

DROIT INTERNATIONAL

5 L'élection de for en matière de successions et de régimes matrimoniaux



ANDREA BONOMI
professeur à l'université de Lausanne

Regardée par le passé avec suspicion dans certains ordres juridiques, l'élection de for est désormais largement acceptée, en matière contractuelle et commerciale, dans la plupart des pays. En Europe, si la protection de la partie faible demeure à juste titre une barrière infranchissable, l'admission libérale de la prorogation de compétence dans la convention de Bruxelles de 1968 ainsi que par ses avatars (règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis, conventions de Lugano de 1988 et de 2007) lui ont valu une large reconnaissance y compris dans le droit commun de la plupart des États membres de l'Union européenne et de l'association européenne de libre-échange (AELE). À ces conventions s'est ajoutée, surtout dans les relations externes à l'espace judiciaire européen, la convention de La Haye de 2005, en vigueur dans les États membre de l'Union européenne (UE)¹ et qui sera probablement bientôt ratifiée par la Suisse². Cependant, les textes européens et conventionnels mentionnés ne concernent que la matière civile et commerciale. Plusieurs domaines en sont exclus, parmi lesquels figurent de larges pans du droit de la famille et des successions. En dépit de cela, l'élection de for n'est pas nécessairement écartée de l'ensemble de ces matières ; ainsi, elle est prévue dans plusieurs règlements européens plus récents consacrés aux aspects patrimoniaux du droit de la famille ainsi qu'au droit des successions. Dans ces domaines, elle est également permise en droit suisse³. Cependant, sa reconnaissance dans ces domaines se heurte encore à des résistances et est sujette à des restrictions importantes qui en freinent l'utilisation.

1 - Dans cette brève contribution, rédigée à l'occasion du 10^e anniversaire des Rencontres Internationales Althémis,

nous allons établir un état des lieux comparatif, en droit suisse

1. Pour le texte de la convention, l'état des ratifications et les principaux documents concernant cet instrument, V. l'« espace élection de for » sur le site de la conférence de La Haye, à l'adresse www.hcch.net/fr/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-court (31 janv. 2022).

2. Une procédure de consultation a été ouverte dans ce but le 30 mars 2022 avec un délai de réponse au 7 juillet 2022. Le rapport relatif à l'ouverture de la procédure de consultation s'exprime en termes très favorables au sujet de la convention et de l'opportunité de sa ratification de la part de la Suisse.

3. LDIP, art. 5.

et européen, relatif à l'admission et aux limites de l'élection de for en matière de successions et de régimes matrimoniaux. Ensuite, nous proposerons quelques pistes de réflexion concernant l'opportunité et les éventuelles modalités d'une reconnaissance plus large, afin de développer son potentiel en tant que véritable instrument de planification patrimoniale.

1. L'élection de for en matière successorale

2 - La compétence internationale pour statuer sur une succession est régie, en France et dans la plupart des États européens, par le règlement européen n° 650/2012. En vertu de l'article 4, la compétence appartient en principe aux juridictions de l'État membre de la résidence habituelle du défunt au moment du décès. Les articles 10 et 11 prévoient des compétences subsidiaires pour le cas où le défunt avait sa résidence habituelle dans un État non-membre.

L'élection de for est prévue à l'article 5 du règlement, aux termes duquel : « [l]orsque la loi choisie par le défunt pour régir sa succession en vertu de l'article 22 est la loi d'un État membre, les parties concernées peuvent convenir que la ou les juridictions de cet État membre ont compétence exclusive pour statuer sur toute succession ».

3 - En vertu de cette disposition, la prorogation de compétence est certes admise, mais elle est sujette à plusieurs limitations qui ont pour effet d'en restreindre l'utilité pratique. Ainsi, elle n'est possible qu'au profit des juridictions d'un État membre. En outre, elle ne peut avoir lieu que si le défunt a choisi de soumettre sa succession à la loi de son État national, comme le lui permet l'article 22 du règlement, et au profit de la loi de cet État⁴. Qui plus est, elle est réservée aux parties concernées par la succession, tels les héritiers, les légataires, les héritiers réservataires⁵.

