

Modification de la loi fédérale sur le droit international privé : procédure de consultation – annexe à la Réponse du Conseil d'Etat du Canton de Vaud

Commentaire des dispositions :

Art. 86 al. 3 AP-LDIP :

Si la personne visée est celle qui a eu son dernier domicile en Suisse, cet alinéa est censé constituer une exception par rapport à l'alinéa 1. Ce n'est toutefois pas précisé expressément. Il serait peut-être heureux de revoir la formulation de cette exception, par exemple au moyen d'une formule du type : « Est réservé le cas dans lequel ... ».

Le Conseil d'Etat émet une réserve en ce qui concerne la possibilité de soumettre « une part » de la succession à la compétence d'autres autorités. Il s'agit en effet d'une exception au principe de l'unité de la succession, ouvrant la voie à une multiplication des fors et, corollairement, à des litiges potentiels à ce sujet. Il serait judicieux que cette exception au principe de l'unité de la succession soit limitée aux immeubles, le for du lieu de situation étant déjà, pour ceux-ci, un critère spécial de rattachement selon la LDIP.

Une autre problématique est la question de savoir si la désignation d'autorités étrangères en vertu du nouvel article 86 al. 3 LDIP supprime la compétence des autorités désignées à l'art. 89 LDIP. Il conviendrait de préciser dans le rapport explicatif que la compétence de la juridiction gracieuse demeure toujours et impérativement compétente s'agissant des mesures conservatoires, quand bien même un droit étranger aurait été choisi pour la succession, comportant une élection de for en faveur du juge étranger.

Art. 86 al. 4 AP-LDIP :

Cet alinéa prévoit une compétence subsidiaire des autorités suisses, lorsque l'Etat étranger concerné ne s'occupe pas de la succession. Même si cette notion existe déjà dans le cadre de l'art. 87 al. 1 LDIP actuellement en vigueur, cette disposition posera des problèmes pratiques nouveaux, dus à l'élargissement de la reconnaissance de la compétence d'Etats tiers. En effet, le Tribunal fédéral considère qu'il appartient à l'autorité concernée – en l'occurrence le juge de paix dans le canton de Vaud – et non au justiciable d'établir que l'Etat concerné ne s'occupe pas de la succession (TF, 5A_612/2016). En pratique, cela implique que l'autorité doit parfois s'approcher d'une, voire plusieurs autorités étrangères suivant les cas, qu'il faut au surplus identifier. Il

serait dès lors adéquat que le législateur tienne compte de cet élément, qui constitue une tâche complexe pour l'autorité, par exemple en prévoyant que le fardeau de la preuve incombe au justiciable, ou alors en précisant que les autorités suisses peuvent s'estimer compétentes tant qu'une autorité étrangère ne revendique pas expressément sa compétence (cf. à ce sujet, le commentaire fait ci-dessous au sujet de l'art. 87 al. 1 AP).

Art. 87 al. 1 AP-LDIP :

La formulation de la deuxième phrase n'est pas très heureuse. Si le terme « inactivité » a le même sens que l'expression « ne s'occupent pas », on ne comprend pas pourquoi l'avant-projet n'ajoute pas simplement à la première phrase l'énumération des Etats qui pourraient potentiellement traiter la succession. Ceci vaut d'autant plus que l'utilisation d'une formule potestative dans cette deuxième phrase donne l'impression que l'autorité disposera d'un pouvoir discrétionnaire pour refuser ou admettre sa compétence, ce que la première phrase ne prévoit pas.

Enfin, la même question qu'à l'art. 86 al. 4 AP-LDIP se pose en relation avec le fardeau de la preuve. A ce sujet, le rapport explicatif est contradictoire, puisqu'il dit d'une part qu'on ne saurait présumer des autorités suisses qu'elles fassent de complexes recherches juridiques pour déterminer tous les Etats dont les décisions pourraient être reconnues et, d'autre part, qu'il convient d'épargner aux héritiers la lourde tâche de contacter tous ces Etats avant de pouvoir partir du principe que les autorités suisses sont compétentes. Il est encore précisé que l'autorité suisse pourra demander à la personne qui requiert l'ouverture de la procédure une preuve qu'elle s'est adressée à un ou plusieurs Etats, mais uniquement après avoir elle-même déterminé si l'Etat ou les Etats en question sont compétents selon leur propre droit (cf. rapport explicatif pp. 14-15). La question de savoir à qui incombe la charge de prouver l'inactivité doit donc être clarifiée, ce d'autant plus que de multiples autorités d'Etats tiers sont susceptibles d'être compétentes s'agissant de biens successoraux isolés (y compris mobiliers). En l'état, la solution préconisée par le projet paraît impraticable.

