



Présentation / Intervention

2018

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Election de for par le de cujus et compétences subsidiaires dans la
réforme du droit international privé suisse des successions

Romano, Gian Paolo

How to cite

ROMANO, Gian Paolo. Election de for par le de cujus et compétences subsidiaires dans la réforme du droit international privé suisse des successions. In: 1re Journée de droit patrimonial, organisée par le Centre de droit international, comparé et européen de l'Université de Lausanne. Lausanne. 2018.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:135241>

Election de for par le *de cuius* et compétences subsidiaires

Gian Paolo Romano

Lausanne, 11 septembre 2018

Mesdames et Messieurs, Permettez-moi de remercier le Professeur Bonomi de nous avoir réunis dans cette belle journée tardo-estivale.

C'est un plaisir d'être aux côtés de tant de collègues estimables, même si c'est pour parler de... décès.

Il est vrai que, selon Steves Jobs, « la mort est la meilleure invention de la vie » (« *death is the single best invention of life* »).

Je me permets de vous renvoyer au discours qu'il a prononcé à Stanford pour une explication qui m'a forcée à lui donner quasi-raison.

Je tiens à saluer le travail Thomas Meyer, qui s'est chargé de la lourde tâche d'établir le Rapport explicatif à l'Avant-projet et de compiler les nombreuses observations qu'il a suscitées.

Il n'est que juste de lui dire toute notre gratitude.

A la suite du *partage* des sujets entre les orateurs – partage qui s'est fait à *l'amiable* : pas question de s'arracher les cheveux –, il m'incombe de vous entretenir de deux thèmes sur lesquels la réforme annonce d'intéressantes nouveautés.

Choix de for par le *de cuius* d'abord.

Comment est-on arrivé à reconnaître à un être humain, titulaire d'un patrimoine international, la possibilité de choisir le for successoral entre notamment celui de son *domicile* et celui de sa *nationalité* ?

Les origines de cette proposition sont intéressantes.

Le Rapport explicatif commence par constater que la LDIP, à l'article 87 al.), permet *déjà* au Suisse de l'étranger – *Auslandschweizer* – de choisir le for suisse d'origine en écartant le for *étranger* du domicile.

La réforme procède d'un constat du *droit positif*, de cette prorogation de for *suisse* qu'il consacre.

Prorogation unilatérale, « unidirectionnelle », car elle ne profite expressément qu'au for suisse.

Prorogation qui est aussi exploitée en pratique.

Je me souviens, du temps où je travaillais à l'ISDC, d'une affaire qui avait pour protagoniste une Suissesse domiciliée en Bretagne.

Elle détenait souhaitait choisir la Suisse comme lieu d'administration et du règlement *post-mortem* de ses biens : de préférence, de tous *ses* biens.

Car elle avait des biens en France également.

Elle cherchait donc à savoir quelles étaient les chances que la France reconnaisse une telle élection de for helvétique.

Il n'y a pas longtemps, une dame, d'âge avancé, originaire de Lausanne, projetait, sur conseil de son médecin, de s'installer à Toulouse où elle avait quelques attaches familiales.

Avant de quitter Lausanne, elle a inscrit, dans son testament, une clause attributive de juridiction au profit des autorités lausannoises, le siège de son patrimoine se trouvant ici.

Mon ami Nicolas, qui s'est installé en Thaïlande, comme un nombre croissant d'Helvètes retraités, a préféré indiquer la Suisse comme lieu des opérations successorales.

Certains des Suisses *expatriés* au Moyen-Orient – dans la seule Dubaï, il en a presque trois milles – souhaitent minimiser l'éventualité d'une immixtion des autorités et du droit local moyennant le choix du for et du droit suisse.

Mais la réforme intervient plutôt dans la situation *inverse* :

celle d'un étranger établi en Suisse qui souhaiterait concentrer au sein de son Etat d'origine les activités officielles de gestion et de règlement de sa masse héréditaire.