4 - Quant au moment de sa stipulation, l'élection de for est sans doute possible après l'ouverture de la succession. Dans ce cas, elle peut certes être utile afin d'éviter des incertitudes et des différends entre les parties quant à la juridiction compétente. Elle permet aussi de faire coïncider la compétence judiciaire avec la loi applicable au fond, en évitant les difficultés et les coûts liés à l'application d'une loi étrangère. Toutefois, elle ne constitue pas un véritable instrument de planification.

5 - Il peut en aller différemment si l'on admet que l'élection de for peut également être convenue avant le décès, typiquement dans un pacte successoral conclu avec la participation des parties concernées par la succession⁶. Encore faut-il, à cet effet, que le pacte successoral soit recevable selon la loi qui le régit en vertu de l'article 25 du règlement.

6 - En revanche, l'élection de for ne peut pas être prévue dans un testament. En effet, puisque selon l'article 5 du règlement elle doit être convenue par les parties, elle ne peut pas résulter de la volonté unilatérale du défunt⁷. Il convient également de noter que, selon le règlement, un choix de loi au sens de l'article 22 n'entraîne pas d'élection de for⁸ : en présence d'un tel choix, les parties concernées peuvent certes convenir d'une élection de for au sens de l'article 5, mais si elles ne s'accordent pas, les autorités désignées par le règlement⁹ demeurent compétentes et devront appliquer le droit désigné par le de cujus (qui peut être celui d'un pays étranger).

7 - Le droit international privé suisse est bien plus ouvert à l'élection de for en matière successorale.

Tout d'abord, l'article 5 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)¹⁰ permet, en matière patrimoniale, de convenir du tribunal appelé à trancher un litige. Il s'agit, comme dans le cas de l'article 5 du règlement européen, d'une prorogation de for convenue par les parties à un litige, présent ou futur. L'accord peut être conclu après l'ouverture de la succession, mais également avant, typiquement dans un pacte successoral, le droit suisse admettant largement ce type d'acte (*C. civ., suisse, art. 494-497*) : dans ce cas, elle peut représenter un outil intéressant de planification patrimoniale.

8 - L'élection de for est possible au profit d'un tribunal suisse ou étranger, tel le tribunal d'un État membre de l'Union européenne (UE). Contrairement à l'article 5 du règlement, cette élection de for est indépendante de l'élection de droit (ou « *professio juris* ») que le défunt peut déclarer, comme en droit européen, au profit de son droit national¹¹.

9 - À cet accord d'élection de for que nous pourrions qualifier de « *traditionnel* », s'ajoute en droit suisse la possibilité pour le défunt d'inclure une élection de for unilatérale (une « *professio fori* ») dans un testament ou dans un pacte successoral.

10 - Pour l'heure, cette possibilité n'est ouverte qu'au profit d'un défunt de nationalité suisse domicilié à l'étranger : aux termes de l'article 87, alinéa 2 de la loi fédérale sur le droit international privé, celui-ci peut déclarer, dans un testament ou dans un pacte successoral, vouloir soumettre à la compétence des autorités suisse de son lieu d'origine l'ensemble de sa succession¹² ou la part de celle-ci se trouvant en Suisse. Comme le Tribunal fédéral l'a confirmé¹³, cette élection de for est exclusive : elle s'oppose ainsi à la reconnaissance de décisions étrangères portant sur les biens qui ont été soumis à la compétence des autorités suisses.

4. Son but principal est donc de faire coïncider la compétence juridictionnelle avec la loi applicable à la succession : V. A. Bonomi et P. Wautelet, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012* : Bruxelles 2016, 2^e éd., ad art. 5, n° 5.