Art. 88 al.1 AP-LDIP :

Le Conseil d'Etat renvoie aux remarques faites au sujet de l'art. 87 al. 1 AP-LDIP, qui valent ici également.

Art. 90 al. 1 AP-LDIP :

Le choix de ne pas prendre comme critère de rattachement la dernière résidence habituelle, comme le prévoit le règlement européen, mais le dernier domicile, fait que la révision n'atteindra pas entièrement ses objectifs d'harmonisation. En particulier, des conflits de compétence positifs resteront envisageables.

Par ailleurs, il est regrettable que l'art. 90 al. 1 AP-LDIP ne prévoie pas une réserve en faveur du droit du lieu de situation en cas d'application de l'art. 86 al. 2 AP-LDIP, à l'instar de ce qui est prévu pour l'art. 86 al. 3 AP-LDIP à l'art. 90 al. 2 AP-LDIP. Il est en

effet courant que la revendication de compétence implique une revendication de droit applicable.

Art. 90 al. 2 AP-LDIP

Le texte n'indique pas expressément si, comme pour la prorogation de for, l'élection de droit peut s'appliquer à une partie de la succession seulement. Tel semble être le cas au vu de la référence faite à l'art. 86 al. 3 AP-LDIP, du texte de l'art. 87 al. 2 AP-LDIP, de celui de l'art. 94 al. 2 AP-LDIP et du rapport explicatif. Le Conseil d'Etat estime que cette possibilité serait source d'une grande complexité juridique et pourrait occasionner de nombreux litiges. Il y est donc défavorable. Quoiqu'il en soit, si telle devait être la volonté du législateur, il y aurait lieu de le préciser dans le texte légal, comme c'est le cas à l'alinéa 3 nouveau de l'art. 86 AP-LDIP.

Pour illustrer les difficultés à craindre, il serait semble-t-il concevable qu'une succession soit soumise à plusieurs droits étrangers (art. 90 al.2 AP-LDIP), alors que la capacité de tester serait définie par un autre droit (art. 94 al. 1 AP-LDIP), différant de celui réglant la forme du testament (art. 94 al. 4 AP-LDIP), ce dernier étant lui-même distinct du droit applicable aux modalités d'exécution (art. 92 al. 2 AP-LDIP).

La rédaction de l'art. 90 al. 2 pose également un autre problème : cette disposition ne contient en effet pas de limite s'agissant de la mise en œuvre des règles impératives de droit suisse, en particulier de l'institution de la réserve héréditaire. A cet égard, la question de savoir si ladite réserve doit être considérée comme d'ordre public demeure ouverte, en particulier à la lecture du rapport explicatif mentionnant en page 18 qu'il faut adopter, à ce sujet « *un point de vue nuancé, difficile à codifier de manière abstraite dans une norme légale* ». Inévitablement, cette imprécision de la loi donnera matière à interprétation lorsque des ressortissants double nationaux choisiront l'application d'un droit étranger qui, par hypothèse, ne protégerait pas la réserve héréditaire de la même manière que le droit suisse, voire même l'exclurait totalement. Il conviendrait de clarifier ce point.

On remarque enfin que le choix accordé aux ressortissants d'une nationalité étrangère de désigner des autorités et un droit étranger pour régler leur succession, avec potentiellement des conséquences sur la réserve (cf. paragraphe précédent), n'est pas reconnu aux personnes disposant uniquement de la nationalité suisse. Il en découle une certaine inégalité, a fortiori si la protection de la réserve héréditaire n'est pas clairement identifiée comme faisant par l'ordre public suisse. Ainsi, dans un couple domicilié en Suisse, un conjoint double-national pourrait soumettre sa succession à un droit étranger qui ne connaît pas la réserve successorale, tandis que le conjoint qui n'a que la nationalité Suisse n'aura pas cette possibilité. La volonté de supprimer une relative inégalité de traitement découlant de la loi actuelle aboutit donc à un nouveau déséquilibre.