Les étrangers de Suisse sont pas loin de *deux millions* :

trois plus nombreux que les Suisses de l'étranger.

Eh bien, est-ce que la Srilankaise qui vit à Plainpalais pourrait-elle valablement désigner les autorités du Srilanka comme seules compétentes pour s'occuper de sa succession ?

Le Libanais orthodoxe habitant Montreux peut-il désigner les autorités libanaises, l'Allemande établie à Zurich les autorités allemandes ?

La LDIP – notamment l'article 86 – n'offre pas aujourd'hui expressément une telle option.

Il ne semble pas y avoir de jurisprudence topique.

La doctrine est majoritairement favorable à admettre une telle élection de for.

Le point de départ est l'article 5 LDIP, lequel cependant évoque un accord, acte *bilatéral*, entre les *parties*.

Alors que le propre de l'élection de for qui nous intéresse est d'être *unilatérale*, comme l'est l'acte le plus naturellement destiné à l'accueillir, qui est le *testament*.

L'article 5 est alors lu en conjonction avec l'article 87 LDIP, convoqué par analogie.

Il est aussi fait appel à un principe non-écrit du droit international privé, qui est au cœur des relations internationales en général.

Si une communauté humaine organisée en Etat réclame pour elle, et pour ses propres membres – ses citoyens – une certaine liberté, il faudrait qu'elle reconnaisse aux autres communautés humaines également organisées en Etats le droit de revendiquer la même liberté au profit de leurs propres citoyens.

C'est la fameuse « règle d'or », qui se retrouve dans toutes les grandes religions... et qui énonce une préoccupation intimement liée au développement de l'humanité depuis ses origines.

« *Ne fait pas aux autres ce que tu ne voudrais pas que l'on te fasse* ».

De manière positive, « *Accepte qu'autrui fasse dans les rapports avec toi ce que tu souhaiterais faire dans les rapports avec autrui* ».

En clair, comme la Suisse réclame pour les Suisses de l'étranger la possibilité de choisir le for helvétique, de même elle devrait permettre aux autres Etats d'habiliter leurs citoyens domiciliés en Suisse à choisir le for de leur Etat national.

Voilà donc le premier *mobile* de la réforme :

compléter, en la « bilatéralisant », la disposition unilatéralement formulée de l'article 87.

Mais le Rapport explicatif évoque une raison supplémentaire, qui se rapporte à la *coordination* recherchée avec les 25 pays pour lesquels a cours le Règlement « Successions ».

Environ 60 % des Suisses de l'étranger résident dans l'Union européenne (un quart vivent en France).

Le 65 % des étrangers de Suisse en proviennent.

C'est dire l'importance de cette coordination helvético-européenne.

Eh bien, le Règlement prévoit, parmi les compétences « subsidiaires », un for de nationalité si *de cujus* a sa résidence habituelle dans un *Etat tiers*.

Or la Suisse est – jusqu'à nouvel ordre – *Etat tiers*.

Prenons un exemple.

Un Portugais a son domicile et sa résidence habituelle en Suisse.

Eh bien, selon le Règlement, le for de sa succession est situé au *Portugal*, à tout le moins si notre personnage y possède des biens (c'est souvent le cas).

Pour éviter un conflit helvético-portugais de juridictions, la Suisse offre à notre Portugais un moyen de coordonner lui-même l'exercice de la juridiction par les deux Etats.

Il est érigé en agent de la coordination inter-étatique.

S'il désigne le Portugal comme for, la Suisse retire la compétence de ses autorités du lieu du domicile (sauf pour les mesures conservatoires).

L'introduction du choix du for a paru naturelle – en tant que suite logique de ce qui se fait déjà.

Il n'en demeure pas moins que le résultat est *novateur*.

Car la possibilité pour le *de cujus* de désigner lui-même le for successoral n'est, à ma connaissance, prévue dans aucune législation au monde, ni dans aucun instrument, international ou binational.

Dans l'histoire des relations internationales, la Suisse fait œuvre de *pionnier*.

Une fois de plus.

Car la Suisse avait déjà été avant-gardiste lorsqu'elle introduit en 1891 la possibilité pour le *de cujus* de choisir le droit applicable : la *professio iuris*.

Notons en revanche qu'au cours des travaux pour le Règlement successions, l'élection de for par le *de cujus* a été rejetée.

Des voix importantes, et écoutées, s'y sont opposées.

Pourquoi ?

Evoquons le Professeur Lagarde, pour qui (je cite)

« *le règlement des litiges successoraux n'est plus l'affaire du défunt et ce n'est pas à lui de modifier à l'avance le centre de gravité déterminé objectivement par le règlement* ».

J'avoue que cette explication m'a toujours paru légère :

même si je n'ai pas encore trouvé le courage de le lui dire.

Car elle devrait conduire à exclure également la *professio iuris*, l'un des piliers du Règlement, salué par Monsieur Lagarde.

Les deux libertés sont étroitement liées :

si l'on reconnaît à une personne dont la vie est internationale, qui a des rattachements avec deux Etats – par son domicile et sa nationalité –, la possibilité de choisir la *loi* qui gouvernera le règlement de sa succession, pourquoi ne pas lui permettre de choisir également le *for* qui s'occupera de ce règlement, notamment si le *for éligible* est celui de l'Etat dont la loi est *éligible* ?

Je me permets d'observer que, pour la communauté des étrangers de Suisse la plus nombreuse, les Italiens – 320.000 en 2016 –, le for de la nationalité est applicable en vertu du Traité italo-suisse de 1868 même sans désignation par le *de cuius*.

Si bien que le for qui s'occupera de ma succession (et de celle d'Andrea Bonomi) est déjà le *for italien* de notre origine jamais reniée.

Pour les Italiens de Suisse, la question est plutôt de savoir s'il leur sera *loisible* de désigner le for *suisse* de leur *domicile*.

C'est ce que je souhaiterais faire, pour organiser mes affaires, mais j'ignore si j'en ai le droit.

Je souhaiterais le faire car la clause attributive de juridiction présente un attrait dont on ne parle que peu :

de permettre aux êtres humains de travailler à la *sécurité juridique*, à la *prévisibilité* du sort que subiront leurs avoirs une fois qu'ils auront quitté ce monde.

Il s'agit d'un instrument de *planification* qui concourt à la *prévention* du contentieux successoral.

L'écrasante majorité des êtres humains souhaitent éviter qu'une fois qu'ils auront disparu, leurs proches soient tentés de se faire des procès, qui *consommant* les ressources de l'héritage, *consument* les personnes et *divisent* les familles.

Or « pour avoir la paix – disaient les Romains – préparez la guerre ».

John F. Kennedy marquait ce point dans son discours d'intronisation :

« *for only when our arms are sufficient beyond doubt can we be certain beyond doubt that they will never be employed* ».

Désigner par avance le juge compétent réduit le nombre de situations où il est nécessaire de le saisir *effectivement*.

Le *forum shopping* est neutralisé.

Le *cadre juridique* – droit applicable, et tout qui peut influencer sur lui : qualification, ordre public, renvoi – s'en trouve fixé avec plus de certitude que si le *de cuius* avait à jongler entre deux cadres juridiques potentiels résultant de deux fors dont il ne sait pas quel est celui qui s'appliquera.

L'incertitude quant à la localisation du domicile ou de la résidence est désamorcée.

Le règlement *pacifique* des successions internationales s'en trouve encouragé.

Je me permets d'évoquer l'analogie avec la clause arbitrale.

Le regretté Pierre Lalive, décédé en 2013, regrettait qu'on n'insiste pas suffisamment sur ce que la clause arbitrale vise d'abord à *prévenir* le contentieux contractuel, en supprimant une incitation à la bataille judiciaire, en conjurant la course vers le for et le conflit de juridictions.

Avant de passer au second sujet, quelques points concernant la mise en œuvre de cette clause attributive de juridiction successorale.

Disons un mot du double citoyen – Suisse et étranger – domicilié en Suisse.

Il pourra choisir le for étranger en écartant le for suisse, qui est non seulement celui de son *domicile* mais également celui d'une des *nationalités* qui peut d'ailleurs être la plus *effective*.

Ainsi, une Suissesse devenue Anglaise par mariage, qui a toujours habité la Suisse, pourrait choisir, en théorie, le for anglais.

Est-ce justifié ?

Je me suis demandé s'il ne faudrait subordonner le choix de for à la condition que la personne ait été au passé domiciliée dans l'Etat de sa nationalité dont elle souhaite désigner le for.

Et cela pour prévenir les *abus*.

On sait que c'est compliqué de savoir quand un choix est *abusif*.

Mais dans le domaine voisin des *trusts*, des affaires récentes révèlent que le choix unilatéral du for par le *settlor* peut être inspiré par l'objectif de rendre plus difficile l'accès au tribunal par les bénéficiaires :

choix du for de l'Ile Maurice, de Barbuda, etc.

Puisque nous parlons du *trust*, le *settlor* peut déléguer le choix de for au *trustee*.

Je ne pense pas que l'article projeté 86 al. 3 permettrait à un Irlandais domicilié en Suisse de remettre le choix de for à son *exécuteur testamentaire*.

Un autre point concerne la relation entre choix de for par le *de cujus* et l'accord sur le for parmi les *survivants*.

Est-ce que les survivants peuvent courcircuiter, par exemple, le for espagnol désigné par le *de cujus*, Espagnol domicilié à Genève, en insistant pour que l'administration de sa succession se fasse à Genève ?

J'aurais tendance à répondre par l'affirmative.

En tout dernier lieu, je vous propose de reprendre le cas du Portugais établi en Suisse.

Notre personnage peut être tenté de choisir le *for suisse* du domicile.

Seulement, ce choix ne serait pas respecté du côté portugais.

Le Règlement ne permet pas de neutraliser la compétence portugaise subsidiaire.

Et si l'on prend l'exemple inverse, du Suisse vivant au Portugal (il y en a de plus en plus, qui profitent de la politique d'encouragement à l'immigration du troisième âge adoptée par le Gouvernement portugais), le choix du for suisse ne serait pas non plus respecté.

Autrement dit, les Suisses établis dans l'Union européenne ont moins de droits que les citoyens de l'Union européenne établis en Suisse.

Un accord avec l'Union européenne permettrait de rééquilibrer la situation.

Car – pardonnez-moi de vous le rappeler – les traités internationaux, s'ils sont bien rédigés, servent les intérêts des *Suisses*.

C'est ce que nous rappelle une brochure, « *La Suisse et le droit international* », dont je vous recommande la lecture.

Je passe à la compétence *subsidaire*.

Or l'expression « compétence *subsidaire* » suppose une « compétence *principale* ».

La compétence principale est, pour la Suisse, la compétence au for du dernier *domicile*.

Si le domicile est situé à l'étranger, la compétence de principe appartient, selon la LDIP, à cet Etat étranger.

La compétence *suisse* n'est que *subsidaire* au sens rigoureux du terme :

elle ne se déclenche que si « *les autorités étrangères ne s'occupent pas de la succession* ».

La réforme propose de préciser ce qu'il faut entendre par « *autorités étrangères* » :

et d'englober, aux côtés des autorités du *domicile*, celles de la *résidence habituelle* – histoire de faire une concession au Règlement – et aussi celles de l'*Etat national* désignées par le *de cujus*.

Tout cela me paraît appréciable.

Le Rapport explicatif n'évoque cependant pas les difficultés que soulève la mise en œuvre des articles 87 al. 1 et 88.

J'ai à l'esprit une affaire tentaculaire qui a donné lieu à une vingtaine de procédures à travers le monde (et à deux, bientôt trois, décisions du Tribunal fédéral).

Monsieur, suisse, avait travaillé à Genève pendant de nombreuses années.

D'un mariage qui avait été dissous par divorce, il avait eu deux enfants, l'un et l'autre vivant à Genève.

Il avait pris sa retraite à 58 ans, pour s'installer dans la Principauté de Monaco, avec sa compagne à laquelle il avait par ailleurs consenti d'importants dons.

Il était décédé d'un cancer quelques années après, en laissant un testament à la rédaction ambiguë, qui ne consacrait en tout cas de choix ni de droit ni de for.

Il disposait surtout d'un grand domaine qu'il possédait dans le Canton de Genève.

Un désaccord surgit entre les enfants, d'une part, et la compagne, d'autre part, au sujet l'immeuble genevois et des biens qui le garnissent :

fabuleuse collection de tableaux, mais aussi des sculptures de jardin (s'agit-il de meubles ou d'immeubles ?).

Parmi les nombreux aspects litigieux figurait également le droit applicable à la succession :

car le droit monégasque favorisait Madame tandis que le droit suisse favorisait les deux enfants.

Or quel est le juge compétent pour connaître d'un tel contentieux ?

La bataille sur le for a déjà duré trois ans.

Elle a coûté des centaines de milliers de francs aux intéressés mais aussi aux contribuables suisses et monégasques.

L'article 87 al. 1 de LDIP nous dit en substance que le juge *suisse* n'est compétent que si le juge *monégasque* ne l'est pas.

Soit.

Mais quel juge *suisse* ?

Or Monsieur avait vécu pratiquement toute sa vie à Genève avant de s'installer à Monaco.

Il avait été à la tête d'une industrie prospère qui compte parmi les fleurons de la manufacture genevoise (il n'y en a pas beaucoup).

C'est à Genève que se concentrait la part suisse de son patrimoine (qui englobait un appartement à Manhattan et un autre à Paris, un yacht immatriculé à Panama, etc.).

Bref, il se considérait comme Genevois.

En bon Genevois, il ne parlait pas l'allemand.

Mais son lieu d'origine était *Burgdorf*, Canton de Berne.

Or l'article 87 évoque comme for subsidiaire le *for au lieu d'origine*.

Le fait que le for suisse était de *Burgdorf* et non pas le for de *Genève* aboutissait à des résultats malencontreux.

Le for *suisse* le plus proche, compte tenu du vécu du *de cuius*, mais aussi des attaches des biens litigieux, et des liens personnels des survivants, était Genève et non pas Burgdorf, où il n’y avait strictement aucun bien.

Aucune des parties au litige – les deux enfants, genevois, et la compagne, canadienne – ne comprenait pas l’allemand.

Tous les actes de procédures, très épais, déposé à Burgdorf devaient être traduits pour les clients.

Cela a fait exploser les frais de l’administration de la justice.

Le cas de ce Monsieur n’a rien d’exceptionnel.

Ma compagne est suisse.

Elle s’appelle Adriana Schnyder.

Elle a habité Arzier, dans le Canton de Vaud, pendant longtemps.

Elle vit aujourd’hui avec moi à Genève, mais elle préfère le Canton de Vaud.

Et donc elle pousse pour qu’on déménage dans les hauts de Begnins, non loin de ses parents (même si la belle-famille doit être tenue à *juste* distance...).

Eh bien, surprise surprise, son lieu d’origine est *Schüpfheim* :

petit village dans le Canton de Lucerne.

Pour solliciter un certificat de naissance de l’administration communale, Adriana utilise la langue *anglaise*.

Elle n’avait jamais mis *les pieds* à Schüpfheim – tout comme aucun de ses trois frères et sœur – jusqu’à il y a deux *ans*, quand je l’ai forcée à s’y rendre, une espèce de « pèlerinage », de *retour* aux sources de sa famille, ou plutôt de découverte, en l’y accompagnant bien sûr.

Il y avait un certain nombre de Schnyder au petit cimetière jouxtant l’église catholique des Saints Pierre et Paul.

Voilà qui nous conduit à nous demander s’il est justifié que le for suisse de nationalité soit le for au *lieu d’origine* et non au for au *dernier domicile suisse* ou au *lieu de situation* ?

Pour ce qui est de l'avant-dernier domicile, le Règlement de l'Union européenne y fixe un for *subsidaire*...

à certaines conditions, sur lesquelles je ne m'arrêterai pas.

Je pense qu'en cas de dissociation, il est plus conforme aux tréfonds rationnels du droit international privé, que le for successoral de nationalité soit plutôt recherché du côté du dernier *domicile* suisse respectivement du lieu de situation des *biens*.

Je me permets donc de proposer une modification en ce sens à l'article 87 al. 1 LDIP.

Et il me paraît équitable que l'on permette au Suisse de l'étranger de *choisir* au moins entre le for de son d'origine et le for de son dernier domicile suisse ou bien le for du lieu de situation des biens.

Mais disons encore un mot de la compétence *subsidaire*.

L'objectif que poursuit la Suisse est louable :

épargner aux intéressés un conflit *positif* de juridictions, qui peut vite emmener à l'*anarchie internationale* :

qui se vérifie lorsqu'un Etat attribue la propriété d'un bien à une personne et un autre Etat l'attribue à une autre personne.

Seulement, pour qu'un tel objectif soit atteint, il faut bien que les intéressés puissent savoir si les autorités étrangères se reconnaissent compétentes ou non.

Il faudrait qu'ils puissent le savoir rapidement et au moindre coût.

Or parfois les choses ne sont pas simples.

En atteste une jurisprudence – cantonale surtout – assez foisonnante :

elle concerne des Suisses domiciliés en Equateur, en Argentine, au Maroc, au Canada et dans bien d'autres pays.

Voici quelques questions que soulève une telle jurisprudence :

Celui qui souhaite profiter du for suisse d'origine doit-il démontrer que le for étranger ne s'occupe pas de la succession même en cas d'accord des parties pour la lui soumettre ?

Faut-il que l'intéressé apporte la preuve de ce que les autorités étrangères ont été *saisies* et ont *décliné* ?

Faut-il que la décision étrangère qui décline la compétence soit passée en force de *chose jugée* ?

Dans l'affaire helvético-monégasque que j'ai évoquée, la question de savoir si le juge suisse pouvait s'occuper de l'immeuble genevois, et des meubles qui le garnissaient, a été débattue *avec acharnement*.

On attend encore la réponse des autorités *monégasques*, depuis presque *quatre* ans de procédure.

Tout est bloqué, entre autres, parce que la Suisse défère à l'autorité monégasque et l'autorité monégasque défère à l'autorité suisse.

Une espèce de conflit *négatif* de juridictions qu'on ne sait pas trop au profit de quel tribunal résoudre.

Autre exemple.

Un britannique qui décède avec domicile en Angleterre et laisse un chalet en Valais, qui lui sert de résidence secondaire.

C'est l'article 88 qui vise une telle situation.

Est-ce que les juridictions anglaises s'occuperaient de l'immeuble suisse ?

On a coutume d'enseigner que ce n'est pas le cas.

En réalité, les tribunaux anglais ont accepté de statuer sur des immeubles situés à l'étranger, notamment si les parties ne s'opposaient pas.

C'est que parfois l'exercice de la compétence juridictionnelle dépend d'une décision discrétionnaire du juge étranger, difficile à prévoir.

Et les choses coïncident.

Une partie de ces difficultés seraient résolus par des accords internationaux

(comme c'est le cas pour les contrats ou les questions touchant la responsabilité parentale d'enfants).

Je clos en évoquant le paradoxe d'une Suisse qui a multiplié les traités internationaux dans les domaines de l'investissement, de la double imposition, qui encouragent l'internationalisation des patrimoines individuels.

Mais pour ce qui est du sort de ces patrimoines internationaux, la Suisse préfère la voie unilatérale.

On aura peut-être l'occasion d'y revenir dans le débat.

Je vous remercie de votre attention.