5. A. Bonomi, in A. Bonomi et P. Wautelet, *préc.*, ad art. 5, n° 8-9.

6. A. Bonomi, in A. Bonomi et P. Wautelet, *préc.*, ad art. 5, n° 16-17.

7. A. Bonomi, in A. Bonomi et P. Wautelet, *préc.*, ad art. 5, n° 7.

8. A. Bonomi, in A. Bonomi et P. Wautelet, *préc.*, ad art. 5, n° 82.

9. Art. 4, 10 et 11.

10. Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP), Recueil systématique du droit fédéral (RS) 291.

11. LDIP, art. 87, al. 2 et 90, al. 2.

12. Sous réserve des immeubles situés dans un État étranger qui revendique à leur égard une compétence exclusive : V. LDIP, art. 86, al. 2, expressément réservé par l'article 87, alinéa 2 LDIP.

13. Arrêt du Tribunal fédéral du 28 octobre 2002, 5P.274/2002, cons. 4.1.

11 - Il convient de noter que, dans la mesure où les autorités suisses sont compétentes en vertu de cette élection de for, le droit suisse est applicable à la succession (comme le prévoit expressément l'article 91, alinéa 2 LDIP), ce qui assure la coïncidence entre compétence et loi applicable.

12 - Ce lien est également préservé dans le cas où le défunt inclut, dans son testament ou dans un pacte successoral, une *professio juris*, par laquelle il déclare vouloir soumettre au droit suisse sa succession ou la part de celle-ci se trouvant en Suisse. En effet, comme il ressort du texte de l'article 87, alinéa 2 de la loi fédérale sur le droit international privé, une telle *professio juris* implique, de plein droit, une élection de for attribuant la compétence (dans ce cas aussi exclusive) aux autorités suisses du lieu d'origine du défunt. En d'autres termes, comme l'élection de for entraîne une élection de droit, l'élection de droit entraîne à son tour une élection de for.

13 - Cette élection de for unilatérale, soit-elle expresse ou déduite de la *professio juris*, met à la disposition du de cujus un véritable instrument de planification, de grande utilité pratique, lui permettant de désigner, à la foi, l'autorité compétente et la loi applicable à l'ensemble de sa succession ou à la part de celle-ci qui est située en Suisse.

Certes, ses mérites demeurent limités par le fait que – si l'élection de droit bénéficie désormais d'une large reconnaissance à l'étranger (not. dans tous les États membres de l'UE liés par le règlement n° 650/2012) – l'élection de for ne sera souvent pas reconnue dans les pays étrangers dont les autorités se considèrent compétentes pour statuer sur tout ou partie de la succession. Elle conduira alors à des conflits positifs de compétence. Tel est notamment le cas dans les relations entre la Suisse et les États membres liés par le règlement, car ce texte, comme indiqué plus haut, ne permet pas une élection de for unilatérale.

14 - Le droit de choisir unilatéralement le tribunal compétent pour statuer sur tout ou partie de la succession pourrait également être reconnu à l'avenir aux personnes ayant leur domicile en Suisse. En effet, un projet de révision du chapitre 6 de la LDIP, qui est actuellement à l'examen des chambres de l'Assemblée fédérale (le Parlement suisse), reconnaît au défunt domicilié en Suisse le droit de déroger à la compétence des autorités suisses de son domicile par le biais d'une élection de for unilatérale, déclarée dans son testament ou dans un pacte successoral, au profit des autorités de l'un de ses États nationaux¹⁴. Rejetée par la chambre haute du Parlement suisse (le Conseil des États), cette nouveauté proposée par le conseil fédéral a rencontré les faveurs de la chambre basse (le Conseil national)¹⁵ : reste donc à voir si elle figurera dans le texte de loi qui sortira des travaux parlementaires.

15 - Son introduction renforcerait les outils de planification patrimoniale dont dispose le défunt tout en permettant à celui-ci de pallier les conflits de compétence qui résultent régulièrement, dans les relations entre la Suisse et les États de l'UE, de la portée très étendue de l'article 10 du règlement n° 650/2012¹⁶.