Art. 90 al. 3 AP-LDIP :

Si cette disposition fait sens lorsqu'elle régit le traitement des ressortissants d'Etats appliquant le règlement européen – l'art. 22 §1 du règlement européen prévoyant qu'une personne peut choisir la loi de l'Etat dont elle possédait la nationalité au moment où elle

a fait ce choix – elle risque en revanche de créer des conflits de compétence négatifs pour les ressortissants d'Etat tiers. Il n'est en effet pas certain que tout pays accepte de traiter une succession d'une personne qui ne serait plus son ressortissant ni domiciliée ou résidente sur son territoire.

Le Conseil d'Etat observe également en lien avec ce qui précède (article 90 AP-LDIP dans son ensemble), que les nouvelles dispositions prévoient un certain élargissement des possibilités offertes en matière d'élection de for et de droit, notamment pour les binationaux. Il considère qu'il aurait été souhaitable de réserver *expressément* à l'art. 90 LDIP la non application du for ou du droit élu en cas d'abus de droit, notamment lorsque le choix a pour seul but de contourner la loi suisse, en particulier les dispositions sur les réserves successorales, comme cela avait d'ailleurs été proposé au groupe d'experts (cf. rapport explicatif p.19).

Art. 91 al. 2 AP-LDIP :

Contrairement à la formulation actuelle, l'avant-projet ne paraît plus exiger une élection de droit expresse. L'interprétation de clauses pouvant donner à penser que le testateur a entendu appliquer un droit étranger risque d'être source de litiges. Il serait judicieux de préciser ce point.

Art. 92 al. 2, 2^e phrase AP-LDIP :

Selon le rapport explicatif (p. 23), ce complément vise à préciser quels aspects de l'exécution testamentaire sont régis par le droit du lieu d'ouverture de la succession, la question étant controversée. Cette précision revêtirait une grande importance pratique pour les exécuteurs testamentaires et administrateurs nommés par les autorités publiques dans les pays de *common law*. Le rapport explicatif considère que cette solution permettra d'assimiler un *executor* de *common law* à un exécuteur testamentaire au sens du Code civil. De même, si un *administrator* doit être nommé, il pourra être satisfait à cette obligation en initiant une liquidation officielle au sens de l'art. 593 CC. Le Conseil d'Etat relève que cette dernière phrase ne constitue qu'une proposition et nullement une exigence légale. En effet, il appartient en principe aux héritiers ou aux créanciers de demander une liquidation officielle de la succession (art. 593, 594 et 578 CC). Or, si le coût de la liquidation officielle de la succession est à la charge de cette dernière, il appartient à celui qui la requiert d'avancer ces frais. Si un *administrator* doit être nommé d'office, c'est l'Etat qui se trouverait à supporter au final les frais d'administration en cas d'insolvabilité de la succession. De plus, il arrive souvent que les héritiers, les biens de la succession voire même l'administrateur soient à l'étranger, ce qui poserait des problèmes de recouvrement, même si la succession n'est pas insolvable. En définitive, si l'ajout proposé à l'art. 92 al. 2 LDIP n'est en soi pas critiqué, il en va différemment des remarques figurant à son sujet dans le rapport explicatif.

Art. 96 AP-LDIP :

En ce qui concerne la lettre d, la notion de « *biens successoraux isolés* » n'est pas suffisamment claire. Elle pourrait s'appliquer à des biens meubles, ce qui n'est pas opportun pour les raisons déjà évoquées dans le commentaire de l'art. 86 al. 3 AP-LDIP. Si l'on peut admettre, à cet égard, la reconnaissance de décisions de nature conservatoire, reconnaître toute décision statuant sur des biens meubles « isolés » paraît aller trop loin, au-delà même de ce qu'envisage l'art. 86 al. 3 AP-LDIP, qui prévoit seulement la possibilité de soumettre tout ou partie de la succession à la compétence d'un Etat national.

* * *