biens. La possibilité de faire une telle scission, au niveau de la compétence, est en effet prévue dans l'avant-projet³⁴. Le *de cuius* pourrait ainsi soustraire une partie des biens successoraux à la compétence des autorités suisses de son dernier domicile malgré leur compétence générale. Ce fractionnement de la succession peut avoir un intérêt pratique, dans certains cas, pour assurer la coordination avec un ordre juridique étranger. Mais la possibilité d'opérer un fractionnement ne se retrouve pas expressément, dans l'avant-projet, dans le cadre du droit applicable. La présomption de *professio juris* s'étendra-t-elle uniquement aux biens que le *de cuius* a sortis de la succession en les confiant à la compétence d'autorités étrangères ou concernera-t-elle l'ensemble de la succession ? La réponse à cette question ne se trouve pas dans le rapport explicatif. Il nous semble qu'il faut admettre que l'élection de droit concerne l'ensemble de la succession, de manière à simplifier le règlement successoral au niveau du droit matériel. Ainsi, lorsque la compétence des autorités suisses subsisterait pour une partie des biens successoraux en raison du fait que le défunt n'a désigné les autorités étrangères de son Etat national que pour une partie de ses biens, les autorités suisses devraient appliquer le droit successoral de cet Etat pour régler la succession des biens

28 En droit européen, le *de cuius* doit avoir eu la nationalité de l'Etat dont il a choisi d'appliquer le droit à sa succession au moment où il a fait ce choix ou au moment de son décès (art. 22 par. 1 Règlement 650/2012). Voir *infra* 5.1.

29 L'art. 90 al. 2, 2^e phrase AP-LDIP est rédigé de la manière suivante: «Lorsque le disposant l'a soumise à la compétence des autorités d'un de ses Etats nationaux étrangers (art. 86, al. 3), la succession est présumée soumise au droit de cet Etat, pour autant qu'il n'ait pas fait de réserve à cet égard».

30 L'art. 86 al. 3 AP-LDIP est rédigé de la manière suivante: «Une personne ayant une ou plusieurs nationalités étrangères peut, même si elle a la nationalité suisse, soumettre par testament ou pacte successoral l'ensemble de la succession ou une part de celle-ci à la compétence des autorités de l'un de ses Etats nationaux». Voir la contribution de GIAN PAOLO ROMANO, dans le même cahier. Voir déjà en ce sens: DUTOIT (note 16), Art. 88 N 6, p. 384.

31 Voir CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif (note 1), p. 18.

32 Le droit que les autorités étrangères de l'Etat national du *de cuius* appliqueront à la succession dépend des règles de droit international privé de cet Etat. Peu importe que le droit matériel de cet Etat soit applicable en vertu d'une règle de rattachement objective (p.ex. une règle de conflit de lois désignant le droit national du défunt) ou suite à une *professio juris* expresse faite par le défunt.

33 L'application du droit matériel suisse découlerait, dans ce cas, de l'art. 90 al. 1 LDIP.

34 Voir art. 86 al. 3 AP-LDIP retranscrit à la note 30.



relevant de leur compétence. Par exemple, si un *de cuius* de nationalité anglaise domicilié en Suisse à son décès possédant des biens en Angleterre a soumis une partie de sa succession à la compétence des autorités anglaises et que les autorités suisses exercent leur compétence pour le reste des biens situés en Suisse, elles devraient appliquer les règles du droit matériel anglais pour répartir ces biens entre les héritiers.

2.2.4 La possibilité de faire une *professio juris* partielle

Aujourd'hui, la question de savoir si une élection de droit partielle est autorisée lorsque le défunt était domicilié en Suisse au moment de son décès fait l'objet d'une controverse doctrinale. La majorité de la doctrine répond néanmoins à cette question par la négative³⁵.

L'avant-projet ne règle pas cette incertitude, sauf dans l'hypothèse où le *de cuius* a choisi de soustraire une partie de ses biens à la compétence des autorités suisses en désignant les autorités étrangères de son Etat national uniquement pour ces biens³⁶. Dans ce cas particulier, il est prévu que le *de cuius* puisse réserver expressément l'application du droit suisse³⁷. Cela entraînerait un fractionnement de la succession, dès lors que certains des biens successoraux seraient répartis par les autorités suisses en application du droit successoral suisse, alors que d'autres biens seraient répartis par les autorités étrangères de l'Etat national en application du droit successoral désigné par leurs propres règles de droit international privé. Si ces règles désignent le droit du for, la succession de certains biens se ferait selon le droit suisse, alors que la succession d'autres biens se ferait selon le droit national étranger de l'Etat dont le *de cuius* a désigné les autorités pour ces biens.

Le législateur aurait pu profiter de la révision pour clarifier la question de savoir s'il est possible de faire une *professio juris* partielle dans d'autres situations.

2.2.5 La validité de l'acte à cause de mort contenant la *professio juris*

L'avant-projet apporte des éclaircissements quant à la détermination de la loi applicable à la validité de l'acte à cause de mort contenant la *professio juris* en introduisant des dispositions spécifiques³⁸. Il dé-

coule de ces nouvelles dispositions que la validité matérielle de l'acte doit en principe être examinée au regard du même droit que celui applicable à la succession, notamment en cas de *professio juris*. La même solution est prévue pour les questions liées à la capacité de disposer, laquelle ne devrait plus faire l'objet d'un rattachement indépendant comme c'est le cas aujourd'hui. Sous cette réserve, l'avant-projet conserve donc la règle selon laquelle le choix du droit applicable à la succession a une influence sur la validité matérielle du testament ou du pacte successoral.

En outre, il est prévu d'offrir au *de cuius* la possibilité de soumettre la validité matérielle de l'acte à cause de mort à son droit national, même sans faire de *professio juris* pour sa succession. Dans ce cas, seules les questions liées à la validité matérielle du testament ou du pacte successoral seraient régies par le droit national étranger.

2.3 La question des réserves héréditaires

Le risque inhérent à l'élection de droit en matière successorale est de laisser au *de cuius* la liberté d'appliquer à sa succession un droit national étranger lui offrant davantage de liberté de disposer que le droit suisse. Il s'agit de la question qui surgit inévitablement en lien avec la *professio juris*.

Comme l'avait déjà constaté le législateur en 1982, «on ne saurait exclure que le disposant désigne, non pas toujours le droit qui lui est le plus proche, mais bien celui qui favorisera le mieux ses desseins»³⁹. En particulier, les réserves héréditaires et la quotité disponible sont définies par le droit applicable à la succession, à savoir le droit choisi par le *de cuius* lorsque celui-ci a fait une *professio juris*. Le fait de choisir le droit régissant la succession pourrait ainsi permettre de priver les héritiers réservataires des droits auxquels ils auraient pu prétendre en vertu de la loi qui serait applicable à défaut de choix. Lorsque le *de cuius* est domicilié en Suisse à son décès, il peut contourner les règles sur les réserves héréditaires prescrites de façon impérative par le droit suisse en choisissant de soumettre sa succession à un droit national étranger. Si le droit suisse n'est pas applicable à la succession, en raison de l'élection de droit, les règles successorales du droit suisse, et en particulier celles sur les réserves héréditaires, ne sont pas applicables. Seules les dispositions impératives du droit choisi par le *de cuius* doivent être respectées. Au vu des divergences existant quant aux règles successorales dans le droit des différents

35 Voir BUCHER (note 16), Art. 90 N 5, p. 802 s., et réf. citées.

36 Voir art. 86 al. 3 AP-LDIP retranscrit à la note 30.

37 Voir art. 90 al. 2, 2^e phrase *in fine* AP-LDIP retranscrit à la note 29.

38 Voir art. 94 et 95 AP-LDIP.

39 CONSEIL FÉDÉRAL, Message LDIP (note 5), N 263.3, p. 375 s.

Etats, la liberté de disposer peut se trouver sensiblement augmentée en choisissant l'application d'un droit étranger. Les droits des héritiers réservataires peuvent s'en trouver corrélativement amoindris.

L'application d'un droit national étranger à la succession d'une personne domiciliée en Suisse à son décès peut créer la surprise des héritiers qui s'attendaient à ce que leurs droits successoraux (et notamment réservataires) correspondent aux prescriptions impératives du droit suisse⁴⁰. Or, celles-ci ne sont impératives que si le droit suisse est applicable à la succession et ne doivent donc pas nécessairement être respectées si un droit étranger s'applique conformément à la volonté du défunt. Le seul moyen à disposition des héritiers qui s'estiment lésés dans leurs droits réservataires serait d'invoquer la réserve de l'ordre public⁴¹. Cela permettrait non pas d'annihiler tous les effets de la *professio juris*, mais uniquement d'appliquer les règles impératives relatives au respect des réserves héréditaires de la loi qui serait applicable à défaut de choix (i.e. le droit suisse)⁴². Les autres questions liées au statut successoral resteraient régies par le droit choisi par le défunt. L'intervention de l'ordre public, pour protéger les expectatives des héritiers réservataires, présenterait l'inconvénient de fragiliser la *professio juris*, dès lors qu'« une loi différente de celle qui a été désignée pourra trouver à s'appliquer en matière de réserve sans que les personnes concernées puissent toujours le prévoir »⁴³. Cela peut affecter considérablement la planification successorale du défunt.

Toutefois, selon une jurisprudence bien établie, les réserves héréditaires du droit suisse ne font pas partie de l'ordre public suisse⁴⁴. Les héritiers qui seraient réservataires en application du droit suisse ne peuvent par conséquent pas invoquer leur droit à une réserve héréditaire selon le droit suisse si la succession est régie par un droit étranger. Cela signifie que le *de cuius* peut contourner le système des réserves héréditaires prévu par le droit suisse en soumettant sa succession à son droit national étranger. La doctrine relève que les héritiers ont toujours la possibilité d'invoquer l'abus de droit⁴⁵ pour contes-

ter la *professio juris*⁴⁶. Mais il faut rappeler à ce sujet qu'il est bien établi que le *de cuius* ne doit pas nécessairement choisir de soumettre sa succession au droit de l'Etat national avec lequel il entretient des liens prépondérants⁴⁷. Le simple fait de planifier sa succession selon les règles d'un droit étranger offrant davantage de liberté de disposer ne saurait constituer un abus de droit⁴⁸. Le choix d'une loi étrangère ne peut pas non plus constituer une fraude à la loi, dans la mesure où le droit de faire ce choix est expressément prévu par la loi.

A notre avis, les héritiers ne peuvent contester l'application d'un droit étranger choisi par le *de cuius* que si les règles successorales de ce droit consacrent une solution manifestement incompatible avec la conception suisse du droit. Tel pourrait être le cas, par exemple, lorsque le droit étranger prévoit une discrimination entre les héritiers fondée sur le sexe ou la religion⁴⁹ ou selon qu'ils sont nés dans ou hors mariage. On devrait aussi pouvoir admettre que les héritiers puissent invoquer l'abus de droit lorsqu'ils avaient des expectatives successorales dignes de protection fondées sur le droit qu'ils s'attendaient légitimement à voir s'appliquer à la succession⁵⁰. Mais il sera difficile pour les héritiers de faire valoir leurs droits réservataires dans cette hypothèse, dès lors qu'ils n'ont aucun droit sur le patrimoine du *de cuius* de son vivant et n'ont que des expectatives successorales de fait.

On précisera enfin que le droit de choisir la loi applicable à la succession est une prérogative du *de cuius*. Ses héritiers ne peuvent pas convenir d'une élection de droit et, le cas échéant, modifier de cette manière le droit que le *de cuius* a choisi d'appliquer à sa succession⁵¹.

40 Voir notamment art. 470 et 471 CC.

41 Voir art. 17 et 18 LDIP.

42 Des règles permettant de protéger de la sorte les expectatives des héritiers réservataires existent dans le droit de certains Etats. Voir BONOMI (note 15), p. 204–206 et p. 226–228.

43 BONOMI (note 15), p. 227 s.

44 ATF 102 II 136. Les art. 17 et 18 LDIP ne peuvent donc pas être invoqués pour faire valoir le droit à une réserve héréditaire prévu en droit suisse lorsque la succession est régie par un droit étranger.

45 Voir art. 2 al. 2 CC.

46 BUCHER (note 16), Art. 90 N 8, p. 804; DUTOIT (note 16), Art. 90 N 7, p. 393; SCHNYDER/LIATOWITSCH (note 16), Art. 90 N 19, p. 744 s.; *contra*: HEINI (note 16), Art. 90 N 16, p. 1042.

47 Voir *supra* 2.1.1 et 2.2.1.

48 ATF 102 II 136. Pour un commentaire de cet arrêt, voir HANS HANISCH, *Professio iuris, réserve légale und Pflichtteil*, in: B. Dutoit/J. Hofstetter/P. Piotet (édit.), *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne 1985, p. 473–489, spéc. p. 477–483.

49 Voir BONOMI (note 15), p. 231, et réf. citées.

50 Voir SCHNYDER/LIATOWITSCH (note 16), Art. 90 N 19, p. 745, qui donnent pour exemple le cas où les héritiers se sont investis dans une entreprise familiale en partant du principe qu'ils en hériteraient au décès.

51 SCHNYDER/LIATOWITSCH (note 16), Art. 90 N 24, p. 746.



3. La portée de la *professio juris* pour un Suisse domicilié à l'étranger

Les autorités suisses ne sont en principe pas compétentes pour la succession d'une personne domiciliée à l'étranger au moment de son décès. Toutefois, les autorités du canton d'origine ont une compétence subsidiaire pour la succession d'un Suisse domicilié à l'étranger qu'elles peuvent exercer si et dans la mesure où les autorités étrangères ne s'occupent pas de la succession (art. 87 al. 1 LDIP). Il en va de même lorsqu'un *de cuius* de nationalité suisse domicilié à l'étranger a soumis sa succession ou la part de celle-ci se trouvant en Suisse à la compétence des autorités suisses (art. 87 al. 2, 1^{ère} phrase LDIP)⁵².

3.1 Le régime actuel de la LDIP

3.1.1 Le choix du droit suisse ou du droit de l'Etat de dernier domicile par *professio juris*

Lorsque les autorités suisses du canton d'origine d'un Suisse domicilié à l'étranger à son décès sont compétentes (art. 87 LDIP), elles appliquent en principe le droit suisse aux biens successoraux relevant de leur compétence (art. 91 al. 2 LDIP). En particulier, lorsque le défunt a soumis sa succession à la compétence des autorités suisses, le droit suisse est applicable. Dès lors que la compétence des autorités suisses ne s'étend pas nécessairement à tous les biens successoraux, l'application du droit suisse peut être limitée à la partie de la succession se trouvant en Suisse.

Le *de cuius* a cependant la possibilité de choisir d'appliquer le droit de l'Etat de son dernier domicile (art. 91 al. 2 LDIP). Par exemple, une personne de nationalité suisse domiciliée en Angleterre peut soumettre sa succession à la compétence des autorités suisses tout en choisissant l'application du droit anglais. Elle peut également limiter la compétence des autorités suisses aux biens se trouvant en Suisse et prévoir l'application du droit anglais pour ces biens. Dans les deux cas, le choix du droit suisse est également possible (voir art. 87 al. 2, 1^{ère} phrase *in fine* LDIP). Il nous semble que la possibilité de faire une *professio juris* partielle (i.e. limitée à une partie des biens) devrait également être admise⁵³. Dans

l'exemple précité, le défunt devrait pouvoir limiter la compétence des autorités suisses aux biens se trouvant en Suisse tout en choisissant de soumettre au droit anglais uniquement les biens se trouvant en Angleterre. Dans ce cas, les autorités suisses devraient effectuer le partage des biens se trouvant en Suisse conformément au droit suisse.

3.1.2 La compétence résultant de plein droit du choix du droit suisse

Dans l'hypothèse où un Suisse domicilié à l'étranger choisit d'appliquer le droit suisse à l'ensemble de sa succession ou aux biens se trouvant en Suisse, la *professio juris* entraîne automatiquement la compétence des autorités du canton d'origine (art. 87 al. 2, 1^{ère} phrase *in fine* LDIP). Par exemple, lorsqu'une personne de nationalité suisse domiciliée en France choisit d'appliquer le droit suisse à sa succession, les autorités suisses sont compétentes. Dans ce cas, la compétence s'étend aux biens que le *de cuius* a choisi de soumettre au droit suisse⁵⁴. Cette règle permet d'assurer la coïncidence entre la compétence et le droit applicable à la succession.

3.1.3 La forme de la *professio juris*

La *professio juris* doit être faite dans un testament ou un pacte successoral (art. 91 al. 2 LDIP; art. 87 al. 2, 1^{ère} phrase LDIP). Ce qui a été exposé précédemment quant à l'interprétation et la validité de la *professio juris* est également valable dans le contexte de la succession d'un Suisse domicilié à l'étranger⁵⁵. Toutefois, le choix du droit du dernier domicile doit être fait expressément.

3.2 Le régime futur envisagé dans l'avant-projet de modification de la LDIP

L'avant-projet de révision du chapitre 6 de la LDIP prévoit d'introduire deux modifications importantes quant à la portée de la *professio juris* lorsque le *de cuius* de nationalité suisse était domicilié à l'étranger à son décès.

52 Dans cette hypothèse, les autorités suisses ne s'occupent pas de la succession d'un immeuble situé à l'étranger lorsque l'Etat dans lequel il se trouve revendique une compétence exclusive pour les immeubles situés sur son territoire (art. 86 al. 2 LDIP; art. 87 al. 2, 2^e phrase LDIP).

53 Du même avis: BUCHER (note 16), Art. 87 N 14, p. 797; DUTOIT (note 16), Art. 91 N 8, p. 397; SCHNYDER/LIA-

ROWITSCH (note 16), Art. 91 N 15, p. 754; *contra*: HEINI (note 16), Art. 87 N 10, p. 1029.

54 La possibilité de faire une *professio juris* partielle devrait être admise. Voir *supra* 3.1.1. Est cependant réservée une éventuelle compétence exclusive revendiquée par un Etat étranger pour la succession des immeubles situés sur son territoire (art. 86 al. 2 LDIP; art. 87 al. 2, 2^e phrase LDIP).

55 Voir *supra* 2.1.3.

3.2.1 Le choix du droit suisse, du droit de l'Etat de dernier domicile ou d'un autre droit national par *professio juris*

L'avant-projet prévoit d'élargir le champ de la *professio juris*, pour une personne de nationalité suisse domiciliée à l'étranger, en introduisant la possibilité de choisir non seulement le droit suisse, mais également le droit d'un autre Etat national⁵⁶. Ainsi, une personne ayant la nationalité suisse et la nationalité française domiciliée en Angleterre à son décès pourrait choisir de soumettre l'ensemble de sa succession ou les biens se trouvant en Suisse au droit de l'un de ses Etats nationaux – le droit suisse ou le droit français – ou au droit de l'Etat de son dernier domicile – le droit anglais. Lorsqu'une personne a plusieurs nationalités étrangères, le choix pourrait se porter sur le droit de l'un ou l'autre Etat national⁵⁷. Conformément au principe applicable aux successions internationales en Suisse, le *de cuius* ne doit pas nécessairement entretenir des liens étroits avec l'Etat dont il a choisi d'appliquer le droit à sa succession.

A la différence de ce qui existe actuellement pour la *professio juris* en faveur du droit de l'Etat du dernier domicile, l'avant-projet prévoit que le choix de la loi régissant la succession pourrait être fait, dans tous les cas, de façon expresse ou tacite. Toutefois, une prorogation de compétence en faveur des autorités suisses (art. 87 al. 2 LDIP) pourrait être considérée comme un indice de la volonté du *de cuius* de choisir également le droit suisse⁵⁸. Il faudrait donc que la volonté du *de cuius* de soumettre sa succession à un autre droit que le droit suisse ne fasse aucun doute en l'absence d'une *professio juris* expresse.

Lorsqu'une personne a plusieurs nationalités, le choix du droit de l'un des Etats nationaux par *professio juris* présente l'avantage d'écartier tout problème d'identification de la nationalité devant être prise en considération lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable sur la base de la nationalité. Comme

le critère de la nationalité du défunt est appliqué dans beaucoup de pays, une *professio juris* permet de clarifier utilement la situation, à condition toutefois qu'elle soit également considérée comme valable dans l'Etat de domicile du *de cuius*.

La modification envisagée, qui permettrait aux Suisses domiciliés à l'étranger de soumettre leur succession à un autre droit national, aurait un impact important en pratique. En effet, trois quarts des Suisses vivant à l'étranger sont binationaux⁵⁹.

3.2.2 La possibilité d'exclure la compétence résultant de plein droit du choix du droit suisse

Lorsqu'un Suisse domicilié à l'étranger au moment de son décès choisit d'appliquer le droit suisse à sa succession, l'avant-projet prévoit que le *de cuius* puisse réserver expressément la compétence des autorités étrangères⁶⁰. Autrement dit, la *professio juris* en faveur du droit suisse n'entraînerait plus nécessairement automatiquement la compétence des autorités suisses. Par exemple, une personne de nationalité suisse domiciliée en France pourrait choisir d'appliquer le droit suisse à sa succession sans que cela entraîne nécessairement la compétence des autorités suisses. Toutefois, si le *de cuius* n'a pas expressément limité la portée de la *professio juris* au droit applicable en excluant tout effet de nature juridictionnelle, une *professio juris* en faveur du droit suisse continuerait d'entraîner de plein droit la compétence des autorités suisses, comme c'est le cas aujourd'hui.

4. La portée de la *professio juris* pour un étranger domicilié à l'étranger

Les autorités suisses ne sont en principe pas compétentes pour la succession d'un étranger domicilié à l'étranger au moment de son décès. Lorsque cette personne laisse des biens en Suisse, les autorités du lieu de situation de ces biens ont néanmoins une compétence subsidiaire qu'elles peuvent exercer si et dans la mesure où les autorités étrangères ne s'occupent pas de ces biens (art. 88 al. 1 LDIP).

56 L'art. 91 al. 2 AP-LDIP est rédigé de la manière suivante : « Dans la mesure où les autorités judiciaires ou administratives suisses sont compétentes en vertu de l'art. 87, la succession d'un défunt suisse 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 ne l'ait soumise au droit de son dernier domicile ou au droit d'un de ses Etats nationaux ».

57 Il ressort en effet clairement du texte de l'art. 91 al. 2 AP-LDIP (retranscrit à la note 56) que l'art. 23 al. 2 LDIP n'est pas applicable.

58 Le législateur considère qu'une élection de droit tacite en faveur d'un autre droit que le droit suisse devrait être admise avec plus de retenue dans le cadre de l'art. 91 al. 2 AP-LDIP, lorsque le *de cuius* a désigné les autorités suisses, que lorsque l'art. 90 al. 2 AP-LDIP s'applique. CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif (note 1), p. 22.

59 COMMISSION FÉDÉRALE DES MIGRATIONS (note 24), p. 18.

60 L'art. 87 al. 2, 1^{re} phrase AP-LDIP est rédigé de la manière suivante : « Les autorités du lieu d'origine sont toujours compétentes lorsque, par un testament ou un pacte successoral, un Suisse ayant eu son dernier domicile à l'étranger soumet à la compétence des autorités suisses ou, pour autant qu'il n'ait pas fait de réserve à cet égard, au droit suisse l'ensemble de sa succession ou la part de celle-ci se trouvant en Suisse ».



4.1 Le régime actuel de la LDIP

Lorsque le défunt était domicilié à l'étranger à son décès, le droit applicable à la succession des biens relevant de la compétence des autorités suisses est désigné par le droit international privé de l'Etat du dernier domicile du défunt (art. 91 al. 1 LDIP). L'objectif de ce renvoi⁶¹ est de renforcer l'harmonie internationale des solutions⁶². Par exemple, lorsqu'un défunt de nationalité russe qui était domicilié au Canada a laissé un immeuble en Suisse, les autorités suisses du canton dans lequel se trouve l'immeuble sont compétentes pour s'occuper de sa succession si les autorités russes et canadiennes ne s'en occupent pas. Les autorités suisses appliqueront dans ce cas la loi désignée par les règles de droit international privé canadiennes à la succession de cet immeuble⁶³. La validité et la portée d'une *professio juris* doivent être examinées dans ce cas au regard des règles de droit international privé de l'Etat du dernier domicile du défunt.

4.2 Le régime futur envisagé dans l'avant-projet de modification de la LDIP

L'avant-projet de révision du chapitre 6 de la LDIP ne prévoit pas de modification concernant la *professio juris* lorsque le défunt est domicilié à l'étranger et n'a pas la nationalité suisse. La seule modification envisagée au niveau du droit applicable, dans ce cas, concerne l'hypothèse d'un renvoi au droit suisse figurant dans le droit international privé de l'Etat du dernier domicile du défunt⁶⁴. Cette hypothèse ne devrait pas se produire souvent lorsque le *de cuius* a choisi le droit applicable à sa succession par *professio juris*, dès lors que le renvoi est en général exclu en cas d'élection de droit.

5. La coordination avec le droit européen au moyen de la *professio juris*

L'extension de la portée de l'élection de droit en matière successorale est l'une des mesures privilégiées

par le législateur suisse pour coordonner le règlement des successions internationales ayant des ramifications en Suisse et dans un ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne⁶⁵. Il convient donc de vérifier si les modifications projetées permettent d'atteindre cet objectif de coordination.

5.1 La portée de la *professio juris* en droit européen

La *professio juris* présente l'avantage de coordonner les systèmes juridiques, en particulier lorsqu'une succession internationale doit ou peut être traitée par les autorités de plusieurs Etats. L'application d'un seul et même droit au règlement de la succession, sans égard aux autorités compétentes, favorise un partage des biens du défunt qui est globalement harmonieux et cohérent. La *professio juris* augmente ainsi la sécurité du droit en assurant la prévisibilité du droit applicable, d'une part, et en éliminant les conflits potentiels entre le droit du domicile (ou de la résidence habituelle) et le droit national, d'autre part. Dans la mesure où la validité de la *professio juris* est reconnue dans tous les Etats concernés par la succession, le choix du droit applicable réduit considérablement l'enjeu de la compétence des autorités. La liberté de tester sera en effet identique quelles que soient les autorités qui se saisiront de la succession, dès lors qu'elles appliqueront le même droit matériel au règlement de la succession⁶⁶. Cet avantage est plus important que l'inconvénient résultant de l'application (le cas échéant) d'un droit matériel étranger par les autorités qui traiteront la succession.

En droit européen, le Règlement 650/2012 sur les successions internationales prévoit la possibilité de choisir le droit applicable à la succession. Les effets d'une *professio juris* sont donc désormais reconnus dans tous les Etats membres de l'Union européenne. Il en résulte que le choix de la loi applicable peut sensiblement restreindre la portée pratique d'un éventuel conflit positif de compétences entre les autorités suisses et les autorités d'un Etat membre⁶⁷. Le fait que la succession considérée pourrait être réglée aussi bien par les autorités suisses que par les autorités d'un Etat membre n'aura en effet pas d'incidence quant à la liberté de disposer à cause de mort. Celle-ci sera régie par les règles successorales du droit désigné par le *de cuius*, quelle que soit l'au-

61 Voir art. 14 al. 1 LDIP.

62 Voir CONSEIL FÉDÉRAL, Message LDIP (note 5), N 263.2, p. 375.

63 Cette situation est susceptible de se présenter, dès lors que la compétence des autorités canadiennes du dernier domicile du défunt ne s'étend pas aux immeubles successoraux situés à l'étranger.

64 L'art. 91 al. 1, 2^e phrase AP-LDIP est rédigé de la manière suivante : « Si ces règles renvoient au droit international privé suisse, le droit matériel de l'Etat du dernier domicile du défunt est applicable. » Voir la contribution d'ANDREA BONOMI, dans le même cahier.

65 Voir *supra* 1.

66 Certaines questions relevant de l'administration de la succession sont cependant susceptibles d'être régies par un droit différent, à savoir en principe le droit du for (en Suisse, voir art. 92 al. 2 LDIP).

67 Voir *infra* 5.2.

torité amenée à traiter de la succession. Mais cela suppose que le choix de loi opéré par le défunt soit considéré comme valable aussi bien au regard de la LDIP que du Règlement 650/2012.

Le droit international privé européen permet au *de cuius* de soumettre sa succession au droit d'un Etat dont il a la nationalité (art. 22 par. 1 Règlement 650/2012) à la place du droit de l'Etat de sa dernière résidence habituelle qui est en principe applicable (art. 21 par. 1 Règlement 650/2012). Tout comme en droit suisse, il n'est pas exigé de lien particulier entre le *de cuius* et l'Etat national dont il a choisi d'appliquer le droit à sa succession. Par exemple, une personne ayant la nationalité suisse et la nationalité espagnole résidant en France peut choisir d'appliquer le droit suisse⁶⁸ ou le droit espagnol à sa succession. Le droit matériel de l'Etat choisi par le *de cuius* est applicable, dès lors que le renvoi est exclu en cas de *professio juris*, même lorsque la loi choisie n'est pas celle d'un Etat membre⁶⁹. Le *de cuius* doit avoir eu la nationalité de l'Etat dont il a choisi d'appliquer le droit à sa succession au moment où il a fait la *professio juris* ou au moment de son décès. Pour le reste, le droit suisse et le droit européen prévoient des conditions de validité pour la *professio juris* qui sont largement compatibles même si elles ne sont pas identiques⁷⁰. Une *professio juris* valable en droit international privé suisse sera donc en principe également valable en droit international privé européen⁷¹.

Il existe cependant une différence notable entre le régime suisse et le régime européen de la *professio juris*. Le droit européen laisse la possibilité aux

Etats membres de considérer que les réserves héréditaires prescrites par leur droit national relèvent de l'ordre public (art. 35 Règlement 650/2012). Le Règlement précise à ce sujet que « [d]ans des circonstances exceptionnelles, des considérations d'intérêt public devraient donner aux juridictions et aux autres autorités compétentes des Etats membres chargées du règlement des successions la possibilité d'écarter certaines dispositions d'une loi étrangère lorsque, dans un cas précis, l'application de ces dispositions serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat membre concerné »⁷². Il est donc possible que les héritiers qui s'estiment lésés dans leurs droits réservataires puissent (encore) faire valoir leurs droits dans certains Etats membres. Dans ce cas, la question des réserves héréditaires serait régie par le droit du for, si l'Etat du for estime que les réserves héréditaires de son droit national relèvent de son ordre public, même si le *de cuius* a choisi d'appliquer la loi d'un autre Etat dont il a la nationalité au moyen d'une *professio juris* valable. La qualification des réserves héréditaires d'ordre public relève de la discrétion de chaque Etat. Si un Etat considère que les règles relatives aux réserves héréditaires prescrites par son droit font partie de son ordre public, la liberté du *de cuius* est restreinte par ces règles. La seule manière d'y échapper serait de faire en sorte que les autorités de cet Etat ne soient pas compétentes pour s'occuper de la succession⁷³.

En outre, à la différence du droit suisse, le droit européen n'offre pas la possibilité de faire une élction de droit partielle. Le droit choisi régit ainsi la succession de tous les biens du *de cuius*, conformément au principe de l'unité de la succession.

68 Le Règlement 650/2012 s'applique de façon universelle (art. 20 Règlement 650/2012), ce qui signifie que la loi désignée ne doit pas nécessairement être la loi d'un Etat lié par le règlement. Le choix d'appliquer le droit suisse est donc valable si les autres conditions de validité de la *professio juris* sont remplies.

69 Art. 34 par. 2 Règlement 650/2012. Le considérant 57 du Règlement 650/2012 précise qu'« [i]l convient [...] d'exclure le renvoi lorsque le défunt avait fait un choix de loi en faveur de la loi d'un Etat tiers ».

70 Pour les conditions de validité de la *professio juris* prescrites en droit européen, voir art. 22 Règlement 650/2012.

71 Pour une analyse plus détaillée du régime de la *professio juris* prévu par le Règlement 650/2012, y compris une analyse comparative du système suisse et du système européen, voir FLORENCE GUILLAUME, Le choix de la loi applicable à la succession. Une comparaison de la portée de la *professio juris* en droit suisse et en droit européen, in: Fondation Notariat Suisse (édit.), Droit successoral international, Zurich 2019, p. 53-96. Voir aussi ANDREA BONOMI, Le Règlement européen sur les successions et son impact pour la Suisse, Semaine judiciaire 2014 II p. 391-435, spéc. p. 407-413.

5.2 *Professio juris* et prorogation de compétence

L'extension de la portée de la *professio juris* s'inscrit dans une tendance actuelle visant à favoriser la volonté du défunt dans le partage de sa succession. La proposition du législateur suisse d'augmenter la liberté de disposer se retrouve d'ailleurs aussi au niveau de la compétence, dès lors que l'avant-projet de révision du chapitre 6 de la LDIP prévoit d'étendre la portée de la prorogation de compétence en matière successorale. L'élection de droit et la prorogation de compétence sont deux outils de droit inter-

72 Considérant 58 du Règlement 650/2012. Il ne doit cependant pas en résulter une discrimination interdite par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

73 Après le décès, le règlement offre aux héritiers quelques moyens juridiques. Voir notamment les art. 5, 6 et 7 du Règlement 650/2012.



national privé qui sont susceptibles d'augmenter la liberté de disposer à cause de mort. Mais tout comme l'élection de droit, la prorogation de compétence n'est efficace que si les autorités des deux Etats concernés acceptent de lui donner effet.

On relèvera à ce sujet que le Règlement 650/2012 ne prévoit pas la possibilité de faire une prorogation de compétence. Les autorités de l'Etat de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès sont en principe compétentes pour statuer sur l'ensemble de la succession (art. 4 Règlement 650/2012). En outre, le règlement offre aux autorités des Etats membres une compétence assez étendue lorsque le défunt n'avait pas sa résidence habituelle dans un Etat membre au moment de son décès (art. 10 Règlement 650/2012). Ces règles entraînent un risque de conflit positif de compétences avec les autorités suisses non seulement lorsque le défunt domicilié en Suisse à son décès⁷⁴ avait sa résidence habituelle dans un Etat membre, mais également lorsqu'il a laissé des biens successoraux mobiliers ou immobiliers sur le territoire d'un Etat membre⁷⁵.

L'extension de la portée de la prorogation de compétence prévue dans l'avant-projet vise à permettre au *de cuius* de régler un éventuel conflit positif de compétences en choisissant de soumettre sa succession aux autorités d'un Etat membre qui seraient également compétentes en vertu du règlement. Autrement dit, le conflit positif de compétences sera réglé en pratique, le plus souvent, en défaveur des autorités suisses.

5.3 *Professio juris* et reconnaissance des décisions étrangères

Lorsque le défunt a laissé des biens dans plusieurs pays, il est important de vérifier que les décisions, les mesures, les documents et les droits successoraux relatifs à ces biens obtenus dans un Etat pourront être reconnus dans les autres Etats concernés. En l'état actuel du droit, les actes et droits successoraux obtenus dans l'Etat national du défunt sont susceptibles d'être reconnus en Suisse lorsque le *de cuius* a choisi d'appliquer le droit de cet Etat à sa succession ou lorsqu'ils ont déjà été reconnus dans cet Etat (art. 96 al. 1 lit. a LDIP).

L'avant-projet prévoit d'introduire la possibilité de reconnaître les actes et droits successoraux obtenus dans l'Etat national du défunt également dans le

cas où le défunt a soumis sa succession à la compétence des autorités de cet Etat national⁷⁶. Une décision successorale rendue, par exemple, en France peut actuellement être reconnue en Suisse lorsque le défunt de nationalité française était domicilié en Suisse mais avait choisi d'appliquer le droit français à sa succession par *professio juris*. Il en irait de même, après l'entrée en vigueur de la révision projetée, si le défunt avait soumis sa succession à la compétence des autorités françaises. En revanche, l'avant-projet envisage d'enlever la possibilité de reconnaître en Suisse les actes et droits successoraux obtenus à l'étranger qui ont déjà été reconnus dans l'Etat national du défunt lorsque celui-ci avait choisi de soumettre sa succession au droit de cet Etat. Par exemple, dans le cadre de la succession d'un Français domicilié en Suisse, qui a choisi d'appliquer le droit français, une décision successorale rendue au Maroc ne pourrait plus être reconnue en Suisse, quand bien même elle aurait été préalablement reconnue en France.

Les actes et droits successoraux obtenus en Suisse sont reconnus dans l'Union européenne en application des règles de droit international privé de chacun des Etats membres. Le Règlement 650/2012 ne s'applique en effet pas pour la reconnaissance des décisions rendues dans des Etats tiers comme la Suisse. Il convient donc de vérifier dans le droit national des Etats concernés les conditions de reconnaissance des décisions étrangères pour s'assurer que la planification successorale pourra être respectée.

5.4 *Professio juris* et régime matrimonial

Pour conclure sur les modifications que l'avant-projet prévoit d'apporter au régime de la *professio juris*, on peut regretter que le législateur suisse n'ait pas offert au *de cuius* la possibilité de soumettre sa succession à la loi nationale de son conjoint. La possibilité de choisir la loi d'un Etat dont un seul époux a la nationalité existe pour le régime matrimonial (art. 52 al. 2 LDIP), mais pas pour la succession de chacun des époux. La coordination entre la loi applicable à la succession et celle régissant le régime matrimonial n'est donc pas toujours possible en pratique. Le législateur suisse avait pourtant déjà relevé l'intérêt d'une telle coordination en 1982: «La

74 Dans le cas rare où le défunt n'avait nulle part de domicile, la résidence habituelle en Suisse est déterminante pour la compétence des autorités suisses (art. 20 al. 2, 2^e phrase LDIP et art. 86 al. 1 LDIP).

75 A ce sujet, voir GUILLAUMB (note 71), III.2.

76 L'art. 96 al. 1 AP-LDIP est rédigé de la manière suivante: «Les décisions, les mesures ou les documents relatifs à une succession, de même que les droits qui découlent d'une succession ouverte à l'étranger, sont reconnus en Suisse: [...] c. lorsqu'ils ont été rendus, pris, dressés ou constatés dans un des Etats nationaux du défunt et que ce dernier a soumis sa succession à la compétence ou au droit de l'Etat concerné».

professio juris permet en outre une coordination souhaitable entre statut du régime matrimonial et statut successoral. Par élection de droit pour le régime matrimonial et *professio juris* pour le droit successoral, il est possible d'assurer qu'au décès, la répartition des biens matrimoniaux et des biens successoraux se fasse selon le même droit. Cette possibilité de coordination répond incontestablement à un besoin de la pratique. »⁷⁷.

Le même problème existe d'ailleurs aussi en droit européen, dès lors que le Règlement 650/2012 ne permet pas non plus au *de cuius* de choisir d'appliquer à sa succession la loi nationale de son conjoint. En revanche, les époux peuvent décider de soumettre leur régime matrimonial au droit national de l'un des époux⁷⁸, comme en droit suisse.

⁷⁷ CONSEIL FÉDÉRAL., Message LDIP (note 5), N 263.3, p. 376.

⁷⁸ Voir art. 22 par. 1 lit. b du Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, JOUE L 183 du 08.07.2016, p. 1 ss.

successio Heft 3/19

Compact

Zusammenfassung für die Schnellleserin
und den Schnellleser 172

Schwerpunkt / Focus

Cordula Lötscher
Das schwarze Schaf in der Erbengemein-
schaft – Auswege aus einer Blockade
und planerische Möglichkeiten 174

Rechtsprechung / Jurisprudence

Michael Nonn
Dringlichkeit als Ausnahme zum Grundsatz
der Einstimmigkeit bei Handlungen
der Erbengemeinschaft BGE 144 III 277 199

International

Andrea Bonomi
L'avant-projet de révision du chapitre 6
de la LDIP 205

Gian Paolo Romano
L'élection de for par le *de cuius* 207

Florence Guillaume
L'extension de la portée de l'élection
du droit de la matière – Quel avenir
pour la *professio juris*? 224

Andrea Bonomi
La révision du chapitre 6 LDIP:
le droit applicable à la succession à défaut
de choix et aux dispositions pour cause
de mort 238

Literatur / Bibliographie

Der Mensch als Mass, Festschrift für
Peter Breitschmid. Hrsg.: Ruth Arnet/
Paul Eitel/Alexandra Jungo/
Hans Rainer Künzle (Martin Eggel) 249

Vorschau / Impressum 253

Die felleg vñhörtig boer ist, Die von forigen
Apostelen verworffen, und vnder Des heiligen
Namen, der Dampft ist, wie dard aller fun vnsen
Ding fun mären predigens, und gschriben vnd offhangen
Ding fun d'isem Waren Christen lufon glauben, pfeidenig abt
Zu vnsen vnsen Christen, Verheiffen für mären vgnen
Lobland, Leben erlöser, vnd trost Erbannen, wellen ist
ainig brüßten vnd loben. Zum Vermerk

SUCCESSIO

Zeitschrift für Erbrecht /
Revue de droit des successions

Nr. 3/19

Nachlassplanung und -abwicklung
www.successio.ch

schwerpunkt: Das schwarze Schaf in der Erbengemeinschaft – Auswege
aus einer Blockade und planerische Möglichkeiten

rechtsprechung: Dringlichkeit als Ausnahme zum Grundsatz der Einstimmigkeit
bei Handlungen der Erbengemeinschaft (BGE 144 III 277)

international: L'avant-projet de révision du chapitre 6 de la LDIP | L'élection de
for par le *de cuius* | L'extension de la portée de l'élection du droit de la matière –
Quel avenir pour la *professio juris*? | La révision du chapitre 6 LDIP: le droit applicable
à la succession à défaut de choix et aux dispositions pour cause de mort

Schulthess §