2. L'élection de for en matière de régime matrimonial

16 - En France et dans les autres États membres liés par le règlement 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux¹⁷, la compétence pour statuer sur des questions relatives au régime matrimonial est régie par le chapitre II de ce règlement.

Les articles 4 et 5 de ce texte confèrent une compétence dérivée à la juridiction saisie d'une question relative à la succession de l'un des époux en application du règlement n° 650/2012 ou, respectivement, d'une action en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage en application du règlement n° 2201/2003 (désormais remplacé par le règlement 2019/1111). Ces compétences sont impératives, les époux n'étant pas autorisés à y déroger par une élection de for.

17 - Une prorogation de compétence n'est possible, aux termes de l'article 7, que « dans les cas visés à l'article 6 », à savoir lorsqu'« aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu de l'article 4 ou 5 ou dans des cas autres que ceux prévus à ces articles »¹⁸. En d'autres termes, l'élection de for cède le pas aux compétences dérivées des articles 4 et 5.

Cette limitation amoindrit de manière importante l'utilité pratique d'un accord d'élection de for. En effet, si un tel accord est consenti par les époux au moment ou en cours de mariage, il devient inefficace lorsqu'une juridiction est saisie sur le fondement des articles 4 et 5, une circonstance qui ne peut guère être prévue à l'avance. Dès lors, contredisant à sa propre raison d'être, une élection de for fondée sur l'article 7 ne saurait jamais garantir la prévisibilité du for¹⁹. Elle ne peut donc pas être efficacement utilisée comme un outil de planification patrimoniale.

18 - Les restrictions que le règlement n° 2016/1103 impose à l'élection de for reflètent le souci d'assurer la concentration des procédures introduites, d'une part, à la succession et au démariage et, d'autre part, à la liquidation du régime matrimonial qui y fait suite. S'il est vrai que le lien entre ces ensembles législatifs est important, on peut néanmoins se demander s'il

14. V. art. 88b du projet de révision, Feuille fédérale 2020, 3257 (www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/740/fr [31 janv. 2023]). – Ainsi que le message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi de droit international privé (Successions) du 13 mars 2020, Feuille fédérale 2020, 3231 ss (www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/739/fr [31 janv. 2023]).

15. V. www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-n-2023-01-13.aspx?lang=1036 [31 janv. 2023].

16. A. Bonomi, in A. Bonomi et P. Wautelet, *préc.*, ad art. 10, n° 6.

17. Cons. UE, règl. (UE) 2016/1103, 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 n° L 183, 8 juill. 2016, p. 1 s. – Les mêmes solutions se retrouvent dans le règlement jumeau 2016/1104 sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés : JOUE n° L 183, 8 juill. 2016, p. 30.

18. E. Lein, in A. Bonomi et P. Wautelet, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) n° 2016/1103 et 2016/1104* : Bruxelles 2021, ad art. 7, n° 9 s. – V. aussi C. Widmer Lüchinger, in M. Müller-Chen Markus/C. Widmer Lüchinger (éd.) : *IPRG Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2018, ad art. 51 N 26.

19. E. Lein, *préc.*, 3^e éd., Zurich 2018, art. 7, n° 13.

doit être nécessairement préservé même contre la volonté concordante des époux.

19 - En Suisse, la compétence internationale pour statuer en matière de régimes matrimoniaux est régie par l'article 51 de la loi fédérale sur le droit international privé. Lorsqu'une procédure est intentée à la suite de la dissolution du régime matrimonial consécutif au décès d'un des époux, la compétence appartient aux autorités judiciaires ou administratives compétentes pour liquider la succession²⁰.

Ces dispositions ne faisant aucune référence à une élection de for convenue entre les époux, l'admissibilité de celle-ci est controversée.

20 - Selon l'opinion traditionnelle, qui est celle de la doctrine majoritaire, la prorogation de compétence doit être admise en application de l'article 5 de la loi fédérale sur le droit international privé, les régimes matrimoniaux étant sans doute une matière patrimoniale au sens de cette disposition²¹. Pour la même raison, plusieurs auteurs considèrent d'ailleurs qu'une clause compromissoire peut également être conclue entre les époux, conformément à l'article 177 de la loi fédérale sur le droit international privé, afin de régler leurs litiges patrimoniaux.

21 - En revanche, selon une opinion minoritaire, ni l'élection de for ni la clause compromissoire ne seraient admissibles lorsque des questions relatives au régime matrimonial se posent en lien avec la succession de l'un des époux ou avec la désunion de ceux-ci. Dans ces hypothèses, le lien de connexité avec les successions ou, respectivement, la désunion du couple devrait l'emporter, comme prévu à l'article 51, let. a et b de la loi fédérale sur le droit international privé²². Un accord sur la compétence ne serait dès lors possible, selon cette opinion, que dans le cas régi par l'article 51, let. c, à savoir lorsqu'une question relative au régime matrimonial se pose sans lien avec la succession de l'un des époux ou avec la désunion du couple. Cette doctrine minoritaire se rapproche (et est inspirée dans une certaine mesure²³) de la solution retenue par le règlement 2016/1103.

22 - Les limitations que le règlement 2016/1103 et la doctrine minoritaire en Suisse posent ainsi à l'élection de for ne sont pas forcément cohérentes avec la large admission de l'autonomie des parties sur le plan des conflits de lois. En effet, tant le règlement²⁴ que le droit suisse²⁵ reconnaissent large-

ment l'élection de droit en matière de régimes matrimoniaux, tout en limitant les options disponibles pour les époux²⁶. De telles différences ne sauraient être justifiées par la volonté de protéger l'époux plus démuni. S'il est vrai qu'une élection de for peut le limiter dans l'exercice de ses droits, des risques bien plus importants peuvent résulter du choix d'une loi peu protectrice²⁷.

3. Quelques pistes de réflexion de *lege ferenda*

23 - Sur le fondement des observations qui précèdent on constatera, d'une part, qu'en matière de successions et de régimes matrimoniaux l'élection de for est permise plus largement en droit suisse qu'en droit européen.

En matière successorale, l'article 5 du règlement n° 650/2012 permet une élection de for convenue par les parties, mais la soumet à des conditions qui en réduisent l'utilité pratique, alors que l'article 5 LDIP est moins contraignant. Qui plus est, l'élection de for unilatérale par le défunt (« *professio fori* ») – inconnue du règlement européen – est admise à certaines conditions en Suisse, où l'on envisage même de l'étendre à d'autres cas, afin d'élargir les instruments de planification dont dispose le *de cuius* et de réduire les risques de conflits positifs de compétence.

En matière de régime, l'élection de for par les époux est permise assez largement selon la doctrine majoritaire en Suisse, alors qu'elle est soumise par le règlement 2016/1103 à des limitations qui en réduisent l'utilité pratique comme instrument de planification patrimoniale.

D'autre part, il convient également de relever que la coordination entre l'élection de for dans ces deux matières est souvent difficile.

24 - Une première raison en est que le droit d'élire le tribunal compétent est reconnu à des sujets différents : aux parties concernées par la succession et (au moins en droit suisse) au défunt en matière successorale, aux époux en matière de régimes matrimoniaux.

Une deuxième raison réside dans la crainte, particulièrement forte en matière de régimes matrimoniaux, que l'élection de for puisse aboutir à un éclatement du contentieux, en dérogation aux compétences dérivées prévues par la loi dans un but de concentration.

Une piste pour promouvoir l'attractivité de cet instrument pourrait consister, de *lege ferenda*, à permettre aux époux de s'accorder sur l'autorité compétente pour statuer, à la fois, en matière de succession et en matière de régime matrimonial.

20. LDIP, art. 51, let. a.

21. En ce sens, P. Volken, *Das internationale Güterrecht im neuen schweizerischen IPR-Gesetz : Der bernische Notar 1989*, p. 438. – A. Bucher, in A. Bucher (éd.) *Commentaire Romand LDIP/CL*, ad art. 51, n° 3. – B. Dutoit et A. Bonomi, *Droit international privé suisse – Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987* : Bâle 2022, 6^e éd., ad art. 51 N 8. – D. Trachsel, *Scheidung im internationalen Kontext : Strategien und Planung*, FamPra.ch 2013, p. 572.

22. C. Widmer Lüchinger, préc., ad art. 51 N 24 et 63 N 52 : cette auteure fonde son raisonnement sur le principe de l'unité du jugement du divorce et sur les difficultés qui surgissent à défaut de concentration du contentieux.

23. C. Widmer Lüchinger, préc., ad art. 51 N 26, qui voit dans les solutions du règlement 2016/1103 un argument supplémentaire pour son interprétation restrictive.

24. Art. 22 et 23.

25. LDIP, art. 52 et 53.

26. L'article 52, article 2 LDIP permet aux époux de choisir la loi de l'État dans lequel ils sont tous deux domiciliés ou seront domiciliés après la célébration du mariage, le droit national de l'un d'eux et, depuis, 2022, le droit de l'État de célébration du mariage. L'article 22, paragraphe 1 du règlement 2016/1103 autorise le choix de la loi de la résidence habituelle ou de la loi nationale de l'un des époux. L'article 22 du règlement 2016/1104 sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés permet de choisir également la loi de l'État selon le droit duquel le partenariat a été créé.

27. Telle une loi prévoyant un régime légal de séparation des biens.

25 - L'avantage d'un tel accord serait, d'une part, d'augmenter la prévisibilité quant au tribunal compétent tout en réduisant le risque de conflits positifs de compétence et, d'autre part, de maintenir le lien entre succession et dissolution du régime matrimonial, en évitant toute atteinte à la concentration du contentieux. Si les époux le souhaitent, une telle élection de for pourrait également se combiner avec un choix de la loi applicable, garantissant la coïncidence entre compétence judiciaire et législative.

26 - Certes, des garde-fous devraient être prévus, pour atténuer les risques que l'élection de for comporte. Il convient notamment d'éviter qu'elle porte atteinte aux intérêts du conjoint le plus faible (not. celui qui est moins informé des possibles conséquences d'une prorogation de la compétence) ainsi qu'aux intérêts des autres héritiers potentiels (not. des héritiers réservataires). Une élection de for pourrait en effet avoir un impact négatif sur l'accès à la justice de ces parties ou aboutir, par le jeu des règles de conflit de lois applicables dans l'État du juge saisi, à l'application d'un droit moins protecteur de leurs intérêts.

27 - Pour prévenir ces risques, le choix du for devrait être bien encadré, avec des options très limitées : on pourrait par

exemple la limiter au droit de l'État dans lequel les époux ont leur domicile/résidence habituelle au moment du choix. Il conviendrait également d'imposer des modalités formelles aptes à assurer que l'accord soit fondé sur un consentement véritablement informé des époux concernés, la simple forme écrite, tel qu'elle est exigée par le texte en vigueur, étant insuffisante à cet effet. Enfin, il serait prudent de réserver au juge un pouvoir correcteur, pour les cas où l'élection de for s'avère abusive ou conduit à des résultats manifestement inéquitables²⁸.

28 - Avec les précautions que je viens de suggérer, une plus large admission de l'élection de for permettrait aux époux de mieux planifier les conséquences patrimoniales du décès de l'un d'eux, en garantissant une plus grande prévisibilité sur le plan de la compétence et de la loi applicable et en limitant ainsi l'attrait d'un contentieux judiciaire. ■

28. V. L'article 8, alinéa 5 du protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, en vertu duquel le tribunal saisi peut écarter la loi désignée par les parties « lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties », à moins que ces dernières « n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation ».