

# L'autonomie de la volonté comme instrument de coordination en droit patrimonial de la famille

Étude de droit international privé et droit comparé

THESE

présentée en cotutelle à la Faculté de droit, des sciences criminelles  
et d'administration publique de l'Université de Lausanne et  
à la Faculté de droit de *l'Università degli Studi di Torino*  
en vue de l'obtention du grade de

Docteur en droit

par

**Corinne Mammino**

*Titulaire d'une Maîtrise universitaire en droit*

Lausanne 2024



*A mio marito, Ivan,  
che mi ha dato tutto quando non avevo niente.*



« L'autonomie de la volonté est le principe unique de toutes  
les lois morales et des devoirs qui y sont conformes »

EMMANUEL KANT, *Critique de la raison pratique*, 1788.



## Remerciements

Ce travail de recherche a été réalisé en cotutelle entre l'Université de Lausanne et l'*Università degli Studi di Torino*.

En premier lieu, je tiens à remercier mon directeur de thèse à l'Université de Lausanne, le Professeur Andrea Bonomi. Je demeure honorée par la confiance qu'il a placée en moi en acceptant de diriger mes recherches. À l'heure d'achever ce travail, j'éprouve une profonde gratitude pour la liberté avec laquelle il m'a permis de le mener. Il a guidé mes premiers pas dans le cadre de ce projet, m'a laissé m'y orienter, puis m'a accompagnée lorsque j'ai choisi ma voie. Il a toujours accueilli mes productions avec bienveillance, sans manquer de faire preuve d'exigence pour m'inciter à mieux préciser ma pensée. Il a su me montrer la meilleure voie, tout en me laissant m'y engager par moi-même. Sa disponibilité, sa rigueur, la célérité de ses relectures attentives, ainsi que la sagesse de ses précieux conseils ont été déterminants pour la finalisation de ce travail. Nos échanges au cours des dernières années resteront parmi mes plus chers souvenirs. Qu'il veuille bien trouver ici le témoignage respectueux de ma plus grande reconnaissance et de l'espérance sincère d'avoir su être à la hauteur de la confiance dont il m'a gratifiée.

Je tiens également à remercier ma co-directrice de thèse de l'*Università degli Studi di Torino*, la Professeure Margherita Salvadori, pour sa disponibilité et le temps qu'elle m'a consacré. Les discussions menées avec elle dans le cadre de ma thèse, ainsi que son aide précieuse ont contribué aux résultats du présent travail.

Je remercie Mme la Professeure Eva Lein, ainsi que MM. les Professeurs Louis Perreau-Saussine, Gian Paolo Romano et Francesco Maiani, qui m'ont fait l'honneur d'accepter de lire mes travaux et siéger dans mon jury de thèse.

Les recherches se sont étalées du printemps 2019 au début de l'année 2024. Pendant cette période, je me suis attachée à procéder à un travail qui, bien qu'éminemment solitaire, n'aurait pas pu être mené sans l'appui et l'écoute de mon entourage, notamment mes collègues du Centre de droit comparé, européen et international. Merci à Giuseppe, Christina, Carlotta, Constance, Narges, Marta, Jonas, Raphaël, Léo, Chloé, Riccardo, Jelena, Hana,

Claudio, Shaheeza, Marzia, Daniela, Maha, Alexandra pour les moments que nous avons eu le plaisir de partager.

Enfin, et surtout, mes remerciements vont à mes proches pour le soutien et l'affection dont ils m'ont entouré. Par leur présence, ils ont su apporter douceur et joie à ces années, en partageant avec moi les bons et les mauvais moments ; si les premiers l'emportent sur les derniers, c'est aussi grâce à eux. J'ai une pensée particulière pour mon père, pour mon frère Claudio et ma sœur Denise, ainsi que pour mon petit neveu, Elia.

À cet égard, une personne sort manifestement du lot. Durant ces années de recherche et d'écriture sur le thème de la famille, et notamment sur les relations entre époux, mon conjoint, Ivan, m'a été d'un réconfort précieux. Il m'a accompagnée dans chacune des étapes de ce manuscrit. Il m'a prêté ses forces pour soutenir les miennes tout au long de ce parcours, en particulier durant les derniers temps de cette bataille. Son soutien permanent dans les moments difficiles et ses encouragements ont été fondamentaux pour la réussite de ce travail. Pour cela, et pour beaucoup d'autres choses, je lui dois bien plus qu'il ne voudra jamais le reconnaître.

*(À compléter après la soutenance)*

Lausanne, le 31 mars 2024

Corinne MAMMINO



# Sommaire

Remerciements	VII
Table des matières	XI
Table des abréviations	XXIII
Bibliographie	XXVII
Table de la jurisprudence citée	LXVII
<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE</b>	<b>1</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE : L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ EN MATIÈRE MATRIMONIALE</b>	<b>17</b>
<b>Chapitre I : L'autonomie de la volonté en droit matériel</b>	<b>19</b>
<b>Chapitre II : L'autonomie de la volonté en droit international privé</b>	<b>85</b>
<i>Conclusion de la première partie</i>	<b>189</b>
<b>DEUXIÈME PARTIE : L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ EN MATIÈRE SUCCESSORALE</b>	<b>191</b>
<b>Chapitre I : L'autonomie de la volonté en droit matériel</b>	<b>193</b>
<b>Chapitre II : L'autonomie de la volonté en droit international privé</b>	<b>233</b>
<i>Conclusion de la deuxième partie</i>	<b>305</b>
<b>TROISIÈME PARTIE : LE RÔLE DU PRINCIPE D'AUTONOMIE DANS LA RECHERCHE DE COORDINATION</b>	<b>307</b>
<b>Chapitre I : Introduction</b>	<b>309</b>
<b>Chapitre II : La coordination internationale par l'utilisation des outils d'autonomie de la volonté</b>	<b>337</b>
<b>Chapitre III : La coordination internationale par l'harmonisation des droits matériels</b>	<b>377</b>
<i>Conclusion de la troisième partie</i>	<b>403</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b>	<b>405</b>



# Table des matières

Remerciements	VII
Sommaire	IX
Table des matières	XI
Table des abréviations	XXIII
Bibliographie	XXVII
Table de la jurisprudence citée	LXVII

<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE</b>	<b>1</b>
------------------------------	----------

<b>PREMIÈRE PARTIE : L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ EN MATIÈRE MATRIMONIALE</b>	<b>17</b>
--	-----------

<b>Chapitre I : L'autonomie de la volonté en droit matériel</b>	<b>19</b>
---	-----------

I.A.	Le développement historique du principe d'autonomie en matière matrimoniale.....	19
I.A.1.	En droit suisse .....	19
I.A.1.1.	De l'entrée en vigueur du Code civil à la révision de 1988 .....	19
I.A.1.2.	Les révisions de 2000 et 2010 .....	21
I.A.2.	En droit français .....	22
I.A.2.1.	De l'époque révolutionnaire à la loi de 1975 .....	22
I.A.2.2.	La loi du 26 mai 2004 : le divorce entre dans le champ contractuel.....	24
I.A.2.3.	Les révisions de 2006 à nos jours.....	25
I.A.3.	En droit italien .....	26
I.A.3.1.	De l'entrée en vigueur du Code civil de 1942 aux années septante .....	26
I.A.3.2.	La loi d'introduction du divorce du 1970.....	27
I.A.3.3.	La loi de « privatisation du droit de la famille » de 1975 .....	28
I.A.3.4.	Des années 2000 à nos jours .....	28
I.B.	La reconnaissance de l'autonomie en droit positif.....	29
I.B.1.	Les effets patrimoniaux du divorce en droit interne .....	30
I.B.1.1.	Les aspects alimentaires .....	31
I.B.1.2.	Les régimes matrimoniaux .....	32

I.B.1.2.1.	Le régime légal en droit français et italien : la communauté réduite aux acquêts et la <i>comunione dei beni</i> .....	33
I.B.1.2.1.a.	Les régimes communautaires en cours de mariage .....	33
I.B.1.2.1.b.	La liquidation des régimes communautaires .....	35
I.B.1.2.2.	Le régime légal en droit suisse : la participation aux acquêts .....	37
I.B.1.2.2.a.	La participation aux acquêts en cours de mariage .....	37
I.B.1.2.2.b.	La liquidation du régime de participation aux acquêts .....	39
I.B.2.	L'étendue et les limites de l'autonomie en droit matériel .....	40
I.B.2.1.	Le rôle grandissant de la volonté des époux en matière de divorce .....	41
I.B.2.2.	Le règlement des rapports pécuniaires post-divorce : la liberté conventionnelle face au respect des normes impératives .....	43
I.B.2.3.	L'autonomie en matière de régimes matrimoniaux : les contrats de mariage .....	45
I.B.2.3.1.	Le contrat de mariage en Suisse .....	45
I.B.2.3.1.a.	Les conditions de validité .....	46
I.B.2.3.1.b.	Le contenu.....	49
I.B.2.3.2.	Le contrat de mariage en France.....	50
I.B.2.3.2.a.	Les conditions de validité .....	50
I.B.2.3.2.b.	Le contenu.....	51
I.B.2.3.3.	Les « <i>convenzioni matrimoniali</i> » en Italie.....	52
I.B.2.3.3.a.	Les conditions de validité .....	53
I.B.2.3.3.b.	Le contenu.....	55
I.B.2.4.	L'autonomie en dehors des régimes matrimoniaux : les accords sur les conséquences du divorce .....	56
I.B.2.4.1.	Les conventions helvétiques sur les effets du divorce.....	57
I.B.2.4.1.a.	Le contenu des conventions sur les effets du divorce.....	58
I.B.2.4.1.a.i.	Les accords relatifs à l'entretien.....	58
I.B.2.4.1.a.ii.	Les biens du couple et le logement de la famille.....	59
I.B.2.4.1.a.iii.	Le partage de la prévoyance professionnelle.....	60
I.B.2.4.1.b.	La nature juridique des conventions sur les effets du divorce.....	61
I.B.2.4.1.b.i.	Sur la nature des conventions en général .....	61
I.B.2.4.1.b.ii.	Sur l'admissibilité des conventions anticipées en particulier.....	62
I.B.2.4.2.	Les conventions françaises sur les effets du divorce .....	67
I.B.2.4.2.a.	Les accords des parties dans les procédures de divorce par consentement mutuel .....	68
I.B.2.4.2.a.i.	L'accord non homologué dans les procédures extra-judiciaires .....	68
I.B.2.4.2.a.ii.	L'accord homologué dans les procédures judiciaires.....	70
I.B.2.4.2.b.	Les accords des parties dans les procédures contentieuses de divorce.....	70
I.B.2.4.2.b.i.	Les conventions relatives à la liquidation du régime .....	70

I.B.2.4.2.b.ii.	Les conventions globales sur les effets du divorce.....	71
I.B.2.4.3.	Les conventions italiennes sur les effets du divorce .....	72
I.B.2.4.3.a.	Les accords dans les procédures de divorce extra-judiciaires.....	73
I.B.2.4.3.b.	Les accords dans les procédures de divorce judiciaires .....	74
I.B.2.4.3.c.	Les accords anticipés en vue du divorce .....	74
I.B.2.4.3.c.i.	La nullité des accords anticipés dans la jurisprudence traditionnelle.....	74
I.B.2.4.3.c.ii.	La théorie de la nullité face aux critiques doctrinales .....	77
I.B.2.4.3.c.iii.	Les développements jurisprudentiels et législatifs .....	78
I.C.	Synthèse .....	83
<b>Chapitre II : L'autonomie de la volonté en droit international privé</b>		<b>85</b>
II.A.	Le développement historique du principe d'autonomie en droit international privé ....	85
II.A.1.	Les conflits de lois dans l'Antiquité.....	85
II.A.1.1.	La naissance de la règle de conflit à l'intérieur du monde grec .....	86
II.A.1.2.	Le premier essor de l'autonomie de la volonté à l'époque hellénique.....	87
II.A.1.3.	L'autonomie de la volonté à l'époque romaine et pendant la période des invasions barbares .....	88
II.A.2.	La théorie de l'autonomie de la volonté du Moyen-Âge à l'époque contemporaine .....	90
II.A.2.1.	Le Moyen-Âge et l'époque moderne .....	90
II.A.2.2.	L'époque contemporaine.....	92
II.A.3.	Le principe d'autonomie du XX <sup>e</sup> siècle à nos jours .....	94
II.A.3.1.	Le développement du principe d'autonomie dans les codifications de droit international privé nationales et conventionnelles .....	95
II.A.3.2.	L'apport de la « méthode de la reconnaissance » dans le développement du principe d'autonomie.....	98
II.A.3.2.1.	L'origine et les caractéristiques de la méthode de la reconnaissance .....	100
II.A.3.2.2.	La méthode de la reconnaissance dans la jurisprudence de la CourEDH et de la CJUE.....	101
II.A.3.2.2.a.	La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme .....	101
II.A.3.2.2.b.	La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne .....	102
II.A.3.2.2.b.i.	L'affaire <i>Garcia Avello</i> .....	103
II.A.3.2.2.b.ii.	L'arrêt <i>Coman</i> .....	104
II.A.3.2.3.	L'impact de la diffusion de la méthode de la reconnaissance sur l'harmonie des solutions .....	105
II.B.	La reconnaissance de l'autonomie en droit international privé positif .....	107
II.B.1.	Les sources des règles de droit international privé .....	107
II.B.1.1.	La loi suisse de droit international privé .....	107
II.B.1.2.	Les conventions de Bruxelles et de Lugano.....	108
II.B.1.3.	Les règlements européens .....	110

II.B.1.3.1.	L'adoption de plusieurs règlements en matière de droit de la famille.....	110
II.B.1.3.1.a.	Les règlements en matière de divorce (n° 2019/1111 et n° 1259/2010).....	111
II.B.1.3.1.b.	Le règlement sur les aliments (n° 4/2009).....	112
II.B.1.3.1.c.	Le règlement sur les régimes matrimoniaux (n° 2016/1103) .....	113
II.B.1.3.2.	La difficile articulation des règlements européens .....	114
II.B.1.3.2.a.	Le champ d'application matériel .....	115
II.B.1.3.2.b.	Le champ d'application territorial .....	117
II.B.1.3.2.c.	Le champ d'application spatial .....	118
II.B.1.4.	Les instruments de La Haye sur le droit applicable aux obligations alimentaires : la convention de 1973 et le protocole de 2007.....	119
II.B.2.	Les systèmes de compétence .....	122
II.B.2.1.	Les chefs de compétence objectifs.....	122
II.B.2.1.1.	Les chefs de compétence objectifs en Suisse.....	122
II.B.2.1.1.a.	En matière de divorce .....	122
II.B.2.1.1.b.	En matière d'obligations alimentaires .....	124
II.B.2.1.1.b.i.	Sur la base de la loi suisse de droit international privé .....	124
II.B.2.1.1.b.ii.	Sur la base de la convention de Lugano .....	125
II.B.2.1.1.c.	En matière de régimes matrimoniaux .....	127
II.B.2.1.2.	Les chefs de compétence objectifs dans les textes européens .....	128
II.B.2.1.2.a.	En matière de divorce .....	128
II.B.2.1.2.b.	En matière d'obligations alimentaires .....	130
II.B.2.1.2.b.i.	Les chefs de compétence principaux.....	131
II.B.2.1.2.b.ii.	Les autres chefs de compétence : subsidiaire et résiduel .....	132
II.B.2.1.2.c.	En matière de régimes matrimoniaux .....	133
II.B.2.1.2.c.i.	Les chefs de compétence principaux.....	134
II.B.2.1.2.c.ii.	La compétence de substitution .....	137
II.B.2.1.2.c.iii.	Les compétences subsidiaires.....	137
II.B.2.2.	L'autonomie de la volonté en matière de compétence .....	139
II.B.2.2.1.	L'absence d'une possibilité d'élection de for en matière de divorce .....	140
II.B.2.2.2.	L'élection de for en matière alimentaire.....	142
II.B.2.2.2.a.	L'élection de for dans la convention de Lugano.....	142
II.B.2.2.2.b.	L'élection de for dans la loi suisse de droit international privé.....	144
II.B.2.2.2.c.	L'élection de for dans le règlement européen n° 4/2009.....	145
II.B.2.2.3.	L'élection de for en matière de régimes matrimoniaux.....	147
II.B.2.2.3.a.	L'élection de for dans la loi suisse de droit international privé.....	147
II.B.2.2.3.b.	L'élection de for dans le règlement européen n° 2016/1103.....	148
II.B.3.	Les règles en matière de droit applicable.....	152
II.B.3.1.	Les rattachements objectifs.....	152

II.B.3.1.1.	La loi applicable au divorce .....	152
II.B.3.1.2.	La loi applicable en matière alimentaire .....	153
II.B.3.1.2.a.	Le rattachement principal : la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments .....	153
II.B.3.1.2.b.	Les dérogations .....	155
II.B.3.1.2.b.i.	Les facteurs de rattachement subsidiaires dans la convention de 1973 .....	155
II.B.3.1.2.b.ii.	Les dérogations dans le protocole de 2007 .....	156
II.B.3.1.3.	La loi applicable aux régimes matrimoniaux .....	157
II.B.3.1.3.a.	La détermination de la loi applicable dans la loi suisse de droit international privé .....	157
II.B.3.1.3.a.i.	Les principes fondamentaux .....	157
II.B.3.1.3.a.ii.	La loi applicable à défaut de choix des parties .....	158
II.B.3.1.3.b.	La détermination de la loi applicable dans le règlement européen n°2016/1103 .....	161
II.B.3.1.3.b.i.	Les principes fondamentaux .....	161
II.B.3.1.3.b.ii.	La loi applicable à défaut de choix des parties .....	162
II.B.3.2.	L'autonomie de la volonté en matière de droit applicable .....	165
II.B.3.2.1.	Le choix de loi en matière de divorce .....	166
II.B.3.2.1.a.	L'absence de choix dans la loi suisse de droit international privé .....	166
II.B.3.2.1.b.	Le choix de la loi applicable dans le règlement européen n° 1259/2010 ....	166
II.B.3.2.1.b.i.	Les possibilités de choix .....	167
II.B.3.2.1.b.ii.	Les modalités du choix .....	168
II.B.3.2.2.	Le choix de loi en matière alimentaire .....	169
II.B.3.2.2.a.	L'absence de choix de la loi applicable aux obligations alimentaires en Suisse, sur la base de la LDIP et de la convention de La Haye de 1973 .....	169
II.B.3.2.2.b.	Le choix de la loi applicable aux obligations alimentaires dans le protocole de La Haye de 2007 .....	171
II.B.3.2.2.b.i.	Les possibilités de choix .....	172
II.B.3.2.2.b.ii.	Les modalités du choix .....	173
II.B.3.2.2.b.iii.	Les restrictions au choix .....	174
II.B.3.2.3.	Le choix de loi en matière de régimes matrimoniaux .....	175
II.B.3.2.3.a.	Le choix de la loi applicable dans la loi suisse de droit international privé .....	175
II.B.3.2.3.a.i.	Les possibilités de choix .....	175
II.B.3.2.3.a.ii.	Les modalités du choix .....	177
II.B.3.2.3.a.iii.	Les restrictions au choix .....	178
II.B.3.2.3.b.	Le choix de la loi applicable dans le règlement européen n° 2016/1103 ....	179
II.B.3.2.3.b.i.	Les possibilités de choix .....	180

II.B.3.2.3.b.ii.	Les modalités du choix .....	181
II.B.3.2.3.b.iii.	Les restrictions au choix .....	182
II.C.	Synthèse .....	185
<b>Conclusion de la première partie</b>		<b>189</b>
<b>DEUXIÈME PARTIE : L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ EN MATIÈRE SUCCESSORALE</b>		<b>191</b>
<b>Chapitre I : L'autonomie de la volonté en droit matériel</b>		<b>193</b>
I.A.	Le développement historique du principe d'autonomie en matière successorale .....	193
I.A.1.	En droit suisse .....	193
I.A.2.	En droit français .....	195
I.A.3.	En droit italien .....	196
I.B.	La reconnaissance de l'autonomie en droit positif .....	198
I.B.1.	La position du conjoint survivant dans la succession « <i>ab intestat</i> » .....	199
I.B.2.	L'étendue et les limites de l'autonomie privée en droit matériel .....	200
I.B.2.1.	Les instruments de la planification .....	200
I.B.2.1.1.	Le testament .....	201
I.B.2.1.1.a.	Le testament unilatéral .....	201
I.B.2.1.1.a.i.	Définition et généralités .....	201
I.B.2.1.1.a.ii.	Les exigences formelles .....	201
I.B.2.1.1.b.	Un instrument réservé aux époux : le testament conjonctif .....	202
I.B.2.1.1.b.i.	Définition et généralités .....	203
I.B.2.1.1.b.ii.	L'interdiction des testaments conjonctifs .....	204
I.B.2.1.2.	Le pacte successoral .....	206
I.B.2.1.2.a.	La réglementation des pactes successoraux en Suisse .....	206
I.B.2.1.2.a.i.	Généralités .....	206
I.B.2.1.2.a.ii.	Les exigences formelles .....	208
I.B.2.1.2.b.	L'interdiction des pactes successoraux en France et Italie .....	209
I.B.2.1.2.c.	L'assouplissement de l'interdiction en France et en Italie .....	211
I.B.2.1.2.c.i.	Les pactes successoraux exceptionnellement admis par la loi .....	212
I.B.2.1.2.c.ii.	Les équivalents fonctionnels aux pactes successoraux .....	215
I.B.2.1.3.	Le contrat de mariage au service de la planification successorale .....	217
I.B.2.1.3.a.	Les libéralités en faveur du conjoint survivant en Suisse .....	218
I.B.2.1.3.b.	Les avantages matrimoniaux en France .....	220
I.B.2.1.3.c.	Le « fondo patrimoniale » en Italie .....	222
I.B.2.2.	Les limitations au pouvoir de disposition du de cujus : la réserve .....	223
I.B.2.2.1.	La réserve en droit comparé : une institution « mourante » ? .....	224
I.B.2.2.2.	Les héritiers réservataires en droit matériel .....	226



I.B.2.2.2.a.	La réserve des descendants .....	226
I.B.2.2.2.b.	La réserve des ascendants .....	228
I.B.2.2.2.c.	La réserve du conjoint survivant .....	229
I.C.	Synthèse .....	231
<b>Chapitre II : L'autonomie de la volonté en droit international privé</b>		<b>233</b>
II.A.	Le développement historique du principe d'autonomie en droit international privé ..	234
II.B.	La reconnaissance du principe d'autonomie en droit international privé positif .....	238
II.B.1.	Les sources des règles de droit international privé .....	238
II.B.1.1.	La loi suisse de droit international privé .....	238
II.B.1.2.	Le règlement européen n° 650/2012 .....	239
II.B.1.2.1.	Les raisons de l'intérêt de l'UE pour les successions internationales .....	239
II.B.1.2.2.	La structure du règlement européen sur les successions .....	241
II.B.2.	Les systèmes de compétence .....	242
II.B.2.1.	Les chefs de compétence objectifs .....	242
II.B.2.1.1.	Le for de la dernière résidence habituelle ou du dernier domicile du défunt ..	242
II.B.2.1.2.	Les autres chefs de compétence .....	243
II.B.2.1.2.a.	Les dérogations prévues dans la loi suisse de droit international privé .....	243
II.B.2.1.2.a.i.	La réserve de la compétence des autorités du lieu de situation de l'immeuble .....	243
II.B.2.1.2.a.ii.	Le for subsidiaire au lieu d'origine du défunt .....	244
II.B.2.1.2.a.iii.	Le for subsidiaire lié aux biens situés en Suisse .....	245
II.B.2.1.2.b.	Les dérogations prévues dans le règlement européen n° 650/2012 .....	246
II.B.2.1.2.b.i.	Le déclinatoire de compétence en cas de choix de loi .....	246
II.B.2.1.2.b.ii.	Les compétences subsidiaires .....	247
II.B.2.1.3.	Le risque de conflit positif de compétence et les possibles solutions .....	249
II.B.2.2.	L'autonomie de la volonté en matière de compétence .....	251
II.B.2.2.1.	Dans la loi suisse de droit international privé .....	251
II.B.2.2.1.a.	La prorogation de for en faveur des autorités suisses .....	251
II.B.2.2.1.b.	La prorogation de for en faveur des autorités étrangères .....	253
II.B.2.2.2.	Dans le règlement européen n° 650/2012 .....	255
II.B.2.2.2.a.	L'élection de for par les parties à la procédure .....	255
II.B.2.2.2.b.	L'impossibilité d'une élection de for de la part du futur de cujus .....	257
II.B.2.2.2.c.	Les modalités et conditions de l'élection de for .....	257
II.B.3.	Les règles en matière de droit applicable .....	259
II.B.3.1.	Les rattachements objectifs .....	259
II.B.3.1.1.	La loi applicable à l'ensemble de la succession .....	259
II.B.3.1.1.a.	Le rattachement à la dernière résidence habituelle ou dernier domicile .....	259
II.B.3.1.1.b.	Les exceptions et dérogations .....	261

II.B.3.1.1.c.	Le risque de scission .....	262
II.B.3.1.1.c.i.	La scission de fait .....	263
II.B.3.1.1.c.ii.	La scission légale.....	264
II.B.3.1.1.c.iii.	La scission volontaire.....	265
II.B.3.1.1.c.iv.	Conclusion.....	266
II.B.3.1.2.	La loi applicable aux dispositions pour cause de mort .....	268
II.B.3.1.2.a.	Dans la loi suisse de droit international privé.....	268
II.B.3.1.2.a.i.	La loi applicable aux testaments.....	268
II.B.3.1.2.a.ii.	La loi applicable aux pactes successoraux .....	270
II.B.3.1.2.b.	Dans le règlement européen n° 650/2012 .....	274
II.B.3.2.	L'autonomie de la volonté en matière de droit applicable.....	276
II.B.3.2.1.	Le choix de la loi applicable à la succession : la <i>professio juris</i> .....	276
II.B.3.2.1.a.	La <i>professio juris</i> dans la loi suisse de droit international privé.....	277
II.B.3.2.1.a.i.	La portée de la <i>professio juris</i> pour un étranger domicilié en Suisse.....	277
II.B.3.2.1.a.ii.	La portée de la <i>professio juris</i> pour un <i>de cujus</i> domicilié à l'étranger .....	281
II.B.3.2.1.b.	La <i>professio juris</i> dans le règlement européen n° 650/2012.....	283
II.B.3.2.1.c.	<i>Professio juris</i> et ordre public : la protection des réserves héréditaires.....	285
II.B.3.2.1.c.i.	Dans la loi suisse de droit international privé .....	286
II.B.3.2.1.c.ii.	Dans le règlement européen n° 650/2012.....	289
II.B.3.2.2.	Le choix de la loi applicable aux dispositions pour cause de mort.....	294
II.B.3.2.2.a.	Le choix dans la loi suisse de droit international privé.....	294
II.B.3.2.2.a.i.	Le choix de loi pour les testaments .....	294
II.B.3.2.2.a.ii.	Le choix de loi pour les pactes successoraux .....	296
II.B.3.2.2.b.	Le choix dans le règlement européen n° 650/2012.....	300
II.C.	Synthèse .....	302
<b>Conclusion de la deuxième partie</b>		<b>305</b>

**TROISIÈME PARTIE : LE RÔLE DU PRINCIPE D'AUTONOMIE DANS LA RECHERCHE DE COORDINATION** **307**

**Chapitre I : Introduction** **309**

I.A.	La segmentation de la réglementation de rapports de droit connexes .....	312
I.A.1.	L'insuffisance des rattachements objectifs dans la coordination de la loi applicable .....	314
I.A.1.1.	Le déficit de coordination de la loi applicable aux questions matrimoniales.....	314
I.A.1.2.	Le déficit de coordination de la loi applicable aux successions et aux régimes matrimoniaux .....	317

I.A.2.	L'inadéquation des rattachements objectifs dans la coordination de la compétence.....	318
I.A.2.1.	L'impossibilité de concentration du contentieux matrimonial.....	318
I.A.2.2.	Les difficultés suscitées par la concentration du contentieux en matière de succession et régimes matrimoniaux.....	319
I.B.	La coordination comme remède à la segmentation dans des matières connexes.....	321
I.B.1.	Les avantages recherchés par la coordination.....	321
I.B.1.1.	Garantir la sécurité et prévisibilité juridique.....	321
I.B.1.2.	La réduction des coûts procéduraux.....	322
I.B.1.3.	Limiter les questions de qualification et d'adaptation .....	323
I.B.1.3.1.	La qualification .....	323
I.B.1.3.1.a.	La démarche de qualification .....	323
I.B.1.3.1.b.	Le conflit de qualification .....	325
I.B.1.3.1.b.i.	Distinguer les attributions alimentaires des répartitions de biens dans le cadre du régime matrimonial.....	325
I.B.1.3.1.b.ii.	L'articulation entre la liquidation du régime et la dévolution successorale .....	326
I.B.1.3.2.	La méthode de l'adaptation .....	330
I.B.1.3.2.a.	Les cas d'adaptation.....	331
I.B.1.3.2.b.	La méthode de l'adaptation dans les cas de transposition.....	332
I.C.	Synthèse .....	334
<b>Chapitre II : La coordination internationale par l'utilisation des outils d'autonomie de la volonté</b>		<b>337</b>
II.A.	L'insuffisance du système de choix actuel.....	338
II.A.1.	Les difficultés de coordination au niveau de la loi applicable .....	339
II.A.1.1.	Les difficultés de coordination de la loi applicable aux questions matrimoniales .....	339
II.A.1.2.	Les difficultés de coordination de la loi applicable en matière de régimes matrimoniaux et de successions .....	341
II.A.2.	Les difficultés de coordination au niveau de la compétence.....	345
II.A.2.1.	La concentration du contentieux en cas de divorce.....	345
II.A.2.2.	La concentration du contentieux en cas de décès de l'un des époux .....	346
II.B.	Améliorer la coordination par le biais du choix de la loi applicable.....	347
II.B.1.	Le choix de loi pour coordonner la loi applicable au divorce, aux obligations alimentaires et aux régimes matrimoniaux.....	348
II.B.1.1.	L'élection de droit comme outil de coordination de la loi applicable au divorce et aux obligations alimentaires .....	348
II.B.1.2.	L'élection de droit comme outil de coordination de la loi applicable au divorce et aux régimes matrimoniaux .....	350

II.B.2.	Le choix de loi pour coordonner la loi applicable aux régimes matrimoniaux et aux successions .....	350
II.C.	Améliorer la coordination par le biais d'un choix de for.....	353
II.C.1.	L'admission de l'élection de for en matière de divorce dans le règlement n° 2019/1111 .....	353
II.C.1.1.	L'admission de l'élection de for en matière de divorce.....	354
II.C.1.1.1.	Les raisons de l'admission du principe de l'élection de for .....	354
II.C.1.1.1.a.	L'admission du principe de l'élection de for face au mouvement de « privatisation » divorce .....	354
II.C.1.1.1.b.	Les avantages de l'élection de for dans la recherche de coordination.....	356
II.C.1.1.1.c.	Les dangers de l'élection de for et les possibles aménagements .....	358
II.C.1.1.2.	Coordonner les modalités de l'élection de for.....	358
II.C.2.	L'admission d'une élection de for unilatérale en matière de successions dans le règlement n° 650/2012.....	360
II.D.	Les risques liés à la planification individuelle et ses limites en droit patrimonial de la famille .....	361
II.D.1.	Les risques de fraude et d'abus.....	361
II.D.2.	Les nécessaires encadrements.....	364
II.D.2.1.	L'ordre public .....	364
II.D.2.2.	Les lois de police .....	367
II.D.2.3.	L'impératif de protection des intérêts de la partie faible .....	369
II.E.	Synthèse.....	374
<b>Chapitre III : La coordination internationale par l'harmonisation des droits matériels</b>		<b>377</b>
III.A.	L'harmonisation des droits matériels : problème ou solution ?.....	378
III.B.	Le potentiel d'harmonisation issu de la circulation des modèles normatifs familiaux .....	379
III.B.1.	L'influence des systèmes supranationaux sur les ordres juridiques nationaux .....	379
III.B.1.1.	L'absence de règles uniformes : l'échec d'un « droit européen de la famille » .	379
III.B.1.2.	L'influence exercée par la CEDH et la jurisprudence de la CourEDH .....	380
III.B.1.3.	L'influence exercée par le droit européen .....	381
III.B.1.3.1.	L'influence de la législation européenne .....	381
III.B.1.3.2.	L'influence de la jurisprudence de la Cour de justice lors de la mise en œuvre de la réglementation européenne .....	385
III.B.1.3.2.a.	L'effet harmonisateur des interprétations « autonomes ».....	385
III.B.1.3.2.b.	L'intersection des ordres juridiques comme résultat de l'application de la méthode de la reconnaissance.....	387
III.B.2.	Les interactions entre les systèmes nationaux .....	388
III.B.2.1.	La familiarisation et l'application du droit étranger comme résultat de l'application de la réglementation européenne .....	388

---

III.B.2.2.	L'interaction des ordres juridiques par le biais de la méthode comparative .....	389
III.B.3.	Le résultat des interactions : une contractualisation harmonisée du droit de la famille en droit matériel ? .....	391
III.C.	L'harmonisation par la libéralisation du droit matériel de la famille.....	392
III.C.1.	La reconnaissance progressive des conventions anticipées sur les effets du divorce .....	393
III.C.1.1.	Le principe de nullité et ses contradictions en droit matériel.....	393
III.C.1.2.	La nécessité d'une révision en droit matériel.....	394
III.C.2.	L'assouplissement de l'interdiction des pactes successoraux .....	395
III.C.2.1.	La prohibition relative en droit matériel .....	395
III.C.2.2.	La reconnaissance en droit international privé.....	395
III.C.2.3.	La potentielle admission en droit matériel .....	397
III.D.	Synthèse .....	399
	<b>Conclusion de la troisième partie</b>	<b>403</b>
	 <b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b>	 <b>405</b>



## Table des abréviations

al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BK	Berner Kommentar
BLV	Base législative vaudoise
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BOMJ	Bulletin officiel du ministère de la Justice
c.	contre
CCF	Code civil français
CCI	Code civil italien du 16 mars 1942, GU n° 79 du 4 avril 1942
CCS	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CL	Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, RS 0.275.12
CLaH Trust	Convention de La Haye du 1 juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, RS 0.221.371
CLaH 78	Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux

CLaH 73	Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, RS 0.211.213.01
consid.	considérant(s)
COS	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPCF	Code français de procédure civile
CPCS	Code suisse du 19 décembre 2008 de procédure civile, RS 272
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution
E	Conseil des États
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EGBGB	<i>Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch</i>
fasc.	fascicule
FF	Feuille fédérale
GU	Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana
JORF	Journal officiel de la République française
LDIP/IPRG	Loi suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987, RS 291
let.	lettre(s)
LFLP	Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.42
LugÜ	<i>Lugano-Übereinkommen</i>
N	Conseil National (en lien avec les références du Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale)/ numéro(s) (en lien avec les références aux commentaires de loi)
n°	numéro(s)
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
<i>infra</i>	plus bas
OJ	<i>Official Journal of the European Union</i>
p.	page(s)



paragr.	paragraphe(s)
prot. 2007	Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires
r.	règlement
RO	Recueil Officiel
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSV	Recueil systématique du canton du Valais
ss	suivant(e)s
<i>supra</i>	plus haut
TF	Tribunal fédéral
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), OJ C 326/47 du 26 novembre 2012
Tit. fin.	Titre final
TUE	Traité sur l'Union européenne (version consolidée), OJ C 326/47 du 26 novembre 2012
UE	Union européenne
vol.	volume(s)
ZK	Zürcher Kommentar



# Bibliographie

*Toutes les sources sont classées par ordre alphabétique.*

## Doctrine

AÏT AHMED LILIA, *Principe de cohérence et droit international privé de la famille européen*, Université Panthéon-Sorbonne – Paris I, 2021.

ALAGNA SERGIO, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Giuffrè Editore, 1979.

ALLAROUSSE VERONIQUE, « A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law », *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1991/3, p. 479-516.

ANCEL BERTRAND

- « Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français », *Revue critique de droit international privé*, 2018/1, p. 87-98 (cité : ANCEL, Réserve).
- *Éléments d'histoire du droit international privé*, Panthéon-Assas Éditions, 2017 (cité : ANCEL, Éléments).

ANCEL BERTRAND/ MUIR WATT HORATIA, Annotations sur la consultation 53 du De Moulin traduite en français in : Courbe Patrick/ Jourdain Patrice/ Demeester Marie-Luce *et al.* (édit.), *Le monde du droit : écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 1-19.

ANDREOLA EMANUELA, « Autonomia negoziale dei coniugi e regime patrimoniale legale. Riducibilità della comunione e rifiuto del coacquisto ex lege », *Rivista di diritto civile*, 2007/1, p. 55-92.

ANGELONI FRANCO, « La cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: *distinguishing o prospective overruling?* », *Contratto e impresa*, 2000, p. 1136-1155.

ARMINJON PIERRE, *Précis de droit international privé. Les notions fondamentales du droit international privé*, Dalloz, 1947.

ARSEGUEL-MEUNIER ISABELLE/ GALLIEZ LIONEL, « La prévisibilité des pactes successoraux en droit international privé », *Actualité Juridique Famille*, 2015/7-8, p. 378-380.

AUDIT MATHIAS, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *Journal du droit international*, 2004/3, p. 789-816 (cité : AUDIT, L'interprétation autonome).

AUDIT BERNARD

- *Droit international privé*, Economica, 1991 (cité : AUDIT, Droit).
- *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974 (cité : AUDIT, La fraude).

AUGE GUY, « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », *Archives de philosophie du droit*, 1968, p. 99-114.

AULETTA TOMMASO, « Autonomia privata e comunione fra coniugi », *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2012/10, p. 617-635.

AVAGLIANO MARCO, « Famiglia e accordi per la crisi, tra matrimoni, unioni civili e convivenze », *Rivista del notariato*, 2017/2, p. 251-311.

AYARI MOUNIR, Les définitions juridiques dans le code des obligations et des contrats in : Kamel Charfeddine (édit.), *Livre du centenaire du Code des obligations et des contrats 1906-2006*, Centre de publication universitaire de Tunis, 2006, p. 103-137.

AZAVANT MARC, « Famille », *Répertoire de droit européen*, octobre 2017.

BACHMANN BRUNO, « Nouveau droit du divorce », *L'expert fiduciaire*, 2000, p. 322-325.

BADDELEY MARGARETA

- « La réserve héréditaire : *quo vadis* ? », *Successio*, 2014, p. 282-291 (cité : BADDELEY, La réserve).
- « Le droit matrimonial au service de la planification de la succession », *Successio*, 2009, p. 247-258 (cité : BADDELEY, Le droit matrimonial).

BAHUREL CHARLES, Gestion concurrente des biens communs in : Grimaldi Michel (édit.), *Droit patrimonial de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021, p. 186-197.

BARBA VINCENZO, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.

BARNICH LAURENT, « Deux nouveaux règlements européens de droit international privé : quelques changements à venir en matière de régimes matrimoniaux et de partenariats », *Revue du notariat belge*, 2017, p. 146-180.

BARRIERE-BROUSSE ISABELLE., « La révision du règlement Bruxelles II “bis” : perspectives communautaires sur les désunions internationales », *Recueil Dalloz*, 2008/10, p. 625-630.

BARTIN ÉTIENNE, La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois, *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Brill, 1931/31.

BARUFFI MARIA CATERINA/ ESPINOSA CALABUIG ROSARIO/ GONZALEZ BEILFUSS CRISTINA *et al.*, Applicable law in : : Viarengo Ilaria/ Villata Francesca (édit.), *Planning the future of cross border families : a path through coordination*, Hart Publishing, 2020, p. 170-216.

BASEDOW JÜRGEN, *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, Brill, 2015.

BATIFFOL HENRI

- *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 2002 (cité : BATIFFOL, Aspects).
- *Problèmes de base de philosophie du droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979 (cité : BATIFFOL, Problèmes).
- Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats in : *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. I, Dalloz et Sirey, 1960, p. 39-58 (cité : BATIFFOL, Subjectivisme).
- L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française in : *Festschrift Hans Lewald : bei Vollendung des vierzigsten Amtsjahres als ordentlicher Professor im Oktober 1953*, Helbing Lichtenhahn, 1953, p. 219-224 (cité : BATIFFOL, L'affirmation).

BECKERT JENS/ DUNLAP THOMAS, *Inherited Wealth*, Princeton University Press, 2008.

BERAUDO JEAN-PAUL/ BERAUDO MARIE-JOSEPHE, « Convention de Bruxelles, Convention de Lugano, Règlement (CE) n° 44/2001 et (UE) n° 1215/2012. Compétence. Prorogation volontaire de compétence », *JurisClas-*

*seur. Procédure civile*, fasc. 2100-50, 2018.

BERGER MARIE, « Suisse », *Actualité Juridique Famille*, 2018/1, p. 27-28.

BEYLEVELD DERYCK/ BROWNSWORD ROGER, *Consent in the Law*, Hart Publishing, 2007.

BIANCA MASSIMO, *Diritto civile. La famiglia*, 6<sup>e</sup> éd., Giuffrè Editore, 2017.

BICHERON FREDERIC

- L'actif : biens acquis avant le mariage in : Grimaldi Michel (édit.), *Droit patrimonial de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021, p. 135-138 (cité : BICHERON, L'actif).
- Principe de prohibition des pactes sur succession future in : Grimaldi Michel (édit.), *Droit patrimonial de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021, p. 412-433 (cité : BICHERON, Principe de prohibition).
- Pactes sur succession future exceptionnellement autorisés in : Grimaldi Michel (édit.), *Droit patrimonial de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021, p. 434-451 (cité : BICHERON, Pacte sur succession future).

BIDAUD-GARON CHRISTINE, Le rôle des instruments et des techniques de coordination : garanties d'application effective des règlements ou facteurs d'harmonisation des droits internes ? in : Fulchiron Hugues/ Bidaud-Garon Christine (édit.), *Vers un statut européen de la famille ?*, Dalloz, 2014, p. 201-212.

BOCCHINI FERNANDO, « Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari », *Rivista di diritto civile*, 2001/4, p. 431-454.

BOELE-WOELKI KATHARINA

- « For Better or for Worse: the Europeanization of International Divorce Law », *Yearbook of Private International Law*, 2010, p. 1-26 (cité : BOELE-WOELKI, For Better or for Worse).
- « Art. 8 Haager Unterhaltsübereinkommen steht einer Rechtswahl nicht entgegen », *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1998/6, p. 492-495 (cité : BOELE-WOELKI, Art. 8 Haager).

BOHNET FRANÇOIS, *CPC annoté*, FAS Édition, 2016 (cité : BOHNET, art. X N Y).

BOHNET FRANÇOIS/ GUILLOD OLIVIER/ BURGAT SABRINA (édit.), *Commentaire pratique droit matrimonial : fond et procédure*, 2<sup>e</sup> éd., Helbing Lichtenhahn, 2016 (cité : CommPrat-AUTEUR, art. X N Y).

BOISSON JULIEN, Règles de fond des donations : parties au contrat in : Grimaldi Michel (édit.), *Droit patrimonial de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021.

DI MARZIO FABRIZIO (édit.), *Codice civile*, 2<sup>e</sup> éd., Giuffrè Editore, 2017 (cité: Codice civile-AUTEUR, art. X N Y).

BONNET GILLES, Règles fiscales propres aux transmissions entre vifs in : Grimaldi Michel (édit.), *Droit patrimonial de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021.

BONNET VINCENT/ BOSSE-PLATIERE HUBERT/ MULLOT-THIEBAUD AUREORE, « Obligations alimentaires qui découlent du lien matrimonial », *Répertoire de droit civil*, décembre 2022.

BONOMI ANDREA

- L'élection de for en droit matrimonial international – Un état de lieu en droit suisse et européen et quelques propositions pour l'avenir in : Meier Philippe/ Tappy Denis (édit.), *Jurisconsultus es, iuris nihil a te alienum putamus - Mélanges en l'honneur du Professeur Denis Piotet*, Stämpfli, 2023, p. 67-86 (cité : BONOMI, L'élection de for).
- « Compétence de l'État de la résidence habituelle, compétences résiduelles et *forum necessitatis* sous l'empire des règlements no 2201/2003 et no 4/2009 », *Revue critique de droit international privé*, 2023/3, p. 1-16 (cité : BONOMI, Compétence de l'État).
- La refonte du règlement, une occasion manquée pour les règles de compétence en matière matrimoniale ? in : Corneloup Sabine/ Gallant Estelle/ Égée Vincent *et al.* (édit.), *Divorce, responsabilité parentale, enlèvement international. Commentaire du Règlement 2019/1111 du 25 juin 2019*, Bruylant, 2023, p. 149-190 (cité : BONOMI, La refonte du règlement).
- Coherence and Coordination among EU Private International Law Regulations in Family and Succession Matters in : Forner Delaygua Joaquiim/ Santos Alfredo (édit.), *Coherence of the Scope of application EU Private International Legal Instruments*, Schulthess, 2020, p. 27-41 (cité : BONOMI, Coherence and Coordination).
- Les Règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés - un premier regard depuis la Suisse in : Steinauer Paul-Henri/ Mooser Michel/ Eigenmann Antoine (édit.), *Journée de droit successoral 2019*, Stämpfli, 2019, p. 169-204 (cité : BONOMI, Les Règlements européens).

- « La révision du chapitre 6 LDIP : le droit applicable à la succession à défaut de choix et aux dispositions pour cause de mort », *Successio*, 2019, p. 238-248 (cité : BONOMI, La révision).
- La soumission de la succession au droit anglais : discussion de quelques questions controversées in : Bonomi Andrea/ Piotet Denis/ Frésard Philippe (édit.), *Droit successoral international : Recueil des contributions du 8e Séminaire de formation de la Fondation Notariat Suisse et de la 2e Journée de droit patrimonial international du 3 septembre 2019*, Schulthess, 2019, p. 141-170 (cité : BONOMI, La soumission).
- Compétence accessoire versus proximité et prévisibilité du for : quelques réflexions sur ces objectifs antagonistes à l'aune des Règlements sur les régimes et les partenariats in : Ancel Marie-Elodie/d'Avout Louis/ Goré Marie *et al.* (édit.), *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières – Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Iprolex Editions, 2018, p. 227-241 (cité : BONOMI, Compétence accessoire).
- « La compétence internationale en matière de divorce. Quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles II bis », *Revue critique de droit international privé*, 2017/4, p. 511-534 (cité : BONOMI, La compétence internationale).
- Les propositions de règlement de 2011 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés - Quelques remarques critiques in : Bonomi Andrea/ Schmid Christina (édit.), *Droit international privé de la famille - Les développements récents en Suisse et en Europe*, Schulthess, 2014, p. 53-64 (cité : BONOMI, Les propositions de règlement).
- Rapport explicatif sur le Protocole HCCH Loi applicable aux obligations alimentaires de 2007, 2013 (cité : BONOMI, Rapport explicatif).
- « The Interaction Among the Future EU Instruments on Matrimonial Property, Registered Partnerships and Successions », *Yearbook of Private International Law*, 2011, p. 217-232 (cité : BONOMI, The Interaction).
- Successions internationales : conflits de lois et de juridictions, *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Brill, 2011/350 (cité : BONOMI, Successions internationales).
- Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé in : Bonomi Andrea/ Steiner Marco (édit.), *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé - Actes du colloque de Lausanne du 30 septembre 2005*, Université de Lausanne, 2006, p. 59-75 (cité : BONOMI, Les régimes matrimoniaux).



- « Mandatory Rules in Private International Law: The quest for uniformity of decisions in a global environment », *Yearbook of Private International Law*, 1999, p. 215-248 (cité : BONOMI, Mandatory Rules).

BONOMI ANDREA/ BERTHOLET JULIE, *La professio juris en droit international privé suisse et comparé* in : Bianchi François (édit.), *Mélanges publiés par l'Association des notaires vaudois, à l'occasion de son centenaire*, Schulthess, 2005, p. 355-380.

BONOMI ANDREA/ DUTOIT BERNARD, *Droit international privé suisse : commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 6 éd., Helbing Lichtenhahn, 2022 (cité : BONOMI/ DUTOIT, art. X N Y).

BONOMI ANDREA/ WAUTELET PATRICK

- *Le droit européen des relations patrimoniales de couple : commentaire des règlements 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, 2021 (cité : Relations patrimoniales-AUTEUR, art. X N Y).
- *Le droit européen des successions*, 2<sup>e</sup> éd., Bruylant, 2016 (cité : Successions-AUTEUR, art. X N Y).

BORRAS ALEGRIA, Introduction générale : l'évolution du droit de la famille en Europe in : Fulchiron Hugues/ Bidaud-Garon Christine (édit.), *Vers un statut européen de la famille?*, Dalloz, 2014, p. 5-15.

BOSSE-PLATIERE HUBERT, « La réforme du divorce par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004. Présentations, enjeux, débats », *Informations sociales*, 2005/2, p. 100-106.

BOUKHARI RIDHA, « La qualification en droit international privé », *Les Cahiers de droit*, 2010/1, p. 159-193.

BOURDELOIS BEATRICE, Relations familiales internationales et *professio iuris* in : *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2014, p. 137-154.

BUCHER ANDREAS

- La dimension sociale du droit international privé, *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Brill, 2010/341.
- *Commentaire romand de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) et de la Convention de Lugano (CL)*, Helbing Lichtenhahn, 2011 (cité : CR LDIP/CL-BUCHER, art. X N Y).

BÜCHLER ANDREA/ DICKENMANN SIBILLA, « Das gemeinschaftliche Testa-

ment Ein Rechtsvergleich Schweiz - Deutschland », *Successio*, 2008, p. 74-81.

BUMBACA VITO, *Habitual Residence in International Family Law - Theory, Practice and Reform*, Schulthess, 2022.

BUREAU DOMINIQUE, L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois in : Frison-Roche Marie-Anne/ Lequette Yves/ Robert Jacques-Henri (édit.), *L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 285-305.

BÜRGI URS (édit.), *Internationales Erbrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Helbing Lichtenhahn, 2016 (cité : Internationales Erbrecht-AUTEUR, art. X N Y).

BURUIANĂ MONICA-ELENA, *L'application de la loi étrangère en droit international privé*, Université de Bordeaux, 2016.

BUSANI ANGELO

- *La successione mortis causa*, CEDAM, 2020 (cité : BUSANI, La successione).
- *I contratti nella famiglia*, CEDAM, 2020 (cité : BUSANI, I contratti).

CABRILLAC REMY, Généralités sur les régimes matrimoniaux in : Cabrillac Rémy/ Mourier Rachel (édit.), *Le Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, Wolters Kluwer, 2023.

CACCAVALLE CIRO, « Appunti per uno studio sul Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie », in : *Patti di famiglia per l'impresa. Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, e-library - Fondazione Italiana del Notariato, 2006.

CAERAN MIRCO, *Autonomia privata e crisi coniugale : un'indagine alla luce della teoria dei contratti relazionali e dell'analisi economica del diritto*, Université Ca' Foscari Venezia, 2021.

CALABUIG ROSARIO ESPINOSA, Cross-border Family Issues in the EU: Multiplicity of Instruments, Inconsistencies and Problems of Coordination in : Ruiz Abou-Nigm Verónica/ Blanca Noodt Taquela Maria (édit.), *Diversity and Integration in Private International Law*, Edinburgh University Press, 2019, p. 65-82.

CALAMANDREI PIERO, *Assemblea Costituente, Progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, séance n° XCIII du jeudi 17 avril 1947, disponible sous <https://documenti.camera.it> (consulté le 28 août 2021).

CALEB MARCEL, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Université de Strasbourg, 1927.

CALLIESS GRALF-PETER/ RENNER MORITZ (édit.), *Rome Regulations: Commentary*, 3<sup>e</sup> éd., Wolters Kluwer, 2020 (cité : Rome Regulations-AUTEUR, art. X N Y).

CALVO CARAVACA ALFONSO-LUIS/ DAVI ANGELO/ MANSEL HEINZ-PETER (édit.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge University Press, 2016 (cité : Succession Regulation-AUTEUR, art. X N Y).

CANSACCHI GIORGIO, Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois, *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Brill, 1953/83.

CAPORUSSO SIMONA, « Profili processuali delle nuove procedure consensuali di separazione e divorzio », *Rivista di Diritto Civile*, 2015/3, p. 711-732.

CARBONE VINCENZO, « L'autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi », *Famiglia e diritto*, 1994/2, p. 139-152.

CARBONNIER JEAN, « La question du divorce. Mémoire à consulter », *Recueil Dalloz*, 1975, p. 115-122.

CARINGELLA FRANCESCO/ GIOVAGNOLI ROBERTO, *Studi di diritto civile*, vol. I, Giuffrè Editore, 2007.

CARIOTA-FERRARA LUIGI, *Le successioni per causa di morte*, Morano editore, 1961.

CARLIER JEAN-YVES, *Autonomie de la volonté et statut personnel : étude prospective de droit international privé*, Bruylant, 1992.

CARRUTHERS JANEEN, « Party autonomy in the legal regulation of adult relationships: what place for party choice in private international law? », *The International and Comparative Law Quarterly*, 2012/4, p. 881-913.

CASEY JÉRÔME, « Le nouveau divorce par consentement mutuel : une réforme en clair-obscur », *Actualité Juridique Famille*, 2017/1, p. 14-25.

CELERIEN LAURENCE, « Aliments. Jurisdiction compétente. Droit applicable », *JurisClasseur. Droit international*, fasc. 549-50, 2019.

CENNI ILARIA, *Autonomia privata e accordi sulla crisi coniugale. Le prospettive dopo la L.54/2006*, Università degli Studi della Tuscia di Viterbo, 2012.

CHUARD LEA, *La qualification juridique de l'attribution d'une part supérieure ou de l'entier du bénéfice de l'union conjugale au conjoint survivant par contrat de mariage et ses effets en droit des successions : étude de droit suisse*, Université de Lausanne, 2014.

CICERO CRISTIANO, Il divieto del patto successorio nel Codice civile italiano in : Wolf Stephan/ Hrubesch-Millauer Stephanie/ Eggel Martin *et al.* (édit.), *Der Erbvertrag aus rechtsvergleichender Sicht / Il contratto successorio, aspetti di diritto comparato*, Stämpfli, 2018, p. 57-66.

CICU ANTONIO, *Il diritto di famiglia : teoria generale*, Athenaeum, 1914.

CLAUX PIERRE-JEAN/ DAVID STEPHANE, « La liquidation du régime de la communauté réduite aux acquêts », *Actualité Juridique Famille*, 2005/5, p. 168-183.

CLAUX JEAN-PIERRE, Historique in : Claux Pierre-Jean/ Boiché Alexandre/ David Stéphane *et al.* (édit.), *Droit et pratique du divorce*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022-2023, p. 45-53.

COLIN AMBROISE, Le droit de succession dans le Code civil in : *Livre du centenaire : Le Code civil 1804-1904*, vol. I, Dalloz, 2004, p. 295-325.

COMPORZI MARCO, « Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio », *Il Foro Italiano*, 1995/3, p. 105-120.

CORNELOUP SABINE

- « La circulation européenne du divorce sans juge : nouvel arrêt et toujours des incertitudes », *Revue critique de droit international privé*, 2023/2, p. 409-426 (cité : CORNELOUP, La circulation).
- « Les limites de la *favor divortii* européenne », *Revue critique de droit international privé*, 2020/4, p. 853-863 (cité : CORNELOUP, Les limites).

CORNELOUP SABINE/ GALLANT ESTELLE / ÉGÉA VINCENT *et al.* (édit.), *Divorce, responsabilité parentale, enlèvement international : commentaire du*

*règlement 2019/1111 du 25 juin 2019 (Bruxelles IIter)*, Bruylant, 2023 (cité : Bruxelles IIter-AUTEUR, art. X N Y).

CORPART ISABELLE, « L'amélioration de la protection *post mortem* des conjoints par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 », *Recueil Dalloz*, 2002/39, p. 2952-2957.

CORRAO MARIA ERSILIA, « Il diritto internazionale privato e processuale europeo in materia di obbligazioni alimentari », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011/1, p. 118-143.

COURVOISIER MAURICE, *Voreheliche und eheliche Scheidungsfolgenvereinbarungen - Zulässigkeit und Gültigkeitsvoraussetzungen : eine rechtsvergleichende Studie unter Berücksichtigung des US-amerikanischen und schweizerischen Rechts*, Helbing Lichtenhahn, 2002.

COUZIGOU-SUHAS NATHALIE, Le sort du régime matrimonial en cas de divorce in : *Divorce : 20 ans après*, Dalloz, 1997, p. 191-209.

DALMOTTO EUGENIO, « Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio », *Giurisprudenza Italiana*, 1993/2, p. 342-352.

DAVID STEPHANE

- Divorce par consentement mutuel extra-judiciaire in : Claux Pierre-Jean/ Boiché Alexandre/ David Stéphane *et al.* (édit.), *Droit et pratique du divorce*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022-2023, p. 247-300 (cité : DAVID, Divorce).
- Identification de la prestation compensatoire in : Claux Pierre-Jean/ Boiché Alexandre/ David Stéphane *et al.* (édit.), *Droit et pratique du divorce*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022-2023, p. 515-535 (cité : DAVID, Identification).

D'AVOUT LOUIS/ AUDIT BERNARD, *Droit international privé*, 7e éd., Economica, 2013.

DE FILIPPIS BRUNO, *Il diritto di famiglia*, CEDAM, 2011.

DE MARE CARMELA, « Nota alla sentenza Cass. civ. Sez. I, 11/08/1992, n. 9494 in tema di accordi preventivi tra i coniugi sul regime patrimoniale del divorzio », *Giurisprudenza Italiana*, 1993/6, p. 6.

DE PAOLA VINCENZO, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale. Il regime patrimoniale della famiglia*, Giuffrè Editore, 1995.

DEBERNARDI GIOVANNA, Il riconoscimento dei patti successori tra i coniugi in : Cagnazzo Alessandra/ Preite Filippo/ Tagliaferri Vera (édit.), *Il nuovo diritto di famiglia : Profili sostanziali, processuali e notarili*, Giuffrè Editore, 2015, p. 1201-1221.

DECHAUX JEAN-HUGUES, « La famille à l'heure de l'individualisme », *Revue Projet*, 2011, p. 24-32.

DE CLAVIERE-BONNAMOUR BLANDINE, L'impact des règlements de droit international privé européen sur les droits nationaux de la famille in : Fulchiron Hugues/ Bidaud-Garon Christine (édit.), *Vers un statut européen de la famille ?*, Dalloz, 2014, p. 189-200.

DEKEUWER-DEFOSSEZ FRANÇOISE, « Un divorce sans juge ? », *Revue Lamy Droit civil*, juillet-août 2016, p. 33-37.

DE LA GRASSERIE RAOUL, « De la volonté comme source du droit », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1911, p. 597-617.

DELMAS SAINT-HILAIRE PHILIPPE, La prestation compensatoire et les autres conséquences patrimoniales du divorce in : Larribau-Terneyre Virginie/ Lemouland Jean-Jacques (édit.), *La réforme du divorce : entre rupture et continuité*, LexisNexis, 2005, p. 59-76.

DE MARTINO CARLO/ MARTINOTTI ALESSANDRO/ MOLON ANDREA *et al.*, *Memento Pratico. Famiglia e Successioni*, Giuffrè Editore, 2021.

DEPRAZ ALEX, *La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé*, Université de Lausanne, 2002.

DE VAREILLES-SOMMIERES PASCAL, La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats in : *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 781-802.

DEVERS ALAIN, Régime matrimonial in : François Chénéde (édit.), *Droit de la famille*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2023-2024, p. 1940-1975.

DEVILLE SOPHIE/ NICOD MARC, « Réserve héréditaire – Réduction des libéralités », *Répertoire de droit civil*, avril 2020.

DI GIANDOMENICO GIOVANNI, Il Patto di famiglia nella sistematica del codice

in : *Patti di famiglia per l'impresa. Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, e-library - Fondazione Italiana del Notariato, 2006.

DI PAOLA STEFANO, « Sezione I civile ; sentenza 11 giugno 1981, n. 3777 », *Il Foro Italiano*, 1982, p. 183-190.

DIETER HENRICH, Zur Parteiautonomie im europäisierten internationalen Familienrecht in : Verbeke Alain-Laurent/ Scherpe Jens/ Declerck Charlotte Tobias *et al.* (édit.), *Confronting the frontiers of Family and Succession Law – Liber Amicorum Walter Pintens*, Intersentia, 2012, p. 701-714.

DISSAUX NICOLAS, Divorce: conséquences, *Répertoire de droit civil*, juillet 2017.

DI TRANSO GIUSEPPE, Atti dispositivi tra coniugi manente comunione legale in : Cagnazzo Alessandra/ Preite Filippo/ Tagliaferri Vera (édit.), *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. IV, Giuffrè Editore, 2015, p. 217-235.

DÖBEREINER CHRISTOPH, Introduction au droit successoral allemand in : Steinauer Paul-Henri/ Mooser Michel/ Eigenmann Antoine (édit.), *Journée de droit successoral 2018*, Stämpfli, 2018, p. 79-110.

DONISI CARMINE, « Convenzioni modificative del regime della comunione legale tra coniugi e nullità parziale », *Rassegna di diritto civile*, 1992/3, p. 515-536.

DOSSETTI MARIA, Introduzione in : Bonilini Giovanni (édit.), *Il diritto delle successioni : successione e diritti del coniuge superstite e del convivente more uxorio*, UTET, 2004, p. 1-32.

DROIN JACQUES, La nature et le contenu des conventions relatives aux effets accessoires du divorce in : Kaufmann Horst/ Droin Jacques/ Dalleves Louis *et al.* (édit.), *Neuvième journée juridique : 29 novembre 1969*, Université de Genève, 1970, p. 53-77.

DUCHANGE NICOLAS, « Le régime optionnel franco-allemand et le contrôle des avantages matrimoniaux », *Defrénois*, n° 23, décembre 2014, p. 1273-1279.

DU MONGH JOHAN

- Introduction in : Frank Hendrickx (édit.), *International Encyclopaedia of Laws: Family and Succession Law*, Kluwer Law International, 1997, p. 11-13 (cité : DU MONGH, Introduction).

- The Brussels Convention in : Frank Hendrickx (édit.), *International Encyclopaedia of Laws: Family and Succession Law*, Kluwer Law International, 1997, p. 26-31 (cité : DU MONGH, Brussels).

DUTTA ANATOL

- « Das neue internationale Güterrecht der Europäischen Union – ein Abriss der europäischen Güterrechtsverordnungen », *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2016/23, p. 1973-1985 (cité : DUTTA, Das neue).
- « Die europäische Erbrechtsverordnung vor ihrem Anwendungsbeginn : zehn ausgewählte Streitstandsminiaturen », *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2015/1, p. 32-39 (cité : DUTTA, Die europäische).
- The Europeanisation of International Succession Law in : Boele-Woelki Katharina/ Miles Jo/ Scherpe Jens (édit.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, 2011, p. 341-368 (cité : DUTTA, The Europeanisation).

EIGENMANN ANTOINE, Les grandes lignes de la révision in : Pradervand-Kernen Maryse/ Mooser Michel/ Eigenmann Antoine (édit.), *Journée de droit successoral 2022*, Stämpfli, 2022, p. 17-40.

EITEL PAUL, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte und ihre Tragweite beim Ableben eines Ehegatten : ausgewählte Fragestellungen in : Jungo Alexandra/ Fountoulakis Christiana (édit.), *Familienvermögensrecht : berufliche Vorsorge, Güterrecht, Unterhalt*, Schulthess, 2016, p. 1-37.

EL HAGE YVES, « L'autonomie de la volonté dans les règles de conflit de lois sur le couple », *Revue Juridique de l'Ouest*, 2016, p. 45-62.

FANKHAUSER ROLAND/ SCHWENZER INGEBORG (édit.), *Kommentar zum Familienrecht*, vol. II, 4<sup>e</sup> éd., Stämpfli, 2022 (cité : FamKomm-AUTEUR, art. X N Y).

FARINARO ANNA IRMA, Fonti delle successioni in : Rimini Carlo/ La Porta Ubaldo/ Cesaro Grazia *et al.* (édit.), *Famiglia, patrimonio e passaggio generazionale*, IPSOA, 2020, p. 737-788.

FAVIER YANN, « La famille et l'Europe : la concurrence des droits dans la vie privée et familiale », *Recherches familiales*, 2008, p. 79-94.

FERLITO ILARIA, « Gli accordi della crisi coniugale e l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata », *Comparazione e diritto civile*, 2018/2, p.



187-217.

FERRAND FREDERIQUE, « Droit de la famille et obligations alimentaires - Aperçu comparatif », *Revue internationale de droit comparé*, 2013/3, p. 637-680.

FERRANDO GILDA, La separazione consensuale in : Ferrando Gilda/ Lenti Leonardo (édit.), *La separazione personale dei coniugi*, CEDAM, 2011, p. 1-66.

FIGONE ALBERTO, « Ancora in tema di patti prematrimoniali », *Famiglia e diritto*, 2013/8-9 p. 843-844.

FLOUR JACQUES/ CHAMPENOIS GERARD, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2001.

FONGARO ERIC

- « La protection du survivant du couple en droit international privé », *Droit & Patrimoine*, n° 320, janvier 2022 (cité : FONGARO, La protection).
- « L'anéantissement des donations : questions de droit international privé », *Revue de planification patrimoniale belge et internationale*, 2015/1, p. 39-64 (cité : FONGARO, Anéantissement).
- « Le changement de régime matrimonial en droit international privé- Entre présent et avenir », *Droit & Patrimoine*, n° 220, décembre 2012 (cité : FONGARO, Le changement).

FONGARO ERIC/ HECTOR PIERRE, Obligation alimentaire, *Répertoire de droit européen*, juillet 2018.

FONGARO ÉRIC/ NICOD MARC, Réserve héréditaire - Quotité disponible, *Répertoire de droit civil*, avril 2022.

FONTANELLAS MORELL JOSEP, Coherence between European Instruments of PIL on Matters concerning Succession and Matrimonial Property Regimes in : Forner Delaygua Joaqum/ Santos Alfredo (édit.), *Coherence of the Scope of application EU Private International Legal Instruments*, Schulthess, 2020, p. 121-153.

FRANCQ STEPHANIE, Réforme avortée et réforme surprise : compétence et reconnaissance en matière de dissolution du mariage après la refonte du règlement Bruxelles II bis, en particulier à propos des divorces non judiciaires in : Francq Stéphanie/ Sarolea Sylvie (édit.), *Actualités européennes en droit*

*international privé de la famille*, Anthemis, 2019, p. 53-85.

FRANZINA PIETRO, Jurisdiction in matters relating to property regimes under EU private international law, *Yearbook of private international law*, 2017-2018, p. 159-194.

FREMÉAUX NICOLAS/ LETURCQ MARION, « Plus ou moins mariés : l'évolution du mariage et des régimes matrimoniaux en France », *Économie et statistique*, 2013, p. 125-151.

FRIMSTON RICHARD/ LAGARDE PAUL/ ODERSKY FÉLIX *et al.* (édit.), *Le commentaire du règlement européen sur les successions*, Dalloz, 2015 (cité : Commentaire règlement successions-AUTEUR, art. X N Y).

FULCHIRON HUGUES

- « Réserve et ordre public : protection nécessaire ou protection du nécessaire? », *Droit & patrimoine*, n° 246, avril 2015 (cité : FULCHIRON, Réserve).
- « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Defrénois*, octobre 2005, p. 1461 (cité : FULCHIRON, Modèle).

FULCHIRON HUGUES/ MALAURIE PHILIPPE, *Droit de la famille*, 4<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2011.

FULLI-LEMAIRE SAMUEL

- *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2022 (cité : FULLI-LEMAIRE, Reconnaissance).
- L'autonomie de la volonté en droit international privé de la famille in : Parra Lucán Ángeles/ Gaspar Lera Silvia (édit.), *Derecho y autonomia privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Editorial Comares, 2017, p. 435-447 (cité : FULLI-LEMAIRE, Autonomie).

GAILLARD OLIVIER, *La professio juris en droit international privé suisse*, Schulthess, 2022.

GANNAGE PIERRE, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Revue critique de droit international privé*, 1992/3, p. 425-454.

GARE THIERRY, Les mesures destinées à améliorer la liquidation des intérêts patrimoniaux in : Larribau-Terneyre Virginie/ Lemouland Jean-Jacques (édit.), *La réforme du divorce : entre rupture et continuité*, LexisNexis, 2005,

p. 53-58.

GAUDEMET-TALLON HELENE

- L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? in : *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2015, p. 255-272 (cité : GAUDEMET-TALLON, Autonomie).
- De l'abus en droit international privé in : *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2014, p. 383-396 (cité : GAUDEMET-TALLON, Abus).

GEISER THOMAS, Bedürfen Eheverträge der gerichtlichen Genehmigung? in : Geiser Thomas/ Koller Thomas/ Reusser Ruth *et al.* (édit.), *Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung*, Stämpfli, 2002, p. 217-233.

GEISER THOMAS/ FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (édit.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I*, 7<sup>e</sup> éd., Helbing Lichtenhahn, 2022 (cité : BSK ZGB I-AUTEUR, art. X N Y).

GEISER THOMAS/ WOLF STEPHAN (édit.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, 7<sup>e</sup> éd., Helbing Lichtenhahn, 2022 (cité : BSK ZGB II-AUTEUR, art. X N Y).

GODECHOT-PATRIS SARA, « Commentaire du règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux : le changement dans la continuité », *Recueil Dalloz*, 2016/39, p. 2292-2298.

GONZALEZ BEILFUSS CRISTINA

- EU Regulation 2016/1103 on Matrimonial Property: Background and Scope of Application in : Perreau-Saussine Louis (édit.), *Contributions en droit national et international des régimes matrimoniaux 2021*, Schulthess, 2021, p. 1-22 (cité : GONZALEZ BEILFUSS, EU Regulation).
- Party Autonomy in International Family Law, *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Brill, 2020/408 (cité : GONZALEZ BEILFUSS, Party Autonomy).
- The Choice of the Applicable Law in EU Family Law: Selected Validity Issues in : Forner Delagüa Joaquim/ Santos Alfredo (édit.), *Coherence of the Scope of Application EU Private International Legal Instruments*, Schulthess, 2020, p. 71-92 (cité : GONZALEZ BEILFUSS, The Choice).
- The Role of Party Autonomy in Pursuing Coordination in : Viarengo Ilaria/ Villata Francesca (édit.), *Planning the future of cross border*

*families: a path through coordination*, Hart Publishing, 2020, p. 176-183 (cité : GONZALEZ BEILFUSS, Pursuing Coordination).

GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA, « Privatautonomie im Privatrecht – Entwicklungen und Tendenzen », *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 2018/II, p. 155-236.

GRARE-DIDIER CLOTHILDE, « Pacte sur succession future », *Revue des contrats*, 2006/2, p. 481.

GRAY JACQUELINE

- « Party Autonomy Under the New Brussels Iia (Recast) Regulation: Stalemates and Innovation », *Utrecht Law Review*, 2022, p. 45-56 (cité: GRAY, Stalemates and Innovation).
- *Party autonomy in EU Private International Law*, Intersentia, 2021 (cité : GRAY, Party Autonomy).

GRAZZINI BARBARA, « Accordi preventivi fra coniugi e assegno divorzile una tantum: spunti di riflessione alla luce delle evoluzioni normative in materia di gestione della crisi familiare », *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2017/7-8, p. 958-967.

GROLIMUND PASCAL/ LOACKER LEANDER/ SCHNYDER ANTON (édit.), *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, 4e éd., Schulthess, 2021 (cité : BSK IPRG-AUTEUR, art. X N Y).

GUEDJ THOMAS, « The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law-A Comparative Analysis with Modern American Theories », *The American Journal of Comparative Law*, 1991/4, p. 661-697.

LE GUIDEC RAYMOND, « La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *La Semaine Juridique. Edition Générale*, juillet 2006.

GUIGUET-SCHIELE QUENTIN, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux : essai sur une fiction disqualificative*, Dalloz, 2015.

GUILLAUME FLORENCE

- « L’extension de la portée de l’élection de droit en matière successorale », *Successio*, 2019, p. 224-237 (cité : GUILLAUME, L’extension).

- « Le droit international privé suisse à l'épreuve de la mondialisation et de la régionalisation : bilan et perspectives », *Revue de droit suisse*, 2012, p. 299-417 (cité : GUILLAUME, Mondialisation).

GUINAND JEAN/ STETTLER MARTIN/ LEUBA AUDREY, *Droit civil suisse. Droit des successions*, vol. II, 6 éd., Schulthess, 2005.

HAAS VALERIE, *La créance de plus-value et la récompense variable dans le régime de la participation aux acquêts : articles 206 et 209 al. 3 CC*, Schulthess, 2005.

HAFTEL BERNARD, « Successions internationales : le retour du droit de prélèvement ? », *Recueil Dalloz*, 2021/39, p. 2012-2016.

HAMMJE PETRA

- Ordre public et lois de police : limites à l'autonomie de la volonté? in : Panet Amélie/ Fulchiron Hugues/ Wautelet Patrick (édit.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017, p. 111-138 (cité : HAMMJE, Ordre public).
- « Reconnaissance par un État membre du nom patronymique acquis par l'un de ses nationaux auprès d'un autre État membre dont il a aussi la nationalité », *Revue critique de droit international privé*, 2017/4, p. 549-559 (cité : HAMMJE, Reconnaissance).
- « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Revue critique de droit international privé*, 2011/2, p. 291-338 (cité : HAMMJE, Nouveau règlement).

HANISCH HANS, *Professio iuris*, réserve légale und Pflichtteil in : Dutoit Bernard (édit.), *Mélanges Guy Flattet*, Payot, 1985, p. 473-489.

HARDING MAEBH/ PROBERT REBECCA, Succession Law, *International Encyclopaedia of Laws: Family and Succession Law*, Kluwer Law International, 2018, p. 204-249.

HAUSER JEAN, Le divorce : prémisses et prémices in : Larribau-Terneyre Virginie/ Lemouland Jean-Jacques (édit.), *La réforme du divorce : entre rupture et continuité*, LexisNexis, 2005, p. 1-17.

HAUSHEER HEINZ, Vertragsfreiheit im Familienrecht in der Schweiz in : Hofer Sibylle/ Schwab Dieter/ Henrich Dieter (édit.) *From status to contract? : die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, E. und W. Giese-

king, 2005, p. 57-92.

HAUSHEER HEINZ/ AEBI-MÜLLER REGINA, Familienerbrecht und Testierfreiheit in der Schweiz in : Schwab Dieter/ Henrich Dieter/ Nagel Andrea (édit.), *Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, Beiträge zum europäischen Familienrecht*, Giesecking Verlag, 2001, p. 213-248.

HEBERT FREDERIC, Régimes matrimoniaux et libéralités in : François Chénéde (édit.), *Droit de la famille*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2023, p. 359-386.

HEINZMANN MICHEL, La compétence directe en matière de successions internationales : un tour d'horizon de la révision en cours in : Pradervand-Kernen Maryse/ Mooser Michel/ Eigenmann Antoine (édit.), *Journée de droit successoral 2023*, Stämpfli, 2023, p. 159-186.

HERNANDEZ-BRETON EUGENIO, An attempt to regulate the problem of characterization in private international law in : Kronke Herbert/ Mansel Heinz-Peter/ Pfeiffer Thomas (édit.), *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier, 2004, p. 331-338.

HERON JACQUES, *Le morcellement des successions internationales*, Economica, 1986.

HILL DAVID, « The Hague Convention on the International Protection of Adults Current Developments: Private International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, 2009/2, p. 469-476.

HUBER EUGEN, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements*, vol. I, Buchdruckerei Böhler & Co., 1914.

IACCARINO GIANCARLO, I patti successori in : Carbone Carlo/ Tagliaferri Vera/ Preite Filippo (édit.), *Le successioni : Manuale notarile*, Giuffrè Editore, 2016, p. 29-72.

JENARD PAUL, Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters signed at Brussels, OJ C, C/59, du 5 mars 1979.

JOUBERT NATHALIE, « Droit de prélèvement, réserve héréditaire, protection des héritiers contre les discriminations, quelle méthode ? », *Revue critique de droit international privé*, 2021/2, p. 322-332.

JURCYS PAULIUS/ FENWICK MARK, « Autonomy in International Family Law: A Note from an Economic Perspective », 2013, p. 1-22, disponible sous <http://ssrn.com> (consulté le 28 février 2024).

KANASHEVSKIY VLADIMIR, « Problem of Characterization in Private International Law », *Journal of Russian Law*, 2022, p. 33-46.

KANT EMMANUEL, Fondements de la métaphysique des mœurs (1785) in : *Œuvres philosophiques*, Edition Gallimard, 1985.

KARAM MARIE-LINE, *Le rôle de la volonté en droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille : étude de droit international privé français et du droit des pays multiconfessionnels*, Université Paris-Panthéon-Assas, 2007.

KARM ANNE, « Mariage. Régime matrimonial primaire. Généralités », *JurisClasseur. Civil Code*, fasc. 10, 2019.

KEGEL GERHARD, Allgemeines Kollisionsrecht in : Overbeck Alfred/ Stoffel Walter/ Volken Paul (édit.), *Conflits et harmonisation : Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Éditions universitaires, 1990, p. 47-73.

KINSCH PATRICK, Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen in : Panet Amélie/ Fulchiron Hugues/ Wautelet Patrick (édit.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017, p. 13-29.

KOHLER CHRISTIAN

- La segmentation du statut personnel comme vecteur de l'autonomie de la volonté en matière familiale et successorale in : Panet Amélie/ Fulchiron Hugues/ Wautelet Patrick (édit.) *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017, p. 73-90 (cité : KOHLER, La segmentation).
- L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe international entre libéralisme et étatismes, *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Brill, 2013/359 (cité : KOHLER, L'autonomie).
- Vom Markt zum Menschen: Das internationale Familienrecht der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon in : Ress Georg/ Torsten Stein (édit.), *Europäische Integration und Globalisierung: Festschrift zum 60-jährigen Bestehen des Europa-Instituts*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2011, p. 309-326 (cité : KOHLER, Vom Markt).
- « L'article 220 du traité CEE et les conflits de juridictions en matière de relations familiales : premières réflexions », *Rivista di diritto inter-*

*nazionale privato e processuale*, 1992, p. 221-240 (cité : KOHLER, L'article 220).

KOLB ROBERT, « Mondialisation et droit international », *Relations internationales*, 2005/3, p. 69-86.

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, *Schweizerisches Internationales Privatrecht*, Stämpfli, 2018.

KRUGER THALIA, « Rome III and Parties' Choice », 2012, disponible sous : <https://ssrn.com> (consulté le 24 janvier 2023).

LAGARDE PAUL

- La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ?, *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Brill, 2015/371 (cité : LAGARDE, La méthode).
- Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés in : Lagarde Paul (édit.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 19-25 (cité : LAGARDE, Introduction).
- « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Revue critique de droit international privé*, 2012/4, p. 691-732 (cité : LAGARDE, Les principes).
- « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2004, p. 225-243 (cité : LAGARDE, Développements).
- « La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions », *Revue critique de droit international privé*, 1989, p. 249-275 (cité : LAGARDE, La nouvelle Convention).

LAMARCHE MARIE/ LEMOULAND JEAN-JACQUES, « Mariage : effets », *Répertoire de droit civil*, avril 2014.

LAMBOLEY ANNIE, « Contrat de mariage. Liberté des conventions matrimoniales », *JurisClasseur. Civil Code*, 2017.

LARRIBAU-TERNEYRE VIRGINIE/ GARCIA KITERI, « Effets du divorce. Conséquences du divorce pour les époux. Effets d'ordre patrimonial. Liquidation et partage des intérêts patrimoniaux des époux », *JurisClasseur. Notarial*, fasc. 56, 2020.

LAS CASAS ANTONIO, « La nozione autonoma di "regime patrimoniale tra



coniugi” del regolamento UE 2016/1103 e i modelli nazionali », *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2019/6, p. 1529-1555.

LE GRAND DE BELLEROCHÉ DIANE, « Contre le retour du droit de prélèvement en droit français : une vue de la pratique du droit international », *Revue critique de droit international privé*, 2021/2, p. 303-309.

LEANDRO ANTONIO, La giurisdizione nel regolamento dell’Unione europea sulle successioni *mortis causa* in : Franzina Pietro/ Leandro Antonio (édit.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Giuffrè Editore, 2013, p. 59-86.

LEE ROBERT, « The Introduction to the Jurisprudence of Holland (Inleiding tot de Hollandsche Rechts-Geleertheyd) of Hugo Grotius », *Transactions of the Grotius Society*, 1930 p. 29-40.

LEIN EVA, Choice of English Succession Law and German *ordre public*, *Yearbook of Private International Law*, 2022-2023, p. 407-418.

LELOUVIER AUDE, « Les divorces internationaux confrontés à une déjudiciarisation nationale manifeste », *Droit & Patrimoine*, n° 309, janvier 2021.

LENER ANGELO, « Sezione III civile; sentenza 6 aprile 1977, n. 1322 », *Il Foro Italiano*, 1977/6, p. 1415-1422.

LENGLART ELIE, *La théorie générale des conflits de lois à l’épreuve de l’individualisme*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2023.

LENTI LEONARDO, *Diritto della famiglia*, Giuffrè Editore, 2021.

LEQUETTE YVES, « Ensembles législatifs et droit international privé des successions », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1985, p. 163-192.

LEUPIN YVAN

- La scission de la succession en général in : Bonomi Andrea/ Piotet Denis/ Frésard Philippe (édit.), *Droit successoral international : Recueil des contributions du 8e Séminaire de formation de la Fondation Notariat Suisse et de la 2e Journée de droit patrimonial international du 3 septembre 2019*, Schulthess, 2019, p. 205-220 (cité : LEUPIN, La scission).
- « Les effets de la scission successorale en droit suisse », *Successio*, 2011, p. 150-163 (cité : LEUPIN, Les effets).

LEVY JEAN-PHILIPPE/ CASTALDO ANDRE, *Histoire du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2010.

LEWALD HANS

- « Conflits de lois dans le monde grec et romain », *Revue critique de droit international privé*, 1968, p. 419-440 (cité : LEWALD, Conflits).
- Règles générales des conflits de lois ; Contribution à la technique du droit international privé, *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Brill, 1939/69 (cité : LEWALD, Règles générales).

LIMANTE AGNE, « Prorogation of Jurisdiction and Choice of Law in EU Family Law: Navigating through the Labyrinth of Rules », *Journal of Private International Law*, 2021/2, p. 334-360.

LIPSTEIN KURT, The General Principles of Private International Law, *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Brill, 1972/135.

LO IACONO SABRINA, *Ambulatoria est voluntas defuncti? Ricerche sui « patti successori » istitutivi*, Giuffrè Editore, 2019.

LOCONTE STEFANO, *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, IPSOA, 2018.

MAGNUS ROBERT, « Choice of Court Agreements in Succession Law », *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2013/5, p. 393-398.

MALAURIE PHILIPPE/ BRENNER CLAUDE, *Droit des successions et des libéralités*, 9<sup>e</sup> éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2018.

MANCE LORD, « The Future of Private International Law », *Journal of Private International Law*, 2005/2, p. 185-195.

MANKOWSKI PETER, Internationale Zuständigkeit nach EuGüVO und EuPartVO in : Dutta Anatol/ Weber Johannes (édit.), *Die Europäischen Güterrechtsverordnungen*, Beck, 2017, p. 11-46.

MAOLI FRANCESCA, « Successioni, regimi patrimoniali tra coniugi e problemi di qualificazione in una recente pronuncia della Corte di Giustizia », *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2018/3, p. 667-690.

MARMEY-RAVAU VALÉRIE/ VARIN FRÉDÉRIC, « Les avantages matrimoniaux en droit international privé », *Revue Juridique Personnes et Famille*, 2019/5,

p. 25.

MARTINY DIETER

- « Current Developments in the National Laws of Maintenance - A Comparative Analysis », *European Journal of Law Reform*, 2012, p. 64-83 (cité : MARTINY, Current Developments).
- « Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften », *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2011/5, p. 437-458 (cité : MARTINY, Die Kommissionsvorschläge).

MASCHERONI ANTONIO, L'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006 n. 55 in : *Patti di famiglia per l'impresa. Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, Fondazione Italiana del Notariato, 2006.

MAULTZSCH FELIX, « Party autonomy in European private international law: uniform principle or context-dependent instrument? », *Journal of Private International Law*, 2016/3, p. 466-491.

MEIER PHILIPPE

- Les conventions sur les effets du divorce : questions choisies in : Fountoulakis Christiana/ Jungo Alexandra (édit.), *La procédure en droit de la famille*, Schulthess, 2020, p. 95-155 (cité : MEIER, Questions choisies).
- « Licéité des conventions anticipées de divorce », Newsletter DroitMatrimonial.ch novembre 2019, p. 1-8 (cité : MEIER, Licéité).
- Les conventions matrimoniales hors régime matrimonial in : *Atti della Serata di studio del 12 marzo 2015*, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, 2015, p. 3-41 (cité : MEIER, Les conventions).
- Planification du divorce : une illusion ? : les conventions anticipées d'entretien en droit suisse in : Piotet Denis/ Tappy Denis (édit.), *Arbre de la méthode et ses fruits civils : recueil de travaux en l'honneur du professeur Suzette Sandoz*, Schulthess, 2006, p. 289-305 (cité : MEIER, Planification).

MEIJERS EDUARD MAURITS, L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Brill, 1934/39.

MEULDERS-KLEIN MARIE-THERESE, *La personne, la famille et le droit. Trois*

*décennies de mutation en Occident. 1968-1988*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999.

MILER DOROTA, « Evasion of the Law Resulting from a Choice of Law under the Succession Regulation », *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2020/3, p. 615-636.

MILLS ALEX

- « Conceptualiser l'autonomie des parties en droit international privé », *Revue critique de droit international privé*, 2019/2, p. 405-416 (cité : MILLS, Conceptualiser).
- *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, 2018 (cité : MILLS, Party Autonomy).

MITTEIS LUDWIG, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs : mit Beiträgen zur Kenntniss des griechischen Rechts und der spätrömischen Rechtsentwicklung*, B.G. Teubner, 1891.

MONTREDON JEAN-FRANÇOIS, Dissolution de la communauté, in : Cabrillac Rémy/ Mourier Rachel (édit.), *Le Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, Wolters Kluwer, étude actualisée en octobre 2020 par Bouniol Romain.

MOOR PIERRE, *La convention sur le bénéfice dans le régime matrimonial de l'union des biens*, Université de Lausanne, 1966.

MOOSER MICHEL, Le testament conjonctif in : Pradervand-Kernen Maryse/ Mooser Michel/ Eigenmann Antoine (édit.), *Journée de droit successoral 2022*, Stämpfli, 2022, p. 139-161.

MORACCHINI-ZEIDENBERG STEPHANIE

- Quelles avancées pour la contractualisation en droit de la famille ? in : Gogos-Gintrand Amélie/ Moracchini-Zeidenberg Stéphanie (édit.), *2010-2020. Une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2021, p. 113-123 (cité : MORACCHINI-ZEIDENBERG, Avancées).
- « La contractualisation de la séparation et de ses conséquences en droit français », *Les Cahiers de droit*, 2019/4, p. 1113-1136 (cité : MORACCHINI-ZEIDENBERG, La contractualisation).

MÜLLER-CHEN MARKUS/ WIDMER LÜCHINGER CORINNE (édit.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 3<sup>e</sup> éd., Schulthess, 2018 (cité : ZK IPRG-AUTEUR, art. X N Y).

NAGY CSONGOR ISTVÁN, *Love and Money : Problems of Characterisation in Matrimonial Property and Maintenance Matters in the European Union in : Beaumont Paul/ Hess Burkhard/ Walker Lara et al. (édit.), The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide*, Hart Publishing, 2014, p. 411-424.

NAJJAR IBRAHIM, « Pacte sur succession future », *Répertoire de droit civil*, avril 2020.

NEUHAUS PAUL HEINRICH, « Familieneinheit im internationalen Privatrecht? », *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1955, p. 52-65.

NIBOYET JEAN-PAUL, *Traité de droit international privé français. Conflits de lois, d'autorités et de juridictions*, vol. III, Sirey, 1944.

NICOD MARC

- « Testament », *Répertoire de droit civil*, janvier 2016 (cité : NICOD, Testament).
- La réforme du droit des testaments in : *Le droit patrimonial de la famille : réformes accomplies et à venir*, Dalloz, 2006, p. 55-69 (cité : NICOD, La réforme).

NISARD DESIRE, *Œuvres complètes de Cicéron*, Didot, 1864.

NISHITANI YUKO, *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht : eine Untersuchung auf der Grundlage der neu zutage gekommenen kollisionsrechtlichen Vorlesungen Mancinis*, Heidelberg, 2000.

OBERTO GIACOMO

- *L'autonomia in materia patrimoniale nei rapporti familiari*, Giuffrè Editore, 2021 (cité : OBERTO, L'autonomia).
- « Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il *distinguishing* finisce nella *Haarspaltemaschine* », *Famiglia e diritto*, 2013/4, p. 321-334 (cité : OBERTO, Gli accordi).
- « Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale », *Famiglia e diritto*, 2012/1, p. 69-103 (cité : OBERTO, Contratti).

OETIKER CHRISTIAN/ WEIBEL THOMAS/ FOUNTOLAKIS CHRISTIANA (édit.), *Basler Kommentar – Lugano-Übereinkommen*, 3<sup>e</sup> éd., Helbing Lichtenhann, 2023 (cité : BSK LugÜ-AUTEUR, art. X N Y).

OLIVIER STEPHEN, « Les incidences du divorce sur les avantages matrimoniaux et les donations entre époux en droits interne, international privé, euro-

péen et comparé », *Petites Affiches*, n° 248, décembre 2014, p. 7-15.

PAILLER LUDOVIC/ PANET-MARRE AMELIE, Européanisation du droit de la famille : pour un changement de méthode in : Bernard Elsa/ Cresp Marie/ Ho-Dac Marion (édit.), *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruylant, 2020, p. 419-438.

PALAZZO ANTONIO/ SASSI ANDREA, *Trattato della successione e dei negozi successori. Categorie e specie della successione*, vol. I, UTET, 2012.

PANET AMELIE, « Le statut personnel en droit international privé européen », *Revue critique de droit international privé*, 2015/4, p. 837-856.

PANSIER FREDERIC-JEROME, « Présentation synthétique de la réforme », *Actualité Juridique Famille*, 2006/8, p. 308-309.

PATOCCHI PAOLO MICHELE, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel : de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Georg, 1985.

PAULINO PEREIRA FERNANDO, « La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne : bilan et perspectives », *Revue critique de droit international privé*, 2010/1, p. 1-36.

PEARI SAGI, « Choice-of-law in Family Law: Kant, Savigny and the Parties' Autonomy Principle », *Nederlands internationaal privaatrecht*, 2012, p. 597-604.

PELLETIER CAROLINE, « Bref aperçu des droits du conjoint survivant après la loi du 3 décembre 2001 », *Recueil Dalloz*, 2002/29, p. 2280-2283.

PERA ALESSANDRA, « Searching for a Common Core of Family Law in Europe », *Opinio Juris in Comparatione*, 2018, p. 1-27.

PERES CECILE, Les successions à l'heure des nouvelles mutations de la famille, *Archives de philosophie du droit*, 2014, p. 173-197.

PERREAU-SAUSSINE LOUIS

- Qualification de « pacte successoral » et champ d'application du règlement européen n° 650/2012 sur les successions internationales, *Revue critique de droit international privé*, 2022/2, p. 399-409 (cité : PERREAU-SAUSSINE, Qualification).

- La loi applicable à défaut de choix in : Perreau-Saussine Louis (édit.), *Contributions en droit national et international des régimes matrimoniaux 2021*, Schulthess, 2021, p. 97-112 (cité : PERREAU-SAUSSINE, La loi).

PETERS ANNE/ SCHWENKE HEINER, « Comparative Law Beyond Post-Modernism », *International and Comparative Law Quarterly*, 2000/4, p. 800-834.

PETOT PIERRE, *Histoire du droit privé français. La famille*, vol. I, Loysel, 1992.

PFEIFFER MAGDALENA, « Legal Certainty and Predictability in International Succession Law », *Journal of Private International Law*, 2016/3, p. 566-586.

PFERSMANN OTTO, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 2001/2, p. 275-288.

PHILIPPE ARNAUD, « Planification du divorce et conventions », *Pratique juridique actuelle*, 2007, p. 1241-1251.

PICHONNAZ PASCAL/ FOËX BENEDICT/ FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (édit.), Commentaire romand « Code Civil I », 2<sup>e</sup> éd., Helbing Lichtenhann, 2023 (cité : CR CC I-AUTEUR, art. X N Y).

PICHONNAZ PASCAL/ FOËX BENEDICT/ PIOTET DENIS (édit.), Commentaire romand « Code Civil II », Helbing Lichtenhann, 2016 (cité : CR CC II-AUTEUR, art. X N Y).

PILLET ANTOINE, *Traité pratique de droit international privé*, Sirey, 1923.

PINTENS WALTER

- Europeanisation of Family Law in : Boele-Woelki Katharina (édit.), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Intersentia, 2003, p. 3-29 (cité : PINTENS, Europeanisation).
- « Die Europäisierung des Erbrechts », *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2001, p. 628-648 (cité : PINTENS, Europäisierung).

PIOTET DENIS

- Les scissions dues à la dissociation de la succession imposée par le même système de règles de conflits in : Bonomi Andrea/ Piotet Denis/ Frésard Philippe (édit.), *Droit successoral international : Recueil des contributions du 8e Séminaire de formation de la Fondation Notariat*

*Suisse et de la 2e Journée de droit patrimonial international du 3 septembre 2019*, Schulthess, 2019, p. 187-203 (cité : PIOTET, Scissions).

- « Rapport adressé à l'Office fédéral de la justice ensuite de l'adoption par les Chambres fédérales de la motion Gutzwiller 10.3524 », *Successio*, 2014, p. 57-99 (cité : PIOTET, Rapport).

PIOTET PAUL, La nature des pactes successoraux, et ses conséquences in : Piotet Paul (édit.), *Contributions choisies : recueil offert par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de son 80<sup>e</sup> anniversaire*, Schulthess, 2004, p. 317-334 (cité : PIOTET, La nature).

PLON HENRI, *Réimpression de l'ancien Moniteur*, imprimeur-éditeur, 1858.

PRADERVAND-KERNEN MARYSE, Divorce, régime matrimonial et nouveau droit successoral in : Pradervand-Kernen Maryse/ Mooser Michel/ Eigenmann Antoine (édit.), *Journée de droit successoral 2022*, Stämpfli, 2022, p. 59-90.

PUNTILLO TERESA, *Separazione e divorzio*, vol. III, Giuffrè Editore, 2015.

RAMACIOTTI SUZEL, « Le prélèvement compensatoire du projet d'article 913 du Code civil à l'épreuve des exigences européennes et constitutionnelles », *Revue critique de droit international privé*, 2021/2, p. 310-321.

RANOUIL VERONIQUE, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Presses universitaires françaises, 1980.

RAYNARD JACQUES, « La convention de "Bruxelles II" : du droit judiciaire européen au droit européen de la famille », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998/4, p. 1010-1011.

RAZ JOSEPH, *The authority of law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, 1979.

RE JACOPO, *Pianificazione successoria e diritto internazionale privato*, CEDAM, 2020.

RENAULT-BRAHINSKY CORINNE, *L'essentiel du droit des successions*, Gualino, 2021.

RESCIGNO PIETRO, *Introduzione al Codice civile*, Edizioni Laterza, 2001.

REVEL JANINE, « Régimes matrimoniaux », *Répertoire de droit civil*, novembre 2016.



RICCI CAROLA, *Giurisdizione in materia di regimi patrimoniali tra coniugi nello spazio giudiziario europeo*, CEDAM, 2020.

RODOTÀ STEFANO, « La riforma del diritto di famiglia alla prova », *Politica del diritto*, 1975/5-6, p. 661-683.

ROMANO GIAN PAOLO

- « Quelques remarques sur le nouveau Règlement no 1103 du 24 juin 2016 en matière de régimes matrimoniaux et son incidence dans les relations helvético-européennes », *Die Praxis des Familienrechts*, 2019, p. 36-83 (cité : ROMANO, Remarques).
- *Le dilemme du renvoi en droit international privé : la thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, Schulthess, 2014 (cité : ROMANO, Le dilemme).
- « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », *Revue critique de droit international*, 2006, p. 457-519 (cité : ROMANO, La bilatéralité).

RUBIDO JOSE-MIGUEL/ VALINCIUTE FAIVRE VILMA, L'ordre public au regard du droit international privé successoral in : Bonomi Andrea/ Piotet Denis/ Frésard Philippe (édit.), *Droit successoral international : Recueil des contributions du 8e Séminaire de formation de la Fondation Notariat Suisse et de la 2e Journée de droit patrimonial international du 3 septembre 2019*, Schulthess, 2019, p. 221-259.

RÜHL GIESELA, « The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truncancy », *Journal of Private International Law*, 2014/3, p. 335-358.

RUPERTO CESARE, *La giurisprudenza sul codice civile. Coordinata con la dottrina. Delle persone e della famiglia*, Giuffrè Editore, 2012, vol. I.

SALVADORI MARGHERITA

- Giurisdizione, legge regolatrice, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di obblighi alimentari in : Cagnazzo Alessandra/ Preite Filippo/ Tagliaferri Vera, *Tematiche di interesse notarile. Profili internazionali privatistici*, Giuffrè Editore, 2015, vol. IV, p. 1047-1076 (cité : SALVADORI, Giurisdizione).
- « La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano », *Les Annales de la Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion de Nancy*, 2008-2009/1, p. 135-153 (cité : SALVADORI, La convenzione).

SANDOZ SUZETTE

- Matrimonial Property Law, *International Encyclopaedia of Laws: Family and Succession Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 127-156 (cité : SANDOZ, Matrimonial).
- « Le casse-tête des créances variables entre époux ou quelques problèmes posés par l’art. 206 CCS », *Revue de droit suisse*, 1991, p. 421-447 (cité : SANDOZ, Casse-tête).

SANTORO-PASSARELLI FRANCESCO

- *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1997 (cité : SANTORO-PASSARELLI, Dottrine).
- *Saggi di diritto civile*, vol. I, Jovene, 1961 (cité : SANTORO-PASSARELLI, Saggi).

SAUVAGE FRANÇOIS

- *Successions*, 23<sup>e</sup> éd., Delmas, 2016-2017 (cité : SAUVAGE, Successions).
- « Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », *La Semaine Juridique. Edition Notariale et Immobilière*, 2008/1, p. 869 (cité : SAUVAGE, Le déclin).

SCHNYDER ANTON/ SOGO MIGUEL (édit.), *Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht (LugÜ)*, 2<sup>e</sup> éd., Dike, 2023 (cité : Komm LugÜ-AUTEUR, art. X N Y).

SCIA FAUSTA, « Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell’autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia », *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2017/1, p. 191-217.

SCODELLARI FRANCESCO, « Sul punto se due distinti testamenti, uguali, contestuali e corrispettivi, implicino un patto successorio ex art. 458 c.c. o comunque equivalgano ad un testamento collettivo ex art. 589 c.c.: la ratio del divieto ex art. 589 c.c. ed il concetto di patto successorio istitutivo », *Giurisprudenza di Merito*, 2000/3, p. 596-603.

SIMON-DEPITRE MARTHE, « Règles matérielles dans le conflit de lois », *Revue critique de droit international privé*, 1974, p. 591-606.

SIÓN HUDSON/ SLOAN BRIAN, « Testamentary Freedom: Mutual Wills Might Let You Down », *Modern Studies in Property Law*, 2015.

SOFFIETTI ISIDORO, « 1865: il codice civile unitario e il testamento olografo. Un percorso accidentato », in : *Tradizione e modernità des diritto ereditario nella prassi notarile*, e-library - Fondazione Italiana del Notariato, 2016.

SPADAFORA ANTONIO, « Dalla famiglia in crisi alla “crisi” del divorzio? », *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2020, p. 516-559.

SPÜHLER KARL/ TENCHIO LUCA/ INGANGER DOMINIK (édit.), *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3<sup>e</sup> éd., Schulthess, 2017 (cité : BSK ZPO-AUTEUR, art. X N Y).

STEINAUER PAUL-HENRY

- Les parties au pacte successoral in : Steinauer Paul-Henry/ Mooser Michel/ Eigenmann Antoine (édit.), *Journée de droit successoral 2015*, Stämpfli Verlag AG, 2015, p. 161-185 (cité : STEINAUER, Les parties).
- *Le droit des successions*, 2 éd., Stämpfli, 2015 (cité : STEINAUER, Successions).

STORCK MICHEL, « Synthèse. Contrat de mariage. Formation et modification », *JurisClasseur. Civil code*, 2020.

STOUFF LOUIS, *Étude sur le principe de la personnalité des lois depuis les invasions barbares jusqu’au XIIIe siècle*, Larose, 1894.

SUDRE FREDERIC, *Droit européen et international des droits de l’homme*, Presses Universitaires Françaises, 2005.

TAGLIAFERRI VERA, Testamento congiuntivo e reciproco in : Carbone Carlo/ Tagliaferri Vera/ Preite Filippo (édit.), *Le Successioni - Manuale notarile*, Giuffrè Editore, 2016, p. 337-343.

TAGLIASACCHI EUGENIO, « Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract? », *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014/2, p. 96-103.

TERRE FRANÇOIS, *L’influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957.

THURILLER-BERSOLLE ANGELIQUE, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l’étude de la dynamique du rapprochement*, Université de Dijon, 2011.

TOMMASEO FERRUCCIO, « La gestione dei conflitti coniugali tra autonomia privata e giurisdizione », *Famiglia e diritto*, 2015/11, p. 1053-1061.

TONOLO SARA, « Pasquale Stanislao Mancini e il diritto processuale civile internazionale attuale », *Rivista di diritto processuale*, 2011, p. 885-901.

TORRICELLI-CHRIFI SARAH/ JEHL JOSEPH, « France. Droit civil. Régimes matrimoniaux », *JurisClasseur. Droit comparé*, fasc. 23, 2016.

VAN BOXSTAELE JEAN-LOUIS, L'avantage matrimonial et le conflit de lois in : Sterckx Daniel/ Ledoux Jean-Luc (édit.), *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer à l'occasion du 125<sup>e</sup> anniversaire de la Revue du notariat belge*, Bruylant, 2000, p. 487-506.

VAREILLE BERNARD

- Le régime matrimonial primaire et son complément spécial in : Grimaldi Michel (édit.), *Droit patrimonial de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021, p. 8-10 (cité : VAREILLE, Régime primaire).
- Avantage matrimonial, *Répertoire de droit civil*, octobre 2013 (cité : VAREILLE, Avantage).
- Communauté légale : liquidation et partage, *Répertoire de droit civil*, janvier 2011 (cité : VAREILLE, Communauté).

VASSALLO GIUSEPPINA, « Comunione legale dei beni », 2014, disponible sous <https://www.altalex.com> (consulté le 22 juin 2020).

VEAUX-FOURNERIE PAULETTE/ VEAUX DANIEL, « Successions. Pacte sur succession future », *JurisClasseur. Civil Code*, fasc. 20, 2021.

VECCHIO GIANFRANCESCO, « Due testamenti uguali, reciproci, redatti in simultanea sul medesimo foglio, non integrano il divieto ex art. 589 c.c. », *Il Corriere del Merito*, 2008, p. 307-312.

VERGAUWEN GUIDO, Autonomie et théonomie chez Paul Tillich in : *Autonomie : dimensions éthiques de la liberté*, Éditions universitaires - Cerf, 1978, p. 200-212.

VERREY BASTIEN, Aperçu du droit successoral anglais in : Bonomi Andrea/ Piotet Denis/ Frésard Philippe (édit.), *Droit successoral international : Recueil des contributions du 8<sup>e</sup> Séminaire de formation de la Fondation Notariat Suisse et de la 2<sup>e</sup> Journée de droit patrimonial international du 3 septembre 2019*, Schulthess, 2019, p. 171-185.

VERWILGHEN MICHEL, *Rapport explicatif sur les Conventions HCCH Obligations alimentaires de 1973*, 1975.

VIARENGO ILARIA

- « Effetti patrimoniali delle unioni civili transfrontaliere: la nuova disciplina europea », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018/1, p. 33-58 (cité : VIARENGO, Effetti).
- « Choice of law agreements in property regimes, divorce, and succession: stress-testing the new EU Regulations », *ERA Forum*, 2016, p. 543-554 (cité : VIARENGO, Choice).
- The EU Proposal on Matrimonial Property Regimes - Some General Remarks, *Yearbook of Private International Law*, 2011, p. 199-216 (cité : VIARENGO, Proposal).

VIARENGO ILARIA/ FRANZINA PIETRO (édit.), *The EU Regulations on the Property Regimes of International Couples – A Commentary*, Edward Elgar Publishing, 2020 (cité : Property Regimes-AUTEUR, art. X N Y).

VILLATA FRANCESCA, « Predictability First! *Fraus Legis*, Overriding Mandatory Rules and *Ordre Public* under EU Regulation 650/2012 on Succession Matters », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019/4, p. 714-738.

VILLEY MICHEL

- *La formation de la pensée juridique moderne*, PRESSES UNIVERSITAIRES FRANÇAISES, 2013 (cité : VILLEY, La formation).
- *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962 (cité : VILLEY, Leçons).

VON BAR CHRISTIAN, « Le Groupe d'études sur un Code civil européen », *Revue internationale de droit comparé*, 2001/1, p. 127-139.

VON SAVIGNY FRIEDRICH KARL, *System des heutigen roemischen Rechts*, vol. VIII, Veit, 1849.

VON SCHWIND FRITZ, « Von der Zersplitterung des Privatrechts durch das internationale Privatrecht und ihrer Bekämpfung », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1958, p. 449-465.

WALKER LARA, « Party autonomy, inconsistency and the specific characteristics of family law in the EU », *Journal of Private International Law*, 2018/2, p. 225-261.

WARDLE LYNN D., Reconciling Private Autonomy and Public Interests in Family Law in : Verbeke Alain-Laurent/ Scherpe Jens/ Declerck Charlotte Tobias *et al.* (édit.), *Confronting the frontiers of Family and Succession Law – Liber Amicorum Walter Pintens*, Intersentia, 2012, p. 1747-1761.

WAUTELET PATRICK

- Autonomie de la volonté et relations patrimoniales de couple : entre ombre et lumière in : Perreau-Saussine Louis (édit.), *Contributions en droit national et international des régimes matrimoniaux 2021*, Schulz, 2021, p. 59-95 (cité : WAUTELET, Ombre et lumière).
- « What’s Wrong with Article 22? The Unsolved Mysteries of Choice of Law for Matrimonial Property », *Yearbook of Private International Law*, 2017-2018, p. 213-232 (cité : WAUTELET, Article 22).
- Party Autonomy in International Family Relationships : a Research Agenda in : Cauffman Caroline/ Smits Jan (édit.), *The Citizen in European Private Law - Norm-setting, Enforcement and Choice*, Intersentia, 2016, p. 23-48 (cité : WAUTELET, Party Autonomy).
- Autonomie de la volonté et concurrence régulatoire - le cas des relations familiales internationales in : Fulchiron Hugues/ Bidaud-Garon Christine (édit.), *Vers un statut européen de la famille?*, Dalloz, 2014, p. 131-146 (cité : WAUTELET, Concurrence régulatoire).

WEBER ROGER, « Der zivilrechtliche Schutz der Familienwohnung », *Aktuelle juristische Praxis*, 2004, p. 30-44.

WELLER MARC-PHILIPPE, La méthode tripartite du droit international privé : désignation, reconnaissance, considération, *Recueil des cours de l’Académie de la Haye*, Brill, 2022/427.

WENGLER WILHELM

- *Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé*, Sirey, 1954 (cité : WENGLER, Réflexions).
- « Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des internationalen Privatrechts und ihre Kollisionen », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1944, p. 473-509 (cité : WENGLER, Rechtsgrundsätze).

WESSNER PIERRE-ANDRE, Le divorce des époux et l’attribution judiciaire à l’un d’eux des droits et obligations résultant du bail portant sur le logement de la famille in : *11<sup>e</sup> séminaire sur le droit du bail*, Université de Neuchâtel, 2000, p. 1-29.

WIDIEZ RASOLONOMENJANAHARY GAËLLE, *Les obligations alimentaires à*

*caractère international*, Université de Lille, 2019.

WOLF STEPHAN, « Ist das schweizerische Erbrecht in seinen Grundlagen revisionsbedürftig? », *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 2007, p. 301-316.

WOLF STEPHAN/ SPICHIGER BETTINA, Zum Erbvertrag – Einführung und Überblick in : Wolf Stephan/ Hrubesch-Millauer Stephanie/ Eggel Martin *et al.* (édit.), *Der Erbvertrag aus rechtsvergleichender Sicht / Il contratto successorio, aspetti di diritto comparato*, Stämpfli, 2018, p. 1-34.

ZATTI PAOLO, *Trattato di diritto di famiglia*, 2<sup>e</sup> éd., Giuffrè Editore, 2011.

ZICCARDI EUGENIA, « Accordi di separazione e divorzio: la più recente giurisprudenza sulla loro validità », 2017, disponible sous <https://www.altalex.com> (consulté le 21 juin 2021).

ZWEIGERT KONRAD, Einige Auswirkungen des Gemeinsamen Marktes auf das Internationale Privatrecht der Mitgliedstaaten in : Hallstein Walter/ von Caemmerer Ernst/ Schlochauer Hans Jürgen *et al.* (édit.), *Probleme des europäischen rechts, Festschrift walter hallstein*, Goldbach Keip, 1966, p. 555-569.

## Rapports et documents d'organes internationaux

### COMMISSION EUROPEENNE

- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: The EU justice agenda for 2020 - Strengthening trust, mobility and growth within the Union, COM(2014) 144 final, du 11 mars 2014.
- Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, COM(2011) 126 final, du 16 mars 2011.
- Proposal for a Council Decision No .../2010/EU authorising enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, COM(2010) 105 final, du 24 mars 2010.

### COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

- Commission staff working document accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of successions and on the introduction of

a European Certificate of Inheritance, Impact Assessment, SEC(2009) 410 final, du 14 octobre 2009.

- Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters, COM(2006) 399 final, du 17 juillet 2006.
- Livre vert sur la loi applicable et la compétence en matière de divorce, COM(2005) 82 final, du 14 mars 2005.
- Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters, SEC(2005) 331, du 14 mars 2005.
- Livre vert sur les successions et testaments, COM(2005) 65 final, du 1 mars 2005.

EUROSTAT, Statistiques sur les mariages et divorces, disponible sous <https://ec.europa.eu> (consulté le 27 juin 22).

GROUPE EUROPEEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, Proposition de règlement relative à la compétence, la loi applicable et la reconnaissance en matière de divorce, du 15 septembre 2019, disponible sous <https://gedip-egpil.eu> (consulté le 30 mai 2023).

PARLEMENT EUROPEEN, Proposition de résolution portant recommandations à la Commission sur les successions et testaments, 2005/2148(INI), du 16 octobre 2006.

## **Rapports et documents d'organes nationaux**

### **Confédération suisse**

COMMISSION FEDERALE DES MIGRATIONS, Nationalité et démocratie en période de migrations transnationales : contexte, opportunités et risques de la double nationalité, décembre 2018.

#### CONSEIL FEDERAL

- Rapport en réponse au postulat 19.3105 Vogler « Protéger les familles et décharger les collectivités publiques. Examen de l'opportunité de ratifier la Convention de La Haye sur les obligations alimentaires », du 18 juin 2021, disponible sous <https://www.bj.admin.ch> (cité : CONSEIL FEDERAL, Rapport Postulat).
- Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Successions) du 13 mars 2020, FF 2020 3215.



- Message concernant la révision partielle du Code civil suisse (Droit des successions) du 29 août 2018, FF 2018 5865.
- Rapport explicatif du Département fédéral de justice et police relatif à l'avant-projet sur la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (successions), 14 février 2018 (cité : CONSEIL FEDERAL, Rapport explicatif).
- Message relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 18 février 2009, FF 2009 1497.
- Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial) du 15 novembre 1995, FF 1996 I 1.
- Avis du Conseil fédéral sur l'initiative parlementaire « Délai de réflexion obligatoire et article 111 CC », 27 février 2008, FF 2008 1783.
- Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982, FF 1983 I 255.
- Message concernant la révision du Code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions) du 11 juillet 1979, FF 1979 II 1179.

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, Synthèse des résultats de la procédure de consultation (révision du Code civil suisse, droit des successions), du 10 mai 2017.

OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Divorces et divortialité depuis 1876, disponible sous <https://www.pxweb.bfs.admin.ch> (consulté le 04 mars 2024).

## **République française**

CONSEIL D'ÉTAT, Avis n° 401549 sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République, séance du jeudi 3 décembre 2020.

CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, L'obligation alimentaire : des formes de solidarité à réinventer, 2008.

CONSEIL SUPÉRIEUR DU NOTARIAT, Divorce par consentement mutuel, cinq ans après, juillet 2022.

COMMISSION DES LOIS

- Rapport présenté par Huyghe Sebastien sur le projet de loi (n° 2427), portant réforme des successions et des libéralités, Rapport n° 2850 déposé le 8 février 2006 (cité : Commission des lois-HUYGHE).
- Rapport présenté par Gélard Patrice relatif au pacte civil de solidarité, Rapport n° 335 (1998-1999) déposé le 5 mai 1999 (cité : Commission des lois-GELARD).

**République italienne**

SENATO DELLA REPUBBLICA, Delega al Governo per la revisione del codice civile, Disegno di legge n° 1151, du 18 décembre 2022.

# Table de la jurisprudence citée

*Toutes les juridictions sont classées par ordre alphabétique.*

## **Jurisprudence des cours internationales**

### COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE (CJUE)

- *BM*, C-462/22, du 6 juillet 2023.
- *MPA*, C-501/20, du 1 août 2022.
- *VA*, C-645/20, du 7 avril 2022.
- *OE*, C-522/20, du 10 février 2022.
- *RK*, C-422/20, du 9 septembre 2021.
- *UM*, C-277/20, du 9 septembre 2021.
- *E. E.*, C-80/19, du 16 juillet 2020.
- *JE*, C-249/19, du 16 juillet 2020.
- *Oberle*, C-20/17, du 21 juin 2018.
- *KP*, C-83/17, du 7 juin 2018.
- *Coman*, C-673/16, du 5 juin 2018.
- *Mahnkopf*, C-558/16, du 1 mars 2018.
- *Kubicka*, C-218/16, du 12 octobre 2017.
- *Edyta Mikolajczyk*, C-294/15, du 13 octobre 2016.
- *Nabiel*, C-438/14, du 2 juin 2016.
- *Ilonka*, C-208/09, du 22 décembre 2010.
- *Mercredi*, C-497/10, du 22 décembre 2010.

### COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES (CJCE)

- *German Graphics*, C-292/08, du 10 septembre 2009.
- *Hadadi*, C-168/08, du 16 juillet 2009.
- *Grunkin Paul*, C-353/06, du 14 octobre 2008.
- *Metock*, C-127/08, du 25 juillet 2008.
- *Garcia Avello*, C-148/02, du 2 octobre 2003.
- *Inspire Art*, C-167/01, du 30 septembre 2003.
- *Rudy Grzelczyk*, C-184/99, du 20 septembre 2001.
- *Krombach*, C-7/98, du 28 mars 2000.
- *Van den Boogaard/Laumen*, C-220/95, du 27 février 1997.

- *De Cavel*, C-120/79, du 6 mars 1980.
- *De Cavel*, C-143/78, du 27 mars 1979.
- *Eurocontrol*, C-29/76, du 14 octobre 1976.

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (COUREDH)

- *Schalk et Kopf c. Autriche*, requête n° 30141/04, du 24 juin 2010.
- *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, requête n° 76240/01, du 28 juin 2007.
- *Marckx c. Belgique*, requête n° 6833/74, du 13 juin 1979.

## Jurisprudence des cours nationales

### Confédération suisse

OBERGERICHT ZÜRICH, 2<sup>e</sup> civ., 15 avril 1975.

TRIBUNAL FEDERAL (ARRETS NON PUBLIES)

- ATF 5A\_124/2020, du 15 juillet 2020.
- ATF 5A\_754/2009, du 28 juin 2019.
- ATF 5A\_797/2017, du 22 mars 2018.
- ATF 5A\_74/2014, du 5 août 2014.
- ATF 5A\_264/2013, du 28 novembre 2013.
- ATF 5A\_40/2011, du 21 juin 2011.
- ATF 5A\_171/2010, du 19 avril 2010.
- ATF 5A\_663/2009, du 1<sup>er</sup> mars 2010.
- ATF 5A\_108/2009, du 6 avril 2009.
- ATF 5A\_161/2008, du 3 juin 2008.
- ATF 5A\_398/2007, du 28 avril 2008.
- ATF 4A\_272/2007, du 21 novembre 2007.
- ATF 5C\_270/2004, du 14 juillet 2005.
- ATF 5C\_25/2005, 9 mai 2005.
- ATF 5P\_252/2003, du 18 mars 2004.
- ATF 5C\_114/2003, du 4 décembre 2003.

TRIBUNAL FEDERAL (ARRETS PUBLIES)

- ATF 145 III 474, du 23 août 2019.
- ATF 144 III 481, du 21 septembre 2018.
- ATF 138 III 489, du 29 mai 2012.
- ATF 137 III 113, du 15 février 2011.
- ATF 127 III 529, du 23 juillet 2001.
- ATF 125 III 35, du 3 septembre 1998.
- ATF 121 III 393, du 10 novembre 1995.

- ATF 119 II 64, du 9 février 1993.
- ATF 119 II 391, du 22 juin 1990.
- ATF 113 II 270, du 5 août 1987.
- ATF 111 II 16, du 6 juin 1985.
- ATF 109 II 403, du 22 décembre 1983.
- ATF 102 II 136, du 17 août 1976.
- ATF 102 II 313, du 18 novembre 1976.
- ATF 82 II 477, du 13 septembre 1956.

## **République fédérale d'Allemagne**

BUNDESGERICHTSHOF

- Arrêt du 29 juin 2022 - IV ZR 110/21.
- Arrêt du 13 mai 2015 - IV ZB 30/14.

## **République française**

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, arrêt n° 2011-159 QPC, du 5 août 2011.

COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE, 1<sup>e</sup> civ., 16 octobre 2003.

COUR DE CASSATION

- 1<sup>e</sup> civ., 27 septembre 2017, n° 16-17.198.
- 1<sup>e</sup> civ., 27 septembre 2017, n° 16-13.151.
- 1<sup>e</sup> civ., 8 avril 2009, n° 07-15.945.
- 1<sup>e</sup> civ., 31 janvier 2006, n° 02-21.121.
- 1<sup>e</sup> civ., 3 février 2004, n° 01.17.094.
- 1<sup>e</sup> civ., 28 novembre 2000, n° 98-13.405.
- 1<sup>e</sup> civ., 24 février 1998, n° 95-18.646.
- 1<sup>e</sup> civ., 12 janvier 1994, n° 91-18.104.
- 1<sup>e</sup> civ., 25 mai 1987, n° 85-16.995.
- 1<sup>e</sup> civ., 24 juin 1969.
- Chambre civile, 11 janvier 1933.
- Chambre civile, 5 décembre 1910.

## **République italienne**

CORTE COSTITUZIONALE

- Arrêt n° 91, du 21 juin 1973.
- Arrêt n° 188, du 16 décembre 1970.

CORTE DI CASSAZIONE

- 1<sup>e</sup> civ., 16 octobre 2023, n° 28727.
- 2<sup>e</sup> civ., 6 mars 2019, n° 6459.
- 1<sup>e</sup> civ., 10 mai 2017, n° 11504.

- 3<sup>e</sup> civ., 21 août 2013, n° 19304.
- 1<sup>e</sup> civ., 21 décembre 2012, n° 23713.
- 1<sup>e</sup> civ., 7 février 2006, n° 2597.
- 1<sup>e</sup> civ., 10 octobre 1996, n° 8865.
- 2<sup>e</sup> civ., 24 juin 1996, n° 5832.
- 1<sup>e</sup> civ., 6 décembre 1991, n° 13128.

# Introduction générale

Comme le titre l'indique, le présent travail se propose d'analyser le rôle du principe d'autonomie dans la recherche de coordination en droit patrimonial de la famille. Notre recherche se focalise autour de deux concepts, ceux d'autonomie et de coordination, dont nous essayerons de dessiner les contours dans les paragraphes suivants, dans lesquels nous expliquerons également notre choix s'agissant de la matière traitée et de la méthode utilisée.

Poussant les hommes à agir selon leurs préférences plutôt qu'en suivant les normes et valeurs communes, l'individualisme influe nécessairement sur les relations qui forment la vie collective et juridique d'une communauté. Beaucoup d'auteurs observent que l'individualisme constitue l'un des traits essentiels du droit moderne, au point que son impact est presque systématiquement mentionné dans la plupart des ouvrages de théorie générale ou de philosophie juridique<sup>1</sup>. Récemment, on y a même vu « un passage obligé de toute analyse juridique contemporaine qui se voudrait un tant soit peu approfondie »<sup>2</sup>.

L'individualisme consacre la primauté de l'identité personnelle par rapport à l'identité collective, et trouve son expression primaire dans le concept d'autonomie. Le mot « autonomie » dérive de l'ancien mot grec *autonomia* : « *auto-* » signifie le même, ce qui vient de soi et évoque les actions individuelles du sujet ; « *nomos* » indique les règles établies par la société, à savoir les lois. Dès lors, le concept d'autonomie se réfère à celui qui se régit par ses propres lois.

Cette notion se retrouve dans une multitude de domaines<sup>3</sup> et a inspiré, dans de nombreuses disciplines, un très grand nombre d'études. Pour cette raison, bien

---

<sup>1</sup> BATIFFOL, Problèmes (1979), p. 352 ; VILLEY, La formation (2013), p. 184-185 ; LENGART (2023), paragr. 3.

<sup>2</sup> FULLI-LEMAIRE, Reconnaissance (2022), paragr. 47.

<sup>3</sup> Par exemple, l'éthique médicale, la sociologie, la pédagogie, et, bien sûr, pour les besoins de la présente étude, le droit. Dans le domaine juridique, on trouve de nombreuses expressions du principe d'autonomie : il suffit de penser, entre autres, à l'« autonomie » accordée aux collectivités territoriales, reconnue tant au niveau interne qu'au niveau international, notam-

que ce travail se veuille de nature juridique, en traitant du sujet de l'autonomie de la volonté, le juriste ne peut pas ignorer les multiples interprétations que les autres sciences ont donnée au concept d'autonomie de la volonté. Des nombreuses définitions que les disciplines comme la sociologie, la psychologie et la philosophie en fournissent, nous citerons celle qui nous est fournie par KANT, selon lequel le concept d'autonomie est « la propriété qu'a la volonté d'être à elle-même sa loi »<sup>4</sup>. Malgré le fait que le philosophe n'envisage pas encore cette notion en relation avec le domaine juridique<sup>5</sup>, cette définition nous paraît particulièrement relevant pour les besoins de notre étude, car elle laisse entendre que l'autonomie implique l'obéissance de l'individu aux lois qu'il se construit lui-même, en tant qu'être raisonnable<sup>6</sup>.

- 5 D'un point de vue juridique, quand on parle d'autonomie de la volonté, généralement on entend une « volonté qui est la source et la mesure des droits subjectifs, [donc] un organe créateur du droit »<sup>7</sup>. L'autonomie est l'un des concepts ayant dominé la philosophie du droit du XIX<sup>e</sup> siècle, laquelle s'est concentrée autour de la notion de l'individualisme juridique. Le principe d'autonomie ainsi défini fait de l'individu le seul objet et le seul fondement du droit<sup>8</sup>. En d'autres termes, la doctrine de l'autonomie de la volonté fait de l'individu la source du droit<sup>9</sup>.
- 6 Au sein des différents ordres juridiques nationaux, l'autonomie de la volonté s'exprime par l'autorisation allouée aux parties de s'accorder, dans les limites du droit non impératif, quant à la réglementation de leurs relations juridiques. Elle est donc le pouvoir de déroger aux règles dispositives dans le cadre d'un système juridique<sup>10</sup>. En tant que telle, l'autonomie privée opère au sein du système juridique désigné et est un concept de droit matériel national<sup>11</sup>.
- 7 Les premières expressions du principe d'autonomie de la volonté ont vu le jour en droit matériel. Ce principe se décline différemment selon la nature des dispositions du domaine dans lequel l'autonomie est censée opérer. Dans une

---

ment par le biais de la Charte européenne de l'autonomie locale, adoptée le 15 octobre 1985 à Strasbourg, ainsi que, en droit matériel, à l'autonomie accordée aux individus par les États dans le cadre des actions associatives.

<sup>4</sup> KANT (1985), p. 323.

<sup>5</sup> VILLEY, *Leçons* (1962), p. 266.

<sup>6</sup> VERGAUWEN (1978), p. 201.

<sup>7</sup> RANOUIL (1980), p. 9.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> GONZALEZ BEILFUSS, *Party Autonomy* (2020), p. 107.

<sup>11</sup> *Ibid.*



branche largement constituée de règles de droit dispositives, allouer une marge de liberté aux parties se révèle moins problématique, parce que celles-ci auraient de toute manière pu s'accorder pour écarter l'application des dispositions légales applicables par défaut<sup>12</sup>. Pour cette raison, le principe d'autonomie a d'abord trouvé sa place en matière contractuelle, un domaine de droit largement dispositif. Dans cette branche, l'autonomie est à la base de nombreuses règles, comme celles, par exemple, de la liberté contractuelle, ou du respect de la volonté des parties dans l'exécution et l'interprétation du contrat.

Il convient de préciser que le principe d'autonomie n'est pas uniquement reconnu en droit matériel, mais occupe une place de plus en plus importante également en droit international privé. 8

La théorie générale classique du droit international privé repose sur la distinction entre les règles de conflit de lois et de juridictions. Les règles de conflit de lois visent à déterminer la loi applicable au problème juridique litigieux, alors que les règles de conflit de juridictions permettent de déterminer le juge compétent pour trancher le litige. Dès lors, l'autonomie des parties peut être définie, aux fins du droit international privé, comme le principe selon lequel les parties à une relation internationale sont libres de choisir la juridiction compétente pour statuer sur leur situation ou la loi applicable à celle-ci<sup>13</sup>. 9

Une fois le concept d'autonomie défini, avant de poursuivre dans notre analyse, il convient de dédier quelques mots à ses fondements théoriques, notamment dans le contexte international, ce qui revient à traiter des débats doctrinaux qui opposent les conceptions objectiviste et subjectiviste. 10

La théorie subjectiviste du principe d'autonomie de la volonté est la transposition au niveau international de la liberté contractuelle qui s'est affirmée dans la majorité des droits internes. Selon certains auteurs, les individus jouissent d'une autonomie qui serait intrinsèque à leur nature, en particulier lorsqu'ils agissent au-delà des limites d'un ordre juridique unique<sup>14</sup>. Dans cette optique, en acceptant la liberté des parties privées de choisir un for ou une loi, les États se limiteraient à reconnaître cette réalité sous-jacente<sup>15</sup>. Ces positions doctrinales conçoivent l'autonomie privée comme une sorte de « souveraineté » individuelle qui devrait coexister avec celle des États. Dans ce contexte, le fondement du pouvoir d'autonomie résiderait dans l'accord des parties en lui- 11

<sup>12</sup> GONZALEZ BEILFUSS, *The Choice* (2020), p. 73.

<sup>13</sup> GONZALEZ BEILFUSS, *Party Autonomy* (2020), p. 107.

<sup>14</sup> MILLS, *Party Autonomy* (2018), p. 4.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 8.

même, plutôt que de sa reconnaissance par un ordre juridique. Par conséquent, pour les partisans de cette approche, en présence de la volonté concordante des parties, un accord déploie ses effets obligatoires sans qu'il soit nécessaire de le soumettre à une loi<sup>16</sup>, dans la mesure où l'accord lui-même est la source principale des droits et des obligations des parties. Admettre que la volonté concordante des parties fonde le caractère obligatoire de l'accord indépendamment de toute intervention étatique implique reconnaître également que, si les parties décident en faveur d'une élection de droit, elles ont la possibilité de choisir une loi qui n'entretient aucune relation avec leur situation<sup>17</sup>.

- 12 Au contraire, la théorie objectiviste se fonde sur l'idée que la loi devrait prévaloir la volonté des individus. Pour les tenants de cette approche, tout rapport de droit est soumis aux règles d'un ordre juridique. Dès lors, tout contrat ne lie les parties que si « légalement » formé, ce qui implique que cet instrument est soumis à la loi d'un État, qui doit être déterminée sur la base de critères objectifs<sup>18</sup>. Le même principe vaut également pour la volonté des parties, si bien que la désignation de la loi applicable n'est possible que si celle-ci a lieu dans les limites du droit étatique applicable au contrat et selon les formes dictées par ce dernier. Partant, le principe d'autonomie des parties est uniquement un privilège accordé par les États aux individus : en d'autres termes, les parties n'ont le pouvoir de déterminer la juridiction compétente pour statuer sur leur relation, ou le droit applicable à celle-ci que dans la mesure où les États leur confèrent ce pouvoir<sup>19</sup>. Il ressort de ce qui précède qu'en réalité, cette théorie n'expose pas les fondements théoriques sous-jacents au principe d'autonomie des parties, mais fournit plutôt une explication des modalités dont le principe peut être adopté, à savoir à travers les règles de droit international privé adoptées par les États<sup>20</sup>.
- 13 Comme en droit matériel, l'autonomie de la volonté occupe une place toujours croissante au sein des systèmes de droit international privé contemporains en matière contractuelle<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> PATOCCHI (1985), paragr. 180.

<sup>17</sup> BATIFFOL, *Subjectivisme* (1960), p. 44.

<sup>18</sup> CARLIER (1992), paragr. 88.

<sup>19</sup> MILLS, *Conceptualiser* (2019), p. 410.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Pour les États de l'Union européenne, le principe d'autonomie est consacré à l'art. 3, paragr. 1 du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO L 177 du 4 juillet 2008. La même idée se trouve également à l'art. 116 LDIP. Pour les États-Unis, un pays de *common law*, voir l'art. 1-301 de l'*Uniform Commercial Code*, repris par la majorité des États fédéraux.

En revanche, l'expression du principe d'autonomie en droit familial se heurte à des difficultés liées à la nature même de l'institution que ce droit entend réguler, la famille, laquelle incarne avant tout un phénomène social<sup>22</sup>. Puisque la famille est considérée comme une cellule intermédiaire entre l'individu et l'État, c'est à travers sa régulation que l'État a longtemps cherché à façonner les comportements individuels dans un sens conforme aux valeurs qu'il défend. C'est la raison pour laquelle il est communément admis que le droit de la famille, plus que toute autre branche du droit civil, est imprégné à la fois de l'histoire, de la culture et des mœurs d'une société déterminée et constitue souvent un « bastion des particularismes nationaux »<sup>23</sup>. Par conséquent, en droit de la famille, il n'y avait initialement aucune place pour le principe d'autonomie, le mariage étant une « institution naturelle et divine », dont la réglementation était largement soustraite de la volonté des époux<sup>24</sup>. 14

Au fil du temps, on a pu assister à une évolution libérale du droit de la famille, qui a fait gagner en importance les intérêts privés face aux intérêts étatiques, de sorte que l'autonomie de la volonté s'est progressivement étendue au droit patrimonial et même extrapatrimonial de la famille, tant au niveau du droit matériel qu'en droit international privé. 15

En droit matériel, en matière matrimoniale, un exemple est la possibilité reconnue aux parties de s'accorder sur les conséquences patrimoniales liées au démariage. En droit des successions, nous mentionnerons la faculté accordée au *de cuius* de planifier sa succession par le biais des dispositions à cause de mort. 16

Cela est le résultat de l'évolution du droit interne en faveur de l'individualisme en matière personnelle et familiale. En effet, au cours des derniers cinquante ans, les rapports entre l'individu et le groupe familial se sont redéfinis dans le sens d'une plus grande admission des prérogatives reconnues à l'individu<sup>25</sup>. En sont des exemples la redéfinition des rapports entre hommes et femmes, ainsi que la transformation des relations intergénérationnelles et l'évolution du modèle parental, remis en cause avec l'émergence des familles recomposées et homoparentales<sup>26</sup>. Au niveau étatique, cette évolution a déclenché un mouvement qui ne diffère pas fondamentalement de la déréglementation des marchés et des activités économiques. Si le recul du contrôle étatique de l'économie a reçu la désignation de « néolibéralisme écono- 17

<sup>22</sup> MEULDERS-KLEIN (1999), p. 445 ss.

<sup>23</sup> FULCHIRON/ MALAURIE (2011), paragr. 55.

<sup>24</sup> DIETER (2012), p. 701.

<sup>25</sup> DÉCHAUX (2011), p. 25.

<sup>26</sup> *Ibid.*

mique », certains auteurs ont qualifié le phénomène d'autonomisation des individus dans leurs relations familiales comme « néolibéralisme sociétal »<sup>27</sup>.

- 18 À cet égard, nous constatons qu'il existe un lien entre l'élargissement du principe d'autonomie en droit matériel et ses manifestations au niveau du droit international privé. En effet, le libéralisme croissant des mœurs a favorisé la pénétration du principe d'autonomie de la volonté dans les questions familiales, résultant ainsi en une « contractualisation » du droit de la famille, d'abord en droit matériel, puis en droit international privé. Cependant, l'étendue et les modalités de cette reconnaissance, tant au niveau interne qu'international, soulèvent encore de nombreuses interrogations.
- 19 Face à la reconnaissance dont joue l'autonomie sur la scène juridique actuelle, les États ont la délicate mission de trouver un équilibre entre le respect des valeurs contemporaines de liberté et indépendance et le besoin accru de protection sociale dans des domaines particulièrement sensibles<sup>28</sup>. Au départ, il était déjà difficile de qualifier les relations économiques entre époux comme des contrats. Une telle qualification n'était pas jugée nécessaire, puisque toute décision, y compris patrimoniale, à l'intérieur d'un couple avait une raison et une fonction qui allaient bien au-delà des aspects économiques, qui n'étaient que le moyen d'atteindre un objectif plus important, à savoir l'organisation de la cellule familiale<sup>29</sup>. Dominé longtemps par le principe d'indisponibilité, le traitement des relations familiales a échappé à l'emprise de la volonté individuelle en faveur de la soumission à la volonté régulatrice des États.
- 20 En droit matériel, l'indisponibilité des relations familiales s'appuyait sur des considérations selon lesquelles le lien matrimonial marquait un passage vers la création d'une entité abstraite et supérieure : la famille<sup>30</sup>. Celle-ci, d'une part, était considérée comme l'union concrète de deux personnes dont la liberté était subordonnée à l'éthique de l'État et à ses lois ; d'autre part, elle était l'expression abstraite d'intérêts supérieurs qui devaient prévaloir même contre la volonté des époux<sup>31</sup>. Au vu de l'imbrication constante entre les aspects personnels et patrimoniaux, cette manière de concevoir la famille est également la source de la réticence avec laquelle la contractualisation des relations patrimoniales entre époux a été historiquement perçue (cf. *infra*, n° 45 ss)<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> KINSCH (2017), paragr. 17.

<sup>28</sup> WARDLE (2012), p. 1747.

<sup>29</sup> CAERAN (2021), p. 5-6.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 3.

21 Également au niveau du droit international privé, concilier les conceptions traditionnelles de souveraineté étatique avec l'allocation d'un fort pouvoir de réglementation à des parties privées n'a pas toujours été simple (cf. *infra*, n° 276 ss)<sup>33</sup>. La raison pour laquelle le droit familial a historiquement été soumis à une stricte réglementation étatique, c'est-à-dire à l'application d'une loi déterminée sur la base de critères objectifs, était la crainte que la reconnaissance de l'autonomie des parties dans ce domaine permettrait à des individus de choisir, dans une certaine mesure, à quelles juridictions et à quelle loi soumettre ces questions dans pour atteindre les buts espérés. En matière familiale, cette possibilité a longtemps été jugée comme particulièrement peu souhaitable en raison du fait que souvent la réglementation juridique dans ce domaine reflète des valeurs culturelles propres à chaque nation. Le nœud de la tension entre souveraineté et autonomie est que l'allocation de la compétence et la détermination du droit applicable, en tant qu'instruments de résolution des litiges, sont des prérogatives qui ont longtemps été associées uniquement au pouvoir étatique. En conséquence, on voit bien que reconnaître le choix de loi ou de juridiction revient à céder une partie de ce pouvoir de régulation à des parties privées, qui pourront donc déterminer l'étendue de la compétence, et/ou le champ d'application du droit étatique<sup>34</sup>, au détriment du pouvoir régulateur des États.

22 Malgré le graduel renforcement de la position de l'individu au fil du temps, il convient de relever qu'encore actuellement, l'autonomie que lui est reconnue dans le domaine familial se heurte à des limites inconnues en matière contractuelle. Même quand les législations de droit international privé évoluent dans le sens d'une majeure prise en considération de la volonté privée dans les affaires familiales, cette évolution se fait toujours dans les limites de l'identité nationale et culturelle du pays en question<sup>35</sup>. La conséquence est que, de manière générale, les États ne reconnaissent pas aux parties une liberté de choix absolue, mais restreignent le choix des individus à un éventail d'ordres juridiques avec lesquels ils entretiennent des liens profonds, et ayant dès lors tous une légitimité équivalente à régir le rapport en question (par exemple, le droit du domicile, de la résidence habituelle, de la nationalité, etc.) : ce choix de loi « encadré » est également appelé « option de législation »<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> KOHLER, L'autonomie (2013), p. 407.

<sup>34</sup> MILLS, Conceptualiser (2019), p. 405.

<sup>35</sup> KOHLER, L'autonomie (2013), p. 413.

<sup>36</sup> BUCHER (2010), paragr. 80.

- 23 Ce système d'option de législation est actuellement celui privilégié par les institutions européennes en droit international privé de la famille<sup>37</sup>. En effet, le but n'est pas d'étendre à la matière familiale l'autonomie de la volonté telle qu'elle est admise en matière contractuelle, mais plutôt d'offrir l'opportunité aux individus de « résoudre eux-mêmes un conflit auquel ils se trouvent spontanément soumis et dans lequel aucune loi ne jouit *a priori* d'un titre pour s'appliquer supérieur à l'autre »<sup>38</sup>.
- 24 Aujourd'hui plus que jamais, la question de la reconnaissance du principe d'autonomie dans les situations internationales semble d'actualité. Avec la multiplication des échanges internationaux et des relations interpersonnelles transfrontalières qui sont susceptibles de se nouer, il n'est désormais pas rare que les membres d'un couple se soient mariés dans un pays, aient vécu dans différents endroits du monde, pour enfin décider de divorcer dans encore un autre pays. Il n'est pas non plus rare que les membres du couple aient des nationalités différentes. Dans ce contexte, le principe d'autonomie de la volonté permet aux individus de procéder à une œuvre de planification visée à adapter le cadre légal à leur situation personnelle.
- 25 Face à la multiplication des unions de personnes de nationalités différentes et des déplacements des couples d'un bout à l'autre de la planète, le droit international privé a pour objet la réglementation des relations privées à l'échelle internationale, c'est-à-dire des rapports de droit privé présentant un élément d'extranéité. Ainsi, le droit international privé vise à faire « vivre ensemble des systèmes juridiques différents, parce que des relations se nouent entre les personnes, qui par elles-mêmes, leurs biens ou leurs actes, relèvent de systèmes différents »<sup>39</sup>. L'accomplissement de cet objectif nécessite, avant tout, la réalisation d'un certain niveau de sécurité juridique, fondamentale à l'épanouissement des relations privées internationales.
- 26 Cet objectif est extrêmement difficile à atteindre dans le contexte international, où se confrontent des systèmes juridiques aux valeurs et aux solutions divergentes. Dans ce contexte, l'adoption de règles peu cohérentes entre ces différents ensembles législatifs<sup>40</sup> comporte plusieurs risques, tant au niveau de la compétence (scission de la compétence pour des questions patrimoniales

---

<sup>37</sup> KINSCH (2017), paragr. 18.

<sup>38</sup> D'AVOUT/ AUDIT (2013), paragr. 211.

<sup>39</sup> BATIFFOL, Aspects (2002), paragr. 5.

<sup>40</sup> L'expression est de LEQUETTE (1985), p. 163 ss. Le concept des ensembles législatifs et les problèmes de scission qu'il implique, notamment en matière de successions internationales, ont été repris par plusieurs auteurs. Voir, par exemple, HERON (1986), p. 108 ss et BONOMI, Successions internationales (2011), p. 109.

connexes) que du droit applicable (problèmes de qualification, solutions contradictoires). Dès lors, la recherche d'un certain degré de coordination des solutions est indispensable afin d'assurer la sécurité juridique et d'éviter autant que faire se peut des situations dites boiteuses<sup>41</sup>.

Il convient de relever que, malgré les objectifs de coordination qu'il recherche, le droit international privé reste une matière imprégnée de la volonté politique de l'État de protéger ses propres intérêts et les intérêts de ses ressortissants. En cela, le droit international privé est le reflet d'un équilibre entre la souveraineté et l'ouverture vers l'extérieur, entre une tendance au protectionnisme et une volonté d'accueillir les situations juridiques étrangères. 27

Dès lors, les solutions en vigueur dans les différents systèmes de droit international privé sont le résultat d'un compromis entre la volonté, d'une part, de réaliser les objectifs de sécurité et prévisibilité juridique souhaités et, d'autre part, de garantir la protection des intérêts propres à chaque État. Partant, à l'heure actuelle, il n'est pas certain que les solutions de planification offertes aux époux permettent de garantir le degré de sécurité et stabilité espéré. En effet, la multiplicité d'instruments en vigueur et les différents critères de rattachements retenus en droit international privé sont terrain fertile pour l'insécurité juridique, d'où l'importance d'assurer une certaine coordination entre ces instruments. 28

Comme nous l'avons indiqué au début de cette partie introductive, le présent travail s'interroge sur la question de savoir si le principe d'autonomie peut se révéler un outil efficace dans la recherche de coordination. Notre hypothèse de travail est que la réponse à cette question est positive et qu'une meilleure coordination des solutions passe par une admission plus large du principe d'autonomie de la volonté. 29

Avant de rechercher des solutions concrètes, encore faut-il s'entendre sur ce qu'est la coordination. Si l'idée de « coordination » reste, pour le moment, une notion aux contours flous, la notion équivalente d'harmonie internationale des décisions est bien connue de la doctrine juridique. Dans le cadre de l'harmonie dite internationale, il s'agit d'assurer une coordination abstraite des différents ordres juridiques concernés<sup>42</sup>. Atteindre ce type d'harmonie présuppose l'utilisation du même facteur de rattachement, ou en tout cas l'application de la même loi, par tous les États concernés<sup>43</sup>. Cet objectif sous-tend le principe de la règle bilatérale de conflit et constitue l'objectif ultime de la construction 30

<sup>41</sup> GAILLARD (2022), paragr. 480.

<sup>42</sup> *Ibid.*, paragr. 485.

<sup>43</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, art. 13-19 LDIP N 3.

théorique de SAVIGNY, convaincu qu'il était possible que les pays civilisés s'accordent sur un facteur de rattachement commun<sup>44</sup>.

- 31 Il existe cependant une deuxième facette de la coordination internationale, qui touche à l'harmonie des solutions dans des matières connexes<sup>45</sup>. Cette coordination, garantie en droit matériel, n'est pas toujours assurée sur le plan international. Même si ce problème est connu depuis longtemps au sein des systèmes nationaux de droit international privé, le système de droit international privé de l'UE, lequel se fonde sur la coexistence de plusieurs textes réglementaires portant sur des questions connexes, en constitue un exemple frappant. Cette manière de procéder s'impose compte tenu de la complexité de la matière et des difficultés liées à la prise de décisions politiques au sein de l'Union, de sorte que l'adoption d'un unique code européen de droit international privé comparable aux codifications nationales reste pour l'instant irréaliste<sup>46</sup>. Dans ce contexte, une attention particulière doit être portée à la cohérence de l'ensemble, au vu du fait que la réglementation des relations patrimoniales au sein du couple nécessite la prise en compte des relations très étroites qui existent entre plusieurs matières, telles que le divorce, les obligations alimentaires entre conjoints, les régimes matrimoniaux et les successions.
- 32 Dans cette même optique, il convient également de souligner l'importance de garantir, dans les limites du possible, une coordination entre compétence et droit applicable. En effet, l'application de la loi étrangère représentera toujours un défi pour les juridictions étatiques et une source non négligeable de coûts et de retards pour les justiciables<sup>47</sup>. Il est donc important de ne pas multiplier inutilement les situations dans lesquelles une juridiction doit appliquer une loi étrangère. Pour ce faire, il est souhaitable que les règles de compétence et de droit applicable soient formulées de manière cohérente, afin de conduire, tant que faire se peut, à l'application de la loi interne de l'autorité saisie. Les choses se compliquent lorsque plusieurs autorités nationales sont compétentes<sup>48</sup>, car l'application de la loi du for entre alors en contradiction avec l'objectif de l'uniformité et devient une source de *forum shopping*<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> VON SAVIGNY (1849), p. 29 ss.

<sup>45</sup> Nous soulignons que certains auteurs ont toujours opéré cette distinction entre harmonie internationale des décisions et harmonie interne. Voir, par exemple, HANISCH (1985), p. 476 ; KEGEL (1990), p. 48 ss et 61 ss ; KREN KOSTKIEWICZ (2018), paragr. 822 ss.

<sup>46</sup> BONOMI, Les propositions de règlement (2014), p. 55.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>48</sup> Comme nous le verrons, tel est le cas, en matière de divorce, en vertu du règlement Bruxelles II *ter*.

<sup>49</sup> BONOMI, Les propositions de règlement (2014), p. 58.



Dans le cadre de ce travail, nous nous concentrerons sur les questions relatives à l'harmonie des solutions entre matières connexes. Comme annoncé plus haut, notre hypothèse de travail est que l'autonomie peut être un outil efficace pour atteindre l'harmonie des solutions recherchée. De manière plus spécifique, la question à laquelle nous nous proposons de répondre est de savoir s'il est possible de garantir une meilleure coordination et une plus grande stabilité aux solutions adoptées par les couples internationaux au stade de la planification. 33

Comme le titre le suggère, la présente étude portera sur les questions relatives au droit patrimonial de la famille, notamment à la suite de la rupture du lien conjugal. Dès lors, nous analyserons la cohérence des possibilités de planification offertes en matière d'obligations alimentaires, régimes matrimoniaux et successions. Le choix de limiter notre analyse aux aspects patrimoniaux se fonde sur l'idée que, dans ce domaine, la planification répond à un besoin essentiel des familles. En cas de divorce, l'une des préoccupations centrales des parties est celle de s'assurer une stabilité financière sur laquelle bâtir une base solide pour l'avenir. En matière successorale, la préservation de la fortune familiale et sa transmission aux générations futures selon des dispositions claires permet souvent d'éviter des tensions et des conflits et garantit donc une meilleure harmonie familiale. 34

Face à la diversité des communautés de vie actuellement possibles, il a été impératif de délimiter le champ de notre recherche également à ce sujet. Après quelques hésitations, nous avons décidé de nous concentrer uniquement sur le régime juridique applicable aux couples mariés, lequel soulève déjà des questions très complexes. De plus, en dépit de la reconnaissance des partenariats enregistrés, le mariage demeure largement prépondérant du point de vue statistique, et les unions de fait souffrent encore d'un manque de réglementation. Par ailleurs, nous étudierons uniquement les options de planification destinées au règlement des rapports patrimoniaux entre époux, sans égard aux éventuelles obligations patrimoniales vis-à-vis des enfants du couple : au vu de leur complexité, ces questions mériteraient, à notre avis, d'être traitées dans un ouvrage qui leur serait spécifiquement dédié. Partant, nous avons décidé d'exclure ces aspects de notre champ d'étude, afin de pouvoir nous consacrer à l'étude des rapports patrimoniaux entre époux avec la clarté et précision dont nous espérons faire preuve. 35

L'étude des libertés allouées aux époux dans le règlement de leurs rapports patrimoniaux serait incomplète sans une partie dédiée au rôle du principe d'autonomie dans les procédures de divorce. En effet, de même que le décès de l'un des conjoints, le divorce met fin au lien matrimonial. C'est le fait de la dissolution du mariage qui engendre, d'une part, la naissance d'obligations 36

alimentaires entre époux et, d'autre part, la nécessité de procéder à la dissolution et liquidation du régime matrimonial. De plus, il existe un lien entre le processus de libéralisation progressive des procédures de divorce et la marge d'autonomie allouée aux parties pour s'accorder sur les conséquences patrimoniales de leur désunion, si bien que l'analyse de ces deux aspects nous paraît presque inextricable. Pour ces raisons, nous examinerons également la place du principe d'autonomie dans les questions relatives au divorce.

- 37 Le présent travail se veut une étude de droit international privé et de droit comparé. Ce choix se fonde sur le constat que le droit comparé occupe une place centrale tant en droit matériel qu'en droit international privé, si bien qu'à notre sens, il aurait été impossible de saisir tous les enjeux pertinents pour notre étude sans approfondir les aspects de droit matériel.
- 38 Au niveau du droit matériel, il convient de relever qu'au gré des flux migratoires qui ont eu lieu au cours des dernières décennies, il en est résulté un brassage des populations et des mœurs familiales qui a rendu la société plus sensible à ce qui se passe dans les pays voisins. Conscients de cette réalité, les législateurs nationaux sont désormais plus ouverts aux influences du droit comparé. Bien que les données tirées de la méthode comparative ne dictent généralement pas les réformes internes du droit de la famille, elles orientent le législateur national au stade de la procédure législative<sup>50</sup>. Ceci vaut également pour les avancées du principe d'autonomie en droit interne. En effet, lorsqu'un ordre juridique étranger reconnaît des possibilités de choix dans une matière déterminée, cela peut contribuer à aiguïser, dans les autres législateurs, la conscience de l'existence d'un espace judiciaire européen au sein duquel circulent non seulement les individus, mais aussi les solutions légales offertes par les autres États<sup>51</sup>. Il se pourrait même que dans certaines hypothèses, le développement de l'autonomie de la volonté au sein d'un État conduise les États voisins à adapter son droit interne dans un sens plus favorable au principe d'autonomie (cf. *infra*, n° 1235)<sup>52</sup>.
- 39 De manière similaire, le droit comparé occupe un rôle central en droit international privé. En effet, le raisonnement conflictuel implique inévitablement une approche de droit comparé. Le choix d'un for par les parties dépend d'une évaluation de la qualité de la justice, du système procédural et du système juridique dans l'État dont les autorités seront amenées à prendre une décision<sup>53</sup>. De même, le choix du droit applicable dépend d'une analyse des avan-

---

<sup>50</sup> THURILLER-BERSOLLE (2011), paragr. 19.

<sup>51</sup> WAUTELET, *Concurrence réglementaire* (2014), p. 148.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>53</sup> GUILLAUME, *Mondialisation* (2012), p. 324.

tages et des inconvénients des droits matériels susceptibles d'entrer en considération<sup>54</sup>. Ces éléments de droit comparé sont, ou tout au moins devraient être, étudiés par les parties lorsqu'elles sont amenées à formaliser un accord entre elles ou à saisir les autorités d'un État. De plus, l'autorité confrontée à une question de droit international privé n'échappera pas non plus au droit comparé. Lorsque les règles de droit international conduisent à l'application d'une loi étrangère, l'autorité devra connaître cette dernière pour trancher la question qui lui est soumise si elle doit l'appliquer<sup>55</sup>. Finalement, un législateur national adoptera une perspective de droit comparé également lors de l'élaboration des règles de conflit. S'il souhaite en effet qu'elles soient efficaces sur le plan international, il doit nécessairement les coordonner avec les règles existantes ailleurs<sup>56</sup>. Comme l'indique à juste titre ROMANO, face à un défaut de coordination interétatique, aucun des deux États impliqués ne saurait prétendre que sa règle de conflit de lois « mono-étatique », soit une règle qui impose une vision de la coordination propre à l'État en question, soit applicable à l'exclusion de celle de l'autre<sup>57</sup>. Dès lors, un État ne peut pas adopter un système de droit international privé sans prendre en considération les systèmes existant dans les autres pays, car chaque système doit s'intégrer dans un ensemble cohérent au niveau mondial<sup>58</sup>.

Cet ouvrage analysera principalement les solutions proposées en droit suisse, français et italien. L'étude des ordres juridiques suisse et italien s'est tout naturellement imposée du fait que ce travail a été rédigé en cotutelle entre l'Université de Lausanne et l'*Università degli Studi di Torino*, en Italie. Par ailleurs, par le choix de ces juridictions, nous avons voulu, d'une part, comparer la réglementation en vigueur dans deux pays de l'Union européenne, afin de souligner les points de convergence, tout en mettant l'accent sur les éventuelles disparités. D'autre part, nous avons choisi d'étudier le régime suisse afin d'obtenir la perspective d'un État non-membre de l'UE à propos de la régulation des rapports patrimoniaux du couple. Il convient de souligner que le choix de ces juridictions se justifie également au niveau du droit international privé, car les solutions consacrées au sein de l'Union européenne s'appliquent

40

---

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 325.

<sup>57</sup> ROMANO, *Le dilemme* (2014), p. 54.

<sup>58</sup> MANCE (2005), p. 185.

en France et en Italie, mais seulement dans une mesure plus limitée en Suisse<sup>59</sup>.

- 41 Les deux premières parties de ce travail, destinées à examiner les manifestations de l'autonomie de la volonté en matière matrimoniale et successorale, seront subdivisées en deux chapitres, consacrés respectivement à l'étude des opportunités de planification ouvertes aux couples en droit matériel et en droit international privé.
- 42 Les parties dédiées au droit matériel exposeront, en premier lieu, les solutions retenues par les ordres juridiques nationaux en matière d'obligations alimentaires, régimes matrimoniaux et successions, pour ensuite analyser la place que les législateurs nationaux ont accordé au principe d'autonomie dans ces domaines. Les parties dédiées au droit international privé viseront, d'abord, à fournir un aperçu des sources pertinentes. Par la suite, nous essayerons de dessiner les traits essentiels des systèmes de droit international privé en vigueur, en attirant l'attention du lecteur sur les aspects qui risquent d'être source d'insécurité juridique. Cela constituera la base de départ pour l'analyse qui fait l'objet de la dernière partie de cette étude, laquelle porte sur les possibles solutions aptes à favoriser la prévisibilité et sécurité du droit.
- 43 La troisième partie représente l'aboutissement de l'ensemble du travail. Ici, nous reviendrons sur les considérations issues des chapitres précédents dans le but de dégager des propositions concrètes visant à mieux atteindre le but de coordination souhaité à l'aide du principe d'autonomie de la volonté. Dans un premier chapitre, le lecteur trouvera des réflexions théoriques sur le rôle du principe d'autonomie en tant qu'instrument de coordination en mesure de résoudre les incohérences actuellement existantes au niveau du droit international privé. Dans le chapitre suivant, nous préconiserons l'intervention du législateur en fonction des solutions apportées aux questions problématiques qui auront été mis en exergue au long du travail.
- 44 Finalement, dans le chapitre final de cette partie, nous nous interrogerons sur la question de savoir s'il ne serait pas plus simple d'atteindre le but de coordination souhaité en reportant l'effort d'harmonisation sur le droit matériel. En effet, si les États parviennent à harmoniser leurs législations, cela réduirait les potentiels de conflits internationaux, si bien que la nécessité de coordination serait moindre. Dès lors, nous traiterons d'abord la question de savoir dans quelle mesure la consécration du principe d'autonomie dans l'œuvre législa-

---

<sup>59</sup> Nous nous référons notamment à la convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 (CL), RS 0.275.12, conclue entre l'Union européenne et la Suisse.

tive européenne en matière de droit international privé de la famille et des successions a déjà déclenché une tendance à l'harmonisation des solutions adoptées au niveau du droit matériel interne. Par la suite, nous formulerons des propositions de révision des droits matériels qui, passant par une libéralisation du droit de la famille, permettraient de mieux coordonner les solutions consacrées à l'échelle nationale, et réduiraient ainsi le potentiel de conflit à l'échelle internationale.



Première partie :

L'autonomie de la volonté en  
matière matrimoniale





# Chapitre I : L'autonomie de la volonté en droit matériel

La première partie de la présente étude, consacrée à la matière matrimoniale, débutera avec une analyse de la place accordée au principe d'autonomie d'abord dans les différents droits matériels, puis en droit international privé. 45

## **I.A. Le développement historique du principe d'autonomie en matière matrimoniale**

Dans les paragraphes suivants, nous passerons en revue les étapes principales du développement historique du principe d'autonomie. Par la suite, dans la section suivante, nous aborderons la question de la reconnaissance de l'autonomie de la volonté en droit positif. 46

Eu égard aux liens étroits qui existent entre le processus de désunion et les obligations alimentaires et régimes matrimoniaux, notamment entre la libéralisation progressive des procédures de divorce et la marge d'autonomie allouée aux parties pour s'accorder sur les conséquences patrimoniales de leur désunion, dans ce bref aperçu historique, nous rappellerons également sur la place du principe d'autonomie en matière de divorce. 47

### **I.A.1. En droit suisse**

#### *I.A.1.1. De l'entrée en vigueur du Code civil à la révision de 1988*

Avec l'entrée en vigueur du Code civil unifié, en 1912, les effets du divorce ont été réglés pour la première fois de manière homogène pour l'ensemble du territoire suisse. Globalement, il s'agissait d'une réglementation qui était considérée comme particulièrement progressiste et innovatrice, puisqu'elle intro- 48

duisait le divorce pour cause de rupture irrémédiable du lien conjugal, à l'époque connu uniquement dans une minorité d'États<sup>60</sup>.

- 49 Ce droit était également novateur pour la place qu'il accordait à la volonté des époux s'agissant, en particulier, de la liquidation du régime matrimonial. Dans son travail d'élaboration du Code civil, Eugen HUBER, s'adressant à la Société suisse des juristes en 1894, présentait la répartition du bénéfice de l'union conjugale comme un point essentiel du nouveau droit, et préconisait une répartition par moitié, un concept novateur pour l'époque<sup>61</sup>. Il évoquait également la possibilité pour les époux de s'accorder pour une modification de la clé de répartition du bénéfice, par une convention soumise au respect d'une forme solennelle<sup>62</sup>. Dans le texte final du Code de 1912, bien que le législateur n'ait pas suivi HUBER s'agissant de la clé de répartition légale du bénéfice, il maintenait la possibilité de convenir d'une clé de répartition différente, et exigeait le respect de la forme authentique pour toute modification conventionnelle (art. 214 aCCS).
- 50 En 1968, a eu lieu une révision du droit de la famille, qui s'est réalisée par étapes<sup>63</sup>. En particulier, l'entrée en vigueur du nouveau droit du mariage en 1988<sup>64</sup> s'est répercutée sur les régimes matrimoniaux, en prévoyant que, sous le régime ordinaire de la participation aux acquêts, le bénéfice de l'union conjugale était en principe réparti par moitié entre les conjoints<sup>65</sup>. En dépit des nombreux débats suscités par l'article 214 aCCS, notamment autour de la qualification de l'attribution d'une part supérieure ou de l'entier du bénéfice de l'union au conjoint survivant et de la réduction de ces conventions, la possibilité de déroger à cette répartition par contrat de mariage a été finalement maintenue sans modifications majeures<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> BACHMANN (2000), p. 322.

<sup>61</sup> MOOR (1966), p. 11-12.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> Le nouveau droit de l'adoption est entré en vigueur en 1973, suivi en 1978 par la révision du reste du droit de l'enfant. En 1981, les dispositions relatives à la privation de liberté préventive dans le droit de la tutelle ont été adaptées à la CEDH.

<sup>64</sup> Code civil suisse (Effets généraux du mariage, régime matrimonial et successions), RO 1986 122.

<sup>65</sup> BACHMANN (2000), p. 322.

<sup>66</sup> CHUARD (2014), p. 56-59.

## I.A.1.2. Les révisions de 2000 et 2010

Douze ans après, une nouvelle révision du droit du divorce entrainé en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000<sup>67</sup>, laquelle abandonnait le principe de la faute et favorisait les résolutions à l'amiable<sup>68</sup>. Avec cette révision, le législateur suisse tenait compte des changements sociaux à l'origine de l'augmentation du nombre de divorces : d'une part, il laissait une place étendue à l'autonomie des époux pour régler librement leurs relations<sup>69</sup>, et, d'autre part, il réduisait les interventions du juge dans la procédure<sup>70</sup>. Ainsi, la législation de 2000 introduisait la possibilité d'introduire un divorce par consentement mutuel, notamment une procédure sur requête commune avec accord complet (art. 111 CCS) : pour en bénéficier, une convention relative aux effets du divorce, portant notamment sur la liquidation du régime et les questions alimentaires, doit être présentée au tribunal. De surcroît, bien que la loi ne le précise pas, il est admis que les époux peuvent également conclure une convention relative aux effets du divorce pendant la procédure contentieuse<sup>71</sup>. 51

En occasion de la révision de 2000, le législateur ne s'est pas prononcé à propos de la possibilité, pour les époux, de s'accorder de manière anticipée sur les conséquences patrimoniales d'un divorce, laissant ainsi ouverte une question qui s'était déjà posée sous l'ancien droit. Cependant, même en l'absence d'indication claire dans la loi, la jurisprudence<sup>72</sup> et une partie de la doctrine<sup>73</sup> se positionnent en faveur de l'admissibilité de telles conventions (cf. *infra*, n° 196 ss). 52

Le droit du divorce a fait l'objet d'une dernière révision en 2010<sup>74</sup>, qui a reconnu davantage la place du principe d'autonomie des époux dans le cadre d'une procédure de divorce. En effet, la révision susmentionnée a supprimé le délai de réflexion de deux mois, imposé aux époux dans les procédures de divorce sur requête commune. Suivant l'avis du Conseil fédéral, le législateur suisse a estimé en effet que, bien que la loi doive protéger les époux contre les conséquences d'une requête de divorce hâtive, cette exigence était suffisam- 53

<sup>67</sup> Code civil suisse (Droit du divorce), RO 1999 1118.

<sup>68</sup> BACHMANN (2000), p. 322.

<sup>69</sup> PHILIPPE (2007), p. 1241.

<sup>70</sup> BACHMANN (2000), p. 323.

<sup>71</sup> PHILIPPE (2007), p. 1242.

<sup>72</sup> ATF 5C\_114/2003 ; ATF 5C\_270/2004.

<sup>73</sup> Voire, par exemple, MEIER, Planification (2006), p. 289-305.

<sup>74</sup> Code civil (Délai de réflexion dans la procédure de divorce sur requête commune), RO 2010 281.

ment prise en compte par l'attribution au juge de la possibilité de fixer, si nécessaire, plusieurs séances d'audition des conjoints<sup>75</sup>.

## I.A.2. En droit français

### I.A.2.1. *De l'époque révolutionnaire à la loi de 1975*

- 54 Dans le climat révolutionnaire du XIX<sup>e</sup> siècle, la Constitution de 1791, reprenant l'idée du siècle des Lumières, proclamait le mariage en tant que contrat civil<sup>76</sup>. Dans ce même esprit, la loi du 20 septembre 1792<sup>77</sup> admettait le divorce. Le Code civil de 1804 admettait le divorce, apparemment au nom de la liberté de conscience, le divorce étant possible pour les protestants<sup>78</sup>. Le législateur de l'époque envisageait le divorce pour une cause déterminée, notamment l'adultère, ainsi qu'un divorce par consentement mutuel<sup>79</sup>. Cependant, les procédures consensuelles étaient entourées d'un grand nombre de formalités et d'obligations<sup>80</sup>.
- 55 Le régime juridique du divorce, tel que prévu dans le Code civil de 1804, a demeuré jusqu'à la loi du 8 mai 1816, qui a rétabli l'indissolubilité des liens du mariage<sup>81</sup>. La suppression du divorce n'a pas donné lieu ni à des troubles ni à des discussions, car elle était conforme aux idées de l'époque, selon lesquelles la famille, qui constituait la cellule de base de la société, ne pouvait pas être remise en cause par le divorce<sup>82</sup>.
- 56 Si la suppression du divorce en 1816 a eu lieu sans heurts ni discussions, il n'en a pas été de même pour son rétablissement. La question a été reprise en 1876 par le député radical Alfred NAQUET, mais son adoption n'a eu lieu qu'en 1884. Il convient de souligner que, pour la première fois, la loi Naquet<sup>83</sup> admettait la possibilité, pour l'époux innocent, d'obtenir une pension alimentaire de la part de l'époux qui portait la responsabilité de la rupture<sup>84</sup>.

---

<sup>75</sup> FF 2008 1783, p. 1784.

<sup>76</sup> CLAUX (2022-2023), paragr. 021.51.

<sup>77</sup> Décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens, voir PLON (1858), p. 203-206.

<sup>78</sup> CLAUX (2022-2023), paragr. 021.61.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> *Ibid.*, paragr. 021.71.

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> Bulletin des lois de la République française n° 859 du 27 juillet 1884, p. 85-88.

<sup>84</sup> CLAUX (2022-2023), paragr. 021.83.

Entre 1884 et 1975, un changement de mentalité considérable a eu lieu au sein de la société française. Une première manifestation de cette évolution est le fait qu'en matière patrimoniale, la réforme de 1965<sup>85</sup> a remplacé le strict régime d'immutabilité, qui empêchait les époux de changer le régime matrimonial choisi au moment du mariage, avec un régime de mutabilité contrôlée, qui prévoyait la possibilité de changer le régime par voie d'un acte notarié soumis à homologation judiciaire. 57

De plus, au cours des décennies, le divorce, bien qu'initialement considéré comme une institution scélérate<sup>86</sup>, a gagné lentement sa position dans l'ordre juridique français et sa réglementation a évolué vers un modèle contractuel<sup>87</sup>. Dans les années cinquante, l'idée formulée par les philosophes du siècle des Lumières que le mariage était un contrat et que, comme tout accord de volonté, pouvait être défait par un accord contraire a pénétré la pratique judiciaire. C'est par une loi du 11 juillet 1975<sup>88</sup> qu'a été introduit dans la législation française le divorce par consentement mutuel. 58

En occasion de la réforme de 1975, le législateur français, animé par une conception libérale et volontariste du divorce, fondée sur une « privatisation » de la famille<sup>89</sup>, a consacré une large place à l'initiative des époux, qui se voyaient octroyer une autonomie importante dans l'établissement de leurs rapports patrimoniaux après la désunion. En effet, avec l'institution du divorce par consentement mutuel et dans un souci de régler au moment du prononcé du divorce les conséquences pécuniaires de la séparation, il a été fait obligation aux époux de régler à l'amiable l'ensemble des conséquences de leur divorce<sup>90</sup>. 59

Cette tendance à la privatisation s'est retrouvée également dans l'effacement progressif du rôle de la faute dans le règlement pécuniaire des effets de la séparation<sup>91</sup>. En effet, la loi du 11 juillet 1975, outre à instituer une multitude de causes de rupture du lien conjugal, a introduit la notion de prestation compensatoire, dont la nouveauté principale était qu'elle pouvait être attribuée même lorsque le divorce était prononcé à torts « partagés ». 60

---

<sup>85</sup> Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965, JORF du 14 juillet 1965.

<sup>86</sup> HAUSER (2005), p. 3.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, JORF n° 0161 du 12 juillet 1975.

<sup>89</sup> COUZIGOU-SUHAS (1997), p. 191.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 206.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 191.

*I.A.2.2. La loi du 26 mai 2004 : le divorce entre dans le champ contractuel*

- 61 À l'exception de la loi du 30 juin 2000<sup>92</sup> concernant la prestation compensatoire, qui était essentiellement une loi comptable et n'apportait pas de changements majeurs en la matière, entre 1975 et 2004 la législation en matière de divorce n'a pas fait l'objet de révisions<sup>93</sup>.
- 62 Il a fallu attendre 2004 pour que le législateur français continue, en matière de divorce, l'œuvre débutée en 1975. En effet, avec la loi du 26 mai 2004<sup>94</sup>, qui est souvent présentée comme la « suite » de celle de 1975, il a détaché définitivement les instruments de rééquilibrage financier après le divorce de l'idée de faute.
- 63 Le thème de la liquidation des intérêts patrimoniaux n'a pas échappé aux lignes directrices de la réforme, qui étaient l'accélération et la pacification de la procédure de divorce<sup>95</sup>. Pour parvenir à ces objectifs, la loi de 2004 incitait les époux à trouver un accord sur toutes les conséquences patrimoniales de leur divorce. Qu'il s'agît d'un divorce par consentement mutuel ou d'un divorce sur requête unilatérale, le législateur français encourageait les accords entre époux, à tous les stades de la procédure et sur une majorité de points possibles, conformément à sa volonté affichée de dédramatiser le divorce<sup>96</sup>. Les époux étaient notamment encouragés à s'accorder quant à la liquidation de leur régime matrimonial et sur le principe et le montant de la prestation compensatoire, même si leur accord éventuel fait l'objet d'un contrôle de la part du juge aux affaires familiales<sup>97</sup>.
- 64 Le règlement conventionnel des intérêts patrimoniaux des époux en cas de divorce, un vœu qui était clairement exprimé dans la réforme, était encouragé par le législateur tant de manière directe qu'indirecte. Directement, il multipliait les possibilités d'accord, même dans les procédures de divorce conten-

---

<sup>92</sup> Loi n° 2000-596 du 30 juin 2000, JORF n° 151 du 1 juillet 2000.

<sup>93</sup> En effet, les révisions du droit français de la famille ayant lieu pendant cette période n'ont que des effets indirects sur le divorce et ses conséquences. Nous mentionnons, par exemple, la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, JORF n° 7 du 9 janvier 1993, qui attribue la compétence pour l'ensemble des divorces au juge aux affaires familiales, ainsi que la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, JORF du 5 mars 2002, qui élimine toute distinction entre enfants légitimes et enfants naturels dans le cadre de la procédure de divorce.

<sup>94</sup> Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, JORF n° 122 du 27 mai 2004.

<sup>95</sup> GARE (2005), p. 53.

<sup>96</sup> BOSSE-PLATIERE (2005), p. 12.

<sup>97</sup> DELMAS SAINT-HILAIRE (2005), p. 61.

tieux<sup>98</sup>. Indirectement, il sanctionnait l'échec de la négociation contractuelle, notamment en matière de prestation compensatoire : en effet, lorsque le juge était appelé à se prononcer sur ce point, il était tenu à appliquer des critères de fixation très rigides, tels que fixés par la loi de 2000<sup>99</sup>.

### I.A.2.3. Les révisions de 2006 à nos jours

Au fil du temps, il a été clair que la procédure de changement du régime matrimonial instaurée la réforme de 1965<sup>100</sup> était source d'un contentieux important<sup>101</sup>. Pour ces raisons, par la réforme de 2006<sup>102</sup>, le législateur français a instauré un régime de mutabilité contrôlée. Par l'adaptation des articles 1300 à 1303 CCPF, il a simplifié la procédure de changement de régime, en supprimant notamment l'exigence d'homologation judiciaire, sauf en présence d'enfants mineurs ou lorsque des enfants majeurs, des créanciers ou d'autres personnes parties au contrat de mariage exerçaient leur droit d'opposition. 65

La loi du 18 novembre 2016<sup>103</sup> a introduit, dans l'ordre juridique français, la nouveauté du divorce sans juge. Il s'agit d'un divorce extrajudiciaire contractuel, qui est non seulement possible, mais obligatoire lorsque les époux sont d'accord sur la rupture et sur toutes les conséquences qu'y sont attachées (cf. *infra*, n° 132)<sup>104</sup>. La convention de divorce signée par les époux et leurs avocats dans le cadre de cette procédure poursuit deux finalités : la première est d'officialiser le divorce par la déclaration des volontés concordantes des époux, la seconde est de préciser les conditions de la désunion<sup>105</sup>. 66

Une révision du divorce contentieux a suivi avec la loi du 23 mars 2019<sup>106</sup>. Sur la base de celle-ci, à défaut d'accord, les demandes introductives d'instance pour les procédures unilatérales de divorce doivent être accompagnées d'une proposition concernant les conséquences patrimoniales de la désunion. Autrement dit, l'époux qui souhaite le divorce doit présenter, sous peine d'irrecevabilité, une proposition d'accord concernant le règlement des effets patrimoniaux liés à la dissolution du mariage<sup>107</sup>. Encore une fois, le 67

---

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965, JORF du 14 juillet 1965.

<sup>101</sup> STORCK (2020), paragr. 53.

<sup>102</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, JORF n° 145 du 24 juin 2006.

<sup>103</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016.

<sup>104</sup> CLAUX (2022-2023), paragr. 021.251.

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, JORF n° 0071 du 24 mars 2019.

<sup>107</sup> CLAUX (2022-2023), p. 021.261.

législateur encourage fortement les époux à trouver une solution sur le plan économique, leur laissant une grande marge d'autonomie dans le règlement de leurs rapports patrimoniaux.

- 68 De surcroît, à l'occasion de la révision de 2019, le législateur a allégé ultérieurement la procédure de changement du régime et a instauré le principe de libre mutabilité, en supprimant notamment l'écoulement obligatoire d'un délai de deux ans depuis l'entrée en vigueur du régime matrimonial existant, ainsi que l'exigence d'homologation judiciaire systématique en présence d'enfants mineurs.

### I.A.3. En droit italien

#### *I.A.3.1. De l'entrée en vigueur du Code civil de 1942 aux années septante*

- 69 L'idée de famille qu'on retrouvait dans le Code civil italien de 1942 était le résultat de l'influence des doctrines de l'idéalisme allemand du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>108</sup>. La famille était considérée comme une véritable institution, dans laquelle le pouvoir de disposition des membres était donc réduit<sup>109</sup>. Cette idéologie a été maintenue pendant de nombreuses années, même après la chute du fascisme, et elle a ralenti le processus de renforcement progressif de l'autonomie privée des époux, surtout si on compare ce domaine à d'autres branches du droit privé<sup>110</sup>.
- 70 Ce n'est que dans les années 1950 et 1960 que quelques voix timides ont souligné la nécessité d'accorder aux époux une plus grande liberté dans la détermination des questions patrimoniales<sup>111</sup>. Cependant, à côté de ceux qui proposaient de s'émanciper de l'idée de la « famille institutionnalisée », de nombreux juristes s'opposaient fermement à une évolution du droit de la famille dans une direction considérée comme révolutionnaire et destructrice pour la structure sociale<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> Cette influence s'explique en partie par le fait que de nombreux penseurs italiens ont été formés à cet idéalisme, et en partie par le fait que la philosophie proposée semble soutenir l'idéologie de l'État telle qu'elle est imaginée par le parti fasciste, voir CAERAN (2021), p. 1.

<sup>109</sup> CICU (1914), p. 145.

<sup>110</sup> CAERAN (2021), p. 2.

<sup>111</sup> SANTORO-PASSARELLI, Saggi (1961), p. 381-388.

<sup>112</sup> Voir, par exemple, l'intervention de CALAMANDREI (1947), p. 2981 ss.



Dans ce long processus, la Constitution italienne de 1948<sup>113</sup> a fourni une impulsion considérable. Bien que les principes qu'elle contient aient été transposés par le législateur de manière graduelle, les concepts de solidarité et d'égalité des droits et des devoirs entre les époux ont progressivement trouvé leur place dans la doctrine et dans la jurisprudence avant même de se répandre dans la société civile<sup>114</sup>. 71

### I.A.3.2. *La loi d'introduction du divorce de 1970*

Le principe constitutionnel de l'égalité entre les époux, comme nous l'avons mentionné, a pris des années avant d'entrer réellement dans l'esprit des universitaires et des tribunaux. Dans ce contexte, l'introduction du divorce en 1970<sup>115</sup> a non seulement remis en cause le principe de l'indissolubilité du mariage, mais a également entraîné une modification de la conception des relations familiales, notamment en contribuant à placer les conjoints sur un pied d'égalité. 72

Le divorce tel que prévu par la loi de 1970 prévoyait la cessation des effets civils du mariage lorsque les époux prouvaient n'avoir plus aucune raison, spirituelle ou matérielle, de continuer à partager leur vie. Avant de parvenir au divorce, les époux devaient faire enregistrer leur séparation de corps au cours de laquelle ils prouvaient l'absence de cohabitation. Après l'écoulement d'un délai de cinq ans, il était possible d'introduire une procédure de divorce<sup>116</sup>. 73

Les procédures de séparation et divorce consensuelles telles qu'organisées par la loi de 1970 ont créé un nouveau terrain de négociation entre les époux, inimaginable auparavant<sup>117</sup>. En effet, elles exigeaient des parties la recherche d'un accord non seulement sur les aspects personnels, mais aussi sur les aspects patrimoniaux de la désunion<sup>118</sup>. La loi de 1970 a permis aux époux de régler concrètement certains aspects patrimoniaux lorsque leur relation conjugale prenait fin<sup>119</sup> : en ce sens, il est facile de comprendre la portée novatrice de cette « légalisation de la crise conjugale »<sup>120</sup>. Par conséquent, pour la première fois, les époux, mais plus encore les praticiens du droit, se sont trouvés 74

<sup>113</sup> Constitution de la République italienne, GU n° 298 du 27 décembre 1947.

<sup>114</sup> CAERAN (2021), p. 3.

<sup>115</sup> Loi n° 898 du 1 décembre 1970, GU n° 306 du 3 décembre 1970.

<sup>116</sup> La loi n° 74 du 6 mars 1987, GU n° 58 du 11 mars 1987, a réduit ce délai de cinq à trois ans.

<sup>117</sup> CAERAN (2021), p. 8.

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> *Ibid.*

confrontés à un domaine jusqu'alors inexploré : la question de l'applicabilité ou non de concepts relevant de la dimension contractuelle en droit de la famille, avec tous les enjeux critiques qu'y étaient liés<sup>121</sup>.

### *I.A.3.3. La loi de « privatisation du droit de la famille » de 1975*

- 75 Après 1970, plusieurs jurisprudences de la *Corte costituzionale*<sup>122</sup> ont dressé le portrait d'une nouvelle société italienne, qui nécessitait une révision du droit de la famille à la lumière de principes constitutionnels tels que la solidarité et l'égalité des droits et des devoirs entre les époux, qui n'avaient jamais vraiment été mis en œuvre par des normes juridiques jusqu'alors. En 1975, le législateur de l'époque, conscient d'être confronté à une société profondément différente de celle d'avant-guerre, a décidé d'intervenir en modifiant et en modernisant profondément les règles du Code en matière familiale, par le biais de la loi n° 151 du 19 mai 1975<sup>123</sup>. La portée novatrice de la loi précitée a été si importante que la doctrine moderne tend à y identifier le premier véritable moment de ce que l'on a appelé la « privatisation du droit de la famille »<sup>124</sup>.
- 76 Cette loi a en effet jeté les bases de la construction d'un nouveau modèle de relation entre mari et femme, qui se base sur leur statut de sujets individuels dotés de certains droits et devoirs, tout en équilibrant leurs besoins personnels avec ceux du projet familial commun<sup>125</sup>. Cependant, bien que, par la loi de 1975, l'autonomie des époux ait été finalement reconnue et protégée, elle reste encore limitée par l'existence de nombreuses règles impératives (art. 143, 144 et 160 CCI).

### *I.A.3.4. Des années 2000 à nos jours*

- 77 Depuis le début des années 2000, le législateur italien a procédé à une série d'interventions législatives qui ont modifié substantiellement le droit italien de la famille. En effet, le concept de « famille institutionnalisée » est aujourd'hui

---

<sup>121</sup> Il convient de souligner qu'il était possible, même avant la loi de 1970, de passer des contrats entre mari et femme. Cependant, sauf dans le cas des conventions matrimoniales, il s'agissait de contrats qui n'étaient pas spécifiques aux couples et qui pouvaient tout à fait exister entre n'importe quel sujet privé, voir *Ibid.*

<sup>122</sup> *Corte costituzionale*, arrêt n° 91, du 21 juin 1973 ; *Corte costituzionale*, arrêt n° 188, du 16 décembre 1970.

<sup>123</sup> Loi n° 151 du 19 mai 1975, GU n° 135 du 23 mai 1975.

<sup>124</sup> ZATTI (2011), p. 3 ss.

<sup>125</sup> RODOTÀ (1975), p. 661-683.

clairement dépassé, si bien qu'une réflexion approfondie sur le degré d'autonomie accordée aux individus dans leurs relations affectives s'impose. À ce sujet, il a été dit que « l'espace reconnu à l'autonomie des personnes privées dans les relations familiales doit être repensé. Il est raisonnable de prévoir que la multiplicité des schémas familiaux [...] tendront progressivement à élargir les espaces d'autonomie privée, même en ce qui concerne les questions qui sont aujourd'hui considérées comme échappant principalement au champ d'application de toute forme d'accord conventionnel »<sup>126</sup>.

Le fait que le divorce soit désormais considéré comme une affaire « privée » des époux a d'abord été confirmé avec le décret n° 132/2014<sup>127</sup>, qui a introduit les divorces sans juge en alternative aux divorces par la voie judiciaire : il s'agit des procédures devant l'officier d'état civil et par le biais d'une « *negoziazione assistita* » par deux avocats ou plus (cf. *infra*, n° 133). Le législateur a poursuivi son œuvre de privatisation de la crise conjugale par le biais d'autres interventions législatives ultérieures tendant, d'une part, au raccourcissement des délais fixés pour l'obtention du divorce<sup>128</sup> et, d'autre part, à la simplification des procédures judiciaires<sup>129</sup> (cf. *infra*, n° 134). 78

L'introduction de ces procédures a entraîné des importantes répercussions sur la marge d'autonomie reconnue aux époux pour s'accorder sur les conséquences patrimoniales de leur désunion. Nous relevons en effet que, dans la majorité des cas, les accords conclus dans le cadre des procédures susmentionnées ne sont soumis à aucune ratification judiciaire. Le législateur a ainsi implicitement accepté l'idée qu'aucun contrôle externe n'est nécessaire pour valider l'accord conclu indépendamment par les époux sur la manière de mettre fin à leur relation<sup>130</sup>. 79

## **I.B. La reconnaissance de l'autonomie en droit positif**

Le divorce, et la dissolution du mariage qu'il implique, engendrent des conséquences dans les rapports entre les époux. Ces conséquences sont de nature personnelle, ainsi que de nature patrimoniale. Parmi les effets patrimoniaux, nous mentionnons les relations alimentaires entre conjoints, ainsi que la liquidation du régime matrimonial. 80

81

---

<sup>126</sup> SPADAFORA (2020), p. 522.

<sup>127</sup> Décret législatif n° 132 du 12 septembre 2014, GU n° 261 du 10 novembre 2014.

<sup>128</sup> Loi n° 55 du 6 mai 2015, GU n° 107 du 11 mai 2015.

<sup>129</sup> Décret législatif n° 149 du 10 octobre 2022, GU n° 243 du 17 octobre 2022.

<sup>130</sup> TOMMASEO (2015), p. 1053-1061.

La communauté financière qui existait entre les conjoints pendant le mariage masque souvent, en réalité, une différence dans le statut social des conjoints, qui est mise en lumière par le divorce. Lorsque l'un des époux s'appuyait financièrement sur son conjoint, les conditions de son existence se trouvent inévitablement altérées par le divorce. Dans ce contexte, les prestations d'ordre alimentaire cherchent à rééquilibrer deux situations patrimoniales dont la disparité avait été jusqu'alors masquée par la communauté de vie<sup>131</sup>, notamment par la mise en place d'un mécanisme d'indemnisation au bénéfice de l'époux qui subit les conséquences les plus marquées de la procédure de divorce<sup>132</sup>.

- 82 S'agissant des questions liées au régime matrimonial, il convient de relever que le divorce contraint les époux à fixer le sort des biens qu'ils ont pu acquérir en cours de mariage. En d'autres termes, il leur appartient de procéder au règlement global de leur régime matrimonial : afin d'atteindre cet objectif, il est nécessaire au préalable de déterminer la nature de ce régime, afin de procéder à sa liquidation par la suite. La liquidation du régime consiste concrètement à inventorier et à valoriser les biens, mais aussi à identifier et à évaluer les mouvements de valeurs intervenus entre les époux sous forme, par exemple, de récompenses ou de créances entre époux.

### I.B.1. Les effets patrimoniaux du divorce en droit interne

- 83 Toute juridiction définit les conséquences patrimoniales qu'elle attache au divorce. En raison du fait que les relations alimentaires entre conjoints, ainsi que la liquidation du régime matrimonial trouvent leur origine commune au moment du divorce, nous avons décidé de les traiter conjointement dans ce chapitre.
- 84 Pour comprendre l'ampleur et les limites de l'autonomie exercée par les parties dans ce contexte, au préalable il est nécessaire de rappeler les solutions « par défaut » existantes dans les différents ordres juridiques. Dans cette section, notre analyse se focalisera uniquement sur les effets patrimoniaux liés à la dissolution du mariage, qui, contrairement au divorce, font l'objet de notre étude.
- 85 Par conséquent, cette première section sera dédiée à une brève analyse des solutions légales adoptées par les différents ordres juridiques en l'absence de convention entre les parties. Par la suite, nous étudierons si et dans quelle

---

<sup>131</sup> CARBONNIER (1975), p. 120.

<sup>132</sup> DAVID, Identification (2022-2023), paragr. 213.91.

mesure les époux peuvent faire usage de leur autonomie pour déroger au cadre légal.

### I.B.1.1. Les aspects alimentaires

De manière générale, l'obligation alimentaire est une « obligation légale en vertu de laquelle une personne est tenue de fournir des moyens de subsistance à un parent ou un allié lorsque celui-ci se trouve dans une situation de besoin »<sup>133</sup>. L'obligation alimentaire est donc une conséquence de la création d'un lien familial. 86

Entre époux, le mariage crée une obligation de solidarité morale et financière qui perdure tout au long de l'union et qui termine, en principe, au moment de sa dissolution. Le divorce mettant fin au devoir de secours et assistance qui existait entre les époux au cours de leur vie commune, chaque partie est donc censée subvenir à ses besoins pour le futur<sup>134</sup>. Certaines législations prévoient expressément ce principe, appelé du « *clean break* », qui sert à éviter de perpétuer des contentieux entre les époux<sup>135</sup> : c'est le cas de la Suisse (art. 125 CCS), de la France (art. 270 CCF) et de l'Italie<sup>136</sup> (art. 156 CCI). Le but est donc de permettre aux époux de se construire une nouvelle vie sans qu'aucune obligation alimentaire les lie à leur précédente union<sup>137</sup>. 87

En dépit de ce principe d'indépendance, il est possible que l'obligation de solidarité financière créée par le mariage perdure après la dissolution de l'union. C'est le cas lorsque les circonstances rendent nécessaire de rétablir un équilibre entre les situations patrimoniales des conjoints. Dans ces situations, l'entretien prend des formes et des noms différents selon l'ordre juridique analysé. 88

Le droit français, fidèle au principe du « *clean break* », préfère régler les conséquences financières du divorce par le versement d'une somme unique d'argent (« *lump sum* ») ou l'attribution du droit de propriété sur un bien immobilier. Une pension alimentaire périodique, généralement limitée dans le 89

<sup>133</sup> CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL (2008), p. 5.

<sup>134</sup> FERRAND (2013), p. 649.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 650.

<sup>136</sup> Le principe a été consacré en jurisprudence assez récemment. Dans un arrêt datant de 2017, la *Corte di cassazione* a changé l'orientation constante en matière d'entretien, identifiant le critère attributif non plus dans le teneur de vie antérieur mais dans l'autosuffisance économique, voir *Cassazione*, 1<sup>e</sup> civ., n° 11504.

<sup>137</sup> MARTINY, *Current Developments* (2012), p. 76.

temps, est uniquement allouée en tant que *ultima ratio* lorsque le créancier n'est pas en mesure de verser l'entier du capital (art. 275 CCF).

- 90 Au contraire, le droit italien et le droit suisse établissent, en principe, une obligation d'entretien sous la forme d'une rente (art. 5, al. 6 loi n° 898/1970 ; art. 126, al. 1 CCS). Le droit italien permet néanmoins aux parties de s'accorder quant au versement d'un capital unique (art. 5, al. 8 loi n° 898/1970). En droit suisse, le juge peut imposer un versement *una tantum* lorsque « des circonstances particulières le justifient » (art. 126, al. 2 CCS).

### *I.B.1.2. Les régimes matrimoniaux*

- 91 Le régime matrimonial se définit comme un corpus cohérent de normes qui détermine le statut patrimonial des époux et qui régit l'ensemble des biens des époux au cours du mariage<sup>138</sup>. Le droit des régimes instaure également des normes applicables en cas de dissolution du mariage<sup>139</sup> : il fixe le sort des biens des époux, détermine les pouvoirs d'administration des conjoints sur chaque bien et guide la liquidation des rapports pécuniaires.
- 92 La décision de régler de manière particulière les rapports patrimoniaux du couple répond à un double objectif : d'une part assurer un certain degré d'indépendance aux conjoints, et d'autre part reconnaître et honorer la communauté de vie créée lors du mariage.
- 93 Bien que, confrontés à cette dichotomie, les différents États aient adopté des positions plutôt séparatistes ou communautaristes, il est important de garder à l'esprit qu'il est impossible de trouver une distinction nette entre les deux approches. En effet, tout système communautaire connaît un certain degré d'indépendance des époux, et à l'inverse tout système séparatiste a été pénétré par des idées communautaires<sup>140</sup>. De surcroît, il existe de nombreux régimes mixtes qui combinent ces approches, si bien qu'il est impossible de les placer dans l'une ou l'autre des deux catégories.
- 94 De manière générale, lorsqu'un État décide de réglementer les rapports patrimoniaux conjugaux par la mise en place d'un droit des régimes matrimoniaux, il prévoit un régime applicable « par défaut » : ce régime est appelé légal ou ordinaire, et il fera l'objet d'une brève analyse dans les paragraphes suivants.

---

<sup>138</sup> REVEL (2016), paragr. 1.

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> CABRILLAC, paragr. 103-9.

### I.B.1.2.1. Le régime légal en droit français et italien : la communauté réduite aux acquêts et la *comunione dei beni*

Déjà avant la réforme de 1965, la France connaissait un régime ordinaire de nature communautaire, soit la communauté de meubles et acquêts. Dans ce régime, uniquement les immeubles restaient propres à chaque époux, ce qui permettait la conservation des biens dans la famille par sang<sup>141</sup>. Néanmoins, le Code civil français de 1804 plaçait tous les pouvoirs de gestion des biens communs dans les mains du mari, ignorant ainsi tous les idéaux d'égalité qui avaient caractérisé la période révolutionnaire<sup>142</sup>. 95

En revanche, en Italie, le Code civil de 1942 consacrait la séparation des biens en tant que régime matrimonial légal. Toutefois, la réalité ne correspondait pas au texte légal : déjà à l'époque, la majorité des couples concluait des contrats de mariage destinés à mettre en commun les revenus et les acquêts, gardant en propriété exclusive uniquement les immeubles<sup>143</sup>. 96

Pour donner suite à des impulsions sociétales telles que la volonté de garantir l'égalité entre mari et femme et de valoriser le travail domestique généralement accompli par cette dernière, les législateurs français et italien décidaient d'intervenir en matière de régimes matrimoniaux<sup>144</sup>. 97

En France, la loi du 13 juillet 1965<sup>145</sup> a fait de la communauté réduite aux acquêts le régime matrimonial légal. Dix ans plus tard, en 1975, le législateur italien emboîtera ses pas en faisant de la *comunione dei beni* le régime matrimonial ordinaire<sup>146</sup>. 98

#### *I.B.1.2.1.a. Les régimes communautaires en cours de mariage*

Le siège de la matière se trouve aux articles 1400 et suivants CCF et 177 et suivants CCI. 99

Dans les deux régimes existent trois masses de biens : les biens propres, qui appartiennent à chaque époux, et les biens communs, destinés à être partagés entre les deux conjoints. 100

<sup>141</sup> REVEL (2016), paragr. 46.

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> CARBONE (1994), p. 142.

<sup>144</sup> Pour, l'Italie, voir DE FILIPPIS (2011), p. 214. Pour la France, voir TORRICELLI-CHRIFI/ JEHL (2016), paragr. 22.

<sup>145</sup> Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965, JORF du 14 juillet 1965.

<sup>146</sup> Loi n° 151 du 19 mai 1975, GU n° 135 du 23 mai 1975, art. 41.

- 101 Les biens acquis avant le mariage sont qualifiés de propres<sup>147</sup>. La loi énumère les différents types de biens propres aux articles 1403 à 1408 CCF et 179 CCI. En tant que seul propriétaire de ces biens, chaque époux jouit d'une complète liberté de gestion de ceux-ci.
- 102 Les biens acquis pendant le mariage, ainsi que leurs revenus, sont des biens communs (art. 1401 CCF ; art. 177-178 CCI). Font partie de cette catégorie toutes les acquisitions à titre onéreux réalisées pendant le mariage par les conjoints ensemble, ou par l'un d'entre eux, quel que soit l'époux formellement propriétaire du bien<sup>148</sup>. Dans la *comunione dei beni* italienne il existe une distinction supplémentaire entre les biens qui se trouvent en communauté dès leur acquisition (*comunione immediata* ; art. 177, al. 1, let. a, d CCI), et ceux qui seront soumis à une communauté différée (*comunione differita* ; art. 177, al. 1, let b, c et art. 178 CCI). Le fait qu'un bien se trouve en communauté différée a un impact s'agissant du moment auquel celui-ci entrera à faire partie de la communauté<sup>149</sup>. Contrairement aux biens qui se trouvent en *comunione immediata*, les biens tombant dans le système de la *comunione differita* n'entreront dans la communauté qu'au moment de la dissolution du régime, et uniquement si leur substance se trouve encore intacte<sup>150</sup>. En effet, l'entrée d'un bien en communauté différée ne fait pas acquérir à l'autre conjoint la copropriété des biens sur lesquels elle porte, mais uniquement un droit de créance vis-à-vis du conjoint propriétaire<sup>151</sup>. De plus, comme le bien n'entrera en communauté qu'au moment de la dissolution du régime, l'époux titulaire jouira d'un pouvoir de gestion exclusif sur celui-ci jusqu'au moment de la dissolution<sup>152</sup>.

---

<sup>147</sup> BICHERON, L'actif (2021), paragr. 131.20 ; CARINGELLA/ GIOVAGNOLI (2007), p. 373.

<sup>148</sup> TORRICELLI-CHRIFI/ JEHL (2016), paragr. 25. VASSALLO (2014).

<sup>149</sup> DE FILIPPIS (2011), p. 214.

<sup>150</sup> Codice civile-BUFFONE, art. 177 N 4. La jurisprudence a évolué sur la question de savoir s'il existait ou pas un droit de protection envers les intérêts de l'époux non-titulaire du bien tombant dans le régime de la communauté différée. Dans un premier temps (*Cassazione*, 1<sup>e</sup> civ., n° 8865), la Cour italienne avait affirmé que tombaient sous le régime de la communion différée non seulement les revenus non consommés, mais également ceux consommés et pour lesquels l'époux titulaire du revenu lui-même n'était pas en mesure de prouver qu'ils avaient été consommés pour la satisfaction des besoins de la famille. Par conséquent, toute utilisation des revenus dans un but différent donnait lieu à une obligation de récompense au moment de la dissolution du régime. Dix ans plus tard (*Cassazione*, 1<sup>e</sup> civ., n° 2597), la Cour est revenue sur sa position et a précisé qu'une telle solution n'était pas conforme au régime de 1975, lequel n'incluait aucun droit pour l'époux non-titulaire de limiter l'autre conjoint dans l'utilisation de ces revenus.

<sup>151</sup> LENTI (2021), p. 593.

<sup>152</sup> Codice civile-BUFFONE, art. 177 N 4.



Même s'il existe une correspondance entre l'appartenance d'un bien à une masse et les pouvoirs de gestion y relatifs, il est néanmoins intéressant de remarquer que les règles de gestion (art. 1421-1440 CCF ; art. 180-185 CCI) ne sont pas le prolongement des règles de répartition des biens. D'une part, l'existence de la communauté exerce une influence sur l'administration et la gestion des biens propres<sup>153</sup>. D'autre part, les conjoints ne doivent pas forcément s'associer pour gérer les biens communs<sup>154</sup> ; l'accord commun des époux est uniquement requis à l'occasion d'un acte d'administration extraordinaire (art. 1422-1425 CCF ; art. 180 al. 2 CCI)<sup>155</sup>. La raison est que les règles de répartition fixent les droits de propriété dans l'optique d'une possible future dissolution et liquidation du régime, alors que les pouvoirs de gestion ont le but d'assurer une administration efficace des biens durant le mariage. 103

#### *I.B.1.2.1.b. La liquidation des régimes communautaires*

Une fois le mariage dissout par le divorce ou par l'ouverture d'une succession, le régime matrimonial cesse d'exister. En attente de la liquidation et du partage, commence une période intermédiaire d'indivision post-communautaire<sup>156</sup>. Le moment de la dissolution du régime fige l'état de l'actif à prendre en compte en phase de liquidation<sup>157</sup> sur la base des éventuelles plus-values ou moins-values des biens y faisant partie<sup>158</sup>. 104

La première étape de la liquidation est la reprise à titre de propriétaire, par chacun des époux, de ses biens propres ou des biens qui leur ont été subrogés (art. 1467, al. 2 CCF ; art. 195 CCI)<sup>159</sup>. 105

<sup>153</sup> Certaines opérations portant sur les biens propres pourraient nécessiter le prélèvement d'argent sur des fonds communs, ce qui donne lieu à une récompense à la communauté.

<sup>154</sup> Tant le droit italien que le droit français permettent aux époux de procéder de manière autonome à des actes d'administration courante qui concernent des biens communs (art. 1422 CCF ; art. 180 CCI).

<sup>155</sup> BAHUREL (2021), paragr. 136.80. Sur ce dernier point, on relève une interférence entre les règles de gestion et les règles du régime primaire. À titre d'exemple, en France l'art. 215 CCF exige le consentement des deux époux pour tout acte de gestion touchant le logement familial et son mobilier, et cela indépendamment du fait de savoir s'il s'agit de biens propres ou communs.

<sup>156</sup> TORRICELLI-CHRIFI/ JEHL (2016), paragr. 68 ; Codice civile-BUFFONE, art. 191 N 3.

<sup>157</sup> MONTREDON, paragr. 140-60.

<sup>158</sup> Dans un premier temps, la Cour de cassation française avait jugé qu'une éventuelle plus-value des biens communs n'était pas pertinente dans la détermination de la masse indivise (Cassation, 1<sup>re</sup> civ., n° 85-16.995). Par la suite, elle a procédé à un revirement de jurisprudence en 1994 (Cassation, 1<sup>re</sup> civ., n° 91-18.104).

<sup>159</sup> CLAUX/ DAVID (2005), p. 168 ; DE FILIPPIS (2011), p. 307.

- 106 Par la suite, il est question d'identifier les éventuels transferts entre les patrimoines des époux et la communauté qui seraient susceptibles de donner lieu à des récompenses<sup>160</sup>. Une récompense est due par la communauté au patrimoine propre de l'un des époux toutes les fois que celle-ci profite des biens y faisant partie (art. 1433 CCF ; art. 192, al. 3 CCI). À l'inverse, le patrimoine propre de l'un des conjoints doit récompenser la communauté toutes les fois que le conjoint a tiré un bénéfice personnel des biens communs (art. 1437 CCF ; art. 192, al. 1 et 2 CCI).
- 107 Selon l'article 1469, alinéa 1 CCF « la récompense est, en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant ». En d'autres termes, la récompense sera égale à la somme inférieure entre le montant de l'appauvrissement du patrimoine de l'époux contributeur (« dépense faite ») et le montant de l'enrichissement dans le patrimoine de l'époux bénéficiaire (« profit subsistant »)<sup>161</sup>. Face aux dépenses qualifiées de « nécessaires », l'article 1469, alinéa 2 CCF garantit le remboursement de la contribution nominale. Traditionnellement, selon la doctrine, une dépense est « nécessaire » lorsqu'elle a été entreprise en vue de la conservation du bien<sup>162</sup>.
- 108 Dans le Code civil italien ne figure pas un article spécifique au sujet des montants des récompenses. Cependant, la jurisprudence affirme que lorsque « un conjoint a effectué, en violation de la règle [...] prévue par l'article 184 CCI, un acte en utilisant les biens communs qui a eu comme résultat l'appauvrissement du patrimoine commun [...] le conjoint est tenu de verser à l'autre conjoint la valeur proportionnelle déterminée *au proquota* au moment de la dissolution de la communauté [...], sauf s'il s'avère que l'acte était bénéfique pour la communauté ou répondait à un besoin de la famille »<sup>163</sup>.
- 109 Une fois déterminés les montants, plus intérêts (art. 1473, al. 1 CCF ; art. 1282, al. 1 CCI), des récompenses que le patrimoine propre de chaque conjoint doit verser à la communauté ou recevoir de celle-ci, il faut déterminer le solde du compte des récompenses de chacun des époux. Ce solde est obtenu par la soustraction du plus faible des deux totaux, le débit ou le crédit, du total le plus élevé<sup>164</sup>. Si le solde est en faveur de l'époux, celui-ci est créancier de la

---

<sup>160</sup> *Ibid.*

<sup>161</sup> MONTREDON, paragr. 142.35.

<sup>162</sup> CLAUX/DAVID (2005), p. 175.

<sup>163</sup> *Cassazione*, 2<sup>e</sup> civ., n° 6459, consid. II.1. Traduction libre.

<sup>164</sup> Total du débit, si crédit le plus faible ; total du crédit, si débit le plus faible. Voir MONTREDON, paragr. 142.71.

communauté ; si le solde est en faveur de cette dernière, l'époux est débiteur de la communauté<sup>165</sup>.

Achevées les opérations de reprises et récompenses, il sera temps de procéder au partage de l'actif et passif communautaire dans une proportion de moitié pour chaque époux<sup>166</sup>, indépendamment de la quotité des contributions des conjoints pour l'acquisition de biens communs<sup>167</sup>. 110

#### I.B.1.2.2. Le régime légal en droit suisse : la participation aux acquêts

Face aux mutations sociales intervenues au cours du XIX<sup>e</sup> siècle et en réponse à l'amélioration généralisée de la position de la femme sur la scène juridique, en 1979 le législateur helvétique décida d'intervenir également dans la réglementation des régimes matrimoniaux<sup>168</sup>. Le résultat de cette intervention législative est le remplacement de l'ancien régime de l'union des biens par celui de la participation aux acquêts, qui est ainsi devenu, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1988, le régime matrimonial ordinaire. 111

##### *I.B.1.2.2.a. La participation aux acquêts en cours de mariage*

En cours d'union, la participation aux acquêts alloue une grande liberté aux conjoints, tout en valorisant la communauté de vie créée par le mariage<sup>169</sup>. 112

La participation aux acquêts comporte la constitution de quatre masses de biens, les acquêts et les biens propres de chaque époux<sup>170</sup>. La composition de ces masses est impérativement déterminée par les articles 197 et 198 CCS<sup>171</sup>. La requalification d'un bien en tant que bien propre est uniquement possible aux strictes conditions de l'article 199 CCS. 113

Les biens propres constituent un patrimoine spécial dont la substance n'a pas à être partagée avec le conjoint. Les acquêts sont les biens acquis à titre onéreux 114

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> Art. 1485, al. 1 CCF : « Chacun des époux contribue pour moitié aux dettes de la communauté pour lesquelles il n'était pas dû de récompense [...] ». Art. 194, al. 1 CCI : « *La divisione dei beni della comunione legale si effettua ripartendo in parti uguali l'attivo e il passivo* » (« Le partage des biens de la communauté légale s'effectue en divisant l'actif et le passif en parts égales »).

<sup>167</sup> RUPERTO (2012), p. 1587.

<sup>168</sup> FF 1979 II 1179, p. 1181.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 1205.

<sup>170</sup> BERGER (2018), p. 27.

<sup>171</sup> CR CC I- STEINAUER, art. 196 N 3.

par chaque époux pendant le régime (art. 197, al. 1 CCS), à savoir le patrimoine général constitué de tous les biens qui ne sont pas des biens propres<sup>172</sup>.

- 115 La liste des biens propres est exhaustive. L'article 198 CCS énumère quatre catégories de biens qualifiés de biens propres, à savoir les articles destinés exclusivement à l'usage personnel du conjoint, les biens qui appartenaient au conjoint au début du régime ou qui lui reviennent pendant le régime par voie de succession ou à un autre titre gratuit, les demandes de paiement d'une indemnité morale et les biens acquis en remploi des biens propres. À cette liste peuvent s'ajouter les biens propres contractuels conformément à l'article 199 CCS (cf. *infra*, n° 152).
- 116 La participation aux acquêts se caractérise par le fait que, pendant le mariage, le couple se trouve dans une situation analogue à celle des époux en séparation de biens : chaque époux administre librement l'ensemble de ses biens, en jouit et en dispose<sup>173</sup>. L'article 201, alinéa 1 CCS, une disposition de nature impérative<sup>174</sup>, réserve cependant les limites imposées par la loi à ce pouvoir de gestion. Il s'agit, entre autres, du devoir de fidélité et d'assistance (art. 159 CCS), de l'obligation de contribuer à l'entretien de la famille (art. 163 ss CCS), du pouvoir de représenter l'union conjugale (art. 166 CCS), ainsi que de la protection du logement familial (art. 169 CCS<sup>175</sup>, qui limite en réalité la capacité civile active de l'époux). De plus, la réserve de l'article 201, alinéa 1 CCS renvoie à certaines règles du régime de la participation aux acquêts, en particulier à l'alinéa 2 de la même disposition, qui exige le consentement du conjoint pour disposer d'une part d'un bien appartenant en copropriété aux époux<sup>176</sup>, et à l'article 205, alinéa 2 CCS, qui ouvre à chaque époux la possibilité de demander l'attribution exclusive d'un bien jusqu'alors détenu en copropriété avec l'autre conjoint<sup>177</sup>.
- 117 Les effets spécifiques du régime ne sont perceptibles qu'à sa liquidation<sup>178</sup>. Cependant, dans le but d'éviter que la participation aux acquêts ne réalise une communauté d'intérêts qu'à la dissolution du régime, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a plus de communauté de vie entre les conjoints, il existe des limites à la liber-

---

<sup>172</sup> *Ibid.*, art. 197 N 1.

<sup>173</sup> *Ibid.*

<sup>174</sup> BSK ZGB I- HAUSHEER/ AEBI-MÜLLER, art. 201 N 13.

<sup>175</sup> Nous relevons que, plutôt que sur le pouvoir de gestion des biens, cette limitation a un impact sur la capacité civile active des époux. CR CC I- STEINAUER/ FOUNTOULAKIS, art. 201 N 11.

<sup>176</sup> *Ibid.*, art. 201 N 14 ss.

<sup>177</sup> BSK ZGB I- HAUSHEER/ AEBI-MÜLLER, art. 201 N 16.

<sup>178</sup> SANDOZ, Matrimonial (2006), paragr. 526.

té de gestion de chacun des époux<sup>179</sup>. Il convient d'évoquer ici notamment le droit de l'époux qui voue ses soins au ménage de recevoir une part équitable du revenu de son conjoint (art. 164 CCS).

Chaque masse de biens dans la propriété des époux a un côté débit et un côté 118  
 crédit. Le côté débit est constitué des dettes envers les tiers, de celles envers le conjoint et de celles entre les deux masses, appelées « récompenses ». Une dette encombre la masse à laquelle elle est liée ou, en cas de doute, la masse des acquêts (art. 209, al. 2 CCS). Afin de déterminer le rapport de connexité d'une dette avec une masse, différents critères sont pertinents, entre autres son origine, le moment de naissance, son contenu et son but<sup>180</sup>.

#### *I.B.1.2.2.b. La liquidation du régime de participation aux acquêts*

Le régime est dissout en cas de décès, de changement de régime convention- 119  
 nel, de divorce, de déclaration de nullité du mariage, de séparation de corps ou judiciaire la séparation de biens (art. 204 CCS). Le moment de la dissolution varie selon la cause. La liquidation du régime matrimonial suivra la dissolution. La composition des masses prise en compte lors de la liquidation remonte au jour de la dissolution, indépendamment du moment auquel la liquidation a lieu (art. 207 CCS).

En cas de divorce, la première étape est, comme pour les régimes communau- 120  
 taires, celle de la reprise des biens propres en possession de l'autre conjoint (art. 205, al. 1 CCS). Ensuite, on fera lieu au règlement des rapports juridiques spéciaux existants entre les époux, tels qu'un éventuel contrat de prêt ou le partage d'un bien immobilier détenu en copropriété (art. 205, al. 2 CCS).

Une fois ces questions résolues, il sera dressé l'état des biens des conjoints : 121  
 lors de cette opération, on déterminera, pour chaque époux, les actifs et passifs qu'il sera nécessaire d'attribuer à la masse des biens propres ou à la masse des acquêts<sup>181</sup>. À ce stade, trouvent application les articles 206 et 209 CCS.

L'article 206 CCS instaure une créance entre époux, appelée « créance va- 122  
 riable ». Son caractère « variable » dérive du fait qu'elle permet à l'époux de récupérer le capital nominal investi dans un bien appartenant à son conjoint, et de participer proportionnellement à son éventuelle plus-value. En revanche, en cas de moins-value, l'époux contributeur récupérera toujours au moins le capital investi (art. 206, al. 1 *in fine* CCS). Le but de l'article 206 CCS est

<sup>179</sup> FF 1979 II 1179, p. 1205.

<sup>180</sup> CR CC I-STEINAUER, art. 209 N 5.

<sup>181</sup> HAAS (2005), p. 3.

d'instaurer un mécanisme d'équité qui tient compte de la communauté d'intérêts des époux soumis au régime de la participation aux acquêts<sup>182</sup>.

- 123 L'article 209 CCS règle les rapports entre les acquêts et les biens propres de chaque conjoint. Comme nous l'avons relevé, la participation aux acquêts se caractérise par la grande liberté qu'elle laisse à chaque conjoint dans la gestion des biens. Par conséquent, chaque époux peut utiliser un bien appartenant à une masse pour acquérir un bien faisant partie de l'autre masse, ou pour financer une dette liée à l'autre masse<sup>183</sup>. Dans ces deux cas de figure, le mécanisme des « récompenses variables » de l'article 209 CCS trouvera à s'appliquer. Contrairement au système de l'article 206 CCS, la masse ayant effectué une contribution dans un bien affecté à une autre masse participera tant à la plus-value qu'à la moins-value de celui-ci<sup>184</sup>.
- 124 Une fois le contenu des masses établi pour chaque époux, le total du passif des acquêts est soustrait au total de l'actif. Si le solde final est positif, celui-ci est partagé selon une clé de répartition légale qui attribue à chaque conjoint la moitié du bénéfice de l'autre (art. 215 CCS)<sup>185</sup>. Contrairement à ce qui est prévu dans les régimes légaux français et italien, le législateur suisse a voulu que, dans le régime de la participation aux acquêts, uniquement l'excédent soit partagé<sup>186</sup> : l'éventuel déficit de l'un des époux n'est pas supporté par les deux conjointement (art. 210, al. 2 CCS).

### I.B.2. L'étendue et les limites de l'autonomie en droit matériel

- 125 Au fil des années, en matière de divorce, on a pu assister à une évolution législative tendant à promouvoir le principe d'autonomie de la volonté, en particulier dans les situations où les époux se trouvent d'accord tant sur le principe du divorce que sur ses effets. La contractualisation des liens familiaux « correspond à une aspiration des individus à plus de liberté dans la définition et l'organisation de leurs relations familiales »<sup>187</sup>, et a le mérite de permettre aux parties d'adapter le cadre légal à leur situation individuelle<sup>188</sup>.
- 126 Certaines juridictions se trouvent à un stade intermédiaire entre judiciarisation et contractualisation, en prévoyant notamment un contrôle judiciaire des ac-

---

<sup>182</sup> FF 1979 II 1179, p. 1294.

<sup>183</sup> HAAS (2005), p. 6.

<sup>184</sup> *Ibid.*

<sup>185</sup> CR CC I-STEINAUER/ FOUNTOULAKIS, art. 215 N 1.

<sup>186</sup> FF 1979 II 1179, p. 1208.

<sup>187</sup> DEKEUWER-DÉFOSSEZ (2016), p. 33.

<sup>188</sup> MORACCHINI-ZEIDENBERG, La contractualisation (2019), p. 1119.

cords conclus par les époux, lequel peut être plus ou moins étendu selon les législations. Cette pratique, qui suppose du juge un contrôle de légalité et souvent un contrôle d'opportunité, confère à l'accord conclu entre les époux la force exécutoire d'une décision de justice. À l'occasion de cet examen, le juge est appelé à vérifier la présence du libre consentement des parties, que le législateur estime devoir protéger de manière particulière dans les affaires familiales<sup>189</sup>.

Dans d'autres juridictions, cette évolution s'est poursuivie jusqu'à prévoir une déjudiciarisation partielle de divorce. Au niveau patrimonial, le pendant de cette évolution est la grande liberté laissée aux parties : en effet, dans la majorité des cas, les accords des conjoints à propos des conséquences patrimoniales de leur divorce ne feront l'objet d'aucun contrôle judiciaire. Ce faisant, le législateur a voulu permettre au juge de se recentrer sur ses missions essentielles, soit d'intervenir dans les affaires conflictuelles, qu'il est donc nécessaire de trancher selon la loi. 127

Au vu de ce qui précède, dans un premier temps, nous passerons brièvement en revue l'évolution du rôle du principe d'autonomie en matière de divorce dans les différents ordres juridiques. Par la suite, nous analyserons plus en profondeur l'ampleur et les limites de l'autonomie privée des conjoints dans le règlement de leurs rapports patrimoniaux post-divorce. 128

### *I.B.2.1. Le rôle grandissant de la volonté des époux en matière de divorce*

Comme nous l'avons relevé (cf. *supra*, n° 36), l'étude des libertés reconnues aux parties dans le règlement de leurs rapports patrimoniaux serait incomplète sans une partie dédiée à la place du principe d'autonomie dans les procédures de divorce, qui est l'événement générateur des conséquences patrimoniales à propos desquelles les parties cherchent un accord. Dans ce contexte, l'objectif n'est pas de conduire une analyse complète et approfondie des procédures de divorce ouvertes aux parties, mais plutôt de mettre en exergue le rôle grandissant que les ordres juridiques faisant l'objet de notre étude ont accordé au principe d'autonomie en matière de divorce. 129

Comme nous l'avons vu (cf. *supra*, n° 51-52), en Suisse, la première manifestation du principe d'autonomie en matière de divorce s'est réalisée avec la réforme des années 2000<sup>190</sup>, laquelle introduisait le divorce par consentement 130

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 1117.

<sup>190</sup> Code civil suisse (Droit du divorce), RO 1999 1118.

mutuel et permettait notamment aux époux de présenter une requête commune avec accord complet sur toutes les conséquences liées à la désunion (art. 111 CCS). En 2010<sup>191</sup>, le législateur a reconnu davantage la place du principe d'autonomie en supprimant le délai de réflexion de deux mois, imposé aux époux dans les procédures de divorce sur requête commune, remplaçant cette exigence avec la possibilité pour le juge de fixer, s'il l'estime nécessaire, plusieurs séances d'audition des conjoints<sup>192</sup>.

- 131 En France et en Italie, la tendance vers la privatisation de la crise conjugale s'est manifestée non seulement par un retrait progressif de l'intervention de l'État en matière de divorce, mais également par l'introduction des divorces extra-judiciaires.
- 132 En France, la révision de 2016<sup>193</sup> a introduit la procédure de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire (art. 229-1 à 229-4 CCF). Contrairement à ce que la systématique du Code civil pourrait laisser penser, les époux n'ont pas le choix entre la procédure de divorce par consentement mutuel conventionnel et le divorce par consentement mutuel judiciaire<sup>194</sup>. Le divorce par consentement mutuel conventionnel est en effet la règle, la procédure judiciaire ne s'appliquant que dans les cas où l'enfant mineur demande à être entendu par le juge (art. 229-2 CCF). Dans le cadre de cette procédure, les avocats établissent une convention de divorce comportant les mentions obligatoires prescrites par l'article 229-3 CCF. Les époux bénéficient d'un délai de réflexion de quinze jours leur permettant de confirmer leur consentement s'agissant du contenu de la convention de divorce (art. 229-4, al. 1 CCF). Bien évidemment, le divorce judiciaire reste la règle en absence d'accord entre les conjoints.
- 133 En Italie, le décret n° 132/2014<sup>195</sup> prévoit deux procédures de divorce extra-judiciaires, qui représentent une alternative aux divorces judiciaires, qui restent toujours ouverts aux parties. La procédure de la négociation assistée par deux avocats ou plus, la seule ouverte aux couples avec des enfants, est une procédure qui, comme le nom l'indique, se déroule entre les parties et leurs conseils et ne requiert pas, en principe, une intervention du pouvoir judiciaire. Comme nous aurons l'occasion d'analyser plus en détail dans les paragraphes

---

<sup>191</sup> Code civil (Délai de réflexion dans la procédure de divorce sur requête commune), RO 2010 281.

<sup>192</sup> FF 2008 1783, p. 1784.

<sup>193</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016.

<sup>194</sup> CASEY (2017), paragr. 7.

<sup>195</sup> Décret législatif n° 132 du 12 septembre 2014, GU n° 261 du 10 novembre 2014.



suivants, les accords conclus dans le cadre de ces procédures ne sont soumis au contrôle judiciaire que dans un nombre très limité de cas (cf. *infra*, n° 237). En sus de cette première possibilité de divorce extra-judiciaire, les couples sans enfants peuvent également opter pour une procédure de divorce devant l'officier d'état civil, dans ce cas le maire. Il s'agit d'une procédure encore moins formaliste car, d'une part, il est possible de divorcer uniquement au moyen de deux comparutions à trente jours d'intervalle et, d'autre part, la représentation des parties par un avocat n'est que facultative<sup>196</sup>.

La tendance vers la privation de la crise conjugale se retrouve également dans le raccourcissement des délais fixés par le législateur italien pour l'obtention du divorce. En effet, la loi de 2015<sup>197</sup> a réduit de trois ans à six mois le délai à respecter entre la comparution des époux devant le président du tribunal pour la séparation de corps et l'introduction de la demande de divorce par consentement mutuel. La privatisation passe, enfin, par la simplification des procédures. Grâce aux nouvelles règles procédurales introduites par le décret n° 149/2022<sup>198</sup>, il est désormais possible d'introduire en même temps une demande de séparation judiciaire et de divorce, peu importe qu'il s'agisse d'une procédure consensuelle ou unilatérale. Par-là, se réalise également un ultérieur raccourcissement des délais, car la jonction de la procédure de séparation à celle de divorce implique qu'il n'est plus nécessaire d'attendre l'écoulement du délai de six mois entre les deux<sup>199</sup>. Cette révision permet de réduire considérablement tant la durée que les coûts de la procédure, soulignant encore une fois le souhait du législateur d'accorder une indépendance toujours croissante aux époux en cas de rupture du lien conjugal.

134

### *I.B.2.2. Le règlement des rapports pécuniaires post-divorce : la liberté conventionnelle face au respect des normes impératives*

La liberté des conventions matrimoniales est un principe qui permet aux parties de régler les rapports patrimoniaux qu'elles entretiennent entre elles et avec des tiers<sup>200</sup>. Avant d'examiner le contrat de mariage et les autres conventions, il convient de relever que cette liberté est cependant sujette à des limitations en droit matériel. En particulier, les parties sont tenues au respect

135

<sup>196</sup> DE MARTINO/ MARTINOTTI/ MOLON (2021), paragr. 5000.

<sup>197</sup> Loi n° 55 du 6 mai 2015, GU n° 107 du 11 mai 2015.

<sup>198</sup> Décret législatif n° 149 du 10 octobre 2022, GU n° 243 du 17 octobre 2022.

<sup>199</sup> *Cassazione*, 1<sup>e</sup> civ., n° 28727.

<sup>200</sup> LAMBOLEY (2017), paragr. 6 à 20.

d'une série de normes impératives que, par leur nature, constituent une restriction à la liberté conventionnelle des époux, si bien que des éventuelles clauses contraires des accords privés seront alors considérées comme nulles<sup>201</sup>.

- 136 Ainsi, en France, il existe un corpus de règles qui prend le nom de « régime primaire », dont le siège de la matière se trouve au titre V du livre I<sup>er</sup> du Code civil français (art. 212 à 226), qui traite des « devoirs et des droits respectifs des époux ». Contrairement à ce que le nom pourrait laisser penser, le régime primaire ne constitue pas un régime matrimonial en soi, mais énonce plutôt des principes de base applicables à tous les couples, peu importe le régime matrimonial auquel ils sont soumis<sup>202</sup>. Pour cette raison, certains auteurs se réfèrent au régime primaire comme au « statut fondamental » des couples mariés<sup>203</sup>. L'appellation de « régime » trouve son origine dans le fait que ces dispositions mettent en place un corpus cohérent de normes. Nonobstant la nature patrimoniale de la plupart des principes énoncés, les articles 214-226 CCF ne figurent pas dans le livre III consacré aux régimes matrimoniaux, mais plutôt dans le livre I<sup>er</sup>, qui traite du mariage. En conséquence, le régime primaire est considéré avoir une nature ambivalente à mi-chemin entre le droit du mariage et le droit des régimes matrimoniaux.
- 137 L'idée d'un « *regime primario* » existe également en Italie, notamment en lien avec l'article 160 CCI, selon lequel les époux ne peuvent déroger ni aux droits, ni aux devoirs prévus par la loi en raison du mariage. À cet égard, la doctrine procède à une interprétation systématique de la norme<sup>204</sup>, selon laquelle cette disposition exclurait la négociabilité des obligations sanctionnées par les articles 143 CCI (devoir de contribuer aux besoins de la famille), 147 CCI (devoir d'entretien des enfants) et 148 CCI (devoir de contribuer à l'entretien des enfants en proportion de leur substance respective et en fonction de leur capacité de travail professionnel ou ménager), qui constituent le cœur de ce « régime primaire ».
- 138 En dehors des normes du régime primaire, il existe d'autres dispositions impératives qui viennent limiter la liberté conventionnelle des conjoints. En Suisse, bien qu'il n'existe pas de notion équivalente à celle du régime primaire, certains domaines, tels que la prévoyance professionnelle (art. 122 CCS) ou, dans certains cas, le logement familial (art. 121 CCS), échappent à la volonté des époux, qui sont donc tenus au respect de ces normes impératives. D'autres dispositions impératives limitent le principe de la liberté conventionnelle éga-

---

<sup>201</sup> KARM (2019), paragr. 11.

<sup>202</sup> VAREILLE, Régime primaire (2021), paragr. 11.12.

<sup>203</sup> LAMARCHE/ LEMOULAND (2014), paragr. 104.

<sup>204</sup> OBERTO, L'autonomia (2021), p. 204-205 ; ALAGNA (2012), p. 17.

lement en France et en Italie. À cet égard, nous mentionnerons, par exemple, l'article 1388 CCF, aux termes duquel « les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle », ainsi que l'article 210 CCI, selon lequel, en cas de modification du régime matrimonial légal, les époux ne peuvent pas déroger aux règles relatives à l'administration des biens de la communauté.

### *I.B.2.3. L'autonomie en matière de régimes matrimoniaux : les contrats de mariage*

Les régimes matrimoniaux ont toujours constitué une branche « atypique » du droit de la famille : depuis la consultation de DU MOULIN dans l'affaire de Ganay<sup>205</sup> (cf. *infra*, n° 292), le principe d'autonomie de la volonté a trouvé, en principe, terrain fertile dans ce domaine, si bien qu'actuellement, la majorité des États alloue aux époux une grande liberté dans l'organisation de leurs rapports patrimoniaux en matière de régimes. 139

Il convient cependant de relever que, même à l'intérieur de cette catégorie, il existe encore des points sensibles qui font parfois l'objet de réglementations particulières<sup>206</sup>. 140

Dans les paragraphes suivants, nous examinerons les réglementations en vigueur en Suisse, France et Italie. Les solutions adoptées au sein de ces ordres juridiques sont très similaires ; néanmoins, elles présentent également un certain nombre de différences qu'il convient de mettre en évidence. 141

#### *I.B.2.3.1. Le contrat de mariage en Suisse*

Le siège de la matière se trouve aux articles 182 et suivants CCS. Le contrat de mariage est le siège de tout accord touchant aux régimes matrimoniaux. Il peut être défini comme un contrat bilatéral formel grâce auquel les conjoints peuvent s'écarter du régime ordinaire ou d'un régime conventionnel antérieur (art. 181 CCS), ou aménager, dans les limites de la loi, le régime légal de la participation aux acquêts<sup>207</sup>. 142

<sup>205</sup> ANCEL/MUIR WATT (2008), p. 1-19.

<sup>206</sup> C'est par exemple le cas du sort du logement conjugal, qui fait souvent l'objet de normes avec une nature semi-impérative.

<sup>207</sup> CommPrat-AMEY, art. 181 CC N 7.

*I.B.2.3.1.a. Les conditions de validité*

- 143 L'article 182 CCS introduit les dispositions relatives au contrat de mariage et traite du moment de conclusion de l'accord, qui peut avoir lieu avant ou après la célébration du mariage (art. 182, al. 1 CCS). Dans le premier cas, la validité de l'acte est soumise à la condition suspensive de la célébration du mariage, sauf accord contraire<sup>208</sup>. Les époux peuvent également changer leur régime matrimonial en tout temps en cours de mariage.
- 144 Les effets déployés par le contrat de mariage sont censés se projeter sur le long terme : par conséquent, dans un souci de protection des intérêts des parties impliquées, le législateur a décidé de soumettre cet acte à la forme authentique (art. 184 CCS). La notion même de forme authentique relève du droit fédéral. Néanmoins, la mise en œuvre de ses modalités relève, en principe, du droit cantonal (art. 55 Tit. fin. CCS).
- 145 En imposant une condition de signature personnelle des parties (art. 184 CCS), le législateur fédéral impose une forme authentique qualifiée<sup>209</sup>. En effet, la conclusion d'un contrat de mariage est un droit strictement personnel, ce qui implique qu'aucun représentant, légal ou volontaire, ne peut signer l'acte à la place des époux en cas d'absence de discernement (art. 183, al. 1 CCS)<sup>210</sup>. Cela n'exclut pas que, dans certains cas, la loi requiert que la signature du contrat de mariage soit approuvée par un tiers : c'est le cas des parents, si l'une des parties est un mineur, ou, pour les personnes soumises à une mesure de curatelle, du curateur (art. 183, al. 2 CCS). Dans ce dernier cas, il convient de déterminer selon les circonstances de l'espèce si la conclusion d'un contrat de mariage rentre dans le mandat confié au curateur et si la capacité civile du fiancé ou du conjoint concerné est limitée en conséquence. Si l'approbation du curateur devait se révéler nécessaire, il nous semble intéressant de remarquer que ce dernier ne doit pas solliciter une autorisation de la part de l'autorité de protection pour procéder dans ces démarches<sup>211</sup>.
- 146 L'officier public compétent pour instrumenter des actes authentiques est soumis à un certain nombre d'obligations spécifiques, dans la mesure où celui-ci peut jouer un rôle considérable dans la formation et l'expression de la volonté

---

<sup>208</sup> Quant au moment où le contrat de mariage commencerait à déployer ses effets, les époux peuvent uniquement convenir d'une date ultérieure à la célébration, voir CR CC I-MOOSER, art. 182 N 8.

<sup>209</sup> *Ibid.*, art. 184 N 4.

<sup>210</sup> BSK ZGB I-HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, art. 183 N 3.

<sup>211</sup> *Ibid.*, art. 183 N 7.

des parties à l'acte. Ces obligations relèvent du droit fédéral<sup>212</sup> et du droit cantonal, ce dernier pouvant notamment imposer des devoirs qui vont au-delà du standard minimum imposé par le droit fédéral. Parmi ces obligations, nous mentionnons l'obligation de clarté, qui oblige l'officier public à exprimer dans l'acte la volonté concordante des parties d'une manière que soit facilement compréhensible par celles-ci<sup>213</sup>, ainsi que l'obligation de renseigner, destinée à fournir aux époux une protection contre tout engagement hâtif.

S'agissant de l'obligation de renseigner, il faut distinguer le simple devoir d'information du devoir de conseil, même si les contours de ces notions sont parfois difficiles à tracer. Le devoir d'information vise à donner aux parties des indications quant au déroulement de la procédure d'instrumentation de l'acte authentique et à leur fournir des explications quant au contenu et aux conséquences juridiques du contrat de mariage<sup>214</sup>, surtout en présence de solutions « inhabituelles » qui pourraient générer des conséquences imprévues par les parties<sup>215</sup>. En revanche, quand l'officier public conseille les parties, il joue un rôle actif, car il coopère à la formation de la volonté en leur suggérant des moyens d'atteindre le but juridique ou économique recherché<sup>216</sup>. En général, les législations cantonales prévoient que l'officier public doit « informer », « conseiller », « éclairer » les parties sur la forme et la portée de leurs engagements<sup>217</sup>, l'étendue de ces obligations variant sensiblement d'un canton à l'autre<sup>218</sup>. Nous relevons cependant que, bien qu'il existe un devoir d'information et de conseil, aucune loi cantonale ne fait dépendre la validité de l'acte de l'exercice du devoir de conseil : sa mauvaise exécution engage uniquement la responsabilité patrimoniale de l'officier public pour acte illécite<sup>219</sup>.

147

Bien que les contrats de mariage soient, en principe, réservés aux questions relevant des régimes matrimoniaux, rien n'empêche les conjoints de s'accorder sur d'autres points et d'y inclure d'autres clauses, telles que des

148

<sup>212</sup> En premier lieu, le notaire est tenu de respecter certains principes constitutionnels, tels que l'interdiction du déni de justice constitutionnel (art. 29, al. 1 Cst. Suisse), les garanties de procédure des art. 29 à 31 ou l'interdiction de formalisme excessif (art. 8 Cst. Suisse).

<sup>213</sup> CR CC II-MOOSER Tit. fin. CC 55 N 31.

<sup>214</sup> BSK ZGB II-SCHMID, Tit. fin. CC 55 N 25.

<sup>215</sup> CR CC II-MOOSER Tit. fin. CC 55 N 32.

<sup>216</sup> DEPRAZ (2002), paragr. 440.

<sup>217</sup> Art. 58, al. 2 de la loi vaudoise sur le notariat (LNo) du 29 juin 2004, BLV 178.11 ; art. 38, al. 4 de la loi valaisanne sur le notariat (LN) du 15 décembre 2004, RSV 178.1.

<sup>218</sup> Pour plus de détails sur les différences entre législations cantonales à ce sujet, voir DEPRAZ (2002), paragr. 442.

<sup>219</sup> Néanmoins, voir *ibid.*, p. 446.

accords anticipés sur l'entretien post-divorce (cf. *infra*, n° 196 ss). Cependant, ces accords ne seront pas sujettes à l'obligation de la forme authentique<sup>220</sup>. De plus, les époux peuvent modifier le régime applicable à des biens particuliers dans le cadre d'une convention informelle, que nous étudierons plus en détail dans les sections suivantes (cf. *infra*, n° 184). De la même manière, les conjoints qui concluent un contrat de mariage incluent souvent, dans le même document, un pacte successoral. Dans ce cas, le contrat de mariage sera valide si la forme prévue pour le pacte (art. 512 CCS) aura été respectée<sup>221</sup>.

- 149 Différemment de ce qui est prévu pour les accords relatifs à l'entretien, que nous examinerons plus en détail dans la section suivante, les accords privés en matière de régimes matrimoniaux ne sont pas soumis à l'obligation de ratification de l'article 279 du Code de procédure suisse<sup>222</sup> (CPCS)<sup>223</sup>. Un contrôle judiciaire indirect intervient uniquement dans le cadre de l'article 125, alinéa 2 CCS, dans la mesure où le résultat de la liquidation du régime est un des éléments à prendre en compte pour la fixation de l'entretien<sup>224</sup>.
- 150 Quand bien même cette position est contestée par certains auteurs, pour lesquels la protection du conjoint économiquement faible devrait passer également par un contrôle matériel du contrat de mariage<sup>225</sup>, la réglementation légale est exhaustive sur ce point (art. 217 et 242, al. 3 CCS). Il ressort de cela que le résultat de la liquidation du régime matrimonial a un impact moindre sur la situation post-divorce des époux par rapport aux solutions en matière d'entretien. Ainsi, le législateur a voulu porter à l'attention du juge, qui est censé exercer un contrôle visé à offrir un seuil minimum de protection contre les abus pendant les procédures de divorce, uniquement les aspects essentiels de l'organisation de la vie post-divorce<sup>226</sup>. Selon la jurisprudence aussi, ce n'est pas le rôle du juge de remettre en cause, au moment du divorce, le choix du régime matrimonial<sup>227</sup>. À plus forte raison, il ne doit pas se livrer à l'examen de son caractère équitable, en raison du fait que les parties sont cen-

---

<sup>220</sup> SANDOZ, *Matrimonial* (2006), paragr. 522.

<sup>221</sup> ATF 127 III 529, consid. 3.

<sup>222</sup> Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC), RS 272.

<sup>223</sup> MEIER, *Planification* (2006), p. 292.

<sup>224</sup> *Ibid.*

<sup>225</sup> COURVOISIER (2002), p. 310-311.

<sup>226</sup> MEIER, *Planification* (2006), p. 292.

<sup>227</sup> ATF 5A\_40/2011, consid. 4.1.

sées avoir reçu des informations suffisantes et un conseil juridique adéquat au moment de l'instrumentation de l'acte<sup>228</sup>.

### I.B.2.3.1.b. *Le contenu*

Conformément au principe de légalité et dans un souci de sécurité du droit, les époux sont obligatoirement soumis à l'un des trois régimes prévus par le législateur, à savoir : la participation aux acquêts, en tant que régime légal, la communauté de biens ou la séparation de biens, en tant que régimes conventionnels. Cependant, dans les limites de ce *numerus clausus*, le législateur suisse reconnaît aux époux une ample autonomie dans la gestion de leurs patrimoines. 151

Parmi les aménagements que le couple peut apporter au régime ordinaire de participation aux acquêts, figure, entre autres, la possibilité de changer l'affectation de certains biens à une masse (art. 181 et 199 CCS). Le texte légal leur permet également de modifier le mécanisme des récompenses prévu à l'article 206 CCS. Les époux peuvent, moyennant un accord écrit, exclure de manière anticipée la participation à la plus-value dans des cas individuels (art. 206, al. 3 CCS)<sup>229</sup>. Cette renonciation peut également avoir lieu après coup, sans que les époux ne doivent respecter aucune formalité (art. 115 COS<sup>230</sup>). Au contraire, il existe un débat quant à la possibilité d'exclure de manière généralisée, par contrat de mariage, toute participation à la plus-value<sup>231</sup>. Les conjoints ont, en outre, la possibilité de convenir d'une clé de répartition du bénéfice différente de celle prévue par les dispositions légales (art. 216, al. 1 CCS), et s'accorder sur le fait que cette modalité de partage restera valable même en cas de divorce (art. 217 CCS). 152

<sup>228</sup> Nous soulignons cependant que ce point ne fait l'objet d'aucune vérification de la part du juge, et qu'il est laissé le soin aux parties d'invoquer une éventuelle violation de l'obligation de renseigner de la part de l'officier public ayant instrumenté l'acte.

<sup>229</sup> BSK ZGB I-HAUSHEER/ AEBI-MÜLLER, art. 206 N 41.

<sup>230</sup> Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220.

<sup>231</sup> La doctrine majoritaire admet que le contrat de mariage peut exclure la participation à la plus-value de manière générale, c'est-à-dire indépendamment d'une contribution concrète : voir BSK ZGB I-HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, N 62, FamKomm- SCHEIDUNG/STECK/FANKHAUSER, N 33. Pour un avis contraire, voir SANDOZ, Casse-tête (1991), p. 431.

### I.B.2.3.2. Le contrat de mariage en France

#### I.B.2.3.2.a. Les conditions de validité

- 153 À l'instar du droit helvétique, l'article 1394 CCF impose que « toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire ». Le choix du législateur français d'imposer une forme qualifiée tient à la complexité des conséquences liées au choix d'un régime matrimonial. Par conséquent, en France également, le rôle du notaire est celui d'informer et conseiller les parties tout au long de ce processus<sup>232</sup>. Les règles à propos de la capacité des parties et de la nécessité d'approbation de la part des parents, pour les mineurs, ou du curateur, pour les majeurs protégés, sont largement équivalentes à celles en vigueur en Suisse (art. 1398 et 1399 CCF).
- 154 Contrairement au droit helvétique, en France, le contrat de mariage est soumis à une exigence de publicité au moment de la célébration du mariage. Dans ce contexte, l'officier d'état civil demande aux époux de déclarer l'éventuelle existence d'un contrat de mariage et, dans l'affirmative, le nom et le lieu de résidence du notaire l'ayant reçu (art. 75, al. 4 CCF). Le non-respect de cette exigence n'entraîne pas la nullité de l'acte, mais plutôt son inopposabilité aux tiers (art. 1394, al. 3 CCF).
- 155 Nous rappelons que, pendant longtemps, le principe d'immutabilité instauré par le législateur français a empêché les époux de changer le régime matrimonial choisi au moment du mariage. Par la réforme de 1965<sup>233</sup>, le législateur français a remplacé le strict régime d'immutabilité avec un régime de mutabilité contrôlée (cf. *supra*, n° 57). En 2006<sup>234</sup>, il a instauré un régime de mutabilité contrôlée, en supprimant notamment l'exigence d'homologation judiciaire de la convention de modification (cf. *supra*, n° 65).
- 156 En 2019<sup>235</sup>, le législateur a allégé ultérieurement la procédure et a instauré le principe de libre mutabilité du régime (cf. *supra*, n° 68). Il a notamment supprimé l'écoulement obligatoire d'un délai de deux ans depuis l'entrée en vigueur du régime matrimonial existant, ainsi que l'exigence d'homologation judiciaire systématique en présence d'enfants mineurs. Dans les situations où le notaire identifie un risque pour les intérêts patrimoniaux d'un mineur, il pourra saisir le juge des tutelles des mineurs sur le fondement de l'article 387-

---

<sup>232</sup> STORCK (2020), paragr. 24.

<sup>233</sup> Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965, JORF du 14 juillet 1965.

<sup>234</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, JORF n° 145 du 24 juin 2006.

<sup>235</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, JORF n° 0071 du 24 mars 2019.



3 CCF afin que celui-ci décide, le cas échéant, d'instaurer un contrôle renforcé et de soumettre le changement de régime matrimonial à son autorisation<sup>236</sup>. Au contraire, les hypothèses d'opposition par les personnes habilitées à le faire ont été maintenues : dans ces situations, le changement de régime matrimonial devra toujours faire l'objet d'une homologation judiciaire (art. 1397, al. 4 CCF).

À l'heure actuelle, les époux qui souhaitent conclure un contrat de mariage doivent se conformer aux deux règles imposées par l'article 1395 CCF. En premier lieu, les conventions doivent être stipulées avant la célébration du mariage, sous peine de nullité absolue du contrat. Directement issue du principe d'immutabilité du régime matrimonial susmentionné, cette règle demeure aujourd'hui inchangée en dépit de l'assouplissement des règles relatives à la modification du régime matrimonial pendant le mariage. En deuxième lieu, les contrats de mariage ne peuvent prendre effet qu'au jour de célébration de celui-ci. Contrairement au droit helvétique, les conjoints ne peuvent pas s'accorder pour que les dispositions du contrat de mariage prennent effet à une date ultérieure<sup>237</sup>. La raison est qu'une telle pratique impliquerait un changement du régime matrimonial en cours d'union, une pratique que, dans l'ordre juridique français, est soumise à une procédure spécifique et impérative, qui requiert notamment la conclusion d'une convention *ad hoc*, elle aussi soumise au respect de la forme authentique, dans laquelle doivent notamment figurer des indications relatives à la liquidation du régime matrimonial modifié (art. 1397 CCF). Il est intéressant de remarquer que, comme le contrat de mariage conclu avant la célébration du mariage, cette convention est soumise à une exigence de publicité, si bien que les enfants majeurs de chaque époux sont informés personnellement de la modification envisagée (art. 1397, al. 2 CCF). Les créanciers du couple sont également informés de la modification par la publication d'un avis au domicile des époux (art. 1397, al. 3 CCF). Tant les enfants majeurs que les créanciers du couple ont le droit de s'opposer à la modification dans les trois mois suivant la publication : en cas d'opposition, comme nous l'avons déjà relevé, la convention sera soumise à l'homologation du tribunal du domicile des époux (art. 1397, al. 3 et 4 CCF).

157

#### *I.B.2.3.2.b. Le contenu*

L'article 1387 CCF, qui consacre le principe de liberté des conventions matrimoniales, offre aux époux une liberté étendue dans la réglementation de

158

<sup>236</sup> STORCK (2020), paragr. 55.

<sup>237</sup> *Ibid.*, paragr. 33.

leurs relations patrimoniales. Tout d'abord, les époux peuvent choisir le régime matrimonial auquel ils souhaitent s'assujettir, en choisissant parmi les quatre régimes conventionnels que connaît l'ordre juridique français, soit la communauté de meubles et d'acquêts (art. 1498-1501 CCF), la communauté universelle (art. 1526 CCF), la séparation de biens (art. 1536-1543 CCF) et la participation aux acquêts (art. 1569-1581 CCF). Avec l'assistance du notaire chargé de la rédaction de l'acte, les époux peuvent également « fabriquer » un régime matrimonial *sui generis*, pour autant que celui-ci soit suffisamment clair et détaillé, et qu'il ne contrevienne pas aux dispositions impératives de la loi<sup>238</sup>. Si la situation des époux ne présente aucun élément d'extranéité, les époux peuvent également emprunter un régime matrimonial propre à un droit étranger, sans que cela ne constitue un choix de loi au sens du droit international privé<sup>239</sup>.

- 159 Les époux peuvent également apporter des aménagements ponctuels au régime de la communauté légale (art. 1497 CCF). Ainsi, rien n'empêche le couple de s'accorder, par contrat de mariage, sur le sujet des récompenses<sup>240</sup>. De plus, les conjoints peuvent même décider de l'attribution des biens personnels de l'époux qui décèdera en premier (art. 1390 CCF)<sup>241</sup>. La même possibilité existe pour l'aménagement de tout autre régime matrimonial choisi, à condition de ne pas porter atteinte à l'essence de ce régime.

### I.B.2.3.3. Les « *convenzioni matrimoniali* » en Italie

- 160 D'après l'article 159 CCI, le couple sera placé sous le régime matrimonial légal de la communauté des biens en l'absence de tout accord conclu en vertu de l'article 162 CCI. Ces accords prennent le nom de « *convenzioni matrimoniali* ».
- 161 En l'absence de définition claire dans le Code civil italien, l'on peut dire que la « *convenzione matrimoniale* » est un contrat par lequel les époux peuvent déroger au régime légal de communauté des biens ou opter pour un régime matrimonial conventionnel, soit la communauté conventionnelle (art. 210-214

---

<sup>238</sup> *Ibid.*, paragr. 5.

<sup>239</sup> Si, au contraire, la situation des époux présente un élément d'extranéité, il faudra se tourner vers les règles de droit international privé afin de déterminer la loi applicable au régime matrimonial. Pour plus de détails, voir LAMBOLEY (2017), paragr. 27.

<sup>240</sup> VAREILLE, Communauté (2011), paragr. 123.

<sup>241</sup> Bien que les pactes sur une succession future soient en principe interdits, cet article, appelé « clause commerciale », fut introduit dans le code civil français en 1965. Pour plus de détails, voir STORCK (2020), paragr. 10 ss.

CCI) ou la séparation des biens (art. 215-230 CCI). Il en découle qu'on ne pourra pas qualifier de « *convenzione matrimoniale* » ni les accords conclus entre les parties au moment de la séparation et du divorce, ni les accords dit « préuptiaux », soit les accords régissant, de manière anticipée, les conséquences pécuniaires d'un éventuel divorce<sup>242</sup>.

La nature juridique des conventions matrimoniales fait l'objet de débats. Selon une partie de la doctrine, il s'agit de contrats ordinaires, inclus dans la définition de l'article 1321 CCI, bien que soumis à un corpus de normes particulières, étant donné leur pertinence pour la matière familiale<sup>243</sup>. En revanche, une autre partie de la doctrine considère que les « *convenzioni matrimoniali* » constituent une catégorie juridique autonome, qui remplit une fonction différente des autres types de contrats<sup>244</sup>. 162

Les « *convenzioni matrimoniali* » occupent une place relativement importante au sein de l'ordre juridique italien, notamment au vu du nombre de couples qui choisissent de s'écarter du régime légal. En effet, au fil du temps, l'on a pu constater que le choix du législateur italien de faire de la communauté des biens le régime légal n'a pas rencontré le succès espéré, et cela pour plusieurs raisons<sup>245</sup>. D'une part, la cotitularité instituée sur les biens acquis en cours de mariage génère des complications quant au pouvoir de gestion indépendant des époux et à leurs rapports avec les tiers. D'autre part, le nombre croissant de divorces a affaibli l'idée selon laquelle le mariage est conclu pour toujours : par conséquent, le choix de mettre « tout en commun » n'est pas conçu comme étant le plus prudent, notamment lorsque la majorité des apports provient uniquement de l'un des conjoints. La rigidité du modèle légal pousse donc les époux à opter pour un régime de séparation des biens<sup>246</sup>. 163

#### *I.B.2.3.3.a. Les conditions de validité*

Les « *convenzioni matrimoniali* » sont soumises aux règles habituelles dictées pour les contrats, à l'exception des particularités suivantes. 164

Ces contrats doivent être établis par acte public en présence de deux témoins, sous peine de nullité (art. 162, al. 1 CCI). Comme dans les ordres juridiques 165

<sup>242</sup> Nous relevons que la nullité de ces accords continue d'être incontestée dans la législation italienne, malgré les critiques de plus en plus sévères d'une partie croissante de la doctrine (cf. *infra*, I.B.2.4.3.c.ii), voir LENTI (2021), p. 586.

<sup>243</sup> Codice civile-BUFFONE, art. 162 N 2.

<sup>244</sup> FERRANDO (2011), paragr. 1040.

<sup>245</sup> AULETTA (2012), p. 617.

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 618.

helvétique et français, cette exigence de forme s'explique par la nécessité de garantir l'expression libre et réfléchie de la volonté, ainsi que par la volonté de fournir des garanties de sécurité et de légalité. Le législateur italien a retenu les mêmes solutions que les législateurs suisse et français également à propos de la capacité des parties et de la nécessité d'approbation de la part des parents, pour les mineurs, ou, pour les majeurs protégés, de la part du curateur (art. 165 et 166 CCI).

- 166 Comme en droit suisse, les conventions matrimoniales peuvent être conclues avant le mariage ou en cours d'union (art. 163 CCI). Dans ce cas, le nouvel accord dissout le régime précédent ; si c'est un régime conventionnel qui est changé, le nouvel accord requiert le respect de la forme authentique, ainsi que le consentement de toutes les personnes qui étaient partie au précédent accord (art. 163 CCI).
- 167 De manière similaire au droit français, les « *convenzioni matrimoniali* » sont soumises à une exigence de publicité, dans la mesure où elles doivent faire l'objet d'une annotation dans l'acte de mariage, sous peine d'opposition aux tiers (art. 162, al. 4 CCI). De manière similaire au droit suisse, le droit italien opère une distinction supplémentaire au niveau formel : en effet, sont uniquement soumises à l'exigence de forme authentique les conventions dites « *programmatiche* », soit les actes qui établissent des règles à propos de la situation patrimoniale des époux dans son ensemble<sup>247</sup>. Au contraire, les actes par lesquels les conjoints modifient le régime applicable à des biens particuliers ne sont pas considérés comme des « *convenzioni matrimoniali* », et ne doivent donc pas se conformer aux exigences formelles<sup>248</sup>.
- 168 De plus, par exception aux dispositions de l'alinéa 1, l'article 162, alinéa 2 CCI précise que le consentement relatif à l'adoption du régime de la séparation de bien, lorsqu'il est exprimé lors de la célébration du mariage, n'est pas soumis aux exigences de forme habituelles. En effet, après la célébration, l'officier de l'état civil doit immédiatement dresser l'acte de mariage, contenant les informations requises par l'article 64 du décret présidentiel n° 396<sup>249</sup>, et le faire signer aux époux et leurs témoins. À ce moment, les conjoints peuvent y inclure une déclaration à propos de leur choix en faveur du régime de la séparation de biens (art. 162, al. 2 CCI), qui doit dès lors apparaître dans l'acte de mariage (art. 69b décret n° 396). Bien que les modalités formelles soient différentes, il est indéniable que le choix du régime par transcription

---

<sup>247</sup> DI TRANSO (2015), p. 221.

<sup>248</sup> *Ibid.*

<sup>249</sup> Décret du Président de la République italienne n° 396 du 3 novembre 2000, GU n° 303 du 30 décembre 2000.

dans l'acte de mariage est une manifestation du principe d'autonomie, dans la mesure où il dépend de la volonté concordante des époux<sup>250</sup>.

#### *I.B.2.3.3.b. Le contenu*

La possibilité pour les époux d'aménager et modifier le régime légal pour l'adapter à leur situation personnelle se heurte à des limites, au vu du fait que la réglementation de la communauté des biens est, dans une large mesure, obligatoire. Par-là, le législateur a voulu empêcher que les époux puissent, d'une part, opter pour le régime de la communauté et, d'autre part, en altérer les caractéristiques fondamentales. En particulier, en vertu de l'article 210, alinéa 3 CCI, la mesure de la participation des époux au patrimoine commun est impérativement égale. 169

Nonobstant ces limites, les époux ont tout de même la possibilité d'adapter le régime légal à leur situation particulière. Notamment, ils peuvent inclure dans le patrimoine commun des biens qui n'en font pas partie<sup>251</sup>. Au contraire, ils peuvent soustraire certains biens du patrimoine commun<sup>252</sup>. Ils peuvent également modifier les règles sur l'administration des biens communs, créant ainsi des régimes patrimoniaux « atypiques »<sup>253</sup>. 170

Une partie minoritaire de la doctrine admet également la possibilité de convenir d'un régime communautaire complètement autonome par rapport au modèle légal, pour autant qu'il respecte les règles générales de l'ordre juridique italien, ainsi que les principes généraux régissant les rapports entre conjoints<sup>254</sup>. Cette possibilité découlerait du texte de l'article 161 CCI, selon lequel « les époux ne peuvent pas convenir de manière générale que leurs relations patrimoniales sont en tout ou en partie régies par des lois auxquelles ils ne sont pas soumis ou par des coutumes, mais ils doivent préciser concrètement le contenu des accords [...] »<sup>255</sup>. Parmi les tenants de cette approche, certains considèrent que, dans ce cas de figure, les époux pourraient même se soustraire au respect des dispositions impératives relatives à la communauté 171

<sup>250</sup> OBERTO, L'autonomia (2021), p. 201.

<sup>251</sup> ANDREOLA (2007), p. 57.

<sup>252</sup> L'admissibilité des conventions réductives ne fait pas l'objet d'une disposition légale spécifique. Cependant, l'art. 215 CCI permet aux conjoints de choisir le régime de séparation des biens. Partant, la doctrine soutient que, à plus forte raison, une simple convention réductive devrait être considérée comme valide. Pour plus de détails, voir ANDREOLA (2007), p. 57.

<sup>253</sup> *Ibid.*

<sup>254</sup> AULETTA (2012), p. 621 ; DE PAOLA (1995), p. 718 ss. Pour une opinion contraire, voir DONISI (1992).

<sup>255</sup> Traduction libre.

des biens, pour autant que l'accord ne constitue pas un cas de fraude à la loi<sup>256</sup>. Pour d'autres, en revanche, la communauté contractuelle atypique devrait en tout état de cause être soumise à ces règles impératives<sup>257</sup>.

*I.B.2.4. L'autonomie en dehors des régimes matrimoniaux : les accords sur les conséquences du divorce*

- 172 La rupture du lien conjugal engendre des conséquences dans d'autres domaines que les régimes matrimoniaux. Comme nous l'avons vu (cf. *supra*, n° 87), dans la majorité des systèmes légaux, le mariage impose aux époux un devoir réciproque de solidarité, qui est à l'origine d'un devoir d'entretien entre ex-conjoints qui peut perdurer même après le divorce.
- 173 Cependant, contrairement aux questions relatives au régime matrimonial, le degré de prévisibilité juridique est moindre lorsqu'il s'agit des autres conséquences pécuniaires engendrées par la désunion, en particulier pour l'entretien post-divorce : en effet, ces questions dépendent souvent d'une décision judiciaire, et le manque d'harmonisation des pratiques à cet égard est terrain fertile pour l'insécurité juridique<sup>258</sup>. En réponse à cette incertitude et à l'aune de la pratique en matière de liquidation du régime matrimonial, les époux cherchent parfois à s'assurer cette prévisibilité en passant par une voie conventionnelle. Ainsi, les conjoints peuvent vouloir trouver un accord global sur les conséquences pécuniaires de leur séparation, incluant tant les questions de liquidation du régime, que celles relatives à un éventuel entretien post-divorce.
- 174 S'il est vrai que ces conventions se rapportent souvent « à une procédure de divorce déjà pendante ou imminente »<sup>259</sup>, il existe également la possibilité que les conjoints souhaitent conclure ces accords quand le divorce n'est qu'une éventualité. Il s'agit de conventions anticipées sur les effets du divorce, qui peuvent se définir comme des conventions conclues « avant le mariage, au moment de celui-ci ou pendant la durée de la vie commune, voire lors d'une suspension de la vie commune »<sup>260</sup>. La loi n'admettant souvent pas explicitement ce type de conventions, nous aurons l'occasion de constater que leur admissibilité fait encore l'objet de débat au sein des différents ordres juridiques.

175

---

<sup>256</sup> BOCCHINI (2001), p. 453.

<sup>257</sup> OBERTO, L'autonomia (2021), p. 225-226.

<sup>258</sup> En 2018, le Tribunal fédéral avait relevé ce point, voir ATF 144 III 481, consid. 4.1.

<sup>259</sup> MEIER, Planification (2006), p. 295.

<sup>260</sup> *Ibid.*

Lorsque les époux s'accordent sur d'autres questions que celles touchant aux régimes matrimoniaux, l'idée de protection de la partie économiquement plus faible coïncide parfois avec des principes considérés d'ordre public, de sorte que l'autonomie privée est souvent bien encadrée et strictement règlementée. Dans cette section, nous essayerons de dresser un cadre général de la marge de liberté dont jouissent les époux et des limites qui leur sont imposées lorsqu'ils souhaitent conclure des accords dans ce domaine. L'analyse est d'autant plus intéressante à la lumière des différentes solutions adoptées par les législateurs nationaux à ce sujet.

#### I.B.2.4.1. Les conventions helvétiques sur les effets du divorce

Dans l'ordre juridique suisse, les époux ont la possibilité, en cas de cessation de la vie commune, de s'accorder sur les effets patrimoniaux de leur divorce, même si la validité de cette convention est subordonnée à la ratification du juge. Cette possibilité était déjà évoquée dans le Code civil suisse de 1912<sup>261</sup> et a été reprise, avec quelques précisions, lors des révisions en 2000 et 2010<sup>262</sup>. Les époux qui, au cours d'une procédure contentieuse, se trouvent d'accord sur le principe de la séparation ainsi que sur l'ensemble de ses effets peuvent demander que le juge prononce leur divorce par consentement mutuel en lui soumettant une convention pour ratification (art. 140 aCCS). En 2011, la disposition a été transférée du Code civil au Code de procédure civile (CPCS), plus précisément à l'article 279 CPCS. 176

Sur la base de l'article 279 CPCS, le Tribunal fédéral a également admis la possibilité, pour les époux, de convenir de manière anticipée des conséquences patrimoniales de leur séparation<sup>263</sup>. 177

D'un point de vue pratique, les conventions sur les effets du divorce, notamment celles conclues en cours de procédure, jouent un rôle considérable. Avant 2000, les époux étaient d'accord de divorcer dans plus de 90% des cas<sup>264</sup>, cet accord s'étendant souvent aux effets du divorce. Après 2000, les dernières données divulguées par l'Office fédéral de la statistique sur ce point 178

<sup>261</sup> Art. 158, ch. 5 aCCS : « Les conventions relatives aux effets accessoires du divorce ou de la séparation de corps ne sont valables qu'après leur ratification par le juge ».

<sup>262</sup> Art. 140 aCCS : « La convention sur les effets du divorce n'est valable qu'une fois ratifiée par le juge ». Cette disposition apporte des précisions quant aux critères que le juge devra examiner au moment de la ratification, notamment s'assurer « [...] que les époux l'ont conclue après mûre réflexion et de leur plein gré, qu'elle est claire et complète et qu'elle n'est pas manifestement inéquitable ».

<sup>263</sup> ATF 5C\_114/2003 ; ATF 145 III 474, consid. 5.6.

<sup>264</sup> FF 1996 I 1, p. 20-21.

remontent à 2010. Sur un total de 22'081 divorces, plus de 94% ont été prononcés sur la base des articles 111 et 112 CCS, qui requièrent un accord sur la totalité ou sur une partie des effets du divorce<sup>265</sup>.

*I.B.2.4.1.a. Le contenu des conventions sur les effets du divorce*

- 179 La convention sur les effets du divorce a pour vocation de permettre aux époux de s'accorder sur un nombre étendu de points liés à leur désunion. Outre aux questions liées à la liquidation de leur régime matrimonial, les conjoints peuvent, de manière plus ou moins étendue, exercer leur autonomie en matière d'entretien post-divorce, de partage de la prévoyance professionnelle, d'attribution du foyer familial, de règlement des dettes entre époux ainsi que de partage des frais judiciaires et des frais d'avocat<sup>266</sup>.
- 180 Dans le cadre de notre recherche, nous nous attarderons uniquement sur certains de ces points, en particulier l'entretien post-divorce, l'attribution du domicile conjugal et le partage de la prévoyance professionnelle.

*I.B.2.4.1.a.i. Les accords relatifs à l'entretien*

- 181 L'un des points centraux de toute convention sur les effets du divorce touche au règlement de l'entretien post-divorce. À cet égard, les époux jouissent d'une liberté considérable : ils peuvent exclure tout entretien, fixer une somme ou une quote-part de leurs revenus, en soumettre le principe et le montant à des critères, le plus répandu étant la durée du mariage.
- 182 L'accord des époux à ce sujet est soumis à ratification judiciaire, et cela même si ces clauses devaient figurer dans un contrat de mariage, leur portée matérielle étant le critère décisif pour l'application de l'article 279 CPCS<sup>267</sup>. Cela signifie que, nonobstant la possibilité formelle de procéder à tout type d'accord, les époux devront aboutir à une situation qui ne saurait pas être qualifiée de « manifestement inéquitable » au sens de l'article 279 CPCS s'ils souhaitent que leur accord trouve application au moment de la séparation.
- 183 L'examen du caractère équitable de la convention assure un contrôle judiciaire dont le but est la protection de la partie supposée faible, soit économiquement

---

<sup>265</sup> OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, Divorces et divortialité depuis 1876.

<sup>266</sup> MEIER, Planification (2006), p. 291 ss.

<sup>267</sup> ATF 145 III 474, consid. 3.



faible ou dans une position faible au moment de la négociation<sup>268</sup>. L'analyse est conduite en comparant l'accord entre les conjoints au jugement qu'il aurait été rendu en absence de toute convention<sup>269</sup> : si la divergence entre ce résultat et la convention est éclatante sans que cet écart ne soit justifié par des considérations d'équité, le juge ne ratifiera pas la convention<sup>270</sup>.

#### I.B.2.4.1.a.ii. Les biens du couple et le logement de la famille

Comme nous l'avons relevé (cf. *supra*, n° 142 ss), les accords sur le sort des biens des époux se trouvent, en principe, dans le contrat de mariage, un acte soumis à l'exigence de la forme authentique. En dérogation à ce principe, il existe des aspects que les époux peuvent régler dans le cadre d'une convention informelle. C'est le cas, par exemple, d'une autorisation anticipée à disposer de la part d'un bien en copropriété (art. 201, al. 2 CCS) ou d'une renonciation, dans un cas particulier, à la plus-value (art. 206, al. 3 et 239 CCS ; en revanche, une renonciation générale à la plus-value doit se trouver dans un contrat de mariage)<sup>271</sup>. 184

Toutefois, ces accords ne peuvent pas s'étendre au logement de famille qui, parmi les biens du couple, occupe une position particulière. De manière générale, on définit le logement familial comme le centre permanent de la vie conjugale et familiale du couple<sup>272</sup>. Le Conseil fédéral lui-même, dans son Message de 1996, déclare que « le logement revêt une grande importance sociale pour la famille »<sup>273</sup>. Ce constat a été le point de départ pour l'introduction de l'article 121 CCS, destiné à créer une prétention indépendante de la liquidation du régime matrimonial et de l'entretien en cas de rupture de l'union conjugale<sup>274</sup>. Cette disposition permet au juge, en présence de motifs importants tels que la présence d'enfants, d'attribuer à l'un des époux les droits et obligations qui résultent du bail du logement familial (art. 121, al. 1 CCS). Lorsque l'un des époux est propriétaire de l'immeuble, le juge pourra attribuer au con- 185

<sup>268</sup> ATF 121 III 393, consid. 5b. Bien que cette jurisprudence remonte à 1995, les motifs de protection qui justifient le contrôle judiciaire restent inchangés, voir MEIER, Planification (2006), p. 298.

<sup>269</sup> PHILIPPE (2007), p. 1247.

<sup>270</sup> ATF 5A\_74/2014, consid. 3.1. Voir également : BOHNET, art. 279 N 3 ; MEIER, Questions choisies (2020), p. 123.

<sup>271</sup> Pour plus de détails, voir MEIER, Les conventions (2015), p. 11-12.

<sup>272</sup> WEBER (2004), p. 30.

<sup>273</sup> FF 1996 I 1, p. 98.

<sup>274</sup> CommPrat-SCYBOZ, art. 121 CC N 4.

joint qui en fait la demande un droit d'habitation limité, moyennant une indemnité équitable (art. 123, al. 3 CCS).

- 186 L'article 121 CCS est une disposition impérative à laquelle les époux ne peuvent pas déroger contractuellement à l'avance. En d'autres termes, une convention anticipée ou un contrat de mariage prévoyant une solution différente ou une disposition contraire contenue dans le contrat de bail resteraient sans effet<sup>275</sup>.

#### I.B.2.4.1.a.iii. Le partage de la prévoyance professionnelle

- 187 Dans le cadre de ce travail, nous n'avons pas l'ambition de traiter de manière exhaustive le sujet du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce. Ce choix se fonde sur le constat qu'encore actuellement, ce domaine échappe largement à la libre disposition des époux. Par conséquent, cette section entend uniquement mettre en lumière les points où le principe d'autonomie trouve à s'appliquer.
- 188 Le sujet de la prévoyance est traité aux articles 122 et suivants du Code civil suisse, qui ont fait l'objet d'une révision législative entrée en vigueur en janvier 2017<sup>276</sup>. Le principe veut que, en cas de divorce, « les prétentions de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage et jusqu'à l'introduction de la procédure de divorce sont partagées entre les époux » (art. 122 CCS). À ce sujet, une entente des époux est uniquement possible dans le cadre et dans les limites imposées par la loi, l'article 124b, alinéa 1 CCS permettant aux époux de s'écarter de la clé de répartition légale, voire d'exclure tout partage, à condition qu'une prévoyance adéquate de l'époux renonçant reste assurée.
- 189 Les clauses relatives au partage de la prévoyance seront soumises au contrôle de l'article 280 CPCS<sup>277</sup>. Cette disposition impose au juge de vérifier la faisabilité et la légalité de la solution adoptée par les époux (al. 1), ainsi que la présence d'une prévoyance professionnelle même après une éventuelle renonciation au partage (al. 3).
- 190 L'article 280, alinéa 1 CPCS permet la ratification d'une convention de partage des prétentions à trois conditions. Tout d'abord, les époux doivent s'être entendus sur le partage et les modalités de son exécution. Dans ce contexte, les

---

<sup>275</sup> WESSNER (2000), p. 13.

<sup>276</sup> Code civil suisse (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce), RO 2016 2313.

<sup>277</sup> MEIER, Questions choisies (2020), p. 106.

principes généraux valables pour l'article 279 CPCS trouvent application<sup>278</sup>, de sorte que le tribunal doit notamment vérifier que l'accord des parties a été conclu après mûre réflexion, de plein gré et qu'il est complet. Cela peut impliquer de s'assurer qu'il n'y a pas des prestations de sortie concernant des avoirs de prévoyance constitués pendant le mariage non mentionnées dans la convention<sup>279</sup>. En cas de doutes à ce sujet, le tribunal doit faire usage de ses pouvoirs d'investigation d'office pour éclaircir la situation<sup>280</sup>.

En deuxième lieu, le juge doit contrôler la faisabilité de l'accord, ce qui implique que les institutions de prévoyance concernées doivent avoir confirmé le montant des avoirs ou des rentes à partager et avoir attesté que l'accord est dès lors réalisable<sup>281</sup>. Pendant cette opération, le juge établit les faits d'office (art. 122 ss CCS) et peut demander aux institutions de prévoyance les mêmes renseignements que les parties assurées. 191

Finalement, le tribunal doit être convaincu que la convention est conforme à la loi. Lors de cet examen de légalité, le tribunal doit veiller d'office au respect des règles de partage résultant en particulier des articles 122 et suivants CCS et 22 et suivants LFLP<sup>282</sup>, qui imposent normalement un partage par moitié. Des possibilités de dérogation existent et ont même été accrues au 1<sup>er</sup> janvier 2017, mais elles impliquent des contrôles supplémentaires prévus par l'article 280, alinéa 3 CPCS. 192

#### *I.B.2.4.1.b. La nature juridique des conventions sur les effets du divorce*

##### I.B.2.4.1.b.i. Sur la nature des conventions en général

Une question qui a longtemps animé la doctrine est celle de la nature juridique de la convention sur les effets du divorce. L'article 279, alinéa 1 CPCS affirme que « le tribunal ratifie la convention sur les effets du divorce [...] ». L'alinéa 2 de la même disposition ajoute que « la convention n'est valable qu'une fois ratifiée par le tribunal ». Le texte légal utilise donc deux termes, ceux de « convention » et de « ratification », qui semblent difficiles à concilier et qui appellent à une analyse plus approfondie de cet instrument. 193

<sup>278</sup> BSK ZPO-BÄHLER, art. 280 N 2.

<sup>279</sup> CR CPC-TAPPY, art. 280 N 9.

<sup>280</sup> *Ibid.*

<sup>281</sup> BSK ZPO-BÄHLER, art. 280 N 3.

<sup>282</sup> Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.42.

- 194 D'un premier regard, la convention sur les effets du divorce semble être un contrat au sens des articles 1 et suivants COS, car elle est fondée sur la manifestation réciproque des volontés concordantes des parties. Conformément à l'article 11, alinéa 1 COS, les conventions sur les effets du divorce ne sont soumises à aucune exigence formelle. Toutefois, le caractère purement contractuel de la convention est remis en question par le fait que la manifestation des volontés concordantes ne suffit pas à en garantir la validité. Conformément au texte légal, pour que la convention sur les effets du divorce déploie des effets, une ratification judiciaire s'impose. Selon certains, cela confère à la convention une nature hybride qui l'apparente plutôt à une transaction judiciaire<sup>283</sup>. Selon d'autres, il s'agit d'une condition suspensive à la validité de l'accord qui ne remet pas en cause la nature contractuelle de ce dernier<sup>284</sup>. Que l'on adhère à un courant plutôt qu'à l'autre, il est admis qu'une fois la convention ratifiée, elle perd tout caractère contractuel pour devenir partie intégrante de la décision de divorce, laquelle doit, d'ailleurs, reproduire le texte de l'accord dans son dispositif (art. 279, al. 2 *in fine* CPCS).
- 195 L'article 279, alinéa 1 CPCS énonce les conditions auxquelles est subordonnée la ratification de la convention : le tribunal ratifiera l'accord après s'être assuré que les époux l'ont conclue après mûre réflexion et de leur plein gré, qu'elle est claire et complète et qu'elle n'est pas manifestement inéquitable (cf. *supra*, n° 182-183).

#### I.B.2.4.1.b.ii. Sur l'admissibilité des conventions anticipées en particulier

- 196 Nonobstant quelque avis doctrinal contraire<sup>285</sup>, et dans le silence de la loi à ce sujet, le Tribunal fédéral a *de facto* reconnu l'admissibilité des conventions anticipées<sup>286</sup>, lesquelles sont néanmoins soumises à l'exigence de ratification judiciaire imposée à l'article 279 CPCS.
- 197 À propos de l'admissibilité des conventions anticipées, la Haute Cour a écarté l'argument d'une partie de la doctrine selon laquelle, dans la mesure où la prestation alimentaire doit être déterminée sur la base de la situation des époux au moment du divorce (art. 126, al. 2 CCS), un accord conclu en avance sur ce

---

<sup>283</sup> DROIN (1970), p. 54. Pour une opinion contraire, voir : BOHNET, art. 279 N 2.

<sup>284</sup> MEIER, Questions choisies (2020), p. 99.

<sup>285</sup> En effet, selon certains auteurs, le droit suisse n'admet simplement pas la possibilité de régler à l'avance les conséquences de la séparation, raison pour laquelle un tel accord ne devrait être pris en considération par les autorités judiciaires que lorsqu'il est conclu à l'occasion d'une procédure de divorce. Pour une opinion en ce sens, voir GEISER (2002).

<sup>286</sup> ATF 5C\_114/2003 ; ATF 145 III 474, consid. 5.6.

point représenterait par principe un engagement excessif aux termes de l'article 27 CCS<sup>287</sup>. À ce propos, dans une affaire de 2018, le Tribunal fédéral a exclu toute application systématique de cette disposition aux conventions anticipées. La Haute Cour a motivé sa position en affirmant que, puisque le mariage ne limite pas la capacité civile des époux, rien ne leur empêche de s'accorder à l'avance sur les conséquences de sa dissolution<sup>288</sup>.

Nonobstant les critiques soulevées par cette argumentation juridique<sup>289</sup>, le résultat auquel parvient le Tribunal fédéral reflète à l'opinion dominante selon laquelle les époux ont le droit de planifier leur divorce, y compris ses effets en matière d'entretien. Le fait que l'entretien constitue un élément vital pour la situation économique des époux post-divorce ne doit pas faire obstacle à cette reconnaissance d'autonomie, notamment parce que la ratification judiciaire de l'article 279 CPCS permet d'assurer la protection des parties faibles<sup>290</sup>. Lors de cette opération, le juge se livre à une analyse *in concreto* de la conformité avec l'article 27 CCS de certaines clauses de la convention lorsqu'il examine leur caractère équitable.

À ce stade, il nous semble important d'adresser également la question de l'utilité des conventions en tant qu'instrument de planification. Comme nous l'avons relevé, la ratification judiciaire imposée à l'article 279 CPCS est le seul moyen de rendre la convention définitive. En conséquence, même après la conclusion d'une convention, les époux ne pourront pas avoir la certitude d'avoir réglé les questions relatives à leur divorce jusqu'au moment de la ratification judiciaire<sup>291</sup>. Bien que cela puisse faire naître des doutes quant à l'utilité concrète de la convention, il nous semble légitime d'admettre que les époux peuvent tout de même avoir le désir de s'accorder sur les questions patrimoniales liées à leur séparation, d'autant plus qu'il est possible qu'au moment du divorce l'accord conclu rencontre la faveur des autorités judiciaires. De surcroît, nous rappelons que le juge ne refuse la ratification de la convention qu'en présence d'inégalité « manifeste » (art. 279, al. 1 CPCS), ce qui laisse penser que le but du législateur ait été de favoriser la conclusion d'accords entre époux, en précisant que le refus de ratification de la convention ne devrait intervenir que dans des cas exceptionnels.

<sup>287</sup> HAUSHEER (2005), p. 71.

<sup>288</sup> ATF 145 III 474, consid. 5.5.

<sup>289</sup> Indépendamment du fait qu'aucune disposition légale spéciale n'interdit une convention anticipée, les principes généraux du droit, dont fait partie l'interdiction des engagements excessifs de l'art. 27 CCS, restent applicables à tout accord. Pour plus de détails, voir MEIER, Licéité (2019), p. 5.

<sup>290</sup> *Ibid.*

<sup>291</sup> HAUSHEER (2005), p. 72-73.

198

199

- 200 Quant aux effets de la convention, nous constatons que, sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le caractère obligatoire d'une convention anticipée sur les effets du divorce s'apprécie différemment selon que l'on se trouve dans une procédure de divorce conjointe ou unilatérale<sup>292</sup>.
- 201 Lorsqu'il existe un accord sur le principe même du divorce, ainsi que sur les conséquences patrimoniales de celui-ci, l'article 111 CCS accorde aux époux la possibilité de procéder avec un divorce sur requête commune. Dans un premier moment, le Tribunal fédéral a imposé le caractère obligatoire des conventions anticipées dans le cadre de cette procédure<sup>293</sup>. Deux ans plus tard, il a opéré un revirement partiel de jurisprudence en admettant leur caractère librement révoicable<sup>294</sup>, avec le résultat que les époux peuvent retirer leur accord de manière unilatérale sur le principe du divorce ou sur les termes de la convention jusqu'au moment de leur audition<sup>295</sup>. Nous soulignons que, depuis la suppression, en 2010, du délai de réflexion de deux mois, le juge prêtera particulière attention à la réalisation du critère de réflexion. En cas de doutes, il est possible d'envisager l'octroi d'un délai de réflexion à fixer en fonction des circonstances du cas d'espèce ou l'organisation d'une nouvelle audition des parties<sup>296</sup>. En revanche, une fois la convention confirmée par les conjoints, ils pourront s'opposer à la ratification uniquement en invoquant la présence de vices du consentement (art. 23-31 COS). Dans la même sentence, le Tribunal fédéral a souligné qu'au contraire, aucune possibilité de révocation unilatérale de la convention anticipée n'est admise lorsque les époux entreprennent une procédure de divorce unilatérale (art. 114 et 115 CCS)<sup>297</sup>. Dans ces situations, la convention représente une modification du régime légal de l'entretien.
- 202 S'agissant de la raison de l'inégalité de traitement entre les procédures sur requête commune et les procédures unilatérales en termes de révocation de la convention anticipée, la Haute Cour ne fournit pas une véritable explication. À l'aune de l'ancien droit, avant la révision de 2010, le Tribunal fédéral se limitait à indiquer que l'octroi d'un délai de réflexion pour la révocation de

---

<sup>292</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>293</sup> ATF 5C\_114/2003, consid. 4.1 : « [...] *Nach dem neuen Scheidungsrecht könne eine Partei die Nichtgenehmigung der Konvention infolge Willensmängel beantragen und die Zustimmung während der ihr nach Art. 111 Abs. 2 ZGB zustehenden Bedenkzeit zurückziehen. Im vorliegenden Fall sei die Genehmigung der Konvention durch das Bezirksgericht weder bezüglich der von der Klägerin gerügten Willensmängel noch aus der Sicht der Angemessenheit zu beanstanden* ».

<sup>294</sup> ATF 5C\_270/2004, consid. 3.1. Voir également : MEIER, Planification (2006), p. 300.

<sup>295</sup> FammKomm-STEIN, art. 279 ZPO N 38.

<sup>296</sup> *Ibid.*, art. 279 ZPO N 13.

<sup>297</sup> ATF 5C\_270/2004, consid. 3.1.

l'accord n'était possible qu'à la condition que « la convention produite par l'un des époux pour être ratifiée ait emporté l'adhésion du conjoint, qui ait conclu de son côté à sa ratification, ou qu'elle ait été produite par les deux époux qui en aient requis conjointement la ratification. [...] Ce n'est en effet que sur les points qui font l'objet d'un accord (art. 112, al. 2 CCS) communiqué au juge que les parties doivent réfléchir pendant deux mois et produire une confirmation écrite »<sup>298</sup>. Si cette position semblait déjà critiquable à l'époque<sup>299</sup>, le maintien de cette distinction nous paraît d'autant plus injustifiée après la révision de 2010, qui a supprimé le délai de réflexion sur lequel la Haute Cour fondait son raisonnement.

Il en reste qu'en présence d'une procédure unilatérale de divorce, il faut procéder à une distinction supplémentaire. 203

D'une part, les conjoints peuvent se prévaloir de l'article 292 CPCS, qui permet de passer d'une procédure unilatérale à une procédure de divorce sur requête commune, à condition qu'ils aient vécu séparément pour au moins deux ans et que les deux aient accepté le principe du divorce (art. 292, al. 1 CPCS). Une fois le cadre de la procédure changé, il serait logique de permettre aux époux de refuser unilatéralement les termes de la convention sur les effets du divorce<sup>300</sup>. Une solution contraire aboutirait à la situation paradoxale dans laquelle le conjoint qui a accepté dès le début le principe du divorce serait « mieux traité » de celui qui l'a refusé dans un premier temps, pour ensuite se raviser. 204

D'autre part, comme nous l'avons vu, si la procédure de divorce reste unilatérale, aucune possibilité de révocation unilatérale de la convention anticipée n'est admise. Selon une partie de la doctrine, admettre la non-révocabilité des conventions dans ces cas profiterait à la cohérence du système juridique helvétique, qui actuellement alloue aux conjoints, en matière de régimes matrimoniaux, une autonomie presque complète, sans aucune possibilité de révocation subséquente du contrat de mariage<sup>301</sup>. Ceci revient à accepter, implicitement, la possibilité que la solution conventionnelle ne soit pas équitable en tout point. Dans l'opinion de ces auteurs, il serait contradictoire d'accepter cette 205

---

<sup>298</sup> *Ibid.*

<sup>299</sup> En effet, il nous semble que le Tribunal fédéral transposait aux divorces contentieux du « nouveau » droit de l'époque des considérations de l'ancien droit du divorce d'avant l'année 2000, qui ne connaissait pas encore le divorce par consentement mutuel et qui ne prévoyait pas la possibilité de révoquer unilatéralement des conventions anticipées. Pour plus de détails, voir MEIER, Planification (2006), p. 295 et 299.

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 301.

<sup>301</sup> COURVOISIER (2002), p. 231.

possibilité en matière de régimes matrimoniaux, et de la refuser en matière d'entretien. Cela d'autant plus que rien ne permet de présumer que les conjoints opteraient pour une réglementation inéquitable<sup>302</sup>.

- 206 Une telle position repose sur l'idée que le résultat de la liquidation du régime matrimonial et l'allocation d'une prestation alimentaire sont également déterminantes pour la situation patrimoniale post-divorce des époux. Nous ne partageons pas cet avis. Le but même de l'entretien est de permettre au créancier de conserver un niveau de vie adéquat même après la séparation : c'est donc un élément qui touche à son existence même. D'ailleurs, les règles en matière d'entretien permettent notamment de pallier les éventuelles iniquités résultantes du partage des biens du couple<sup>303</sup>.
- 207 Il semble que le Tribunal fédéral ait également été conscient de la nécessité de coupler cette imposition avec une protection juridique suffisante. En effet, dans l'arrêt précité de 2018, la Haute Cour a déclaré que, dans le cas d'une convention anticipée, le juge refusera de ratifier la convention lorsqu'elle n'est plus adaptée aux circonstances des époux au moment du divorce<sup>304</sup>. Nous rappelons que les conventions anticipées sur les effets du divorce sont soumises au contrôle judiciaire de l'article 279 CPCS. Comme nous l'avons vu, il ressort du texte légal que le juge ne devrait refuser la ratification de la convention que si celle-ci est « manifestement inéquitable », ce qui laisse, en principe, une grande marge d'appréciation au juge dans un contexte où l'époux qui voudrait contester la convention est dépourvu de tout moyen. Afin de pallier cet inconvénient et en réponse à certains auteurs qui estimaient que le juge devait faire preuve de retenue dans son appréciation du caractère manifestement inéquitable des conventions anticipées, la Haute Cour a considéré qu'au contraire, face à une convention anticipée, une protection accrue se justifiait au vu du fait que les époux pourraient être tentés de faire des concessions excessives dans la perspective du mariage, sans tenir compte de leurs ressources et besoins au moment du divorce<sup>305</sup>. L'arrêt a ainsi insisté sur la nécessité de conduire l'analyse à la lumière des circonstances au moment de la procédure de divorce<sup>306</sup>.
- 208 Au vu de l'impossibilité pour les époux de révoquer une convention anticipée sur les effets du divorce dans le cadre d'une procédure sur demande unilatérale, il nous semble que la solution consacrée par la jurisprudence soit logique

---

<sup>302</sup> *Ibid.*, p. 232.

<sup>303</sup> MEIER, Planification (2006), p. 303.

<sup>304</sup> ATF 145 III 474, consid. 5.6.

<sup>305</sup> *Ibid.*, consid. 3.

<sup>306</sup> *Ibid.*



et bienvenue. Ainsi, l'on pourrait se demander si le débat à propos de l'extension aux procédures unilatérales de la possibilité de procéder à une révocation unilatérale de la convention n'est peut-être pas dépassé.

#### I.B.2.4.2. Les conventions françaises sur les effets du divorce

Les effets du divorce sont réglés aux articles 263 à 285-1 CCF. 209

Comme l'énonce l'article 267 CCF, suite à la dissolution du mariage par divorce il faut procéder à une liquidation des « intérêts patrimoniaux des époux ». Cette formulation laisse entendre que le dénouement des rapports patrimoniaux du couple à l'occasion de leur séparation ne se réduit pas à la seule liquidation du régime matrimonial<sup>307</sup>. D'autres questions importantes à régler touchent, par exemple, le sort du logement familial, ainsi que l'éventuelle allocation d'une prestation compensatoire. 210

Avec l'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004<sup>308</sup>, le législateur français a élargi les domaines d'exercice de l'autonomie privée du couple. Suite à l'abandon des critères de « faute » et « sanction »<sup>309</sup>, il a favorisé l'accord des époux sur les conséquences patrimoniales de leur désunion à tout stade de la procédure, indépendamment du caractère consensuel ou contentieux de celle-ci<sup>310</sup>. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de relever que le législateur français a uniquement élargi la marge de liberté des parties en cours d'instance : à ce propos, nous soulignons notamment que tout accord anticipé des époux au sujet de la prestation compensatoire demeure interdit<sup>311</sup>. 211

Après l'introduction de l'instance et jusqu'au jugement de divorce, les époux peuvent passer deux types de conventions : des accords spécifiques relatifs à la liquidation de leur régime matrimonial (art. 265-2 CCF), ou des accords plus généraux qui règlent toute ou partie des conséquences du divorce (art. 268 CCF). 212

Bien que cette distinction soit pertinente pour des questions d'homologation judiciaire, elle ne reflète pas toujours l'usage concret que les parties font de ces instruments. En effet, souvent dans les conventions liquidatives établies 213

<sup>307</sup> Cassation, 1<sup>e</sup> civ., n° 98-13.405 : « La liquidation à laquelle il est procédé en cas de divorce englobe tous les rapports pécuniaires entre les époux ».

<sup>308</sup> Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, JORF n°122 du 27 mai 2004.

<sup>309</sup> LARRIBAU-TERNEYRE/ GARCIA (2020), paragr. 8.

<sup>310</sup> Dans sa version actuelle, l'art. 267 CCF affirme clairement que le juge ne doit se prononcer sur les effets du divorce qu' « à défaut d'un règlement conventionnel des époux ».

<sup>311</sup> Cassation, 1<sup>e</sup> civ., n° 01.17.094.

par des notaires figurent également des dispositions à propos de la prestation compensatoire.

- 214 Dans les sections suivantes, nous passerons en revue les différentes conventions que les époux ont la possibilité de conclure en cours de procédure de divorce, et nous examinerons le degré de contrôle auquel elles sont soumises.

*I.B.2.4.2.a. Les accords des parties dans les procédures de divorce par consentement mutuel*

- 215 De manière générale, les époux peuvent procéder avec un divorce par consentement mutuel lorsqu'ils sont d'accord sur les principes du divorce ainsi que sur ses effets. Dans une procédure de divorce par consentement mutuel, soit-elle privée ou judiciaire, les époux constatent leur accord dans une convention qui règle toutes les conséquences de la séparation (art. 268 CCF). Celle-ci n'est soumise à aucune exigence formelle<sup>312</sup>. Les époux qui, au cours d'une procédure contentieuse, se trouvent d'accord sur le principe du divorce ainsi que sur l'ensemble de ses effets peuvent demander que le juge prononce leur divorce par consentement mutuel en lui soumettant une convention pour homologation (art. 247 CCF, appelé « clause passerelle »).
- 216 L'accord des époux peut porter sur la liquidation du régime matrimonial (art. 229-3 CCF)<sup>313</sup>, sur la prestation compensatoire (art. 279-1 CCF)<sup>314</sup>, ainsi que sur le sort du logement de la famille<sup>315</sup>.

I.B.2.4.2.a.i. L'accord non homologué dans les procédures extrajudiciaires

- 217 En tant que conséquence de la dissolution du lien conjugal, le règlement des intérêts patrimoniaux du couple sera nécessairement influencé par la procédure de divorce dans laquelle elle a lieu. La révision du droit du divorce, qui a impacté également le contrôle judiciaire des accords sur la prestation compensatoire, en constitue un bon exemple.
- 218 Comme nous l'avons vu (cf. *supra*, n° 132), depuis janvier 2017<sup>316</sup>, les « époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature

---

<sup>312</sup> MONTREDON, paragr. 140-9.

<sup>313</sup> HEBERT (2023), paragr. 134.154.

<sup>314</sup> DISSAUX (2017), paragr. 209. Il est important de souligner que le principe même d'allocation d'une prestation compensatoire est laissé à la libre disposition des époux.

<sup>315</sup> DAVID, Divorce (2022-2023), paragr. 142.185.

privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire » (art. 229-1, al. 1 CCF).

Il s'agit d'un divorce par consentement mutuel extra-judiciaire qui ne prévoit pas d'homologation judiciaire de la convention de divorce<sup>317</sup>. Puisque l'homologation n'est pas requise, la convention et son contenu ne font l'objet d'aucun contrôle judiciaire direct. Le notaire chargé de l'enregistrement de l'acte vérifie le respect des exigences formelles<sup>318</sup> et veille uniquement aux atteintes manifestes à l'ordre public<sup>319</sup>. Le notaire vérifie notamment la présence des mentions obligatoires prescrites par l'article 229-3 CCF, parmi lesquelles figurent les modalités de règlement des effets pécuniaires du divorce, notamment dans les cas où une prestation compensatoire est versée, et la mention de l'état liquidatif du régime matrimonial. Dès lors, les époux peuvent, de manière presque totalement soustraite à tout contrôle judiciaire, convenir du sort du logement familial ainsi que du principe ou du montant de la prestation compensatoire. 219

Tout accord anticipé des époux sur la prestation compensatoire étant interdit, il pourrait sembler contradictoire que, dans une procédure de divorce extra-judiciaire, les époux puissent convenir de ce même point dans des conventions purement privées. À notre avis, l'interdiction de planifier à l'avance les questions liées à la prestation compensatoire s'expliquait par l'assurance que les accords passés en cours d'instance feront au moins l'objet d'un contrôle judiciaire qui en examine l'équité. Si, comme dans le contexte du divorce par consentement mutuel extra-judiciaire, cet examen n'a pas lieu, l'interdiction d'une planification avancée de la prestation compensatoire semble perdre son sens. 220

Dans le processus de rédaction de l'accord, les parties sont, certes, assistées par leurs avocats, qui sont chargés de les conseiller et guider. Néanmoins, cela n'offre pas des garanties suffisantes aux parties impliquées. En effet, à notre avis, les avocats ne sont pas les mieux placés pour se charger de la gestion des négociations et pour garantir le caractère équitable de l'accord. La rédaction d'une convention globale sur les effets de divorce est une opération délicate, puisque son résultat affectera la situation patrimoniale des époux de manière durable. Il est donc nécessaire de procéder à une méticuleuse pesée des inté- 221

---

<sup>316</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, JORF n°0269 du 19 novembre 2016.

<sup>317</sup> DISSAUX (2017), paragr. 7.

<sup>318</sup> Circulaire du garde des Sceaux du 26 janvier 2017, BOMJ n° 2017-06 du 30 juin 2017, fiche 6.

<sup>319</sup> CONSEIL SUPÉRIEUR DU NOTARIAT (2022), p. 13.

rêts en présence, une prérogative qui ne relève pas du métier d'avocat mais plutôt de celui de juge.

I.B.2.4.2.a.ii. L'accord homologué dans les procédures judiciaires

- 222 Si l'enfant mineur du couple demande une audition au juge (art. 229-2 CCF), ou si les époux parviennent à un accord global au cours d'une instance contentieuse (art. 247 CCF), la procédure de divorce par consentement mutuel nécessitera l'intervention du juge. Dans ce cas, les époux soumettent à l'approbation du juge la convention réglant les effets de leur séparation.
- 223 Une fois s'être assuré de la réelle volonté et du libre consentement de chacun des époux, le juge prononce le divorce et homologue la convention sur les effets du divorce (art. 230 CCF). Comme l'indique l'article 278, alinéa 2 CCF, le juge peut refuser l'homologation de la convention si « elle fixe inéquitablement les droits et obligations des époux », une précision qui nous paraît particulièrement importante pour les accords relatifs à la prestation compensatoire, dans la mesure où le juge pourra refuser d'homologuer une convention relative à la prestation compensatoire si celle-ci est fixée de manière inéquitable<sup>320</sup>. Il est alors tentant, sur la base de cette formulation et de ses implications, d'établir un parallèle avec le contrôle que le juge helvétique est appelé à conduire lors de l'examen du caractère « manifestement inéquitable » des accords en matière d'entretien (art. 279 CPCS).
- 224 La convention homologuée acquiert force exécutoire. Par conséquent, elle ne pourra être modifiée que par une nouvelle convention soumise, elle aussi, à homologation judiciaire (art. 279 CCF).

I.B.2.4.2.b. *Les accords des parties dans les procédures contentieuses de divorce*

I.B.2.4.2.b.i. Les conventions relatives à la liquidation du régime

- 225 Comme anticipé, d'après l'article 265-2 CCF, les époux « peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial ». Comme il ressort clairement du texte légal, une convention de liquidation conclue en dehors de toute procédure serait

---

<sup>320</sup> DISSAUX (2017), paragr. 211.

entachée de nullité<sup>321</sup>. Par conséquent, lorsque les auteurs qualifient ces conventions d' « anticipées », ils se réfèrent uniquement au fait que la liquidation prévue dans ces accords est immédiatement exécutoire, sans qu'il soit nécessaire d'attendre le prononcé du divorce<sup>322</sup>, et non pas au fait que les époux pourraient convenir de ce point au moment du mariage ou au cours de celui-ci, lorsque le divorce n'est qu'une éventualité.

À la suite de la réforme de 2004, la convention de liquidation ne doit respecter aucune exigence formelle, à moins que des biens immobiliers soumis à la publicité foncière ne soient concernés<sup>323</sup>. De plus, la loi de 2004 a étendu à tous les couples, indépendamment de leur régime matrimonial, la possibilité de conclure un accord de liquidation<sup>324</sup>. 226

Comme le nom l'indique, ces conventions adressent uniquement les questions relatives à la liquidation du régime matrimonial des époux. Elles peuvent régler de manière complète et définitive la liquidation du régime, ou trancher uniquement des questions ponctuelles<sup>325</sup>. 227

La convention de liquidation n'est pas soumise à homologation judiciaire<sup>326</sup>. Puisque le juge n'a pas à approuver ces conventions, les parties n'ont aucune obligation de les porter à la connaissance du juge pendant la procédure<sup>327</sup>. Néanmoins, il paraît important que le juge en soit informé dans la mesure où le résultat de la liquidation est un des éléments à prendre en compte pour la détermination de la prestation compensatoire (art. 271 CCF)<sup>328</sup>. Dépourvue de force exécutoire, la convention de liquidation aura le même rang que tout autre contrat privé, et pourra donc être contestée par l'une ou l'autre des parties, notamment pour vice du consentement ou en raison d'une lésion<sup>329</sup>. 228

#### I.B.2.4.2.b.ii. Les conventions globales sur les effets du divorce

229

---

<sup>321</sup> Cassation, 1<sup>e</sup> civ., n° 07-15.945.

<sup>322</sup> HEBERT (2023), paragr. 134.152.

<sup>323</sup> *Ibid.*, paragr. 134.165.

<sup>324</sup> Auparavant, cette possibilité était uniquement réservée aux époux assujettis au régime communautaire (art. 1450 aCCF).

<sup>325</sup> LARRIBAU-TERNEYRE/ GARCIA (2020), paragr. 42 et 43.

<sup>326</sup> *Ibid.*, paragr. 48.

<sup>327</sup> Néanmoins, rien n'empêche les parties de demander une homologation facultative de la convention.

<sup>328</sup> LARRIBAU-TERNEYRE/ GARCIA (2020), paragr. 48.

<sup>329</sup> HÉBERT (2023), paragr. 134.174.

Ces conventions ont pour vocation de régler tout ou partie des conséquences patrimoniales entraînées par le divorce (art. 268 CCF). Il s'agit du pendant, pour les procédures contentieuses, des conventions de divorce admises dans les procédures par consentement mutuel (art. 230 CCF).

- 230 S'agissant des conséquences patrimoniales de la séparation, ces accords globaux peuvent inclure la liquidation du régime matrimonial, ainsi que des questions connexes comme le sort du logement familial et la prestation compensatoire. Elles ne doivent respecter aucune exigence formelle<sup>330</sup>, mais sont obligatoirement soumises à homologation judiciaire.
- 231 Lorsque les époux soumettent au juge, pour homologation, une convention qui touche également à la prestation compensatoire, les articles 278 et 279 seront applicables par analogie (art. 279-1 CCF).

#### I.B.2.4.3. Les conventions italiennes sur les effets du divorce

- 232 Au sein de l'ordre juridique italien, le poids accordé aux accords privés sur les conséquences patrimoniales d'une éventuelle séparation a connu une évolution considérable.
- 233 De l'examen de la jurisprudence et des progrès réalisés par celle-ci à propos des accords conclus entre les conjoints, nous pouvons affirmer qu'il existe actuellement une attitude de plus grande ouverture, par rapport à la position répandue de rejet radicale qui prévalait il y a quelques années. Cela est particulièrement vrai pour les accords conclus dans le cadre de la procédure de divorce, mais aussi, dans une certaine mesure, pour les accords conclus avant le mariage ou lorsque la crise dans la relation conjugale est encore une pure éventualité<sup>331</sup>. Et pourtant, malgré les progrès considérables réalisés, il n'est certainement pas question d'une acceptation indifférenciée de ce type de conventions, qui sont évaluées au cas par cas.
- 234 Comme nous l'avons vu, le Code civil italien connaît déjà un type de planification patrimoniale, en permettant l'aménagement du régime matrimonial ordinaire, ainsi que le choix d'un régime conventionnel (art. 162, al. 2 CCI), et en prévoyant également la possibilité de stipuler des conventions matrimoniales à tout moment (art. 162, al. 3 CCI). Accorder la même possibilité de planification également en ce qui concerne les autres conséquences du divorce s'inscrirait dans la même logique.

---

<sup>330</sup> LARRIBAU-TERNEYRE/ GARCIA (2020), paragr. 58.

<sup>331</sup> AVAGLIANO (2017), p. 13.

#### I.B.2.4.3.a. Les accords dans les procédures de divorce extra-judiciaires

Comme nous l'avons vu (cf. *supra*, n° 133), en 2014<sup>332</sup>, le législateur a ouvert aux conjoints deux possibilités de divorcer par consentement mutuel par voie extra-judiciaire. Ces procédures, outre à avoir l'avantage d'être plus expéditives et moins coûteuses, permettent aux époux de régler de manière autonome les conséquences patrimoniales de leur divorce. 235

Dans le cadre de la négociation assistée par deux avocats ou plus (cf. *supra*, n° 133), les époux pourront s'accorder tant sur le principe du divorce que sur l'ensemble des conséquences patrimoniales de celui-ci<sup>333</sup>. Cette procédure se base en effet sur l'accord des époux, qui trouve expression dans la « *convenzione di negoziazione assistita* », soit une convention pour laquelle les parties nécessitent de l'assistance d'un ou plusieurs avocats. Aux termes de la loi, il s'agit d'« un accord par lequel les parties s'engagent à coopérer de bonne foi et avec loyauté pour résoudre le litige à l'amiable avec l'assistance d'avocats agréés [...] »<sup>334</sup>. Dans la convention peut figurer, outre au consentement des parties au sujet de la séparation, un accord en matière d'entretien et en matière d'attribution du logement familial<sup>335</sup>. Dans la réglementation des modalités d'entretien, les parties peuvent convenir de prestations capitalisées (en espèces ou par apport d'actifs) en lieu et place de prestations périodiques. 236

Les accords conclus dans ce cadre doivent être ratifiés par le procureur (« *procuratore della repubblica* ») qui, en absence d'enfants, se limite à un contrôle sommaire, de nature presque uniquement formelle<sup>336</sup>. En revanche, en présence d'enfants, le contrôle visera à s'assurer que l'accord des époux correspond à l'intérêt supérieur des enfants<sup>337</sup> : dans ce cas, si le procureur l'estime nécessaire, il demandera l'intervention du juge, qui convoquera les parents afin de clarifier les termes de la convention. 237

Dans le cadre de la procédure de divorce devant le maire (cf. *supra*, n° 133), les conjoints peuvent notamment s'accorder sur le principe et le montant de l'entretien ; en revanche, ils ne peuvent pas conclure au transfert d'un droit de propriété ou d'autres droits réels, dans un souci de protection des intérêts de la partie faible<sup>338</sup>. Leur accord fera l'objet d'un contrôle sommaire de la part de 238

<sup>332</sup> Décret législatif n° 132 du 12 septembre 2014, GU n° 212 du 12 septembre 2014.

<sup>333</sup> DE MARTINO/ MARTINOTTI/ MOLON (2021), paragr. 5006.

<sup>334</sup> Décret législatif n° 132 du 12 septembre 2014, art. 2, al. 1. Traduction libre.

<sup>335</sup> PUNTILLO (2015), p. 161.

<sup>336</sup> CAPORUSSO (2015), p. 716-717 ; BIANCA (2017), paragr. 167.

<sup>337</sup> DE MARTINO/ MARTINOTTI/ MOLON (2021), paragr. 5044.

<sup>338</sup> *Ibid.*, p. 5072.

l'officier d'état civil, qui se limitera uniquement à vérifier la réunion des conditions pour la demande de divorce (par exemple, l'écoulement du délai obligatoire entre la séparation de corps et le divorce)<sup>339</sup>.

*I.B.2.4.3.b. Les accords dans les procédures de divorce judiciaires*

- 239 Dans le cadre d'une procédure judiciaire de divorce (art. 151 CCI), les parties peuvent présenter un accord sur les effets patrimoniaux du divorce, lequel peut notamment se prononcer sur le sort du logement familial, ainsi que sur le principe et le montant de l'entretien<sup>340</sup>.
- 240 Qu'il soit présenté en même temps que la demande de divorce, comme sera souvent le cas dans le cadre des procédures par consentement mutuel, ou qu'il soit le résultat d'un accord subséquent, notamment dans le cas des procédures unilatérales, l'accord est soumis à la ratification du juge (art. 158 CCI).

*I.B.2.4.3.c. Les accords anticipés en vue du divorce*

I.B.2.4.3.c.i. La nullité des accords anticipés dans la jurisprudence traditionnelle

- 241 Comme déjà mentionné, la position de la jurisprudence italienne à propos de la licéité des accords anticipés relatifs aux effets du divorce a subi une évolution dans le temps. Au cours des derniers trente ans, les tribunaux italiens se sont souvent prononcés sur la question de la validité de ces accords. Après une initiale approche libérale dans la jurisprudence des années septante, les tribunaux italiens sont progressivement passés à un refus presque total de l'institution<sup>341</sup>. Ainsi, la jurisprudence a retenu, avec une orientation presque constante et à de rares exceptions près, la nullité des accords entre époux visant à régler leurs relations patrimoniales lors d'un éventuel divorce<sup>342</sup>. En conséquence, tout accord anticipé des époux porté à l'attention des tribu-

---

<sup>339</sup> CAPORUSSO (2015), p. 729.

<sup>340</sup> DE MARTINO/ MARTINOTTI/ MOLON (2021), paragr. 4737.

<sup>341</sup> OBERTO, *Contratti* (2012), p. 79.

<sup>342</sup> GRAZZINI (2017), p. 962. Dans ce sens, dans une décision du 18 septembre 1978, la *Corte di cassazione* italienne déclarait nul tout accord anticipé des époux visant à régler leurs rapports patrimoniaux dans le cas d'une séparation future, voir ANGELONI (2000), p. 1136.



naux ne pouvait pas trouver application, et n'était qu'un élément dont le juge pouvait tenir compte au moment du prononcé<sup>343</sup>.

En jurisprudence, les arguments cités en faveur de cette position sont nombreux. Le premier est l'illicéité de l'objet en raison de l'indisponibilité du droit à une prestation d'entretien<sup>344</sup>. Selon la jurisprudence, l'entretien remplit trois fonctions : alimentaire, d'indemnisation et de compensation. Dans un premier moment, la jurisprudence avait admis une disponibilité partielle de ce droit, du moins pour les accords qui visaient les aspects compensatoires de l'entretien<sup>345</sup>. Concrètement, cela signifiait reconnaître comme valables les accords qui prévoyaient une renonciation à l'entretien, pourvu qu'il « reste sauvegardée la satisfaction des besoins essentiels de l'époux le plus faible, qui ne s'est pas remarié »<sup>346</sup>. En outre, il avait été précisé que « la renonciation, valablement effectuée lorsque la renonciataire n'était pas en état de besoin, peut devenir partiellement inefficace pour l'émergence de justes motifs, toujours liés à la satisfaction des besoins essentiels de la vie. L'accord pour le paiement de l'allocation en une seule fois peut être initialement nul et non avenu lorsqu'il est conclu par une personne en état de besoin et peut devenir inefficace lorsqu'un tel état est apparu »<sup>347</sup>.

242

Au contraire, une autre partie relative à l'entretien est censée remplir une fonction strictement alimentaire. Celle-ci a toujours été considérée comme indisponible, parce qu'elle visait la protection du conjoint économiquement plus faible. En outre, une partie de la doctrine faisait dériver l'indisponibilité partielle du droit à l'entretien de l'idée que la composante relative à l'« assistance » établissait un rapport de solidarité économique entre ex-époux venu remplacer l'ensemble des devoirs d'assistance matérielle instaurés avec le mariage<sup>348</sup>. Avec la réforme de 1987 en matière de divorce<sup>349</sup>, le législateur italien a mis en avant la composante d'assistance de l'entretien, ce qui a poussé la jurisprudence à pencher vers une indisponibilité totale de la matière<sup>350</sup>. Cela découle actuellement de la lettre de l'article 5, alinéa 6 de la loi n° 898/1970, qui prévoit l'intervention obligatoire de la part du juge du divorce,

243

---

<sup>343</sup> OBERTO, *Contratti* (2012), p. 79.

<sup>344</sup> FERLITO (2018), p. 197.

<sup>345</sup> LENER (1977), p. 1415-1422.

<sup>346</sup> *Ibid.* Traduction libre.

<sup>347</sup> *Ibid.* Traduction libre.

<sup>348</sup> *Ibid.*

<sup>349</sup> Loi n° 74 du 6 mars 1987, GU n° 58 du 11 mars 1987.

<sup>350</sup> *Cassazione*, 1<sup>e</sup> civ., n° 13128.

avec le rôle de procéder à la détermination de l'entretien sur la base de critères qui doivent être appliqués au moment du prononcé du divorce<sup>351</sup>.

244 Ces accords sont également considérés contraires à l'article 9 de la loi n° 898/1970 qui permet au tribunal, à la demande de l'une des parties, de réexaminer à tout moment les dispositions relatives à l'étendue et aux modalités de versement de l'indemnité, pour autant qu'il existe des justes motifs<sup>352</sup>.

245 De plus, les conventions anticipées de divorce sont considérées nulles parce qu'elles affectent le comportement des parties au cours de la procédure de deux façons. D'une part, le fait d'être liés par un accord quant aux conséquences économiques du divorce limiterait la liberté des parties de se défendre dans la procédure de divorce, ce qui constituerait une atteinte au droit à un procès équitable<sup>353</sup>.

246 D'autre part, ces conventions comporteraient l'accord des parties sur un point traditionnellement exclu du domaine d'exercice de l'autonomie privée, à savoir l'état des personnes. Dans un arrêt de 1981, la *Corte di cassazione* affirme que l'accord anticipé entre époux sur les effets du divorce a toujours pour objet ou, du moins, pour effet, de conditionner le comportement des parties en ce qui concerne l'acceptation du principe du divorce lui-même<sup>354</sup>. Selon la Cour suprême italienne, le fait de permettre aux époux de pouvoir compter sur l'application de ces accords anticipés les pousse à renoncer à contester en justice la demande de divorce présentée par l'autre partie<sup>355</sup>. En d'autres termes, les avantages patrimoniaux accordés dans ces conventions constitueraient une sorte de « prix » à payer pour obtenir le consentement de l'autre au divorce. Vu sous cet angle, l'accord anticipé sur les effets du divorce, bien qu'il touche uniquement à la réglementation des relations patrimoniales entre époux, deviendrait un accord dont le véritable objet est l'état des personnes, un domaine soustrait à l'exercice de l'autonomie privée des conjoints<sup>356</sup>.

247 La nullité de ces conventions résulterait également de la violation de l'article 160 CCI, de nature impérative, qui prescrit l'indisponibilité des droits et devoirs découlant du mariage. La raison est que, en concluant un accord anticipé sur les effets du divorce, les époux cherchent à écarter l'application des dispositions légales, y compris le droit de demander au juge de se prononcer en

---

<sup>351</sup> ANGELONI (2000), p. 1137.

<sup>352</sup> DALMOTTO (1993), p. 344.

<sup>353</sup> ANGELONI (2000), p. 1138.

<sup>354</sup> DI PAOLA (1982), p. 188.

<sup>355</sup> *Ibid.*

<sup>356</sup> DALMOTTO (1993), p. 344-345.

matière d'entretien. Par conséquent, ces conventions seraient illicites dans la mesure où elles disposent d'un droit considéré comme indisponible<sup>357</sup>.

Finalement, les accords anticipés de divorce seraient inadmissibles en raison du fait que le système juridique italien n'admet pas la renonciation à un droit futur, tel que le droit au paiement des prestations d'entretien post-divorce<sup>358</sup>. 248

#### I.B.2.4.3.c.ii. La théorie de la nullité face aux critiques doctrinales

Depuis longtemps, la doctrine s'est montrée critique à l'égard de ces arguments jurisprudentiels<sup>359</sup>. 249

En premier lieu, il convient de relever que l'interdiction des accord anticipés au motif qu'il s'agirait d'accords indirects sur l'état des personnes semble en contradiction avec l'admission des conventions matrimoniales (art. 162 CCI). Cette disposition établit expressément la possibilité pour les époux de conclure ces conventions en tout temps (art. 162, al. 3 CCI), ce qui met en évidence la volonté du législateur italien d'encourager les époux à « construire » leurs propres perspectives matrimoniales par la stipulation de ces accords<sup>360</sup>. En d'autres termes, le système juridique tolère l'idée que le futur conjoint soit incité au divorce par des motivations de nature patrimoniale qui, bien que sûrement pas déterminantes, sans doute dirigent et soutiennent son consentement. 250

De plus, l'application de l'article 160 CCI semble être inadéquate dans le contexte du divorce. Nous pouvons remarquer que cette disposition se trouve dans le chapitre VI du Code civil italien, dédié au régime patrimonial de la famille, et non pas dans le chapitre précédent concernant la fin du mariage. Par conséquent, il semble justifié de présumer que la disposition affirme l'indisponibilité des droits et devoirs dont les époux sont titulaires en cours de mariage, pas de ceux qui leur sont propres lors du divorce. 251

La position jurisprudentielle surprend d'autant plus qu'en 1987, le législateur italien a ouvert aux époux la possibilité de s'accorder sur les conséquences patrimoniales de leur séparation dans le cadre de la procédure de divorce par requête conjointe<sup>361</sup>. Cependant, la jurisprudence a affirmé que la recevabilité 252

<sup>357</sup> GRAZZINI (2017), p. 962.

<sup>358</sup> ANGELONI (2000), p. 1140.

<sup>359</sup> DALMOTTO (1993) ; COMPORTI (1995) ; ANGELONI (2000) ; OBERTO, *Contratti* (2012).

<sup>360</sup> FERLITO (2018), p. 200.

<sup>361</sup> Loi n° 898 du 1 décembre 1970, GU n° 306 du 3 décembre 1970, art. 4, al. 16, telle que modifiée par la loi n° 4 du 6 mars 1987, GU n° 58 du 11 mars 1987, art. 8.

des accords anticipés ne peut pas être implicitement déduite de cette réforme législative. Selon la *Corte di cassazione*, les accords conclus par les parties en cours de procédure concernent un divorce qu'elles ont déjà décidé de réaliser et qui n'est donc pas simplement une éventualité future<sup>362</sup>. La Haute Cour italienne semble établir un lien entre la disponibilité du droit et le fait que l'événement générateur du droit, en l'espèce le divorce, soit perçu par les parties comme « sûr », plutôt que comme un simple élément conditionnant l'efficacité de l'accord<sup>363</sup>.

- 253 À première vue, cette distinction semble reposer toujours sur l'idée de l'indisponibilité en matière d'état des personnes<sup>364</sup>. Cela nous paraît critiquable. En effet, si l'objectif du législateur était réellement de rendre la question de l'état des personnes totalement indépendante de toute négociation économique, tout accord déployant des effets avant le prononcé du jugement de divorce aurait dû être interdit. Cependant, cela n'est pas le cas, vu qu'en cas de divorce sur requête conjointe, le couple peut s'accorder de manière libre à propos des conséquences financières de leur séparation au cours de la procédure, soit avant que le divorce ne soit prononcé par le juge<sup>365</sup>.

#### I.B.2.4.3.c.iii. Les développements jurisprudentiels et législatifs

- 254 En matière de nullité des accords anticipés sur les conséquences patrimoniales du divorce, la *Corte di cassazione* a rendu, au cours des dernières années, des décisions qui appellent une analyse détaillée.
- 255 Parmi celles-ci, une sentence de 2012<sup>366</sup> mérite une attention particulière. La situation de fait est assez simple : un jour avant la célébration du mariage, le couple signe un accord selon lequel, en cas de divorce, la femme devra transférer au mari la propriété d'un immeuble à titre de compensation pour les contributions effectuées par ce dernier sur un autre immeuble, toujours de propriété de Madame, utilisé en tant que logement de la famille. En 2005, le tribunal de première instance prononce le divorce et déclare nul l'accord des parties. En 2007, cependant, l'instance supérieure renverse le jugement précédent et déclare valide la convention. En troisième instance, Madame recourt devant la *Corte di cassazione* pour faire constater la nullité dudit accord.

256

---

<sup>362</sup> DE MARE (1993).

<sup>363</sup> OBERTO, *Contratti* (2012), p. 86.

<sup>364</sup> *Ibid.*

<sup>365</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>366</sup> *Cassazione*, 1<sup>e</sup> civ., n° 23713.

Ce qui est intéressant dans la décision en question est le raisonnement suivi par la Cour, laquelle, d'une part, confirme le principe général de nullité des accords anticipés, et, d'autre part, admet une exception dans le cas d'espèce. En effet, en l'espèce, écarter l'application de la convention anticipée aurait créé une situation d'évidente inégalité entre les parties, d'où l'effort de la Cour de parvenir à un résultat « équitable » tout en préservant l'approche générale en matière d'accords anticipés<sup>367</sup>. Pour ce faire, la Cour emprunte la voie du « *distinguishing* », une pratique répandue dans les pays de *common law* qui permet au juge de ne pas se conformer à un précédent contraignant, au motif que le cas d'espèce ne présente pas les mêmes circonstances factuelles qui avaient justifié l'application de la règle dans le passé<sup>368</sup>.

En particulier, la Cour affirme que l'engagement assumé par Madame n'est qu'une contreprestation strictement liée aux dépenses engagées par le mari pour l'aménagement du logement familial, de propriété de l'épouse. Selon la Cour, l'échec du mariage est dégradé à un simple « événement conditionnel »<sup>369</sup>. En d'autres termes, l'accord n'est qu'un simple contrat soumis aux règles générales du droit des obligations, comportant l'échange de prestations proportionnelles entre elles, dont l'exécution a été suspendue en raison du mariage entre les parties<sup>370</sup>. Selon la Cour, la qualification de la convention en tant qu'accord anticipé nécessiterait la présence d'« une notable disproportion des prestations », qui n'est « pas prouvée en l'espèce »<sup>371</sup>. Par conséquent, elle rejette le recours et confirme la validité de l'accord, au motif que la convention en objet n'entre pas dans la catégorie des « accords préventifs en vue de divorce », déclarés nuls de jurisprudence constante.

Or, cette sentence surprend vu que, pour la première fois, la Cour semble conditionner l'existence d'un accord anticipé sur les effets du divorce à une condition de proportionnalité des prestations<sup>372</sup>. L'on notera aussi qu'à l'occasion de cette même affaire, dans une série de *obiter dicta*, la Cour, tout en se ralliant à la jurisprudence constante consacrant la nullité de ces accords, exprime une opinion globalement favorable à l'égard de ces conventions que, elle précise, remplissent « une fonction utile pour désamorcer les conflits familiaux et en matière de divorce »<sup>373</sup>. Elle relève, en outre, une incohérence dans le sys-

<sup>367</sup> OBERTO, Gli accordi (2013), p. 324.

<sup>368</sup> Pour une analyse plus approfondie du *processus* par lequel ces règles antérieures pourraient être modifiées, ou distinguées, voir RAZ (1979), p. 181-187.

<sup>369</sup> *Cassazione*, 1<sup>e</sup> civ., n° 23713. Traduction libre.

<sup>370</sup> FIGONE (2013), p. 843.

<sup>371</sup> *Cassazione*, 1<sup>e</sup> civ., n° 23713. Traduction libre.

<sup>372</sup> FIGONE (2013), p. 843.

<sup>373</sup> *Cassazione*, 1<sup>e</sup> civ., n° 23713. Traduction libre.

257

258

tème actuel, vu que ces accords sont admis en cas de nullité du mariage, mais pas pour le divorce<sup>374</sup>.

- 259 Cette timide ouverture en matière de validité des accords anticipés ne fait pas l'objet d'une jurisprudence isolée. Une approche similaire se retrouve dans une autre affaire datant de 2013<sup>375</sup>, qui présente un état de fait assez similaire à l'espèce de 2012. Dans ce cas, avant la célébration des noces, le mari s'obligeait à restituer à sa femme une somme d'argent reçue à titre de prêt. Cette restitution était uniquement due en cas de séparation des conjoints. Dans ce cas aussi, la Cour rejette l'argument du mari, qui invoquait la nullité de l'acte, et confirme la validité de la convention. Selon la Cour, est nul tout contrat soumis à une condition contraire à des normes impératives de l'ordre juridique italien : cela aurait dû être le cas en l'espèce, au vu du caractère strictement personnel du droit au divorce et de l'indisponibilité des droits et devoirs découlant du mariage. Pourtant, le tribunal arrive à la conclusion que la condition suspensive se référant à la séparation des conjoints est, dans le cas d'espèce, licite<sup>376</sup>. À ce sujet, la Cour cite son précédent de 2012 et affirme qu'il n'existe pas une norme impérative qui empêche les conjoints, avant ou après le mariage, de reconnaître l'existence d'une dette de l'un envers l'autre, et d'en conditionner la restitution à l'éventualité d'une possible séparation future<sup>377</sup>. Par conséquent, la convention est valable et peut déployer ses effets.
- 260 À la lumière de ce qui précède, il semble émerger, bien que de manière très prudente, une nouvelle attitude des juges, plus ouverte, en matière de légitimité des accords anticipés. La rigide orientation traditionnelle qui affirmait la nullité absolue de tout accord anticipé visant à régler à l'avance les conséquences patrimoniales d'une éventuelle crise conjugale commence à se fissurer face à des nouveaux arguments<sup>378</sup>. Bien que ces jurisprudences représentent un pas significatif vers la reconnaissance de la validité des accords anticipés en vue du divorce, cette évolution devrait être soutenue par une intervention du législateur en ce sens.
- 261 Plusieurs modifications législatives tendant à une révision du Code civil italien dans ce sens ont été proposées au fil des années. Déjà en 2011, un projet

---

<sup>374</sup> Cette attitude est traditionnellement justifiée par la nature de la procédure de nullité, caractérisée par de fortes connotations inquisitoriales. Cependant, l'on pourrait se demander si derrière ces considérations ne se cache pas, encore aujourd'hui, une méfiance persistante envers le divorce, comme si un accord avantageux pouvait inciter le conjoint « bénéficiaire » à obtenir le divorce. Voir FIGONE (2013), p. 844.

<sup>375</sup> *Cassazione*, 3<sup>e</sup> civ., n° 19304.

<sup>376</sup> *Ibid.*, consid. 3.2.

<sup>377</sup> *Ibid.*

<sup>378</sup> TAGLIASACCHI (2014), p. 96.

de loi avait proposé, sans succès, l'introduction d'un article 162*bis* CCI dans le but de permettre aux futurs époux, avant les noces, de stipuler par écrit un accord visant à régler les relations patrimoniales en cas de séparation personnelle, de dissolution ou de cessation des effets civils du mariage<sup>379</sup>. Une deuxième tentative a eu lieu en 2014, avec un projet de loi qui proposait l'introduction d'un nouvel article 162*bis* CCI, reconnaissant aux futurs conjoints la possibilité, même avant le mariage, de régler leurs relations patrimoniales en cas de séparation ou divorce par le biais d'accords anticipés<sup>380</sup>. L'intervention de présentation du projet par le député MORANI semblait reprendre une partie des arguments utilisés par la *Corte di cassazione* pour justifier son approche plus favorable aux accords anticipés, surtout quand il souligne que « reconnaître le droit des conjoints de s'accorder à l'avance sur le futur de leurs relations patrimoniales et personnelles dans l'éventualité d'une éventuelle crise future du mariage peut être un outil très utile, notamment afin d'éviter que la phase de négociation de ces relations ait lieu à un moment où le mariage est déjà entré en crise et la conclusion d'un accord et la réalisation d'un arrangement qui satisfasse les deux conjoints sont particulièrement difficiles, à cause de récriminations et revendications mutuelles »<sup>381</sup>. À la teneur du proposé article 162*bis* CCI, il aurait été possible de conclure ces conventions soit par acte public rédigé par un notaire en présence de deux témoins, soit par accord de négociation assistée<sup>382</sup>. Un troisième projet de loi, allant dans le même sens, a été déposé en 2019<sup>383</sup>.

Cependant, lors de la réforme de 2022, visant à améliorer l'efficacité des procédures civiles, le législateur italien a maintenu sa position sur la question en refusant la possibilité de conclure ce type d'accord<sup>384</sup>. Au vu de l'admission, en 2014, des procédures de divorce par consentement mutuel extra-judiciaire dans l'ordre juridique italien, il nous paraît contradictoire de maintenir une interdiction absolue des accords anticipés sur les effets du divorce alors que, dans une procédure de divorce extra-judiciaire, notamment celle devant le maire, les époux pourront convenir de ces mêmes points dans des conventions purement privées qui ne seront sujettes à aucune ratification judiciaire.

262

263

<sup>379</sup> *Disegno di legge* n° 2629, art. 1, al. 1, let. d, disponible sous <https://www.senato.it> (consulté le 05 mars 2022).

<sup>380</sup> *Disegno di legge* n° 2669/2014, disponible sous <http://documenti.camera.it> (consulté le 05 mars 2022).

<sup>381</sup> *Ibid.*, p. 1-2. Traduction libre.

<sup>382</sup> ZICCARDI (2017).

<sup>383</sup> *Disegno di legge* n° 1151, disponible sous <https://www.senato.it> (consulté le 05 mars 2022).

<sup>384</sup> Décret législatif n° 149 du 10 octobre 2022, GU n° 243 du 17 octobre 2022.

À notre avis, la révision de la position du législateur italien sur la question des accords anticipés est une nécessité qui, au-delà du simple respect de la volonté d'autodétermination des parties, permettrait également, dans une optique transfrontalière, de garantir un système plus cohérent avec les autres solutions proposées dans l'espace européen. Cette problématique est d'une grande actualité, surtout en raison du nombre toujours croissant de couples internationaux, lesquels pourraient choisir de soumettre leurs relations patrimoniales à un droit qui connaît déjà ce genre d'accords, dont l'admissibilité fait encore l'objet de débat en Italie<sup>385</sup>.

---

<sup>385</sup> SCIA (2017), p. 196.



## I.C. Synthèse

La première section du présent chapitre est dédiée à l'étude du développement historique du principe d'autonomie en droit matériel, notamment au vu de sa relevance dans la détermination des modalités auxquelles l'autonomie est actuellement soumise en matière de divorce, d'obligations alimentaires et de régimes matrimoniaux. Cet aperçu, quoique s'étendant sur plusieurs siècles et des États divers, nous a permis de relever un certain nombre de points communs aux différents systèmes. 264

D'abord, la tendance à une libéralisation progressive de la procédure de divorce. Ainsi, les législateurs ont graduellement abandonné le critère de la faute et ont favorisé les procédures consensuelles de divorce. 265

Ensuite, le lien existant entre la libéralisation de la procédure de divorce et la marge d'autonomie accordée aux parties dans le règlement de leurs rapports patrimoniaux dans le contexte de leur désunion. En effet, nous avons relevé l'existence d'une tendance à, d'une part, accorder aux époux une autonomie étendue dans le règlement de leurs rapports patrimoniaux, et, d'autre part, réduire les interventions du juge dans la procédure. 266

Dans la deuxième section du chapitre, nous nous sommes intéressés aux manifestations du principe d'autonomie en droit positif. Nous avons débuté notre analyse en parcourant brièvement les solutions légales prévues dans les différents États, avant d'examiner les manifestations de l'autonomie en droit matériel. 267

D'abord, nous avons mis en exergue le rôle grandissant du principe d'autonomie de la volonté des parties en matière de divorce, qui constitue un trait commun aux trois ordres juridiques qui font l'objet de notre étude. En Suisse, nous rappelons notamment les réformes de 2000<sup>386</sup> et de 2010<sup>387</sup>, qui ont, respectivement, introduit le divorce sur requête commune et supprimé le délai de réflexion de deux mois dans le cadre de ces procédures. En France<sup>388</sup> et en Italie<sup>389</sup>, la tendance vers la privatisation de la crise conjugale a été poussée encore plus loin par l'introduction des divorces extra-judiciaires. 268

Ensuite, nous avons abordé le rôle de l'autonomie privée dans le domaine des régimes matrimoniaux. Si le principe d'autonomie est communément admis 269

<sup>386</sup> Code civil suisse (Droit du divorce), RO 1999 1118.

<sup>387</sup> Code civil suisse (Délai de réflexion dans la procédure de divorce sur requête commune), RO 2010 281.

<sup>388</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016.

<sup>389</sup> Décret législatif n° 132 du 12 septembre 2014, GU n° 261 du 10 novembre 2014.

dans les trois systèmes, nous avons pu relever quelques différences s'agissant de la marge d'autonomie reconnue aux parties, ainsi que des modalités d'exercice de ces prérogatives. Ainsi, le législateur italien fait preuve d'une grande flexibilité en permettant aux époux, par exception à la règle de base de l'article 162, alinéa 1 CCI, d'opter pour le régime conventionnel de la séparation des biens par simple déclaration orale devant l'officier de l'état civil au moment de la célébration du mariage. Au contraire, en France, le législateur se montre assez rigide à ce sujet : notamment, l'article 1395 CCF limite le pouvoir de disposition des parties en leur imposant que les conventions doivent être stipulées avant la célébration du mariage et ne peuvent prendre effet qu'au jour de célébration de celui-ci.

- 270 Finalement, nous avons traité des accords sur des questions en dehors des régimes matrimoniaux. Nous nous sommes intéressés notamment à l'entretien post-divorce, un domaine où, au vu du manque d'harmonisation des pratiques judiciaires, il existe un risque d'insécurité juridique.
- 271 À ce sujet, nous avons constaté que tous les ordres juridiques admettent un accord des époux sur les questions alimentaires lorsque celui-ci a lieu dans le cadre de la procédure de divorce. En revanche, uniquement le droit suisse reconnaît aux époux la possibilité de conclure un accord de manière anticipée, soit lorsque la procédure de divorce n'est qu'une éventualité. Nous avons relevé que l'interdiction des accords anticipés dans les systèmes français et italien paraît en contradiction avec l'introduction des divorces extrajudiciaires. En effet, dans le cadre de ces procédures, les époux jouissent d'une grande liberté pour s'accorder sur les conséquences patrimoniales de leur divorce, y compris en matière d'entretien ; de plus, ces conventions ne sont, en principe, soumises à aucun contrôle judiciaire.
- 272 L'examen des manifestations du principe d'autonomie en droit matériel désormais achevé, dans le chapitre suivant il s'agira de nous intéresser à l'expression de l'autonomie en droit international privé.

## Chapitre II : L'autonomie de la volonté en droit international privé

L'internationalisation des relations familiales a engendré une augmentation des conflits transfrontaliers. Dans les cas de divorces internationaux, l'absence d'une réglementation uniforme peut créer un risque d'insécurité juridique s'agissant de la détermination des autorités compétentes et du droit applicable, tant au divorce qu'aux rapports patrimoniaux qu'y sont étroitement liés, soit l'entretien après-divorce et les régimes matrimoniaux. 273

Afin de répondre aux nouveaux besoins des couples internationaux, les législateurs nationaux et européen ont mis en place des solutions et stratégies visant à garantir les objectifs de sécurité et prévisibilité juridique recherchés. 274

Dans le cadre de ce chapitre, nous entamerons notre réflexion en passant brièvement en revue les étapes principales du développement historique du principe d'autonomie en matière matrimoniale. Par la suite, après avoir présenté les caractéristiques principales des sources de droit international privé en la matière, nous analyserons les règles pertinentes pour la détermination de la compétence et du droit applicable à défaut de choix. Finalement, nous nous concentrerons sur les possibilités ouvertes aux parties pour la planification de leurs rapports patrimoniaux en cas de désunion. 275

### **II.A. Le développement historique du principe d'autonomie en droit international privé**

#### **II.A.1. Les conflits de lois dans l'Antiquité**

Bien qu'une vraie doctrine du droit international privé n'ait vu la lumière qu'au Moyen-Âge, il serait naïf de penser que les problèmes relatifs à cette discipline soient restés inconnus dans l'Antiquité. En effet, pour être en présence d'une problématique relevant du droit international privé, il suffit que deux éléments se réunissent, à savoir : une pluralité des systèmes législatifs en vigueur au même temps, et l'existence de rapports juridiques de droit privé 276

potentiellement en contact avec plusieurs législations<sup>390</sup>. Dans un tel contexte, déterminer quel corpus de règles est déterminant pour la résolution du rapport juridique en cause est précisément le rôle de ce que nous appelons aujourd'hui « règles de conflit ».

### *II.A.1.1. La naissance de la règle de conflit à l'intérieur du monde grec*

277 Anciennement, la Grèce n'était pas un État centralisé, mais plutôt un ensemble d'États-villes, chacune desquelles avait son propre droit et ses propres coutumes. Nonobstant cette fragmentation, et les risques de conflits auxquels cette décentralisation donnait lieu, nous pouvons à juste titre parler d'un « droit grec » dans la mesure où les idées sous-jacentes aux différentes législations étaient très similaires<sup>391</sup>.

278 Il est intéressant de remarquer que des traités à caractère judiciaire étaient conclus entre plusieurs États-ville. Ces textes avaient comme but de régler les éventuels procès entre les ressortissants des deux villes. Ils touchaient normalement aux aspects procéduraux de l'affaire judiciaire, mais traitaient parfois du droit matériel à utiliser par le tribunal compétent<sup>392</sup>. Lorsque la dimension matérielle faisait l'objet d'un accord, celui-ci prévoyait soit la création d'une règle spécifique *ad hoc*, soit la détermination d'une législation compétente, ce qui constitue une vraie règle de conflit de droit international privé<sup>393</sup>. Cependant, souvent ces traités, que l'on pourrait définir d'« entraide judiciaire », se limitaient à déclarer l'obligation du tribunal de juger « conformément aux lois »<sup>394</sup>. Sans davantage de précisions, l'hypothèse la plus probable est que les lois auxquelles était fait référence soient les lois du for du tribunal compétent.

Il existe également des témoignages selon lesquels une cité grecque pouvait, dans certains cas, « emprunter » des juges à une cité voisine<sup>395</sup>. Souvent, lorsque trop de procès étaient accumulés dans une ville pour que les tribunaux ordinaires pussent y suffire, ou lorsque ces tribunaux étaient suspects de partialité, on demandait à une cité alliée un ou plusieurs juges extraordinaires<sup>396</sup>.

---

<sup>390</sup> LEWALD, *Conflits* (1968), p. 420.

<sup>391</sup> MITTEIS (1891), p. 61.

<sup>392</sup> LEWALD, *Conflits* (1968), p. 423-424.

<sup>393</sup> *Ibid.*, p. 424.

<sup>394</sup> *Ibid.*, p. 425.

<sup>395</sup> *Ibid.*, p. 426.

<sup>396</sup> *Ibid.*

Sur la base de quel droit ces juges étrangers jugeaient les procès qu'on leur avait confiés ? Selon toute vraisemblance, ce n'est pas la législation de leur État d'origine qu'ils appliquaient, mais celle de l'État où ils siégeaient, c'est-à-dire la *lex fori*<sup>397</sup>. Nous pouvons donc en conclure que la communauté juridique de l'époque n'était pas complètement fermée à l'idée d'appliquer une loi considérée comme « étrangère ». Probablement, cette solution a été facilitée à la lumière de la similitude entre les différentes législations des États-villes<sup>398</sup>.

### II.A.1.2. *Le premier essor de l'autonomie de la volonté à l'époque hellénique*

Les Grecs ont également connu des conflits de lois avec une loi « barbare », notamment la loi égyptienne. En effet l'Égypte, après la conquête macédonnienne, était devenue un pays d'immigration qui accueillait toute sorte d'étrangers, y compris de nombreux ressortissants d'origine grecque. 279

Lors de la conquête de l'Égypte par Alexandre le Grand, les lois déjà existantes n'avaient pas été abrogées<sup>399</sup>, mais il ressort clairement que ces lois n'étaient pas applicables aux Grecs résidants en Égypte<sup>400</sup>. En conséquence, ces individus étaient probablement soumis à la loi de leur cité d'origine, conformément au principe de personnalité des lois<sup>401</sup>. Même au niveau des juridictions compétentes, les Égyptiens et les Grecs répondaient à des tribunaux différents : les premiers étaient soumis à la juridiction des *Laocrites*, les deuxièmes à celle des *Chrématistes*<sup>402</sup>. 280

Ce constat nous amène à la question suivante : si les Égyptiens et les Grecs étaient soumis à des régimes différents, quelle juridiction était compétente et quel droit était applicable dans les procès entre eux ? La réponse se trouve dans une ordonnance royale, dont on reproduit la traduction qui nous est proposée par LEWALD<sup>403</sup> : 281

*« Les Égyptiens qui ont passé un accord avec des Grecs aux termes des contrats grecs donneront et recevront satisfaction par devant les Chrématistes ; mais tous les Grecs qui passent des accords (avec des Égyptiens) aux termes des contrats égyptiens donneront satisfaction par-*

<sup>397</sup> *Ibid.*

<sup>398</sup> *Ibid.*, p. 427.

<sup>399</sup> *Ibid.*, p. 431.

<sup>400</sup> *Ibid.*, p. 432.

<sup>401</sup> *Ibid.*

<sup>402</sup> KARAM (2007), p. 327.

<sup>403</sup> LEWALD, *Conflits* (1968), p. 438.

*devant les Laocrites, selon les lois du pays. Quant aux actions intentées par des Égyptiens contre des Égyptiens, les Chrématistes ne doivent pas les évoquer, mais les laisser débattre par-devant les Laocrites selon les lois du pays ».*

- 282 En analysant ce passage, on se rend compte que le but primaire de l'ordonnance était de régler les conflits de juridictions pour les procès qui devaient avoir lieu entre ressortissants grecs et égyptiens.
- 283 Néanmoins, le texte résout également les conflits de loi en choisissant comme facteur décisif la langue de conclusion du contrat (« *aux termes des contrats grecs* », « *aux termes des contrats égyptiens* »). Les contrats conclus en égyptien étaient soumis à la juridiction et aux lois indigènes, ceux conclus en grec étaient soumis à la juridiction des *Chrématistes* et, selon logique, au droit grec.
- 284 Or, l'importance de ce passage de l'ordonnance royale pour notre analyse est que les parties avaient la faculté de choisir de s'adresser au notariat grec ou égyptien<sup>404</sup>. En définitive, on peut dire que c'était la volonté des parties à déterminer, dans une certaine mesure, la juridiction compétente et donc, en conséquence, le droit applicable.

### *II.A.1.3. L'autonomie de la volonté à l'époque romaine et pendant la période des invasions barbares*

- 285 Puisque les Romains ignoraient la doctrine du droit international privé, nous avons peu d'indices concernant le rôle de l'autonomie de la volonté durant cette période. Cependant, nous savons que le droit romain ne connaissait que quatre types de contrats pour lesquels le consentement des parties était jugé suffisant pour la création d'une obligation, soit la vente, l'échange, la société et le mandat<sup>405</sup>.
- 286 Les œuvres de personnalités très célèbres de l'époque nous donnent des indications supplémentaires. À ce propos, nous savons que Cicéron, en sa qualité de gouverneur, laissa aux provinces placées sous son contrôle la possibilité de se gouverner selon leurs propres lois, ce qui se rapproche plus à notre concept moderne de « autonomie locale »<sup>406</sup>, sans qu'on puisse exclure la possibilité

---

<sup>404</sup> *Ibid.*, p. 439.

<sup>405</sup> CALEB (1927), p. 12.

<sup>406</sup> « Cicéron Ad Atticum », VI, I, in NISARD (1864), p. 247.

qu'un choix ait été accordé entre la soumission à la loi locale ou au *ius gentium*<sup>407</sup>.

Entre le II<sup>e</sup> et VII<sup>e</sup> siècle, des peuples d'origine germanique profitent de l'affaiblissement du pouvoir impérial romain et franchissent les frontières de l'empire. Cette vague migratoire est passée à l'histoire sous le nom d'« invasions barbares ». Pendant cette période, les Romains et les barbares coexistaient selon le même régime anciennement en vigueur entre Grecs et Égyptiens : de cette coexistence entre plusieurs ethnies différentes, conservant chacune son propre droit, naît le principe de la personnalité des lois<sup>408</sup>, selon lequel chaque individu restait soumis à sa loi d'origine. Par-là, il faut entendre non seulement les lois écrites, mais également les coutumes qui régissent les différents peuples<sup>409</sup>. Dès lors, en cas de litige, l'identification de l'ethnie d'origine des parties s'imposait afin de déterminer le droit applicable à la cause : la preuve d'appartenance à une ethnie s'établissait normalement par la *professio*. Bien que considérée, au début, comme une simple déclaration tendant à rendre notoire l'ethnie d'origine, au fil du temps la *professio* devient une vraie élection de l'ethnie auxquels lois la personne concernée souhaitait se soumettre<sup>410</sup>. Apparaît ainsi une première idée de ce qu'on connaît sous le nom de *professio juris*, que nous analyserons plus en détail dans la deuxième partie du présent travail, dédiée aux questions successorales.

287

A quelques exceptions près<sup>411</sup>, dans les lois barbares il n'y avait pas de volonté délibérée de permettre à chacun de choisir parmi les lois en vigueur sur le territoire de sa résidence ; cependant, il n'y avait pas non plus de texte l'interdisant formellement<sup>412</sup>. L'autonomie de la volonté trouvait ainsi une place dans ce vide normatif.

288

---

<sup>407</sup> KARAM (2007), p. 327.

<sup>408</sup> STOUFF (1894).

<sup>409</sup> PETOT (1992), p. 34.

<sup>410</sup> ARMINJON (1947), p. 72-73.

<sup>411</sup> Nous pouvons citer à titre d'exemple la Constitution de Lothaire I<sup>er</sup> en 824, qui incitait chacun à choisir le droit selon lequel il entendait vivre et à prévenir les autres qu'il allait être jugé selon ladite loi. Il est cependant impossible de déduire l'existence d'un quelconque principe général en faveur de l'admission du rôle de l'autonomie de la volonté de ces quelques exemples.

<sup>412</sup> KARAM (2007), p. 328.

## II.A.2. La théorie de l'autonomie de la volonté du Moyen-Âge à l'époque contemporaine

### II.A.2.1. *Le Moyen-Âge et l'époque moderne*

- 289 Jusqu'au XIII<sup>e</sup> siècle, l'héritage du droit romain s'impose et les formes dominent. Par la suite, toutefois, la volonté en elle-même devient une source de droit, sans qu'il soit nécessaire de recourir aux stipulations prescrites par le droit romain<sup>413</sup>. Sans doute le droit canon influe-t-il sur l'introduction du consensualisme<sup>414</sup>. L'influence de l'École du droit de la nature et des gens sera déterminante pour « opérer la transmutation des valeurs en faisant passer dans la sphère du droit, des maximes qui ne relevaient précédemment que de la morale »<sup>415</sup>. Ainsi, en 1619, dans l'*Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheid*<sup>416</sup>, GROTIUS postulait le libre exercice de la volonté<sup>417</sup>.
- 290 Au début, la détermination de la loi applicable semblait faire totalement abstraction de la volonté des parties à l'accord. L'idée d'un rattachement à la loi du lieu de conclusion du contrat était exprimée pour la première fois au XII<sup>e</sup> siècle par les canonistes<sup>418</sup>. Par la suite, BALDUINI a opéré une distinction à propos de la loi applicable pour les aspects procéduraux, soumis à la loi du for, et pour les points relevant du fond, soumis à la loi du lieu de la conclusion du contrat<sup>419</sup>.
- 291 SALICET a continué l'analyse en précisant que la loi du lieu de conclusion devrait l'emporter sur d'autres lois potentiellement applicables au contrat, notamment lorsque les contractants n'avaient pas pu prévoir que ces dernières leur seraient appliquées<sup>420</sup>. Nous constatons donc que la légitimité de l'application de la loi de la conclusion de l'acte se fonde sur des considérations de prévisibilité pour les parties : pour la première fois, les individus et leurs attentes ont ainsi fait leur apparition dans les réflexions touchant au conflit de loi.
- 292 Au XVI<sup>e</sup> siècle, DU MOULIN a repris cette idée et a mentionné pour la première fois le principe de l'autonomie de la volonté dans un contexte relevant du droit

---

<sup>413</sup> DE LA GRASSERIE (1911), p. 597.

<sup>414</sup> CARLIER (1992), paragr. 22.

<sup>415</sup> AUGÉ (1968), p.100.

<sup>416</sup> Edition anglo-néerlandaise : LEE (1930), p. 29-40.

<sup>417</sup> AUGÉ (1968), p. 104.

<sup>418</sup> KARAM (2007), p. 328.

<sup>419</sup> MEIJERS (1934), p. 595.

<sup>420</sup> KARAM (2007), p. 328.



de la famille. La question se rapportait à un don mutuel que les époux de Gannay s'étaient consenti pendant le mariage, et qui formait l'objet principal du litige pour lequel le conseil de DU MOULIN avait été sollicité. Selon la coutume de Paris, le don mutuel entre époux ne pouvait porter que sur les biens de la communauté<sup>421</sup>. Pendant le mariage, l'un des époux avait acquis des immeubles hors pays de la communauté, notamment dans la province lyonnaise, pays de droit écrit où avait cours la séparation de biens<sup>422</sup>. Si, sur la base des dispositions applicables, ces immeubles ne recevaient pas la qualification de biens communs, ils échappaient au don mutuel, avec la conséquence que les héritiers de l'époux qui avait procédé à l'achat auraient été en droit de les reprendre. Dans le cas contraire, ces biens, compris dans le don mutuel, seraient revenus au conjoint survivant soit en usufruit, soit en propriété<sup>423</sup>. Dans ce contexte, DU MOULIN s'est prononcé pour l'application généralisée de la coutume de Paris du premier domicile des époux, plaçant ainsi tous les immeubles acquis pendant le mariage dans la catégorie des biens communs, sans en exclure ceux du pays de droit écrit. L'auteur a expliqué ainsi son raisonnement : les époux qui se mariaient sans avoir fait de convention matrimoniale se soumettaient, par défaut, à la communauté de biens organisées par la coutume de leur domicile ; la communauté des biens formait une société entre les époux ; étant de sa nature un contrat, cette société produisait des obligations qui, comme tous les contrats, avaient une portée extraterritoriale<sup>424</sup>.

Ce faisant, DU MOULIN a préconisé l'assimilation des régimes matrimoniaux aux contrats relevant de la volonté des parties<sup>425</sup>. Cependant, il convient de relever que, à ce stade, DU MOULIN ne tirait pas encore d'autres conséquences de l'analyse contractuelle du régime légal. Au demeurant, il n'offrait pas la possibilité aux conjoints de choisir n'importe quelle loi à leur convenance.

293

---

<sup>421</sup> ANCEL/ MUIR WATT (2008), p. 3.

<sup>422</sup> *Ibid.*

<sup>423</sup> *Ibid.*

<sup>424</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>425</sup> ANCEL/ MUIR WATT (2008).

II.A.2.2. *L'époque contemporaine*<sup>426</sup>

- 294 D'un point de vue historique, le trait distinctif du XIX<sup>e</sup> siècle est l'émergence des nations au sens moderne du terme. D'un point de vue juridique, l'expression du concept de nationalisme se retrouve dans l'apparition des grandes codifications.
- 295 En 1804, la théorie de DU MOULIN à propos du lien entre l'autonomie de la volonté et les régimes matrimoniaux a été reprise par le Code Napoléon : celui-ci, dans son Livre III, classait les régimes parmi les contrats spéciaux plutôt que dans les questions relevant du droit de la famille<sup>427</sup>.
- 296 Nonobstant l'acceptation et la codification du principe de l'autonomie de la volonté en matière de régimes matrimoniaux, la jurisprudence française de l'époque semblait ignorer le rôle de ce principe en matière contractuelle<sup>428</sup>. Les choses ont changé toutefois au cours du XIX<sup>e</sup> siècle. En raison du changement de la structure économique européenne, le strict contrôle étatique a cédé la place au libéralisme, ce qui a permis aux acteurs économiques d'exercer une autonomie de plus en plus étendue dans le domaine contractuel<sup>429</sup>.
- 297 L'autonomie accordée aux opérateurs économiques se concrétisait tout d'abord dans la liberté contractuelle proprement dite, c'est-à-dire le pouvoir des parties de donner à leur contrat le contenu qui leur convenait, dans les limites des dispositions impératives de la loi qui fournissait le cadre juridique de leurs relations<sup>430</sup>. Dans ce contexte, l'idée que les parties puissent désigner la loi applicable se présentait presque logiquement, puisque la faculté de choisir la « loi du contrat » elle-même était vue comme un prolongement de l'autonomie privée des opérateurs économiques<sup>431</sup>.
- 298 Cependant, la différence essentielle entre ces deux manifestations de l'autonomie de la volonté est immédiatement évidente : l'autonomie privée était mise en œuvre au sein d'un ordre juridique donné et fonctionnait d'après

---

<sup>426</sup> La notion d'époque contemporaine est différente selon les pays. Dans le monde anglo-saxon notamment, l'époque contemporaine couvre environ les quatre-vingts années qui précèdent l'année en cours (*contemporary history*). Les historiens européens font commencer l'époque contemporaine, en tant que période de l'histoire soit en 1789, début de la Révolution française, soit en 1792, abolition de la monarchie et proclamation de la République.

<sup>427</sup> BOURDELOIS (2014), p. 138.

<sup>428</sup> Les tribunaux de l'époque retournent au principe de l'application de la loi du lieu de conclusion du contrat, voir BATIFFOL, *L'affirmation* (1953), p. 220.

<sup>429</sup> KOHLER, *L'autonomie* (2013), p. 329.

<sup>430</sup> *Ibid.*

<sup>431</sup> *Ibid.*

les règles de celui-ci<sup>432</sup>. En revanche, l'autonomie des parties en droit international privé visait à transcender l'ordre juridique normalement applicable : en désignant une loi étrangère comme « loi du contrat », les parties écartaient la loi autrement applicable pour se soumettre à part entière à la loi désignée<sup>433</sup>.

Au vu de ces considérations, il n'est pas étonnant que les auteurs de l'époque se soient montrés hésitants sur ce point : SAVIGNY, par exemple, affirmait que l'autonomie des parties devait uniquement se manifester par l'influence qu'elles pouvaient exercer quant au facteur de rattachement qui leur était applicable, par exemple le lieu de conclusion du contrat<sup>434</sup>. À son avis, le droit devait délimiter les champs dans lesquels on permettait aux individus d'exercer leur libre volonté<sup>435</sup>. 299

Quelques années plus tard, MANCINI exprimait son désaccord avec la théorie savignienne. Dans le cadre de l'élaboration d'un projet de codification du droit international privé, auquel il participait en tant que membre de la Commission spéciale de coordination des modifications du Code civil, Mancini a fourni son plus grand apport au développement du principe d'autonomie en matière de droit international privé. Sa pensée a trouvé une concrétisation dans les *Disposizioni preliminari* du Code civil italien de 1865, qui à son article 9, alinéa 2, accordait une place privilégiée à l'autonomie des parties s'agissant de la détermination de la loi applicable aux contrats. 300

Mancini fondait sa pensée sur trois principes : la nationalité, la liberté et l'ordre public. Aux fins du droit international privé, Mancini utilisait le critère de la nationalité pour déterminer tant les autorités compétentes, que le droit applicable<sup>436</sup>. 301

De l'affirmation du principe de nationalité découlent plusieurs conséquences, dont le principe d'extraterritorialité des règles de droit privé, qui revêt une importance fondamentale pour le droit international privé. À cet égard, Mancini divisait les règles de droit privé en deux catégories. D'une part, le droit « nécessaire », ou droit auquel les individus ne pouvaient déroger par leur volonté et qui comprenait les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes, aux relations familiales et aux successions, indissociablement liées à la famille<sup>437</sup>. D'autre part, le droit « volontaire », constitué par les lois auxquelles les individus pouvaient déroger, et qui comprenait notamment la ma- 302

<sup>432</sup> *Ibid.*

<sup>433</sup> *Ibid.*

<sup>434</sup> VON SAVIGNY (1849), p. 248.

<sup>435</sup> *Ibid.*

<sup>436</sup> TONOLO (2011), p. 887.

<sup>437</sup> *Ibid.*, p. 889.

tière contractuelle. En effet, selon Mancini, il était préférable de laisser la réglementation des relations contractuelles à la volonté des parties, la loi n'intervenant qu'en l'absence de cette dernière<sup>438</sup>. Dans la pensée de Mancini, cette distinction était à la base de la reconnaissance du principe d'autonomie, qui ne s'étendait cependant pas à la matière familiale.

303 Une limite commune aux principes de liberté et de nationalité était le principe de souveraineté, selon lequel tout État pouvait rejeter l'application de lois étrangères dans les cas où elles sont contraires à l'ordre public<sup>439</sup>.

304 Finalement, au début du XX<sup>e</sup> siècle, cette idée a également pénétré la jurisprudence française. Dans l'arrêt *American Trading*<sup>440</sup>, la Cour de cassation a affirmé que « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adopté »<sup>441</sup>. Il s'agit d'un arrêt de principe qui consacrait le principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle.

305 Ces développements du principe d'autonomie ne touchaient toutefois pas encore le domaine familial. En dehors du cas particulier des régimes matrimoniaux, ni Savigny ni Mancini concevaient la possibilité d'une extension du principe de la volonté au domaine familial. En effet, le premier considérait que la sphère familiale était indisponible car partie intégrante du droit public<sup>442</sup>, et le deuxième entendait soumettre l'ensemble de la matière à la loi nationale<sup>443</sup>.

306 Il a fallu attendre le milieu du XX<sup>e</sup> siècle pour que l'avènement de la globalisation, l'évolution des modèles familiaux et le développement du panorama juridique conduisent à l'extension des réflexions en matière d'autonomie également au domaine familial.

### II.A.3. Le principe d'autonomie du XX<sup>e</sup> siècle à nos jours

307 Le paysage en matière de relations familiales a subi une évolution considérable du XX<sup>e</sup> siècle à nos jours. Au cours des deux derniers siècles, nous avons assisté à une évolution structurelle au sein de la famille dite « traditionnelle »<sup>444</sup>. Le modèle familial centré sur le « *pater familias* » a été remis en

---

<sup>438</sup> *Ibid.*

<sup>439</sup> NISHITANI (2000), p. 214.

<sup>440</sup> Cassation, Chambre civile, in : *Revue critique de droit international privé*, 1911, p. 395-399.

<sup>441</sup> BATIFFOL, L'affirmation (1953), p. 219.

<sup>442</sup> PEARI (2012), p. 599-604.

<sup>443</sup> ANCEL, *Éléments* (2017), p. 160-163.

<sup>444</sup> FERRAND (2013), p. 641.

cause par une série de facteurs d'ordre sociologique, notamment l'égalité juridique des sexes, le travail des femmes, la facilitation de l'accès au divorce<sup>445</sup>. Ces développements ont tous un dénominateur commun : la progression de l'individualisme au sein de la société. Face aux revendications d'indépendance de la part des individus, on a pu assister à une prise de conscience s'agissant de la nécessité de laisser aux parties plus d'autonomie dans la régulation de leurs rapports familiaux. Par conséquent, la scène juridique a dû trouver des nouvelles solutions en mesure de satisfaire les nouveaux besoins des individus.

De surcroît, au cours du XXI<sup>e</sup> siècle, l'avancement en matière de technologies et transports a favorisé le phénomène de la globalisation. Les facilités de voyage et de communication rendent les frontières presque inexistantes, et la mobilité des personnes qui en est résulté a obligé les États à réévaluer leurs rapports à une échelle globale. En effet, la croissante mobilité des familles a mis en évidence les difficultés auxquelles la seule application d'une loi objective pouvez donner lieu. Dès lors, laisser aux individus la possibilité de choisir entre leur loi nationale et la loi du domicile s'est profilée comme une possible solution en mesure de concilier l'exigence d'assimilation avec la prise en compte des spécificités des situations individuelles<sup>446</sup>. 308

Ce changement des réalités sociologiques familiales a eu comme conséquence que les États, qui avant et qui après, ont montré une tendance générale à introduire dans leurs ordres juridiques des règles qui privilégient l'autonomie privée<sup>447</sup>. 309

### *II.A.3.1. Le développement du principe d'autonomie dans les codifications de droit international privé nationales et conventionnelles*

Au niveau juridique, la première conséquence de la reconnaissance du principe d'autonomie a été la libéralisation du divorce. Bien que cette libéralisation ait eu lieu en droit matériel d'abord, une prudente reconnaissance du principe d'autonomie au niveau du droit international privé a suivi. Au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, la loi néerlandaise de 1981 a permis pour la première fois aux 310

---

<sup>445</sup> *Ibid.*

<sup>446</sup> GANNAGÉ (1992), p. 425.

<sup>447</sup> Le Royaume-Uni, par exemple, n'a accepté qu'au XX<sup>e</sup> siècle qu'une prorogation de for prive le juge anglais de sa compétence en faveur d'un juge étranger : voir GAUDEMET-TALLON, *Autonomie* (2015), p. 257.

époux de choisir la loi du for pour leur divorce<sup>448</sup>. Cette solution n'a cependant pas fait d'adeptes jusqu'à l'adoption du règlement n° 1259/2010 sur la loi applicable au divorce (Rome III)<sup>449</sup> qui, actuellement, offre aux individus des possibilités de choix entre plusieurs lois alternatives (cf. *infra*, n° 547)<sup>450</sup>.

- 311 En matière de régimes matrimoniaux, avant l'entrée en vigueur du règlement européen en la matière, les législations nationales de droit international privé prévoyaient rarement une élection de for<sup>451</sup>. À l'exception de la Suisse (cf. *infra*, n° 478)<sup>452</sup>, la validité d'un tel accord dans d'autres États était loin d'être acquise. En droit allemand, par exemple, cela était expressément exclu<sup>453</sup>. La situation était plus ambiguë en France et en Italie, où l'admission d'une élection de for était probable, mais où il fallait tout de même faire preuve de prudence, puisqu'il n'y avait pas de jurisprudence en la matière et la doctrine n'était pas très claire à cet égard<sup>454</sup>.
- 312 Au contraire, l'élection de droit n'était rejetée que dans un nombre limité de pays, parmi lesquels nous mentionnerons la Grèce<sup>455</sup>. De surcroît, en droit international privé espagnol, il n'y avait, à première vue, aucune disposition permettant aux époux de choisir librement le droit applicable au régime matrimonial<sup>456</sup>.

---

<sup>448</sup> Loi n° 166 du 25 mars 1981, *Staatsblad* du 9 avril 1981.

<sup>449</sup> Règlement (UE) n°1259/2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, OJ L 343 du 29 décembre 2010.

<sup>450</sup> La volonté de protéger les parties « faibles » dans le cadre des rapports familiaux a mené les institutions à mettre en place un système de contrôle de la loi choisie, laquelle doit se conformer à certains standards minimaux, comme la garantie de l'existence de l'institution du divorce ou l'accès égalitaire au divorce par les deux époux (art. 10 r. 1259/2010).

<sup>451</sup> Nous aurons l'occasion de voir, dans les sections suivantes, qu'encore aujourd'hui le règlement européen sur les régimes matrimoniaux n'admet l'élection de for en matière de régimes que de manière très limitée (cf. *infra*, n° 484 ss).

<sup>452</sup> CR LDIP/CL-BUCHER art. 5 LDIP, n° 6-7 ; BSK IPRG-GROLIMUND/ BACHOFNER, art. 5 N 16 ; ZK IPRG-VOLKEN, art. 5 N 31 ss.

<sup>453</sup> BONOMI, Les régimes matrimoniaux (2006), p. 61.

<sup>454</sup> *Ibid.*

<sup>455</sup> Art. 15 du *αστικός κώδικας*, le Code civil grec.

<sup>456</sup> Cependant, l'autonomie jouait un rôle important dans deux cas. D'une part, si les époux n'avaient pas de nationalité commune, ils avaient la faculté de désigner le droit applicable à tous les effets du mariage, y compris le régime matrimonial (art. 9, paragr. 2 du *Código civil* espagnol). D'autre part, la loi leur reconnaissait la possibilité de conclure une convention matrimoniale visant à établir, modifier ou substituer le régime de leurs biens à condition que ce contrat soit valable selon l'un ou l'autre de plusieurs droits désignés de manière alternative (art. 9, paragr. 3 du *Código civil* espagnol). Cette solution ne prévoyait pas de véritable élection de droit, mais du point de vue des époux concernés, le résultat était presque le même, car ils pouvaient choisir de conclure un contrat de mariage conformément à l'un ou

S'agissant des textes internationaux antérieurs au règlement, il convient de mentionner qu'en 1978, la Conférence de La Haye avait adopté une convention en matière de régimes matrimoniaux<sup>457</sup>. Bien que cette convention prévoie le choix de loi avec des modalités très étendues, elle n'oblige pas le juge à rechercher la volonté implicite des parties en cas d'absence de choix exprès des époux, mais formule, le cas échéant, une série de critères de rattachements objectifs<sup>458</sup>. Aussi, et c'est une autre évolution limitant la place de la volonté des parties, le choix de loi est désormais limité (art. 3, al. 2). En revanche, la convention permet aux époux de procéder à un changement volontaire de la loi applicable à leur régime matrimonial au cours de leur mariage (art. 6). Dans les sections suivantes, nous aurons l'occasion de relever que le règlement européen n° 2016/1103<sup>459</sup> retient un système globalement similaire à celui de la convention (cf. *infra*, n° 484 ss).

En matière d'obligations alimentaires, la prorogation de compétence était déjà envisagée par la convention de Bruxelles de 1968<sup>460</sup>, ainsi que dans son instrument parallèle, la convention de Lugano<sup>461</sup>. Cette possibilité a été maintenue, bien qu'avec quelques aménagements, dans les textes qui ont suivi en matière alimentaires, notamment le règlement n° 4/2009<sup>462</sup> (cf. *infra*, n° 472-477). Avec l'adoption du protocole de La Haye de 2007<sup>463</sup>, l'autonomie a été également reconnue en matière de droit applicable (cf. *infra*, n° 560 ss).

---

l'autre des droits désignés par la loi. La seule différence par rapport à une véritable élection de droit est que les époux ne pouvaient pas se limiter à désigner le droit applicable sans conclure en même temps un contrat portant sur le régime matériel des biens. Pour plus de détails, voir BONOMI, Les régimes matrimoniaux (2006), p. 63.

<sup>457</sup> Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, qui consacrait la loi d'autonomie.

<sup>458</sup> EL HAGE (2016), p. 48-49.

<sup>459</sup> Règlement (UE) n° 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, OJ L 183 du 8 juillet 2016.

<sup>460</sup> Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, OJ L 299 du 31 décembre 1972.

<sup>461</sup> Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, RS 0.275.12.

<sup>462</sup> Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, OJ L 7 du 10 janvier 2009.

<sup>463</sup> Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

*II.A.3.2. L'apport de la « méthode de la reconnaissance » dans le développement du principe d'autonomie*

- 315 Au cours des dernières décennies, la jurisprudence et la doctrine européennes ont connu des développements intéressants en ce qui concerne la méthode de la reconnaissance. Il convient de les mentionner dans le cadre de notre étude car, comme nous aurons l'occasion de démontrer dans les paragraphes suivants, bien qu'elle ne constitue pas nécessairement une reconnaissance du choix de la loi ou du for, cette méthode implique une extension du principe d'autonomie.
- 316 Le point de départ de la réflexion est le suivant : lorsqu'une situation juridique est créée dans un État déterminé, est-il possible de l'invoquer dans un autre État ? La réponse doit être affirmative, à la condition que ladite situation soit reconnue dans l'État où elle est invoquée. C'est la question de la reconnaissance des situations juridiques.
- 317 Le trait caractéristique de la méthode de la reconnaissance est que l'État dans lequel une situation est invoquée renonce à l'application de sa propre règle de conflit pour vérifier la validité de celle-ci, au profit de la loi qui a fait surgir la situation<sup>464</sup>.
- 318 Les fondements de la méthode de reconnaissance des situations sont multiples. Parmi ceux-ci, le besoin social d'assurer une continuité et stabilité en matière d'état des personnes est encore l'un des fondements les plus importants qui ont mené au développement de la méthode de la reconnaissance<sup>465</sup>. Cette méthode se fonde aussi, en droit de l'Union, sur le principe de la libre circulation, combiné avec la citoyenneté européenne.
- 319 L'admission de la méthode de reconnaissance coïncide avec une extension de l'autonomie de la volonté des individus<sup>466</sup>. En effet, l'une des conséquences de cette méthode est qu'elle permet aux parties concernées, de manière indirecte, de choisir la loi applicable à leur situation lorsque plusieurs droits ont vocation à s'appliquer<sup>467</sup>.
- 320 Il est clair que les parties exercent ainsi ce que l'on pourrait qualifier, en sens quelque peu péjoratif, de « tourisme juridique ». Bien que ce phénomène ne constitue pas une vraie manifestation de l'autonomie des parties, ses résultats en sont assez proches. Dans ce cas, la volonté des individus joue un rôle non

---

<sup>464</sup> LAGARDE, Introduction (2013), p. 19 ; LAGARDE, La méthode (2015), p. 19.

<sup>465</sup> LAGARDE, La méthode (2015), p. 27.

<sup>466</sup> LAGARDE, Introduction (2013), p. 24.

<sup>467</sup> ROMANO, La bilatéralité (2006), p. 512.



quant au choix de la loi applicable, mais plutôt quant au choix de l'État de création de la situation juridique. À cet égard, certains auteurs se sont interrogés si l'utilisation de ce type d'autonomie dans le but d'échapper à l'application de la loi normalement compétente ne constituerait un cas de fraude à la loi<sup>468</sup>. Par conséquent, s'est posée la question de l'éventuelle nécessité de limiter cette « liberté » en exigeant l'existence d'un lien de proximité entre l'État duquel la situation à reconnaître tire sa validité et l'État où la reconnaissance est demandée<sup>469</sup>. Cependant, il faut être conscients que l'imposition de conditions de proximité reviendrait à réintroduire, même de façon atténuée, un raisonnement propre à la doctrine des règles de conflit de lois, ce qui n'est pas entièrement cohérent avec l'idée même de reconnaissance<sup>470</sup>.

De manière générale, tout ordre juridique poursuit un objectif fondamental à ce que les rapports juridiques existants soient respectés et protégés. Lorsqu'il s'agit de cas internationaux, le même souci de cohérence se manifeste à travers l'objectif, tout aussi fondamental, à ce que les situations juridiques créées au sein de cet ordre juridique soient également respectées et protégées dans les ordres juridiques étrangers avec lesquels elles sont susceptibles d'« entrer en contact »<sup>471</sup>. Un tel objectif ne peut avoir de sens que si chaque État adopte la même approche par rapport aux situations juridiques nées dans le contexte d'un ordre juridique étranger. Tout État connaît dès lors un intérêt à accepter à ce que les effets attribués à une situation née dans un État étranger puissent se produire également sur son territoire<sup>472</sup>. Par conséquent, le seul élément décisif pour la reconnaissance devrait être la présence d'un intérêt d'accueil de la part de l'État requis, qu'il appartient à chaque État de déterminer<sup>473</sup>.

Bien que les manifestations de cette méthode se retrouvent dans de nombreux textes juridiques, tant au niveau international qu'interne<sup>474</sup>, l'intérêt pour cette

<sup>468</sup> LAGARDE, Introduction (2013), p. 23.

<sup>469</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>470</sup> LAGARDE, La méthode (2015), p. 36.

<sup>471</sup> BUCHER (2010), p. 109.

<sup>472</sup> *Ibid.*

<sup>473</sup> *Ibid.*, p. 210-211.

<sup>474</sup> Tout d'abord, on peut constater que plusieurs conventions de La Haye ont laissé disparaître les règles de conflit de lois, leur objectif étant prioritairement de régler la compétence des autorités et d'assurer la reconnaissance des décisions et des mesures prises dans tous les États contractants, moyennant un régime de coopération qui ne saurait manquer dans un instrument moderne mettant en contact les autorités de plusieurs États à propos de chaque dossier. Le conflit de lois n'est pas évoqué ou, lorsqu'il l'est, il joue un rôle secondaire, presque négligeable, voir l'art. 9 de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages. La méthode de la reconnaissance se retrouve également dans certains systèmes de droit international privé internes, voir par exemple

méthode et pour la détermination de ses contours a été relancé par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme. Pour cette raison, après avoir consacré une première partie à l'analyse de l'origine et caractéristiques de cette méthode, nous passerons en revue quelques jurisprudences qui, par ce procédé, ont contribué au développement du principe d'autonomie en matière familiale.

#### II.A.3.2.1. L'origine et les caractéristiques de la méthode de la reconnaissance

- 323 Dans la doctrine française, la méthode de la reconnaissance trouve ses origines dans la théorie des droits acquis d'Antoine PILLET, qui déjà en 1923 affirmait que « aucunes relations de droit privé n'existeraient dans la société internationale si les droits acquis dans un pays n'étaient considérés comme existants que dans ce seul pays »<sup>475</sup>. Cet auteur a tracé le chemin en distinguant entre, d'une part, le conflit de lois proprement dit, et, d'autre part, le respect de « droits acquis régulièrement » à l'étranger même selon une loi différente de celle désignée par la règle de conflit de lois du for<sup>476</sup>. Alors que Pillet s'appuyait sur le droit international pour fonder le devoir des États de reconnaître les droits acquis, ce fondement disparut, par la suite, sous l'influence de Jean-Paul NIBOYET, qui traitait ce devoir juridique comme un « problème de l'efficacité internationale des droits définitivement constatés », dont la solution devait dépendre d'une « obligation morale » de l'État<sup>477</sup>.
- 324 Pendant longtemps, la doctrine de droit international privé s'est concentrée sur la méthode savignienne, qui préconisait la recherche de la loi applicable et le centre de gravité des relations juridiques. Cependant, l'idée de la reconnaissance a été relancée sous l'impulsion de la jurisprudence des Cours européennes (cf. *infra*, n° 326-340). En effet, dès la fin du XX<sup>e</sup> siècle, la doctrine s'est demandée s'il était possible d'étendre le régime de reconnaissance réservé aux jugements étrangers à des droits ou situations acquis à l'étranger autrement qu'à travers un jugement<sup>478</sup>. Pour cela, il était nécessaire d'identifier un nouveau fondement juridique, permettant de faire prévaloir le respect de

---

l'art. 45, paragr. 1 de la LDIP suisse, ou l'art. 31 de la loi néerlandaise du 19 mai 2011 établissant le Livre 10 (Droit international privé) du Code civil néerlandais. Pour plus de détails, voir LAGARDE, *Développements* (2004), p. 225-243.

<sup>475</sup> PILLET (1923), p. 120.

<sup>476</sup> *Ibid.*, p. 119-129.

<sup>477</sup> NIBOYET (1944), p. 330.

<sup>478</sup> BUCHER (2010), p. 194.

droits nés à l'étranger, indépendamment de la loi désignée par les règles de conflit de lois du for<sup>479</sup>.

C'est le début de l'idée qu'une véritable « méthode de la reconnaissance » pouvait offrir le fondement au respect de situations de droit étranger. Cette méthode, telle qu'elle est discutée aujourd'hui, implique de donner des effets juridiques à une situation valablement constituée dans l'État d'origine, pour autant que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre public de l'État requis<sup>480</sup>. Celle-ci a pour contrepartie l'« absorption du conflit de lois », étant donné que la situation sera reconnue en tenant compte de la loi sur laquelle elle est fondée, privant ainsi de leur objet les règles de conflit de l'État du for. 325

#### II.A.3.2.2. La méthode de la reconnaissance dans la jurisprudence de la CourEDH et de la CJUE

##### II.A.3.2.2.a. *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*

Comme nous l'avons relevé, l'évolution des mœurs familiaux qui a eu lieu à partir du XX<sup>e</sup> siècle a changé la perception sociale du droit de la famille et a contribué à le rendre une partie intégrante de la sphère privée des individus. La tendance vers l'individualisme en matière familiale est passée, entre autres, par l'interprétation, souvent extensive, que les droits humains reçoivent de la part des cours en charge de les protéger<sup>481</sup>. 326

Au cours des dernières décennies, le développement des droits fondamentaux est venu renforcer le besoin de reconnaissance des situations<sup>482</sup>. En matière familiale, il s'agit notamment du droit au respect de la vie privée et familiale, que l'on peut retrouver dans certaines constitutions nationales<sup>483</sup> et dans de nombreux textes internationaux, dont la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>484</sup>. En effet, l'article 8 CEDH, qui consacre le droit au respect de la vie familiale, impose aux États 327

---

<sup>479</sup> *Ibid.*

<sup>480</sup> LAGARDE, La méthode (2015).

<sup>481</sup> D'AVOUT/ AUDIT (2013), p. 211. Pour une interprétation de l'impact de la CEDH dans l'ordre juridique italien, voir SALVADORI, La convenzione (2008-2009).

<sup>482</sup> LAGARDE, La méthode (2015), p. 27.

<sup>483</sup> Par exemple, l'art. 6, paragr. 1, du *Grundgesetz* allemand, selon lequel « le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'État ».

<sup>484</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, OJ C 326 du 26 octobre 2012.

de reconnaître des situations juridiques valablement constituées à l'étranger lorsque des liens familiaux effectifs ont été établis.

328 Dans l'affaire *Wagner*<sup>485</sup>, la CourEDH nous fournit un exemple d'application de la méthode de la reconnaissance en matière de droits fondamentaux de la famille. En l'espèce, la CourEDH était appelée à se prononcer à propos de la situation de Mme Wagner, de nationalité luxembourgeoise, laquelle, selon un jugement péruvien exécutoire, avait adopté légalement une petite fille alors âgée de trois ans et déclarée abandonnée. Après son retour dans son État de résidence, elle a agi en justice au Luxembourg en vue d'y rendre exécutoire la décision péruvienne. Le tribunal a rejeté la demande, au motif que le jugement péruvien d'adoption plénière avait été rendu en contradiction avec la loi luxembourgeoise, applicable sur la base des règles de conflits du for, laquelle interdisait l'adoption plénière par une personne célibataire.

329 Dans cette affaire, la CourEDH a conclu à la violation de l'article 8 CEDH. Selon la Cour, par le refus d'accorder l'exequatur, les juges avaient fait prévaloir des règles de conflit de lois sur la réalité sociale et la situation des personnes concernées<sup>486</sup>. L'intérêt supérieur de l'enfant devant primer, selon la CourEDH, le respect de l'article 8 CEDH imposait la reconnaissance officielle de l'existence juridique des liens familiaux créés par l'adoption plénière péruvienne.

#### *II.A.3.2.2.b. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*

330 En droit de l'Union européenne, l'importance de la dimension familiale est rappelée de manière constante dans la jurisprudence de la Cour de justice, notamment en lien avec le principe de libre circulation. À ce sujet, dans l'affaire *Metock*, la Cour rappelle que « si les citoyens de l'Union n'étaient pas autorisés à mener une vie de famille normale dans l'État membre d'accueil, l'exercice des libertés qui leurs sont garanties par le traité serait sérieusement entravé »<sup>487</sup>.

331 La CJUE voit dans la citoyenneté européenne le « statut fondamental des ressortissants des États membres »<sup>488</sup> et elle l'invoque à l'appui de la reconnaissance d'éléments du statut des personnes physiques<sup>489</sup>. Dans une série de décisions, la Cour s'est servie du principe de la liberté de circulation pour imposer

---

<sup>485</sup> CourEDH, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, requête n° 76240/01.

<sup>486</sup> *Ibid.*, paragr. 131-132.

<sup>487</sup> CJCE, *Metock*, C-127/08, paragr. 62.

<sup>488</sup> CJCE, *Rudy Grzelczyk*, C-184/99, paragr. 31.

<sup>489</sup> Voir, par exemple, l'affaire *Grunkin Paul*.

la reconnaissance de situations créées dans un État membre. Dans un premier temps, la Cour considérait que la reconnaissance était une condition de réalisation du marché intérieur<sup>490</sup>. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, le droit européen attache la liberté de circulation aux personnes physiques et non plus aux agents économiques et considère que cette liberté, garantie par le traité aux citoyens de l'Union, serait entravée par un refus de reconnaissance de leur statut.

Par l'utilisation de la méthode de la reconnaissance dans sa jurisprudence, la CJUE contribue au développement du principe d'autonomie en matière familiale. 332

#### II.A.3.2.2.b.i. L'affaire Garcia Avello

Parmi les arrêts en matière familiale dans lesquels la Cour fait usage de la méthode de la reconnaissance<sup>491</sup>, il nous semble que l'affaire *Garcia Avello*<sup>492</sup> mérite une mention particulière, dans la mesure où, en utilisant la méthode de la reconnaissance, la Cour finit par consacrer un véritable droit de choisir entre les droits nationaux. En l'espèce, il était question d'un ressortissant espagnol, M. Garcia Avello, marié à une ressortissante belge, Mme Weber. Le couple résidait en Belgique. Leurs enfants étaient enregistrés par l'état civil belge selon les règles belges d'attribution du nom ; ils avaient donc reçu le nom de leur père, « Garcia Avello ». Les parents avaient demandé le changement du nom de leurs enfants en « Garcia Weber », conformément à la loi espagnole. Les autorités belges avaient refusé au motif que les enfants étaient de nationalité belge et devaient dès lors se voir appliquer la loi belge. 333

Dans cette affaire, la Cour a conclu que le choix par les autorités belges de faire primer la loi belge sur la loi espagnole s'agissant de l'attribution du nom d'enfants binationaux constituait une discrimination à la lumière du droit eu- 334

<sup>490</sup> LAGARDE, La méthode (2015), p. 28. Cet argument justifie encore aujourd'hui la reconnaissance des sociétés au sein de l'Union.

<sup>491</sup> Nous mentionnons, par exemple, l'affaire *Grunkin Paul*, C-353/06, qui porte sur un enfant né au Danemark mais de nationalité allemande. Le double nom de l'enfant est enregistré sur son acte de naissance auprès des autorités danoises. Les services de l'état civil allemand, quant à eux, refusent de reconnaître le double nom de l'enfant au motif que le nom patronymique d'une personne est régi par l'État dont elle possède la nationalité et le droit allemand ne permet pas à un enfant de porter un nom double. Dans ce cas, la CJCE a écarté la règle allemande de conflit de lois et a consacré la méthode de la reconnaissance « en raison de sa plus grande faculté, par rapport à la méthode bilatérale, à assurer la continuité de l'identification des personnes dans l'espace européen ».

<sup>492</sup> CJCE, *Garcia Avello*, C-148/02.

ropéen. Elle a fondé son raisonnement sur l'idée que les enfants du couple, en raison de leur double nationalité, se trouvaient dans une situation différente des ressortissants belges ayant la seule nationalité belge<sup>493</sup> : en effet, du fait de leur situation, ils étaient susceptibles de rencontrer à l'avenir des inconvénients dans l'autre État membre dont ils possédaient la nationalité, si celui-ci leur attribuait un nom différent.

- 335 Il convient de souligner que l'option entre les droits des États nationaux qui ressort de cet arrêt revient à introduire une possibilité de choix entre deux ordres juridiques<sup>494</sup>. Le rejet de la primauté traditionnellement accordée à la nationalité du for au profit d'une option revient à permettre à l'individu de bénéficier d'un choix de loi entre ses lois nationales<sup>495</sup>. Par cette reconnaissance implicite du droit de choix entre les droits nationaux, la CJUE a donné à l'autonomie de la volonté le pouvoir de résoudre les conflits positifs de nationalités dans les cas où celle-ci sert de facteur de rattachement dans le domaine familial<sup>496</sup>.

#### II.A.3.2.2.b.ii. L'arrêt *Coman*

- 336 Contrairement à l'arrêt *Garcia Avello*, dans l'affaire *Coman*<sup>497</sup> la CJUE a utilisé la méthode de la reconnaissance dans un cas où les parties, en choisissant l'État de création de la situation juridique, ont exercé une forme indirecte d'autonomie. Cette affaire montre également l'intersection entre les libertés de circulation et les droits de l'homme, car la Cour finit par affirmer qu'une mesure étatique entravant la libre circulation des personnes n'est compatible avec l'ordre juridique européen que si elle respecte les droits consacrés par la Charte<sup>498</sup>.
- 337 La question au centre de l'arrêt *Coman* était la délivrance d'un permis de séjour pour regroupement familial de la part de l'État roumain à un ressortissant américain, M. Hamilton, légalement marié en Belgique à M. Coman, ressortissant roumain, suite au déménagement définitif du couple en Roumanie.
- 338 La Cour a précisé que la notion de conjoint, à interpréter de manière autonome dans les cas d'application de la législation européenne, était un concept neutre et susceptible d'englober le conjoint de même sexe du citoyen de l'Union

---

<sup>493</sup> *Ibid.*, paragr. 28.

<sup>494</sup> HAMMJE, Reconnaissance (2017), paragr. 20.

<sup>495</sup> *Ibid.*, paragr. 7.

<sup>496</sup> PANET (2015), p. 839.

<sup>497</sup> CJUE, *Coman*, C-673/16.

<sup>498</sup> *Ibid.*, paragr. 47.

européenne<sup>499</sup>. Par conséquent, la Cour a conclu que les « relations entretenues par un couple homosexuel sont susceptibles de relever de la notion de "vie privée" ainsi que de celle de "vie familiale" »<sup>500</sup>.

Une fois admis que la mesure étatique constituait une restriction aux droits conférés par le droit de l'Union, la Cour a examiné si cette restriction était contraire au droit au respect de la vie privée et familiale garanti à l'article 7 de la Charte qui, selon l'article 52, paragraphe 3 du même texte, fait l'objet d'une interprétation analogue à celle de l'article 8 CEDH. La CJUE a conclu que le refus de l'État roumain d'octroyer un permis de séjour de longue durée à M. Hamilton lésait le droit de M. Coman de jouir d'une vie familiale normale, notamment car il l'empêchait de circuler librement dans le territoire de l'Union avec son conjoint. 339

En appuyant le droit des parties de voir leur statut reconnu dans un autre État que celui dans lequel la situation a été créée, la CJUE a contribué, bien que de manière indirecte, au développement du principe d'autonomie en matière familiale. En effet, l'approche suivie par la Cour revient à admettre qu'un couple présentant des liens avec plusieurs États aura la possibilité d'obtenir la modification du statut qu'il recherche sur le fondement des lois de l'un de ces pays, et de tirer profit du nouveau statut dans les autres pays également<sup>501</sup>. 340

### II.A.3.2.3. L'impact de la diffusion de la méthode de la reconnaissance sur l'harmonie des solutions

D'abord, il convient de relever qu'en droit de la famille, la méthode de la reconnaissance n'a pas été utilisée, et ne semble pas être proposée par la doctrine, s'agissant du règlement des aspects patrimoniaux. Quant aux raisons, nous ne sommes pas en mesure de donner une réponse certaine et univoque. Il convient d'admettre que les questions patrimoniales ne constituent pas de véritables « situations juridiques » à reconnaître ; cependant, cela ne nous semble pas répondre entièrement à notre interrogation, de sorte que la question reste ouverte. 341

De manière générale, il nous paraît important de souligner que la diffusion de la méthode de la reconnaissance est bénéfique dans une optique de prévisibilité des solutions. En effet, par le biais de la reconnaissance, il est possible de 342

---

<sup>499</sup> *Ibid.*, paragr. 35.

<sup>500</sup> *Ibid.*, paragr. 48 à 50.

<sup>501</sup> ROMANO, La bilatéralité (2006), p. 512.

garantir la continuité des situations familiales déjà existantes et d'éviter la survenance de rapports juridiques « boiteux ».

- 343 Nous rappelons que l'harmonie des solutions est l'un des objectifs poursuivis par le droit international privé : comme le dit BATTIFOL, il s'agit de « poser des règles qui évitent le plus possible les incohérences dans les rapports privé internationaux »<sup>502</sup>. Cependant, en droit de la famille, les individus peuvent pâtir de la pluralité de facteurs de rattachement co-existants, tels que la nationalité, le domicile et la résidence habituelle, qui peuvent causer un manque de coordination dans des domaines connexes (cf. *infra*, n° 993 ss)<sup>503</sup>.
- 344 Bien que ce problème soit connu depuis longtemps, la méthode traditionnelle des conflits de lois a été insuffisante pour éliminer ces difficultés, si bien que les législateurs ont essayé d'atteindre l'objectif de coordination recherché par une reconnaissance élargie du principe d'autonomie<sup>504</sup>. Comme nous l'avons relevé, il nous paraît qu'il existe un lien frappant entre, d'une part, l'autonomie privée et, d'autre part, la méthode de la reconnaissance<sup>505</sup>. En effet, ces deux phénomènes sont l'expression d'un même mouvement d'autonomisation des individus : pour cette raison, certains auteurs ont présenté le lien existant entre les deux branches en mettant l'accent sur le fait qu'outre le choix de loi directement effectué par les individus, certains mécanismes, dont la méthode de la reconnaissance que nous venons de présenter, consacrent ce qui est décrit comme un choix indirect de loi<sup>506</sup>. Ainsi, KOHLER estime que la reconnaissance des situations est « l'antichambre de l'autonomie de la volonté des particuliers et peut en constituer un équivalent fonctionnel »<sup>507</sup>. Dans ce contexte, la méthode de la reconnaissance constitue un outil en mesure de favoriser davantage le principe d'autonomie, par le biais duquel il est parfois possible d'atteindre une meilleure coordination des solutions.

---

<sup>502</sup> BATTIFOL, *Aspects* (2002), paragr. 96.

<sup>503</sup> FULLI-LEMAIRE, *Reconnaissance* (2022), paragr. 137.

<sup>504</sup> BUCHER (2010), p. 115-116.

<sup>505</sup> FULLI-LEMAIRE, *Reconnaissance* (2022), paragr. 191.

<sup>506</sup> *Ibid.*, paragr. 192. Jürgen Basedow consacre un chapitre entier au choix indirect de loi, au recours à des facteurs de rattachement sous-tendus par une manifestation de l'autonomie de la volonté et au principe de reconnaissance, voir BASEDOW (2015), paragr. 298 ss.

<sup>507</sup> KOHLER, *L'autonomie* (2013), p. 403.



## II.B. La reconnaissance de l'autonomie en droit international privé positif

### II.B.1. Les sources des règles de droit international privé

Comme nous l'avons relevé, au cours des dernières décennies on a pu assister à une internationalisation des relations familiales, ce qui a engendré, entre autres, une augmentation croissante des conflits transfrontaliers<sup>508</sup>. En réponse à ces évolutions, tous les législateurs nationaux se sont montrés conscients de la nécessité de garantir un certain degré de sécurité et prévisibilité juridique : cependant, les différentes approches adoptées par les législateurs nationaux en matière de droit international privé se sont révélées inadaptées pour atteindre ces objectifs et, au contraire, ont été à l'origine de conflits de lois complexes<sup>509</sup>. Ceci a poussé les États à élaborer des règles de droit international privé uniformes, par des conventions internationales ou des règlements européens, aptes à répondre au besoin de sécurité juridique réclamé par les particuliers impliqués dans des litiges transfrontaliers.

Afin de poser le cadre de notre analyse, dans les sections suivantes, nous parcourons brièvement les textes qui seront pertinents pour notre analyse.

#### II.B.1.1. *La loi suisse de droit international privé*

En 1988, la loi suisse sur le droit international privé (LDIP)<sup>510</sup> fut adoptée à la suite d'un double constat. D'une part, il existait une exigence de ressembler dans un seul texte toutes les dispositions relatives au droit international privé éparpillées dans les différents domaines du droit, et, d'autre part, il y avait une nécessité de créer un système cohérent là où la codification n'avait été, jusque-là, que très lacunaire<sup>511</sup>. À exacerber le besoin d'une réglementation claire en matière de droit international privé s'ajoutait l'intégration, toujours croissante, de la Suisse sur la scène économique internationale<sup>512</sup>.

Dans le texte législatif tel qu'il est actuellement en vigueur, les chapitres 3 à 6 de la LDIP contiennent les règles de droit international privé en matière familiale. En particulier, les sections 3 et 4 du chapitre 3 traitent des régimes ma-

<sup>508</sup> CALABUIG (2019), p. 65.

<sup>509</sup> CARRUTHERS (2012), p. 896.

<sup>510</sup> Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP), RS 291.

<sup>511</sup> FF 1983 I 255, p. 257.

<sup>512</sup> *Ibid.*, p. 262.

trimoniaux, ainsi que du divorce et de ses effets, ce qui englobe notamment la question de l'entretien après la séparation du couple.

349 À l'instar des parties de la LDIP, la section 3, portant sur les régimes matrimoniaux, est divisée en trois parties, la première consacrée à la compétence (art. 51), la deuxième au droit applicable (art. 52-57) et la troisième à la reconnaissance des décisions étrangères.

350 La section 4 de la LDIP, consacrée aux effets accessoires du divorce, est divisée en six parties, dédiées respectivement à la compétence, au droit applicable, aux mesures provisoires, aux effets accessoires, au complément ou modification d'une décision et à la reconnaissance des décisions étrangères. L'article 63 LDIP, qui constitue la quatrième partie de la section 4, définit tant la compétence que le droit applicable en matière d'obligations alimentaires. Il est important de souligner que, pour les questions de nature alimentaire, la compétence des tribunaux helvétiques se fonde sur les dispositions de la LDIP uniquement dans les cas où le défendeur est domicilié dans un État tiers, la convention de Lugano prenant le pas sur la LDIP dans les relations avec les États membres de l'Union.

351 Au fil du temps, le chapitre 3 de la LDIP a subi plusieurs modifications. Parmi celles-ci, il convient de mentionner la révision législative de 2016 en matière de prévoyance professionnelle<sup>513</sup>, laquelle a accordé une compétence exclusive aux juridictions suisses en la matière et a défini les conditions auxquelles un jugement de divorce prononcé à l'étranger peut être complété en Suisse par un jugement concernant le partage de la prévoyance professionnelle (art. 63, al. 1<sup>bis</sup> et 2 ; art. 64, al. 1<sup>bis</sup> et 2 LDIP).

### *II.B.1.2. Les conventions de Bruxelles et de Lugano*

352 La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>514</sup> est le texte à l'origine de la coopération judiciaire et économique entre les États membres de l'Union. Cette convention, négociée sur le fondement du traité de Rome<sup>515</sup>, a été le premier texte conventionnel européen établissant des règles sur les conflits de juridictions et de lois. À la suite de l'entrée en vigueur du

---

<sup>513</sup> Loi fédérale du 19 juin 2015 (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce), RO 2016 2313.

<sup>514</sup> Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, OJ L 299 du 31 décembre 1972.

<sup>515</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (version consolidée), JO C 115/47 du 9 mai 2008.

traité d'Amsterdam<sup>516</sup>, la convention de Bruxelles de 1968 a été remplacée par le règlement Bruxelles I<sup>517</sup>, qui, en 2012, a fait l'objet d'une révision, devenant ainsi le règlement Bruxelles I *bis*<sup>518</sup>.

Dès 1985, les Communautés européennes et l'Association européenne de libre-échange (AELE), souhaitant intensifier leur coopération judiciaire et économique, ont entamé des négociations en vue d'une convention dite parallèle, calquée sur le modèle de la convention de Bruxelles, en mesure d'élargir cet espace judiciaire aux États de l'AELE. Naît ainsi la convention de Lugano de 1988<sup>519</sup>. 353

En 1997, des travaux de révision, portant sur les deux conventions de Bruxelles/Lugano et réunissant les représentants des États parties à ces deux instruments, ont été initiés. A la suite de l'adoption du règlement « Bruxelles I », des négociations tendant à finaliser le nouveau texte « Lugano » ont été engagées. La convention dite révisée de Lugano<sup>520</sup> est entrée en vigueur pour l'Union européenne le 1<sup>er</sup> janvier 2010, pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Ce « parallélisme » a néanmoins pris fin en 2012, avec l'entrée en vigueur du règlement Bruxelles I *bis*. À ce jour, aucun travail ayant comme objectif la mise à jour de la convention de Lugano à la suite de la révision de 2012 du règlement Bruxelles I n'est en cours. 354

La raison pour laquelle l'analyse de ce texte est pertinente dans le cadre de notre étude, est que la convention régit également les questions liées aux obligations alimentaires<sup>521</sup>. En effet, le champ d'application matériel de la convention, défini à l'article 1<sup>er</sup> et censé couvrir les matières « civile et commerciale », doit être interprété de manière autonome<sup>522</sup> et de manière large<sup>523</sup>. 355

---

<sup>516</sup> Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, OJ C 340 du 10 novembre 1997.

<sup>517</sup> Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO L 012 du 16 janvier 2001.

<sup>518</sup> Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO L 351 du 20 décembre 2012.

<sup>519</sup> Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale - Faite à Lugano le 16 septembre 1988, OJ L 319 du 25 novembre 1988.

<sup>520</sup> Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, RS 0.275.12.

<sup>521</sup> Comme nous aurons l'occasion de voir plus en détail par la suite, cela n'est plus le cas des règlements issus de la convention de Bruxelles, car la question a fait l'objet d'un règlement spécifique sur les aliments.

<sup>522</sup> CJCE, *Eurocontrol*, C-29/76, paragr. 3.

<sup>523</sup> CJCE, *German Graphics*, C-292/08, paragr. 23.

L'alinéa 2 de la même disposition fournit une liste des domaines juridiques exclus du champ d'application de la convention. La convention ne s'applique notamment pas à l'état et à la capacité des personnes physiques, aux régimes matrimoniaux, aux successions, y compris les testaments (let. a), aux faillites, concordats et autres procédures analogues (let. b), à la sécurité sociale (let. c) et à l'arbitrage (let. d). Au vu du fait que les exclusions de l'alinéa 2 constituent une exception au principe énoncé à l'alinéa 1, l'étendue des matières sujettes à exclusion devraient être interprétées de manière restrictive<sup>524</sup>. Partant, il est admis que le champ d'application de la convention inclut les obligations alimentaires<sup>525</sup>.

356 Dès lors, comme déjà anticipé, dans les relations entre les États membres et les pays de l'AELE, les juridictions devront se fonder sur ces dispositions pour déterminer leur compétence pour les questions relatives à l'entretien.

### *II.B.1.3. Les règlements européens*

#### *II.B.1.3.1. L'adoption de plusieurs règlements en matière de droit de la famille*

357 L'Union européenne naît en tant qu'organisation avec des objectifs qui touchent essentiellement la sphère économique. La convention de Bruxelles de 1968 se fondait sur l'idée que les idéaux de la Communauté économique européenne seraient favorisés par une plus grande facilitation de l'exécution des jugements entre les États membres<sup>526</sup>.

358 Au fil du temps, il a été clair que la réussite de l'intégration européenne n'aurait pas pu s'achever sans les « citoyens européens »<sup>527</sup>. Le développement de notions comme la libre circulation des personnes et la citoyenneté européenne ont permis de donner une impulsion à l'évolution du droit familial. Déjà en 1992, la doctrine se posait la question de savoir si l'article 220 du traité de Rome, qui avait servi de base juridique à l'adoption de la convention de Bruxelles, permettait de conclure une convention complémentaire visant les conflits de juridiction en matière de relations familiales<sup>528</sup>.

---

<sup>524</sup> Komm LugÜ-ACOCCELLA, art. 1 N 71.

<sup>525</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, art. 1 CL N 9 ; BSK LugÜ-ROHNER/ LERCK, art. 1 N 59 ss.

<sup>526</sup> DU MONGH, Brussels (1997), p. 26.

<sup>527</sup> DU MONGH, Introduction (1997), p. 12.

<sup>528</sup> KOHLER, L'article 220 (1992), p. 223.

L'article 2 du traité de Maastricht<sup>529</sup> affirme que la « promotion d'un haut niveau de protection sociale, de qualité de vie et de cohésion sociale » est l'un des buts poursuivis par les institutions européennes. Le 1 mai 1999, avec l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam<sup>530</sup>, qui mettait un terme à la logique intergouvernementale, débute un processus de communautarisation du droit international privé. Cette évolution passe notamment par la conversion des conventions, y compris la convention de Bruxelles, en actes réglementaires en bonne et due forme. De plus, l'article 61, lettre c, du traité de Rome, tel que modifié par le traité d'Amsterdam, prévoyait l'adoption de « mesures dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, visées à l'article 65 ». Parmi celles-ci figurent les actes qui concernent le droit international privé. À cette époque, l'espace de liberté, de sécurité et de justice ne faisait l'objet ni d'une définition, ni d'une caractérisation, précises<sup>531</sup>. 359

Il faudra attendre l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne<sup>532</sup>, en 2010, pour que la coopération judiciaire en matière civile, et donc le droit international privé européen de la famille, ne soient plus subordonnés aux nécessités du bon fonctionnement du marché intérieur. Désormais, la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) constitue un objectif autonome de l'établissement du marché intérieur. Le changement de perspective est radical : la rupture du lien entre marché intérieur et droit international privé européen de la famille issue du traité de Lisbonne a donné à la matière une dimension originale qui ne peut être rapportée à celle que lui accordait le droit communautaire<sup>533</sup>. Ainsi, bien qu'il s'agisse d'une compétence partagée avec les États membres, l'Union européenne jouit de compétences étendues en matière de droit international privé de la famille sur la base de l'article 81 TFUE. Il convient de souligner qu'en matière familiale, l'article 81 TFUE soumet l'exercice de l'action législative européenne à une condition d'unanimité. En revanche, cette exigence n'a pas été retenue pour les questions successorales. 360

#### *II.B.1.3.1.a. Les règlements en matière de divorce (n° 2019/1111 et n° 1259/2010)*

<sup>529</sup> Traité sur l'Union européenne, OJ C 191 du 29 juillet 1992.

<sup>530</sup> Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, OJ C 340 du 10 novembre 1997.

<sup>531</sup> AÏT AHMED (2021), p. 8.

<sup>532</sup> Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, OJ C 306 du 17 décembre 2007.

<sup>533</sup> KOHLER, Vom Markt (2011), p. 312.

En matière de divorce, face au nombre croissant de personnes confrontées aux difficultés posées par les affaires transfrontalières, les travaux de coopération civile en matière de droit de la famille aboutissent à la convention de Bruxelles du 28 mai 1998<sup>534</sup>. Néanmoins, l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, mettant fin à la logique intergouvernementale suivie jusque-là, permet la transposition de la convention de Bruxelles en règlement Bruxelles II<sup>535</sup>, avec l'avantage que ce texte devient applicable dans la plupart des États membres sans besoin d'attendre les ratifications étatiques. Le règlement Bruxelles II est révisé une première fois en 2003 dans le but d'élargir la protection des enfants<sup>536</sup>, puis encore en 2019. À l'occasion de cette dernière révision, par le biais du nouveau règlement n° 2019/1111<sup>537</sup>, appelé règlement « Bruxelles II *ter* », le législateur européen introduit, entre autres, d'importantes innovations en matière de divorces privés (cf. *infra*, n° 1127).

362 Ce règlement, comme ses prédécesseurs, ne contient aucune règle régissant les questions relatives à la loi applicable. Ce vide juridique, couplé aux multiples fors alternatifs proposés par le texte et à la disparité des législations matérielles étatiques, risquait de donner lieu à un phénomène de « *forum shopping* » (cf. *infra*, n° 420-421). Ces difficultés se trouvent adressées lors de l'adoption du règlement n° 1259/2010, appelé règlement « Rome III », qui à son considérant 15 affirme que « accroître la mobilité des citoyens requiert davantage de souplesse et une plus grande sécurité juridique. Pour répondre à cet objectif, le présent règlement devrait renforcer l'autonomie des parties en matière de divorce et de séparation de corps en leur laissant une possibilité limitée de choisir la loi applicable à leur divorce ou à leur séparation de corps ».

#### *II.B.1.3.1.b. Le règlement sur les aliments (n° 4/2009)*

363 Comme l'affirmait son article premier, la convention de Bruxelles de 1968 était censée s'appliquer en matière « civile ». Les obligations alimentaires

---

<sup>534</sup> Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, OJ C 221 du 16 juillet 1998.

<sup>535</sup> Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, OJ L 160 du 30 juin 2000.

<sup>536</sup> BORRAS (2014), p. 8.

<sup>537</sup> Règlement (UE) n° 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants, OJ L 178 du 2 juillet 2019.

tombaient sous le coup de cette définition, peu importe qu'elles soient versées dans la forme de capital unique ou de versements périodiques<sup>538</sup>.

La volonté du législateur de protéger le créancier d'aliments a rajouté, à l'époque, une couche de difficulté dans le chemin vers la reconnaissance de la volonté privée. La situation a changé au fil du temps, notamment grâce à l'entrée en vigueur de textes comme la convention de La Haye de 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille<sup>539</sup> et de son protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Une année plus tard, en 2008, le législateur européen adopte le règlement n° 4/2009<sup>540</sup>, lequel renvoie au protocole de 2007 s'agissant des règles en matière de droit applicable (art. 15).

Ces textes ont permis à l'autonomie de la volonté de gagner une place limitée mais certaine dans le secteur des obligations alimentaires, tout en prévoyant des mesures de sauvegarde pour la protection des intérêts de la partie « faible »<sup>541</sup>. Comme nous l'avons déjà relevé (cf. *supra*, n° 314), la prorogation de compétence était déjà envisagée par la convention de Bruxelles, et a été maintenue, bien qu'avec quelques restrictions, dans le règlement n° 4/2009. Avec l'adoption du protocole de La Haye de 2007, l'autonomie a été également reconnue en matière de droit applicable.

### II.B.1.3.1.c. *Le règlement sur les régimes matrimoniaux (n° 2016/1103)*

Contrairement aux obligations alimentaires, les régimes matrimoniaux étaient exclus du champ d'application de la convention de Bruxelles de 1968.

Plusieurs raisons expliquent cette exclusion. En premier lieu, l'on peut constater que, dans les phases initiales, il existait un certain désintérêt de la construction européenne concernant les questions non-économiques. De plus, régler les questions juridiques touchant à la sphère familiale était complexe à la lumière de l'extrême disparité des législations existantes<sup>542</sup> et au vu du fait qu'il

<sup>538</sup> DU MONGH, Brussels (1997), p. 26.

<sup>539</sup> Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille.

<sup>540</sup> Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, OJ L 7 du 10 janvier 2009.

<sup>541</sup> Art. 8, paragr. 3, du protocole de La Haye de 2007. La notion de « adulte vulnérable » se réfère à tous les adultes qui souffrent d'une forme quelconque d'incapacité qui les empêche de sauvegarder leurs propres intérêts, voir HILL (2009), p. 470.

<sup>542</sup> JENARD (1979), p. 10.

s'agissait souvent de domaines qui touchaient à l'ordre public des États concernés<sup>543</sup>.

368 Cependant, dans le contexte du processus de construction européenne en matière de droit international privé de la famille, le législateur européen décide d'adresser également les questions relatives aux régimes matrimoniaux. Dès lors, en 2016, l'Union européenne adopte, à la suite d'une procédure de coordination renforcée, un règlement<sup>544</sup> qui règle les questions de compétence et droit applicable en matière de régimes et qui confirme l'importance du principe d'autonomie de la volonté.

369 Nous précisons que les législations nationales de droit international privé (cf. *supra*, n° 310-312), continuent à s'appliquer pour les couples mariés avant 2019, année d'entrée en vigueur du règlement n° 2016/1103.

370 Il convient de rappeler que ce règlement a été adopté ensemble avec le règlement n° 2016/1104<sup>545</sup>, concernant les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Dans le cadre de la présente étude, dédiée aux possibilités de planification ouvertes aux couples mariés pour la réglementation de leurs relations patrimoniales en cas de dissolution du mariage, nous avons décidé de nous concentrer uniquement sur l'étude des dispositions qui figurent dans le règlement européen n° 2016/1103, à l'exclusion du règlement n° 2016/1104.

### II.B.1.3.2. La difficile articulation des règlements européens

371 Au sein de l'Union européenne, d'un point de vue institutionnel, l'adoption de règlements en droit international privé de la famille représente un développement de l'espace européen de liberté, sécurité et justice (ELSJ). Une réalisation optimale des objectifs de coopération et sécurité juridique aurait conseillé l'adoption d'un seul texte portant sur les aspects de droit international privé pertinents, une solution qui aurait également été bénéfique en termes de coordination. Cependant, ceci ne s'est pas réalisé. Partant, comme nous l'avons vu, le système de droit international privé européen est constitué, pour l'instant, par plusieurs textes qui forment un ensemble plus ou moins organisé.

---

<sup>543</sup> BORRAS (2014), p. 6.

<sup>544</sup> Règlement (UE) n° 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, OJ L 183 du 8 juillet 2016.

<sup>545</sup> Règlement (UE) n° 2016/1104 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 d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, OJ L 183 du 8 juillet 2016.



De plus, pour plusieurs raisons, le système tel qu'il est actuellement en vigueur ne parvient pas à réaliser une harmonisation complète du droit international privé européen de la famille. La multiplicité des instruments applicables en matière matrimoniale, ainsi que la complexité du système en vigueur, contribuent à rendre la gestion du patrimoine familial particulièrement compliquée dans un contexte international. 372

Dans les paragraphes suivants, nous nous livrerons à une brève exposition des champs d'application territorial, spatial et matériel de chaque règlement, en essayant de mettre en évidence les divergences entre les différents textes. 373

#### *II.B.1.3.2.a. Le champ d'application matériel*

S'agissant du champ d'application matériel, nous relevons un degré de coordination satisfaisant entre les textes européens en matière familiale, notamment parce que les notions sont interprétées de manière autonome et en veillant à ce qu'il n'y ait pas de « chevauchements ». 374

Les règlements européens définissent leur champ d'application matériel en utilisant des notions traditionnellement connues à la plupart des systèmes juridiques nationaux<sup>546</sup>, telles que les notions de « divorce »<sup>547</sup>, d'« obligation alimentaire » et de « régime matrimonial ». Toutefois, les règlements précisent immédiatement qu'aux fins des règles de droit international privé de l'Union, ces notions doivent être comprises en tant que « notions autonomes » par rapport aux lois nationales (consid. 11 r. 4/2009 ; consid. 18 r. 2016/1103)<sup>548</sup>. Cette qualification autonome est l'expression d'une tendance consolidée du droit communautaire et se justifie par la nécessité de garantir l'uniformité de l'interprétation et de l'application du droit communautaire, en évitant d'éventuelles variations d'interprétation en fonction des traditions nationales, d'autant plus probables lorsque les notions utilisées par le droit communautaire renvoient à des concepts déjà connus du droit interne. 375

S'agissant de la définition de la notion de divorce, l'on peut dire que celle-ci doit recevoir une interprétation autonome et uniforme dans le cadre des règlements Bruxelles II *ter* et Rome III. Il convient de noter que Rome III ne parle que d' « époux », ce qui exclut les partenaires enregistrés<sup>549</sup>. 376

377

---

<sup>546</sup> LAS CASAS (2019), p. 1537.

<sup>547</sup> Rome Regulations-WIESE, art. 1 Rome III N 7.

<sup>548</sup> LAS CASAS (2019), p. 1538.

<sup>549</sup> BOELE-WOELKI, For Better or for Worse (2010), p. 13.

Dans le règlement n° 2016/1103, la définition de la notion de régime matrimonial se trouve à l'article 3, paragraphe 1 du règlement, qui précise que cela englobe « l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux entre époux et dans leurs relations avec des tiers, qui résultent du mariage ou de sa dissolution ». Le considérant 18 apporte d'autres éléments d'analyse, en précisant que le champ d'application du règlement « devrait s'étendre à tous les aspects de droit civil des régimes matrimoniaux, concernant tant la gestion quotidienne des biens des époux que la liquidation du régime, survenant notamment du fait que la séparation du couple ou du décès d'un seul de ses membres ».

378 S'agissant du règlement n° 4/2009, son champ d'application *ratione materiae* est déterminé à l'article 1, selon lequel ce texte « s'applique aux obligations alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance », sans définir la notion d'« obligation alimentaire » en soi. À ce propos, il convient de relever que, bien que la notion d'obligation alimentaire soit censée recevoir une interprétation autonome, les contours de cette définition restent flous, notamment car la distinction entre les questions alimentaires et celles relatives aux régimes matrimoniaux n'est pas toujours évidente. Sur ce point, la CJUE a été saisie à plusieurs reprises : bien que la Cour ait rendu ces arrêts dans le contexte de la convention de Bruxelles de 1968<sup>550</sup>, les considérations qui en ressortent gardent leur relevance dans l'application des règlements n° 4/2009 et n° 2016/1103.

379 Dans le premier arrêt *De Cavel*, la Cour de justice s'est prononcée sur la notion de « régime matrimonial » affirmant que celle-ci « comprend non seulement les régimes de biens spécifiquement et exclusivement conçus par certaines législations nationales en vue du mariage, mais également tous les rapports patrimoniaux résultant directement du lien conjugal ou de la dissolution de celui-ci »<sup>551</sup>. Les éléments essentiels de cette définition autonome dessinent une catégorie au contenu large, susceptible de couvrir une multiplicité de questions qui ne sont pas toujours couvertes par les concepts internes de « régime matrimonial »<sup>552</sup>. Dans le deuxième arrêt relatif à l'affaire *De Cavel*, la CJUE a été interrogée sur la question de savoir si une pension alimentaire mensuelle et une prestation compensatoire provisoire accordées au cours d'une procédure de divorce constituaient une obligation alimentaire au sens de

---

<sup>550</sup> Nous rappelons qu'à l'époque, la distinction entre les deux notions était d'autant plus importante au vu du fait que les régimes matrimoniaux étaient exclus du champ d'application de la convention de 1968.

<sup>551</sup> CJCE, *De Cavel*, C-143/78, paragr. 7.

<sup>552</sup> LAS CASAS (2019), p. 1539.

la convention de Bruxelles de 1968. La CJUE a répondu par l'affirmative, précisant que « les “prestations compensatoires” prévues par les articles 270 et suivant du Code civil français [...] concernent les obligations financières éventuelles entre ex-époux après le divorce fixées à raison des ressources et besoins réciproques et ont également un caractère alimentaire »<sup>553</sup>.

La CJUE a davantage développé l'idée sous-jacente dans l'affaire *Van den Boogaard*, qui portait sur la reconnaissance d'une décision, rendue dans le cadre d'une procédure de divorce, ordonnant le paiement d'une somme forfaitaire, ainsi que le transfert de la propriété par une partie à son ex-conjoint. Dans ce cas, la CJUE a estimé qu'une décision a trait à une obligation alimentaire si, compte tenu de l'objectif spécifique de la décision rendue, il peut être démontré qu'« une prestation est destinée à assurer l'entretien d'un époux dans le besoin ou si les besoins et les ressources de chacun des époux sont pris en considération pour déterminer son montant ». La CJUE a en outre déclaré qu'« en revanche, lorsque la prestation vise uniquement à la répartition des biens entre les époux, la décision concerne les régimes matrimoniaux »<sup>554</sup>. 380

Ainsi, l'objectif du paiement de l'obligation alimentaire (assurer la subsistance des époux) et la manière dont son montant est déterminé (à raison des besoins et ressources des époux) deviennent les critères décisifs pour qualifier une obligation alimentaire et pour la distinguer des questions relatives au régime matrimonial. Dans tous les cas, le paiement sous la forme d'une somme forfaitaire ne fait pas obstacle à la nature de l'obligation alimentaire<sup>555</sup>. 381

### II.B.1.3.2.b. *Le champ d'application territorial*

Contrairement au champ d'application matériel, il existe des différences considérables au niveau du champ d'application territorial des différents textes applicables. Cela est le résultat de plusieurs facteurs. D'une part, le statut particulier dont jouissent certains États membres, notamment l'Irlande et le Danemark, en matière de coopération judiciaire civile : le Danemark ne participe pas, en principe, à l'adoption de mesures en matière de coopération judiciaire civile, mais bénéficie d'un régime dérogatoire d'*opt-in*<sup>556</sup>, alors que l'Irlande 382

<sup>553</sup> CJCE, *De Cavel*, C-120/79, paragr. 5.

<sup>554</sup> CJCE, *Van den Boogaard/Laumen*, C-220/95, paragr. 22.

<sup>555</sup> *Ibid.*, paragr. 23.

<sup>556</sup> Décision du Conseil du 20 septembre 2005 relative à la signature de l'accord, au nom de la Communauté, entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO L 299 du 16 novembre 2005 ; PAULINO PEREIRA (2010), p. 17.

est incluse dans le champ d'application des règlements en la matière, mais conserve la faculté d'*opt-out* dans l'ensemble du domaine de l'ELSJ<sup>557</sup>. D'autre part, la difficulté d'atteindre l'unanimité imposée par l'article 81, paragraphe 3 TFUE, notamment en raison des différentes conceptions des États membres en droit de la famille<sup>558</sup>. Par conséquent, on s'est parfois trouvé face à ce que l'on appelle une « Europe à deux vitesses »<sup>559</sup>.

383 Le règlement Bruxelles II *ter* s'applique dans tous les États membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark. Le règlement sur les obligations alimentaires trouve application dans l'ensemble du territoire de l'Union. Cependant, au Danemark, il ne s'applique que dans une mesure limitée, soit à l'exclusion des dispositions sur la loi applicable (chapitre III) et sur la coopération entre les autorités centrales (chapitre VII)<sup>560</sup>.

384 Le champ d'application du règlement Rome III, ainsi que des règlements sur les régimes matrimoniaux est encore plus réduit, car ils ne sont en vigueur que dans une partie des États membres, et ce, respectivement, depuis le 21 juin 2012 et le 29 janvier 2019. La raison est que ces textes ont été adoptés grâce à la procédure de coopération renforcée prévue aux articles 20 TUE et 326 à 334 TFUE.

385 S'agissant du règlement Rome III, pendant le processus d'adoption, quelques États membres avaient relaté qu'ils ne jugeaient pas approprié d'appliquer une loi étrangère aux procédures de divorce, notamment lorsque la loi retenue était plus restrictive que la loi du for<sup>561</sup>. De la même manière, le parcours d'adoption des règlements sur les régimes matrimoniaux s'est révélé particulièrement semé d'embûches. Ces difficultés ont trouvé leur source dans la position d'une minorité d'États ayant rejeté l'adoption de ces textes à cause de leur opposition à toute union homosexuelle, ce qui n'a pas permis une adoption à l'unanimité.

### *II.B.1.3.2.c. Le champ d'application spatial*

386 Également au niveau du champ d'application spatial, il est possible de constater des différences entre les différents textes européens. De manière générale,

---

<sup>557</sup> Protocole n° 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO C 115 du 9 mai 2008.

<sup>558</sup> Voire, par exemple, la différence de positions au sein de l'Union s'agissant du mariage pour les couples de même sexe.

<sup>559</sup> CALABUIG (2019), p. 67.

<sup>560</sup> SALVADORI, *Giurisprudenza* (2015), p. 1050.

<sup>561</sup> COM(2010)105, paragr. 4.

les règlements européens en matière de droit international privé de la famille sont qualifiés d'« universels », dans le sens qu'ils sont applicables à toute situation posant une question de compétence internationale ou de loi applicable dans la matière concernée, si bien que leur applicabilité n'est affectée ni par la nationalité, ni par la résidence habituelle des époux, ni même par la localisation des biens du couple<sup>562</sup>. Par conséquent, l'application des dispositions réglementaires trouveront à s'appliquer lorsqu'uniquement deux conditions sont remplies : d'une part, que la juridiction d'un État membre lié soit saisie et que, d'autre part, la question relève du champ d'application matériel du texte concerné.

Les règlements instaurent un régime autonome et exhaustif ; avec une application « *erga omnes* », ils remplacent les règles de droit international privé des États membres pour la matière concernée. 387

Sur ce point se distingue uniquement le règlement Bruxelles II *ter*. S'agissant du champ d'application spatial, ce règlement maintient la solution prévue dans le texte précédent la révision. Le législateur européen prévoit que, pour les parties qui ont leur résidence habituelle sur le territoire d'un État membre, ou qui sont ressortissantes d'un État membre, uniquement les règles retenue dans le règlement pourront être utilisées en matière de dissolution du mariage (art. 6, paragr. 2), alors que, lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu de l'article 3, 4 ou 5 du règlement, les règles de compétences de droit international privé national pourront s'appliquer de manière subsidiaire (art. 6, paragr. 1). 388

#### II.B.1.4. *Les instruments de La Haye sur le droit applicable aux obligations alimentaires : la convention de 1973 et le protocole de 2007*

À l'heure actuelle, en Suisse, la détermination de la loi applicable aux obligations alimentaires passe par l'article 63 LDIP. Cette disposition réserve l'article 49 de la LDIP, qui renvoie, à son tour, à la convention de La Haye de 1973 sur les obligations alimentaires<sup>563</sup>, un texte dont le but est d'unifier les règles de conflits de lois en la matière<sup>564</sup>. Nous rappelons que cette convention 389

<sup>562</sup> FRANCQ (2019), p. 57.

<sup>563</sup> Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires, RS 0.211.213.02.

<sup>564</sup> VERWILGHEN (1975), paragr. 116.

n'est que l'une des nombreuses conventions consacrées à ce thème<sup>565</sup>. On relève cependant le succès limité de ce texte, qui a fait l'objet d'une ratification par un nombre limité d'États uniquement<sup>566</sup>.

- 390 Les dispositions du premier chapitre délimitent le champ d'application de l'instrument. Comme l'indique son article premier, la convention couvre les « obligations alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance [...] ». Avec son article 3, qui conclut le premier chapitre de ce texte, la convention consacre son approche universaliste, selon lequel la convention demeure applicable indépendamment de toute condition de réciprocité.
- 391 En 1999, la Conférence de la Haye a décidé d'accorder une place prioritaire à l'établissement d'une nouvelle convention complète en matière d'obligations alimentaires, qui devait améliorer les conventions de La Haye existantes en la matière : ces travaux ont abouti avec l'adoption de la convention de La Haye de 2007, qui ne concerne cependant pas le droit applicable<sup>567</sup>. En effet, en mai 2003, la Commission spéciale a discuté de la question de savoir si le nouvel instrument devait contenir des dispositions sur la loi applicable<sup>568</sup>. Un groupe de travail a été créé à cet effet. Au vu des positions divergentes entre les délégués des pays de droit civil, favorables à l'inclusion d'un régime général de loi applicable, et les délégués des pays de *common law*, qu'y étaient en général opposés, la Commission a conclu que la réglementation de la loi applicable devrait faire l'objet d'un protocole, séparé de la Convention, qui a été formellement adopté en novembre 2007<sup>569</sup>. L'une des innovations les plus importantes du protocole par rapport à la convention est la reconnaissance du principe d'autonomie de la volonté (cf. *infra*, n° 560 ss).
- 392 Dans les États membres de l'Union, l'article 15 du règlement n° 4/2009 indique que « la loi applicable en matière d'obligations alimentaires est déterminée conformément au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ». Par le biais de la ratification de la

---

<sup>565</sup> Voir, par exemple, la convention sur le recouvrement des aliments à l'étranger du 20 juin 1956, RS 0.274.15 ; la convention de La Haye concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants du 15 avril 1958, RS 0.211.221.432.

<sup>566</sup> Il s'agit notamment de l'Albanie, de l'Allemagne, de l'Espagne, de l'Estonie, de la France, de la Grèce, de l'Italie, du Japon, de la Lituanie, du Luxembourg, des Pays-Bas, de la Pologne, du Portugal, de la Suisse et de la Turquie.

<sup>567</sup> Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille.

<sup>568</sup> BONOMI, Rapport explicatif (2013), paragr. 4.

<sup>569</sup> Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

part d'Union européenne et de son incorporation dans le règlement n° 4/2009, ce texte est applicable dans l'ensemble des États membres, à l'exception du Danemark, ainsi que dans cinq autres États<sup>570</sup>. À l'heure actuelle, la Suisse n'est pas encore partie au protocole.

À l'instar de la convention, le protocole détermine la loi applicable aux obligations alimentaires découlant de toute relation de famille, y compris les aliments dont le créancier est une personne adulte, comme c'est le cas pour l'entretien entre ex-époux. Ce point est confirmé à l'article 1 du texte, qui en étend le champ d'application aux « obligations alimentaires découlant de relations de famille, de filiation, de mariage ou d'alliance ».

Comme la convention de 1973, le protocole est aussi applicable *erga omnes*, indépendamment de toute condition de réciprocité (art. 2). En vertu du fait que les deux instruments revendiquent un domaine d'application universel, leur coordination peut se révéler délicate. À ce propos, l'article 18 du protocole déclare que « dans les rapports entre les États contractants, le présent Protocole remplace la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires [...] ». Sur la base de cette disposition, l'on peut conclure que « dans les rapports entre États contractants » le protocole prévaudra sans qu'il soit nécessaire de dénoncer la convention de 1973. Il semble également justifié d'admettre que, sur la base de cette même disposition, un État partie aux deux instruments pourra déroger à l'application du protocole dans ses relations avec un État qui est partie à la convention de 1973 mais non pas au protocole<sup>571</sup>. Cela ne résout tout de même pas le problème du conflit d'instruments dans les hypothèses où les deux textes, dans un cas concret, conduisent à une solution différente, faute de critère pour déterminer quand il est question de « rapports entre États contractants »<sup>572</sup>. Au vu de cette difficulté, il serait justifié de favoriser l'application du protocole, qui consacre un système plus moderne et destiné à remplacer le jeu de règles de la convention de 1973<sup>573</sup>.

À la lumière de ce qui précède, et dans le but de garantir une majeure prévisibilité et sécurité juridique, il serait souhaitable que la Suisse également adhère

<sup>570</sup> Il s'agit du Brésil, de l'Équateur, du Kazakhstan, de la Serbie et de l'Ukraine (état au 25 mai 2023).

<sup>571</sup> BONOMI, Rapport explicatif (2013), paragr. 199.

<sup>572</sup> *Ibid.*

<sup>573</sup> Cette solution reçoit un appui supplémentaire dans l'art. 19 CLaH 73, selon lequel « [l]a Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un État contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention ».

au protocole, qui instaure un système plus moderne et plus en harmonie avec la nouvelle tendance en matière d'autonomie de la volonté en droit international privé. D'ailleurs, en Suisse, des discussions à ce propos sont en cours. En effet, le 21 juin 2019, le Conseil national a adopté le postulat VOGLER<sup>574</sup>, annonçant la volonté du Conseil fédéral d'examiner l'opportunité d'adhérer au protocole. En juin 2021, dans son rapport, le Conseil fédéral a relevé qu'« en ratifiant le protocole, la Suisse aurait le même régime de droit applicable que la plupart des États de l'UE, le Brésil et d'autres États encore »<sup>575</sup>. Il ajoute aussi que « l'application du droit en serait facilitée, il y aurait moins de courses aux tribunaux (*forum running*), puisque les mêmes règles de conflit s'appliqueraient, quel que soit le pays ou l'action est intentée »<sup>576</sup>. Pour ces raisons, il conclut que « la ratification du protocole de La Haye ne pose aucun problème, [...] que le Conseil fédéral la juge souhaitable et ce, dans les meilleurs délais »<sup>577</sup>.

## II.B.2. Les systèmes de compétence

### II.B.2.1. *Les chefs de compétence objectifs*

#### II.B.2.1.1. Les chefs de compétence objectifs en Suisse

##### II.B.2.1.1.a. *En matière de divorce*

396 Selon l'article 59 LDIP, sont compétents pour connaître d'une action en divorce, les tribunaux du domicile de l'époux défendeur (let. a) et ceux du domicile de l'époux demandeur (let. b). Bien que les deux chefs de compétence consacrés dans cette disposition soient alternatifs, il est possible de noter une certaine préférence pour le for au domicile de l'époux défendeur, lieu considéré comme le for le plus adéquat, du point de vue de la proximité aux faits litigieux et de la facilité concernant l'exécution de la décision, notamment en ce qui a trait aux effets accessoires<sup>578</sup>. Partant, le législateur suisse a décidé de rendre l'accès au for au domicile de l'époux demandeur, consacrée à la lettre

---

<sup>574</sup> Protéger les familles et décharger les collectivités publiques. Examen de l'opportunité de ratifier la Convention de La Haye sur les obligations alimentaires (postulat 19.3105).

<sup>575</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Postulat (2021), paragr. 5.

<sup>576</sup> *Ibid.*

<sup>577</sup> *Ibid.*

<sup>578</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, art. 59 LDIP N 2.



b, légèrement plus compliqué, notamment par la condition additionnelle de la nationalité suisse ou de la résidence en Suisse depuis au moins un an de l'époux demandeur.

Sur la base de l'article 59, lettre b LDIP, les citoyens suisses ont un accès immédiat aux juridictions helvétiques dès qu'ils prennent résidence en Suisse. La *ratio* de cette disposition est notamment la protection des ressortissants suisses qui ne souhaitent pas se soumettre à la juridiction d'un État étranger<sup>579</sup>. Si le demandeur possède une ou plusieurs autres nationalités en plus de la nationalité suisse, seule cette dernière est déterminante, grâce à une application par analogie de l'article 23, alinéa 1 LDIP<sup>580</sup>. S'agissant de la condition de résidence, il convient de souligner qu'il faut un séjour plus que passager, sans que la constitution d'un domicile ou d'une résidence habituelle pendant une année ne soit exigée : le législateur a eu pour souci de prévenir un déplacement frauduleux du domicile du demandeur<sup>581</sup>.

La LDIP consacre également deux fors subsidiaires : un for au lieu d'origine de l'un des époux en Suisse, destiné aux ressortissants suisses vivant à l'étranger (art. 60 LDIP), et un for auprès des juridictions suisses du lieu de célébration du mariage, ouvert aux époux étrangers qui ne sont pas domiciliés en Suisse (art. 60a LDIP).

L'article 60 LDIP ouvre un for subsidiaire au domicile d'origine suisse de l'un des époux aux conjoints dont aucun n'est domicilié en Suisse. Ce chef de compétence est subsidiaire tant aux règles de l'article 59 LDIP, qu'à la compétence des juridictions du domicile des époux à l'étranger. Partant, les époux pourront se prévaloir de cette possibilité uniquement si l'ouverture de la procédure au domicile étranger de l'un des conjoints est impossible ou déraisonnable<sup>582</sup>. Le caractère subsidiaire de cette norme est tiré, d'une part, du manque de proximité du tribunal suisse au litige, et, d'autre part, du risque que les décisions de l'État d'origine ne soient pas reconnues dans l'État de résidence des époux<sup>583</sup>.

<sup>579</sup> ZK IPRG-WIDMER LÜCHINGER, art. 59 N 26 à 28.

<sup>580</sup> *Ibid.*

<sup>581</sup> FF 1983 I 255, p. 347 ; ATF 119 II 64. Étant donné que le centre de vie se confond normalement avec la demeure du couple, la volonté de l'un des époux d'abandonner le domicile conjugal et de créer ailleurs un nouveau domicile doit être clairement reconnaissable, voir ATF 5A\_398/2007, consid. 3 ; ATF 5A\_663/2009, consid. 2.2.2.

<sup>582</sup> ZK IPRG-WIDMER LÜCHINGER, art. 60 N 1.

<sup>583</sup> ZK IPRG-WIDMER LÜCHINGER, art. 60 N 2.

400 En 2022<sup>584</sup>, le législateur suisse a introduit l'article 60a LDIP, qui prévoit un for de nécessité additionnel au lieu de célébration du mariage. Les conditions d'application sont, d'une part, que les époux ne soient pas domiciliés en Suisse et qu'aucun d'eux ne soit suisse : en effet, en cas contraire, les fors des articles 59 et 60 LDIP sont en principe disponibles. D'autre part, il est nécessaire que l'action ne puisse être intentée devant le tribunal du domicile de l'un des époux à l'étranger, ou que l'on ne puisse raisonnablement exiger qu'elle le soit. Outre l'absence de nationalité, ces conditions sont les mêmes qu'à l'article 60 LDIP, et doivent donc s'interpréter de la même manière<sup>585</sup>. Le but de la disposition est de permettre exceptionnellement l'accès aux tribunaux suisses, afin d'éviter un déni de justice, à des époux qui ne sont pas domiciliés en Suisse et ne sont pas de nationalité suisse mais qui se sont mariés en Suisse. L'hypothèse principalement visée est celle de conjoints de même sexe qui se sont mariés en Suisse mais, ayant ensuite déplacé leur domicile à l'étranger dans un pays qui ne connaît pas le « mariage pour tous », ne peuvent y obtenir le divorce ou la séparation de corps<sup>586</sup>. Cependant, puisque l'article 60a LDIP ne distingue pas entre conjoints de même sexe ou de sexe différent, et ne précise d'ailleurs pas la raison qui rendrait impossible ou inexigible l'action à l'étranger, cette disposition pourra être invoquée, par des époux de nationalité étrangère, dans d'autres hypothèses dans lesquelles une action à l'étranger s'avère être impossible ou inexigible<sup>587</sup>.

### *II.B.2.1.1.b. En matière d'obligations alimentaires*

#### II.B.2.1.1.b.i. Sur la base de la loi suisse de droit international privé

401 Les effets accessoires au divorce sont traités à l'article 63 LDIP. La notion d'« effets accessoires » n'est pas définie dans la loi, mais comprend tous les effets patrimoniaux et personnels du divorce sur les relations des époux entre eux et avec leurs enfants. Les effets accessoires les plus importants sont expressément mentionnés à l'article 63, alinéa 2 LDIP, parmi lesquels figurent les obligations alimentaires entre époux. Afin de pouvoir mettre en œuvre, également dans les affaires présentant un élément d'extranéité, le principe d'unité du jugement de divorce valable pour les procédures internes de divorce (art. 283 CPC), la première phrase de l'article 63, alinéa 1 LDIP établit une

---

<sup>584</sup> Loi fédérale du 18 décembre 2020 sur le « mariage pour tous », RO 2021 747.

<sup>585</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 60a N 1.

<sup>586</sup> *Ibid.*, art. 60a N 2.

<sup>587</sup> *Ibid.*

compétence annexe du tribunal du divorce, qui s'étend en principe à toutes les conséquences accessoires du divorce.

Une des questions peu claires en relation avec cette disposition est celle de savoir si l'attribution du logement familial est l'un des effets accessoires compris dans le champ d'application de l'article 63, alinéa 1 LDIP. Comme nous l'avons vu, en droit suisse, l'attribution du domicile conjugal est une action qui n'a pas un caractère alimentaire et qui est indépendante des prétentions relevant du droit des régimes matrimoniaux (art. 121 CCS)<sup>588</sup> : sur ce fondement, il serait possible de conclure que l'attribution du domicile conjugal tombe sous le coup de l'article 63 LDIP. Nous examinerons ensuite si cette question est régie par la CL. 402

#### II.B.2.1.1.b.ii. Sur la base de la convention de Lugano

Bien que seules les dispositions relatives à la protection des mineurs (art. 85 LDIP) soient expressément réservées à l'article 63, alinéa 1, 2<sup>ème</sup> phrase LDIP, la convention de Lugano prévaut sur la loi de droit international privé (art. 1, al. 2 LDIP). Comme nous l'avons relevé (cf. *supra*, n° 355), le champ d'application matériel de ce texte inclut les obligations alimentaires<sup>589</sup>. 403

Au niveau du champ d'application personnel, les règles générales restent variables. Ainsi, la juridiction des tribunaux suisses se fondera sur la convention de Lugano uniquement dans les cas où le défendeur a son domicile dans un État contractant (art. 4, paragr. 1 CL). Dans les affaires relevant des obligations alimentaires entre ex-époux, on entend par « défendeur » l'époux contre lequel une demande d'aliments est présentée dans le cadre de la procédure de divorce. Par conséquent, la compétence du tribunal suisse du divorce pour statuer sur la pension alimentaire ne sera régie que par l'article 63, alinéa 1 LDIP dans le cas où l'époux défendeur n'est pas domicilié dans un État lié par la convention de Lugano. 404

Il en résulte qu'en vertu de la convention, le for au domicile du défendeur (art. 2 CL) est toujours disponible pour les procédures relatives aux obligations alimentaires. En sus, l'article 5, paragraphe 2 de la convention institue un for spécial permettant au créancier d'aliments d'attirer le défendeur au lieu de son domicile ou de sa résidence habituelle (let. a) ou, lorsque cette action est connexe à une procédure relative à l'état des personnes ou à la responsabilité 405

<sup>588</sup> Pour une qualification indépendante des litiges relatifs au logement, voir ATF 5P\_252/2003, consid. 4.2 ; ATF 5A\_161/2008, consid. 2.1.

<sup>589</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, art. 1 CL N 9 ; BSK LugÜ-ROHNER/ LERCK, art. 1 N 59 ss.

parentale, devant le tribunal compétent selon la loi du for pour en connaître, à moins que cette compétence se fonde uniquement sur la nationalité de l'une des parties (let. b et c). Ce chef compétence annexe est uniquement attribué lorsque la compétence principale n'est pas uniquement fondée « sur la seule nationalité de l'une des parties ». Comme nous le verrons, il existe un parallélisme presque intégral avec les chefs de compétence prévus, entre États membres, à l'article 3 du règlement n° 4/2009<sup>590</sup>.

406 Comme nous l'avons mentionné, il y a lieu de s'interroger sur la question de savoir si l'attribution du logement familial tombe dans le champ d'application de la convention, et en particulier de l'article 5, paragraphe 2 CL. Il est donc nécessaire de vérifier si la convention de Lugano est applicable. À la lumière du fait que les régimes matrimoniaux sont exclus du champ d'application de la convention de Lugano (art. 1, paragr. 2, let. a CL), la réponse à cette question dépend de la qualification à donner à l'attribution du logement<sup>591</sup>.

407 Si on interprète l'exclusion consacrée à l'article 1, paragraphe 2, lettre a CL de manière si large qu'il englobe l'ensemble des aspects patrimoniaux liés au divorce, à l'exception des questions liées à l'entretien, l'attribution du logement ne tomberait sous le coup de la CL que si celle-ci est qualifiée de prestation à caractère alimentaire<sup>592</sup>. Il convient de noter qu'au sens de la convention, sont considérées comme ayant un caractère « alimentaire » les prestations destinées à assurer l'entretien d'un époux dans le besoin ou dont la fixation tient compte des besoins et des ressources des deux époux<sup>593</sup>. Sur la base de cette définition, l'attribution du logement de l'article 121 CCS ne serait probablement pas qualifiée de mesure d'entretien<sup>594</sup>.

408 En adoptant une interprétation plus restreinte de l'exclusion de l'article 1, paragraphe 2, lettre a CL, certains auteurs soutiennent qu'il pourrait exister une compétence exclusive sur la base de l'article 22, paragraphe 1 CL<sup>595</sup>. Selon cette disposition, les tribunaux de l'État de situation sont exclusivement compétents pour connaître des actions ayant pour objet les droits réels immobiliers ou les baux à loyer ou à ferme d'immeubles se situant dans un État partie à la CL. En effet, bien que l'article 121 CCS ait un arrière-plan de droit de la famille, il en reste que l'attribution du logement conjugal porte sur le

---

<sup>590</sup> CR LDIP/CL-UCHER, art. 5 CL N 103.

<sup>591</sup> ZK IPRG-WIDMER LÜCHINGER, art. 63 N 20.

<sup>592</sup> *Ibid.*, art. 63 N 21.

<sup>593</sup> *Ibid.*, art. 46 N 48.

<sup>594</sup> *Ibid.*, art. 63 N 21.

<sup>595</sup> *Ibid.*

transfert de droits obligatoires ou réels<sup>596</sup>. Dans ce cas, seul le fait que l'immeuble soit situé dans un État partie à la CL serait déterminant pour fonder la compétence sur la base de l'article 22 CL (art. 4, paragr. 1 et art. 22 CL).

### II.B.2.1.1.c. *En matière de régimes matrimoniaux*

Les régimes matrimoniaux étant exclus du champ d'application de la convention de Lugano (art. 1, paragr. 2, let. a CL), le seul texte pertinent en la matière est, du point de vue suisse, la loi suisse de droit international privé. 409

L'article 51 LDIP ne détermine pas directement les chefs de compétence internationale en matière de régimes matrimoniaux, mais renvoie aux compétences prévues en matière de succession (let. a), de divorce (let. b). 410

Déjà au moment de l'adoption de la LDIP, le législateur exprimait l'importance d'atteindre une coordination entre la compétence pour les procédures de droit familial et celle concernant les questions relevant du droit des régimes matrimoniaux. Ainsi, il affirmait son effort « d'assurer une certaine coordination entre les rattachements objectifs »<sup>597</sup>. Par conséquent, la LDIP aligne la compétence en matière de régime matrimonial sur les dispositions pertinentes du droit des successions et du divorce, en renvoyant, pour les cas résiduels, à la compétence en matière d'effets généraux du mariage. 411

Conformément à ce principe, si le mariage est dissous par le décès de l'un des conjoints, les tribunaux suisses compétents pour les questions relatives à la succession du *de cuius* sont également chargés de régler les aspects relevant du droit des régimes matrimoniaux. La référence de l'article 51, lettre a LDIP renvoie aux chefs de compétence des articles 86 à 89 LDIP, que nous analyserons dans la deuxième partie de ce travail, consacrée à l'analyse de l'autonomie de la volonté en matière successorale. 412

En revanche, si une question relative aux droits des régimes matrimoniaux se pose en dehors d'une procédure successorale ou de divorce, l'article 51, lettre c LDIP renvoie la compétence aux tribunaux compétents pour connaître des actions et mesures relatives aux effets matrimoniaux généraux, soit les articles 46 à 50 LDIP. L'article 51, lettre c LDIP concerne surtout les mesures relatives au patrimoine des époux qui doivent être prises en cours de mariage<sup>598</sup>. En substance, il s'agit principalement de mesures de protection de l'union 413

<sup>596</sup> *Ibid.*

<sup>597</sup> FF 1983 I 255, p. 338.

<sup>598</sup> BSK IPRG-COURVOISIER, art. 51 N 19.

conjugale (nous pouvons citer, entre autres, les art. 174, 176, al. 1, ch. 3 ou art. 178 CCS)<sup>599</sup>.

### II.B.2.1.2. Les chefs de compétence objectifs dans les textes européens

- 414 Un trait commun à l'ensemble des textes de droit international privé que nous allons examiner dans les sections suivantes est l'importance accordée au principe de résidence habituelle. La tendance de l'UE de favoriser ce critère de rattachement au fil du temps est évidente lorsqu'on compare plusieurs textes.
- 415 En effet, comme nous aurons l'occasion d'examiner plus en détail dans les paragraphes suivants, alors que le règlement Bruxelles II *ter* prévoit toujours, pour la demande de divorce, une compétence alternative des juridictions de l'État membre de l'UE duquel les deux époux ont la nationalité, en vertu des règlements sur les aliments et les régimes matrimoniaux, la nationalité commune ne peut donner lieu qu'à une compétence subsidiaire.

#### II.B.2.1.2.a. *En matière de divorce*

- 416 À l'instar de l'ancien règlement Bruxelles II *bis*, le règlement Bruxelles II *ter* n'établit pas un seul for de portée générale en matière matrimoniale. En revanche, son article 3 énumère sept chefs de compétence. Nous retrouvons d'abord la compétence au lieu de la résidence habituelle commune des époux (art. 3, paragr. 1, let. a, i), ou de leur dernière résidence habituelle commune, à condition que l'un d'eux y réside toujours (art. 3, paragr. 1, let. a, ii). L'article 3 du règlement Bruxelles II *ter* prévoit également une compétence en faveur des juridictions de la résidence habituelle du défendeur (art. 3, paragr. 1, let. a, iii), ou de la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux en cas de demande conjointe (art. 3, paragr. 1, let. a, iv). Une compétence au lieu de la résidence habituelle du demandeur est également prévue, s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande (art. 3, paragr. 1, let. a, v), ou s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et qu'il est ressortissant de cet État membre (art. 3, paragr. 1, let. a, vi). Finalement, l'article 3 prévoit une compétence en faveur des juridictions de l'État dont les deux époux ont la nationalité (art. 3, paragr. 1, let. b).
- 417 À ceux-ci s'ajoutent non seulement les fors de la demande reconventionnelle (art. 4) et de la conversion de la séparation en divorce (art. 5), mais aussi

---

<sup>599</sup> *Ibid.*, art. 51 N 20.

toutes les « compétences résiduelles » prévues par le droit des États membres qui demeurent applicables aux conditions des articles 6, en matière de divorce, et 7, pour les affaires relatives à la responsabilité parentale.

Cette pléthore de chefs de compétence sont alternatifs et non hiérarchisés, ce qui signifie qu'il n'existe aucun ordre de priorité entre eux. Dans l'affaire *Hadadi*<sup>600</sup>, la CJUE s'est exprimée à ce sujet et a déclaré que « le système de répartition des compétences instauré par le règlement en matière de dissolution du lien matrimonial ne vise pas à exclure des compétences multiples. Au contraire, la coexistence de plusieurs juridictions compétentes, sans qu'une hiérarchie soit établie entre elles, est expressément prévue »<sup>601</sup>. Le système mis en place par le législateur européen garantit aux époux un choix le plus large possible quant à la juridiction compétente pour leur divorce, ce qui nous paraît d'autant plus remarquable au vu du fait que, comme nous le verrons, une élection de for n'est pas prévue dans le règlement Bruxelles II *ter* (cf. *infra*, n° 452). 418

D'un point de vue européen, la multiplicité de fors à disposition a le mérite de supprimer des possibles obstacles à la libre circulation des personnes<sup>602</sup>, dans la mesure où le conjoint qui, avant ou après la séparation, souhaite s'établir dans un autre État membre, pourra saisir les tribunaux de l'État de sa nouvelle résidence habituelle après l'écoulement d'un délai d'attente d'une année ou de six mois. 419

Cette large palette d'options permet aux époux de pratiquer largement le *forum shopping*. Cette pratique n'est pas toujours condamnable : elle permet notamment à l'époux ou aux époux désireux d'obtenir une décision de dissolution du lien matrimonial de choisir indirectement le droit le plus propice à cet objectif. Cela est conforme au principe de la *favor divortii* qui inspire le droit de la plupart des États européens<sup>603</sup>, bien que cette pratique ait été tempérée, en partie, par l'unification des règles de conflit de lois résultant de l'adoption du règlement Rome III<sup>604</sup>. C'est du reste cette considération qui est probablement à l'origine de la multiplicité de compétences prévues par le règlement<sup>605</sup>. 420

<sup>600</sup> CJCE, *Hadadi*, C-168/08.

<sup>601</sup> *Ibid.*, paragr. 49.

<sup>602</sup> CJUE, *Edyta Mikolajczyk*, C-294/15, paragr. 50.

<sup>603</sup> BONOMI, La compétence internationale (2017), p. 7.

<sup>604</sup> Toutefois, nous rappelons que ce règlement, adopté par le biais de la procédure de coopération renforcée (cf. *supra*, n° 384), n'est applicable que dans un nombre limité États membres. De plus, le *forum shopping* reste une réalité lorsque les juridictions saisies se trouvent à appliquer la loi du for.

<sup>605</sup> BONOMI, La refonte du règlement (2023), paragr. 4.

- 421 Il convient cependant de noter qu'en l'absence de demande conjointe, le *forum shopping*, par l'un ou l'autre des époux, ne conduit pas nécessairement à favoriser le divorce, puisque le choix entre les juridictions compétentes n'est pas toujours motivé par le souhait d'obtenir aisément la dissolution du mariage. En effet, le choix de l'époux demandeur peut également être motivé par le souhait de retarder le prononcé du divorce<sup>606</sup>, ou par la volonté de saisir la juridiction qui pourrait rendre la décision qu'il perçoit comme la plus favorable<sup>607</sup>. En effet, bien que le règlement Bruxelles II *ter* n'est pas directement applicable aux effets accessoires du divorce, les renvois opérés par les règlements n° 4/2009 et n° 2016/1103 (cf. *infra*, n° 425 et 438) rendent le juge du divorce également compétent pour statuer sur certaines conséquences patrimoniales. Dans un tel scénario, la pratique du *forum shopping* risque de pousser les époux dans une « course au tribunal », encouragée davantage par la règle de litispendance de l'article 20, qui se fonde sur un critère de priorité temporelle de la saisine<sup>608</sup>.
- 422 Finalement, la pluralité de compétences favorise le morcellement du contentieux du divorce, car, bien que les règlements européens prévoient des mécanismes visant à favoriser la concentration du contentieux devant la juridiction saisie de la demande de divorce, cet objectif n'est pas toujours atteint (cf. *infra*, n° 1012-1013).

#### II.B.2.1.2.b. En matière d'obligations alimentaires

- 423 La première question abordée par le règlement n° 4/2009 est celle de l'identification des critères pour la détermination de la compétence en matière d'obligations alimentaires. Les articles 3 à 7 du règlement prévoient une combinaison de différents types de compétences, structurés dans un ordre hiérarchique ; sur la base de ces différents types de compétences, on peut distinguer les compétences générales (art. 3), exclusives (art. 4 et 5), subsidiaires (art. 6) et résiduelles (*forum necessitatis*, art. 7). Il convient de rappeler que les chefs de compétence objectifs ne trouvent à s'appliquer qu'en l'absence d'un accord de prorogation de for (cf. *infra*, n° 472-477).

---

<sup>606</sup> BONOMI, La compétence internationale (2017), p. 8.

<sup>607</sup> *Ibid.*

<sup>608</sup> BONOMI, La refonte du règlement (2023), paragr. 7.



Les règles de compétence, contenues dans le chapitre II, visent également à réglementer la coordination entre les juridictions des États membres par le biais des mécanismes de litispendance (art. 12) et de connexité (art. 13)<sup>609</sup>. 424

#### II.B.2.1.2.b.i. Les chefs de compétence principaux

La compétence générale est déterminée sur la base de plusieurs critères alternatifs, déterminés à l'article 3, lettres a et b. Les premiers critères pris en considération sont la résidence habituelle du défendeur ou du créancier d'aliments. Lorsqu'une demande d'aliments est accessoire à une action relative à l'état des personnes ou à la responsabilité parentale, la compétence de l'autorité saisie de ces questions comprend également, en vertu du principe de « concentration », la compétence pour la demande d'aliments, sauf si elle se fonde uniquement sur la nationalité d'une des parties (art. 3, let. c et d). 425

Le for de la résidence habituelle du créancier d'aliments, alternatif à celui de la juridiction des autorités du for du défendeur, reflète clairement le principe de *favor creditoris* qui sous-tend la logique de cette disposition, puisque le créancier d'aliments se voit attribuer la possibilité d'engager une procédure, outre que dans l'État du lieu de résidence habituelle du débiteur, également dans l'État de sa propre résidence habituelle<sup>610</sup>. En effet, sur la base du seul for général au domicile du défendeur, le créancier d'aliments ne pourrait pas agir devant les juridictions de sa propre résidence habituelle, au vu de sa qualité de demandeur d'aliments à l'encontre du débiteur<sup>611</sup>. Cette idée trouve confirmation dans la jurisprudence de la CJUE, notamment dans l'arrêt *MPA c. LCDNMT*<sup>612</sup>, à l'occasion duquel la Cour, appelée à interpréter la notion de résidence habituelle dans le contexte du règlement, a rappelé que « les règles de compétence prévues par le règlement n° 4/2009 visent [...] à garantir une proximité entre le créancier d'aliments, considéré comme étant généralement la partie la plus faible, et la juridiction compétente »<sup>613</sup>. 426

La lettre c<sup>614</sup> de l'article 3 opère un renvoi aux chefs de compétence en matière de divorce (cf. *supra*, n° 416-422). En vertu de ce renvoi, le risque de *forum shopping* que nous avons évoqué en matière de divorce s'étend éga- 427

<sup>609</sup> CORRAO (2011), p. 126.

<sup>610</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>611</sup> *Ibid.*

<sup>612</sup> CJUE, *MPA*, C-501/20.

<sup>613</sup> *Ibid.*, paragr. 48.

<sup>614</sup> L'art. 3, let. d, r. 4/2009 traite de la compétence pour connaître d'une action concernant une obligation alimentaire connexe à une procédure relative à la responsabilité parentale.

lement aux questions d'ordre alimentaire. Le règlement n° 4/2009 impose uniquement une limite lorsque la compétence du tribunal du divorce se fonde uniquement sur la nationalité de l'un des conjoints, ce qui n'est jamais le cas lorsque le règlement Bruxelles II *ter* est applicable. Dans ce cas, la juridiction sera également compétente pour les questions alimentaires uniquement si les époux se sont accordés à ce sujet (art. 4, paragr. 1, let. b r. 4/2009).

#### II.B.2.1.2.b.ii. Les autres chefs de compétence : subsidiaire et résiduel

- 428 Subsidiairement, dans l'hypothèse où la compétence des États membres n'existe pas sur la base des règles générales de compétence, l'article 6 du règlement n° 4/2009 donne une compétence subsidiaire aux juridictions de l'État de la nationalité commune des parties<sup>615</sup>.
- 429 Lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3 à 6 et qu'une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite dans un État tiers avec lequel le litige a un lien étroit, l'article 7 du règlement n° 4/2009 prévoit, de manière résiduelle, la compétence des autorités de l'État membre avec lequel le litige présente un lien suffisant<sup>616</sup>. Comme l'énonce le considérant n° 16 du règlement, l'idée sous-jacente est donc celle d'éviter un éventuel risque de déni de justice (*forum necessitatis*).
- 430 Nous soulignons que le lien étroit auquel fait référence l'article 7 ne constitue pas une condition en soi pour l'application du for de nécessité, mais doit s'entendre plutôt comme un critère permettant d'apprécier l'autre condition, celle de l'impossibilité d'introduire ou de conduire une procédure à l'étranger<sup>617</sup>. Pour juger si cette condition est remplie, il n'est pas nécessaire de s'assurer qu'une procédure est impossible ou inexigible dans tous les États étrangers avec lesquels l'affaire présente des liens, mais il suffit de se focaliser sur les États tiers avec lesquels le litige présente un lien étroit<sup>618</sup>. Toujours dans l'arrêt *MPA c. LCDNMT*, la CJUE a précisé ce point en expliquant que « pour considérer, dans des cas exceptionnels, qu'une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite dans un État tiers, il importe que, au terme d'une analyse circonstanciée des éléments avancés dans chaque cas d'espèce, l'accès à la justice dans cet État tiers soit, en droit ou en fait, entravé, notamment par l'application de conditions procédurales discriminatoires ou contraires aux garanties fondamentales du procès équitable, sans qu'il soit

---

<sup>615</sup> CORRAO (2011), p. 131.

<sup>616</sup> SALVADORI, *Giurisdizione* (2015), p. 1059.

<sup>617</sup> BONOMI, *Compétence de l'État* (2023), p. 12.

<sup>618</sup> *Ibid.*, p. 12-13.

exigé que la partie qui se prévaut dudit article 7 soit tenue de démontrer avoir vainement introduit, ou tenté d'introduire, cette procédure devant les juridictions du même État tiers »<sup>619</sup>.

S'agissant de la condition du lien suffisant avec l'État membre de la juridiction saisie, la Cour a précisé qu'aux termes du considérant n° 16 du règlement n° 4/2009, ce lien peut « se fonder sur la nationalité de l'une des parties »<sup>620</sup>, ce qui est généralement admis dans les pays qui connaissent le for de nécessité<sup>621</sup>. 431

Bien qu'uniquement applicable dans des cas exceptionnels, l'impact pratique de cette norme pourrait se révéler non négligeable, étant donné que le recours au for subsidiaire de l'article 6 ne trouvera probablement pas à s'appliquer très souvent, à cause de la mobilité croissante des individus et du nombre de conjoints avec des nationalités différentes qui en résulte<sup>622</sup>. 432

#### *II.B.2.1.2.c. En matière de régimes matrimoniaux*

Les dispositions relatives à la compétence trouvent leur siège au chapitre II du règlement n° 2016/1103. Le législateur européen a estimé devoir établir une pluralité de chefs de compétence principaux, au lieu qu'un seul, compte tenu des différents contextes dans lesquels une juridiction pourrait avoir à statuer sur une question concernant le patrimoine du couple, notamment selon qu'il s'agisse d'une question liée à une affaire successorale ou matrimoniale (articles 4 et 5), ou d'une question « autonome » (article 6). Les articles 4 et 5, qui constituent les chefs de compétence principaux établis par le texte européen, déterminent la compétence pour les questions relatives aux régimes matrimoniaux lorsqu'une juridiction est saisie d'une question successorale ou d'une demande en divorce. Lorsque les conditions prévues aux articles 4 et 5 ne sont pas remplies, l'article 6 du règlement prévoit une série « d'autres compétences », organisées selon un strict ordre hiérarchique<sup>623</sup>. 433

L'article 9 prévoit une exception à ces règles en permettant aux juridictions désignées en vertu de ces règles de décliner leur compétence dans des circonstances particulières. Les articles 10 et 11 complètent les chefs de compétence principaux en énonçant les motifs supplémentaires pour lesquels la compé- 434

<sup>619</sup> CJUE, *MPA*, C-501/20, paragr. 113.

<sup>620</sup> *Ibid.*

<sup>621</sup> BONOMI, *Compétence de l'État* (2023), p. 14.

<sup>622</sup> M CORRAO (2011), p. 131.

<sup>623</sup> Relations patrimoniales-BONOMI, Chapitre II N 8.

tence peut être invoquée lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente pour statuer sur la question en vertu des règles précédentes.

#### II.B.2.1.2.c.i. Les chefs de compétence principaux

- 435 Le règlement sur les régimes matrimoniaux met en place un système de « compétence par renvoi » qui s'harmonise avec le reste des instruments européens en matière de coopération civile dans le domaine du droit de la famille.
- 436 Premièrement, les règlements sur les régimes matrimoniaux visent à concentrer la compétence sur la juridiction nationale saisie des questions relatives à la succession de l'un des époux conformément aux chefs de compétence énoncés dans le règlement n° 650/2012. Dans ce cas, les juridictions de cet État sont également compétentes pour statuer sur les questions relatives aux régimes matrimoniaux qui se posent « dans le cadre de cette affaire de succession ». En d'autres termes, cette disposition élargit le champ d'application de la compétence conférée par le règlement sur les successions afin de permettre aux juridictions de l'État membre désigné en vertu de cet instrument de statuer également sur toute demande connexe concernant les relations patrimoniales entre le *de cuius* et le conjoint survivant<sup>624</sup>. Ce mécanisme de renvoi indifférencié à toutes les règles de compétence en matière successorale a fait l'objet de critiques, car cela pourrait résulter en une compétence en matière de régimes matrimoniaux qui peut ne pas répondre, dans certaines circonstances, aux exigences de proximité et de prévisibilité, ou s'avérer autrement injuste pour le conjoint survivant<sup>625</sup>.
- 437 L'articulation de la compétence en matière de succession et de régime matrimoniaux peut s'avérer problématique également à d'autres égards. Le renvoi de compétence en vertu de l'article 4 du règlement sur les régimes matrimoniaux a lieu lorsqu'un tribunal d'un État membre est saisi d'une question relative à la succession. Cependant, l'article 6 du règlement n° 650/2012 prévoit une possibilité, pour les juridictions normalement compétentes, de décliner leur compétence lorsque le *de cuius* a choisi la loi d'un État membre pour régir sa succession. Dans ce cas, le tribunal initialement saisi peut décliner sa compétence dans deux situations : lorsqu'il « estime que les juridictions de l'État membre de la loi choisie sont mieux placées pour statuer sur la succession » (let. a), et lorsque les parties « sont convenues, conformément à l'article 5, d'attribuer la compétence à un tribunal ou aux juridictions de l'État membre de la loi choisie » (let. b). La question se pose alors de savoir si les tribunaux

---

<sup>624</sup> FRANZINA (2017-2018), p. 223.

<sup>625</sup> BONOMI, Compétence accessoire (2018), p. 227-241.

ainsi saisis devraient conserver leur compétence pour statuer des questions relatives aux régimes matrimoniaux même au cas où ils déclinaient par la suite la compétence prévue par le règlement n° 650/2012 en ce qui concerne l'affaire de succession<sup>626</sup>.

Le règlement sur les régimes matrimoniaux prévoit un deuxième cas d'attraction de compétence à propos des questions relatives au divorce des époux. L'article 5 prévoit, en résumé, que lorsqu'une juridiction d'un État membre est saisie d'une demande de divorce en vertu du règlement n° 2202/2003 (Bruxelles II *bis*), aujourd'hui remplacé par le règlement Bruxelles II *ter*, « les juridictions de cet État sont compétentes pour statuer sur les questions relatives au régime matrimonial découlant de cette demande ».

La concentration de compétence visée à l'article 4 fonctionne de manière inconditionnelle, c'est-à-dire sur la seule base qu'une juridiction d'un État membre participant est compétente pour une question de succession. En revanche, l'attraction de compétence en vertu de l'article 5 n'existe, dans certains cas, que sous réserve d'un élément supplémentaire, à savoir l'accord des époux quant à l'extension de la compétence du tribunal saisi. En pratique, parmi les chefs de compétence aujourd'hui prévus par le règlement Bruxelles II *ter*, l'article 5 du règlement n° 2016/1103 établit une distinction entre les chefs de compétence « forts » et « faibles ». Le législateur européen a estimé que la résidence habituelle du demandeur, la demande de conversion de la séparation en divorce et les compétences résiduelles prévues par les lois des États membres reposaient sur un lien trop faible avec l'État où la procédure matrimoniale a été engagée pour pouvoir s'étendre aux questions relatives aux régimes matrimoniaux sans un accord commun des époux sur la question<sup>627</sup>. La nécessité de l'accord écrit est requise précisément pour éviter que le demandeur ne profite excessivement de son for pour attirer l'autre conjoint devant un État avec lequel ce dernier n'a aucun lien. Le fait que certains chefs de compétence, plutôt que d'autres, nécessitent de l'accord des époux laisse comprendre que, différemment du système mis en place dans le règlement Bruxelles II *ter*, les chefs de compétence du règlement sur les régimes matrimoniaux n'ont pas tous le même poids<sup>628</sup>. Nous soulignerons que l'accord des époux sur ce point ne peut pas être assimilé à une prorogation de compétence, parce que dans le cadre de l'article 5, paragraphe 2 du règlement n° 2016/1103, l'accord des époux vise plutôt à porter remède à l'insuffisance

<sup>626</sup> FRANZINA (2017-2018), p. 225.

<sup>627</sup> RICCI (2020), p. 185.

<sup>628</sup> *Ibid.*, p. 177.

perçue des chefs de compétence pertinents dans le règlement Bruxelles II *ter*<sup>629</sup>.

440 Les chefs de compétence des articles 4 et 5 ne sont pas toujours applicables. Pour cette raison, l'article 6 vise essentiellement à combler cette lacune en établissant une règle générale de compétence résiduelle : indépendamment de tout lien avec une affaire de succession ou une affaire de dissolution d'un mariage, la compétence est régie par cet article « lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 4 ou 5 ». Il pourrait être le cas lorsqu'il existe une affaire matrimoniale comprise dans le champ d'application matériel de l'article 4 ou 5, mais que les conditions qu'y sont prévues ne sont pas remplies<sup>630</sup>. L'article 6 est également applicable lorsque les juridictions d'un État tiers sont saisies des questions successorales ou d'une demande en désunion, tandis qu'une demande relative au régime matrimonial est déposée devant les juridictions d'un État lié par ces textes<sup>631</sup>. Finalement, l'article 6 du règlement n° 2016/1103 trouve application lorsqu'une décision judiciaire est sollicitée pour la liquidation des aspects patrimoniaux dans le cadre d'un divorce extrajudiciaire, que ce soit parce que l'accord conclu entre les époux à propos du divorce ne couvre pas cette question ou parce que ce point est contesté par l'un d'eux : dans ce cas, aucune juridiction n'étant saisie d'une demande relative au principe de la désunion, il faudra donc se tourner vers la disposition de l'article 6, qui régit la compétence « dans des cas autres que ceux prévus » aux articles 4 et 5<sup>632</sup>.

441 En premier lieu, l'article 6 attribue la compétence pour statuer sur une question relative aux régimes matrimoniaux aux juridictions de l'État membre sur le territoire duquel les époux ont leur résidence habituelle (let. a). Si la résidence habituelle des époux n'est pas située dans un État membre, la compétence revient aux juridictions de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, « dans la mesure où l'un d'eux y réside encore au moment de la saisine de la juridiction » (let. b). À défaut, l'affaire devra être portée devant les juri-

---

<sup>629</sup> FRANZINA (2017-2018), p. 232.

<sup>630</sup> Cela peut se produire, par exemple, lorsqu'un litige oppose les conjoints sur la question de savoir si un certain bien fait partie des biens communs du couple ou s'il appartient plutôt à un seul conjoint, ou lorsque, en vertu des règles matérielles applicables, les conjoints doivent demander l'approbation du tribunal afin de modifier leur régime après le mariage. Voir VIARENGO, Proposal (2011), p. 208. Un autre cas d'application pourrait se produire lorsqu'une question patrimoniale se pose dans le cadre d'une procédure de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage et que les époux ne parviennent pas à un accord nécessaire conformément à l'art. 5, paragr. 2 r. 2016/1103. Voir FRANZINA (2017-2018), p. 235.

<sup>631</sup> Relations patrimoniales-BONOMI, art. 6 N 12.

<sup>632</sup> Property Regimes-FRANZINA, art. 6 N 6.01.

dictions de l'État membre de la résidence habituelle du défendeur et, à défaut, devant les juridictions de l'État membre participant de la nationalité commune des époux (let. c).

#### II.B.2.1.2.c.ii. La compétence de substitution

En vertu de l'article 9, paragraphe 1 du règlement n° 2016/1103, un tribunal compétent pour statuer sur une question relative aux régimes matrimoniaux est autorisé à décliner sa compétence s'il estime que le mariage en question ne peut produire d'effets juridiques dans l'ordre juridique du for. Dans ce cas, les tribunaux indiqués à l'article 9, paragraphe 2, seront compétents. La compétence de ces derniers est de « substitution » ou « alternative », en ce sens qu'elle comble une lacune résultant du rejet de l'affaire par les tribunaux normalement compétents. 442

L'article 9 poursuit un double objectif. D'une part, il donne aux juridictions d'un État membre la possibilité de ne pas statuer sur certaines questions relevant du champ d'application du règlement lorsqu'elles se rapportent à une situation juridique qui n'est pas connue du droit du for, comme il pourrait être le cas pour une question de régime matrimoniaux découlant d'un mariage entre personnes du même sexe, portée devant les juridictions d'un État membre qui ne reconnaît que le mariage entre conjoints de sexe opposé<sup>633</sup>. D'autre part, l'article 9, en prévoyant une alternative à la compétence des juridictions précitées, évite le risque que les époux soient victimes d'un déni de justice<sup>634</sup>. 443

#### II.B.2.1.2.c.iii. Les compétences subsidiaires

Comme affirmé précédemment, les chefs de compétence prévus par le règlement européen sur les régimes matrimoniaux se veulent exhaustifs. Il s'en suit qu'une juridiction d'un État membre participant, saisie d'une affaire relevant du champ d'application des règlements, pourra uniquement fonder sa compétence sur ces dispositions, et n'aura d'autre choix que de se déclarer incompétente dans le cas où aucun des chefs de compétence prévus par les règlements n'est réalisé dans les circonstances du cas d'espèce. 444

Au vu de qui précède, il pourrait exister des situations qui, tout en présentant un lien avec un État membre, échappent aux dispositions examinées jusqu'à 445

<sup>633</sup> FRANZINA (2017-2018), p. 242.

<sup>634</sup> *Ibid.*

présent, ce qui empêcherait les autorités de l'État concerné de se saisir de l'affaire. Les articles 10 et 11 du règlement n° 2016/1103 répondent à cette préoccupation en offrant aux tribunaux des États membres participants une possibilité de dernier recours de se déclarer compétentes dans des affaires normalement hors de leur sphère de compétence, et cela grâce à la création de chefs de compétence subsidiaires. Ces chefs de compétence sont définis « subsidiaires » parce qu'ils ne peuvent être invoqués que dans le cas où aucune juridiction d'un État membre ne serait compétente en application des dispositions précédentes. Par ces règles, le législateur européen a voulu faciliter l'accès aux tribunaux d'un État lié par le règlement<sup>635</sup>, en leur permettant de statuer sur un large éventail de questions, y compris dans des cas présentant des liens relativement faibles avec les États membres en question, ou avec l'Union elle-même.

446 L'application de l'article 10 nécessite la réalisation de deux conditions. D'une part, il faut qu'aucune juridiction d'un État membre ne soit « compétente en vertu des articles 4, 5, 6, 7 ou 8 », que toutes les autres juridictions aient décliné leur compétence en vertu de l'article 9 et qu'aucun autre tribunal ne soit compétent en vertu de cette disposition. D'autre part, l'exercice de la compétence sur la base de l'article 10 est uniquement possible « dans la mesure où les biens immobiliers de l'un ou des deux époux sont situés sur le territoire de cet État membre »<sup>636</sup>. Si ces deux conditions d'application sont réalisées, le tribunal saisi est compétent « pour statuer uniquement sur les biens immobiliers en cause ». Ainsi, la compétence subsidiaire de l'article 10 crée une scission du patrimoine du couple, qui sera parfois obligé de saisir plusieurs juridictions. Ces situations entraînent un double risque. D'une part, se multiplient les situations de compétences concurrentes entre les juridictions des États liés et celles des États non lié par le règlement. D'autre part, ces mêmes juridictions pourraient appliquer des lois différentes. L'on souligne que, dans ces cas, aucun mécanisme communautaire de coordination n'est applicable, cette tâche retombant entièrement sur les règles nationales des États concernés<sup>637</sup>.

---

<sup>635</sup> Relations patrimoniales-BONOMI, art. 10 N 3.

<sup>636</sup> Cette disposition trouve clairement inspiration de l'art. 10, paragr. 2, r. 650/2012, qui confère une compétence résiduelle aux juridictions de l'État membre où se trouvent les biens de la succession « pour statuer sur ces biens ». Cependant, la compétence subsidiaire consacrée dans le règlement sur les régimes matrimoniaux est plus restreinte parce que, différemment de ce qui est prévu dans le règlement successions, il est nécessaire que le bien sur le territoire de l'État membre concerné soit un bien immobilier. Property Regimes-FRANZINA, art. 10 N 10.08.

<sup>637</sup> *Ibid.*, art. 10 N 10.14.



L'article 11 prévoit un *forum necessitatis*. De même que pour les autres dispositions ayant servi de modèle à l'article 11 du règlement n° 2016/1103<sup>638</sup>, l'idée est d'éviter un éventuel risque de déni de justice en permettant aux tribunaux d'un État membre de faire valoir leur compétence sur une question relative aux régimes matrimoniaux dans les cas où « une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite, ou se révèle impossible, dans un État tiers avec lequel l'affaire a un lien étroit » (art. 11, paragr. 1 r. 2016/1103). Pour que la compétence puisse être revendiquée sur cette base, il faut cependant qu'il existe un « lien suffisant » entre l'affaire et l'État membre de la juridiction saisie (art. 11, paragr. 2 r. 2016/1103). 447

### II.B.2.2. *L'autonomie de la volonté en matière de compétence*

Regardée par le passé avec suspicion dans certains ordre juridique, l'élection de for est désormais largement acceptée, en matière contractuelle et commerciale, dans la plupart des pays. 448

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, 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'AELE. Dans ce contexte, les règles nationales demeurent importantes dans la mesure où les instruments de source européenne ne régissent que la prorogation de compétence au profit d'une juridiction ou des juridictions d'un État lié par ces textes, alors que celle au profit des juridictions d'un État tiers demeure l'apanage des règles de droit commun. 449

En droit international privé de la famille, l'élection de for est prévue dans plusieurs règlements européens consacrés à certains aspects patrimoniaux du droit de la famille. Dans ces domaines, elle est également admise en droit suisse, notamment à l'article 5 LDIP. En revanche, elle reste exclue en matière de divorce. Dans les paragraphes suivants, nous allons établir un état de lieu comparatif, en droit suisse et européen, quant à l'admission et aux limites de l'élection de for en droit matrimonial. 450

---

<sup>638</sup> Nous pouvons citer, en particulier, l'art. 7 r. 4/2009 et l'art. 11 r. 650/2012. Partant, l'interprétation que la Cour a fourni dans le cadre de l'art. 7 r. 4/2009 (cf. *supra*, n° 430) devrait également s'appliquer à cette disposition.

### II.B.2.2.1. L'absence d'une possibilité d'élection de for en matière de divorce

451 À l'heure actuelle, tant dans l'Union européenne qu'en Suisse, les parties n'ont pas la possibilité de s'accorder de manière anticipée quant à la juridiction compétente pour leur divorce.

452 Contrairement aux attentes de plusieurs commentateurs et professionnels du droit, le règlement Bruxelles II *ter* n'a apporté aucune nouveauté au sujet du rôle de l'autonomie des parties - dans ce contexte, la possibilité pour les parties à la procédure de désigner une juridiction étroitement liée -, qui continue à être exclue dans le cadre de cet instrument renouvelé. Alors que la possibilité préexistante pour les parties de participer à la détermination de la juridiction pour les questions de responsabilité parentale a été affinée par cette refonte, le nouvel instrument néglige d'inclure une disposition d'élection de for, très souhaitable pour le divorce transfrontalier<sup>639</sup>.

453 En examinant les raisons de ce choix, il est utile de rappeler tout d'abord que, contrairement aux autres domaines législatifs de l'UE, les instruments introduits dans le domaine familial nécessitent l'unanimité du Conseil pour être adoptés (art. 81, paragr. 3 TFUE). Bien que les raisons de s'opposer au choix des parties dans les affaires familiales transfrontalières ne soient pas bien explicitées, il semble que certains États membres aient le sentiment général que l'autonomie des parties est inappropriée dans ce domaine sensible qui se situe à l'intersection entre le droit et la société, de sorte que des préoccupations liées à la protection des parties les plus faibles dans les accords et à la reconnaissance du mariage homosexuel ont été invoquées<sup>640</sup>.

454 Il nous paraît important de souligner que la question de l'introduction dans le système d'une disposition admettant une prorogation de compétence en matière de divorce a été évoquée par le législateur européen par le passé. La Commission soulève ce point dans le Livre vert de 2005<sup>641</sup> où, après avoir rappelé les risques de manque de sécurité juridique et de prévisibilité, l'incitation à se précipiter devant les tribunaux et le manque de protection des citoyens de l'UE résidant dans un État tiers résultant de la non-admission de l'autonomie<sup>642</sup>, elle affirme que « permettre aux parties de convenir qu'une juridiction ou que les juridictions d'un État membre donné sont compétentes en cas de divorce pourrait accroître la sécurité juridique et la souplesse et être

---

<sup>639</sup> GRAY, *Stalemates and Innovation* (2022), p. 45.

<sup>640</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>641</sup> COM(2005) 82 final.

<sup>642</sup> *Ibid.*, p. 3-4.

particulièrement utile en cas de divorce par consentement mutuel »<sup>643</sup>. L'introduction d'une règle concernant l'élection de for avait donc été envisagée par la Commission<sup>644</sup> : toutefois, comme le démontre l'absence d'une norme allant dans ce sens dans le nouvel règlement n° 2019/1111, le législateur européen a finalement décidé d'abandonner cette idée.

Cette omission a des conséquences de grande ampleur, tant pour l'utilisation de l'instrument lui-même que pour la possibilité de coordination entre les juridictions compétentes pour les procédures connexes<sup>645</sup>. En effet, le règlement Bruxelles II *ter* fait partie d'un cadre plus large d'instruments qui touchent au domaine des relations matrimoniales. En tant que telles, les conséquences du manque d'autonomie des parties dans ce règlement ont également un impact sur le fonctionnement de ce cadre dans son ensemble, parce que la juridiction de divorce sera généralement celle qui traite d'autres aspects essentiels du divorce, tels que la liquidation du régime et les questions alimentaires. L'absence d'un choix du for réduit les possibilités pour les parties d'avoir une certitude quant à leur situation juridique, car aucune partie ne peut prévoir quel tribunal, parmi ceux désignés par le Règlement Bruxelles II *ter*, pourrait être saisi par l'autre époux<sup>646</sup>.

Cette omission est d'autant plus surprenante vu que le règlement Bruxelles II *ter* (art. 10), comme déjà son prédécesseur (règlement Bruxelles II *bis*, art. 12), admet la possibilité de conclure un accord sur la compétence de la juridiction chargée de statuer sur les questions de responsabilité parentale, bien qu'avec de nombreuses précautions. Si l'élection de for est reconnue dans un domaine si sensible que la protection des enfants, on voit mal pourquoi elle

<sup>643</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>644</sup> COM(2006) 399 final, art. 3*bis*.

<sup>645</sup> À titre d'exemple, nous citerons un exemple qui nous est proposé par la Professeure VIARENGO. Dans ce scénario, il s'agit d'un couple ayant vécu ensemble en Allemagne puis en Espagne. Par la suite, le mari déménage dans un autre pays, comme la France. Après un an, il y demande le divorce. La concentration de la procédure auprès de la même juridiction est possible, mais pas automatique. La compétence du tribunal français est fondée sur l'art. 3, paragr. 1, let. a, cinquième tiret de Bruxelles II *ter*, car il s'agit du tribunal dans lequel le demandeur a résidé habituellement pendant au moins un an immédiatement avant la demande. Afin que les questions relatives au régime soient également traitées par le tribunal français, un accord d'élection de for est nécessaire, conformément à l'art. 5, paragr. 2, let. a du règlement sur les régimes. Dans ce cas, la concentration des compétences n'est pas autorisée sans l'accord des conjoints. Sans un tel accord, les tribunaux espagnols seraient compétents pour statuer sur la succession du couple, tandis que les tribunaux français prononceraient le divorce. Pour plus de détails, voir VIARENGO, *Choice* (2016), p. 548.

<sup>646</sup> GRAY, *Stalemates and Innovation* (2022), p. 51.

doit être entièrement écartée pour les actions matrimoniales, ces dernières n'affectant que l'intérêt de personnes adultes<sup>647</sup>.

### II.B.2.2.2. L'élection de for en matière alimentaire

457 Contrairement au choix de loi (cf. *infra*, n° 555 ss), la possibilité pour les parties de conclure une élection de for en matière alimentaire est un concept généralement accepté sur la scène internationale.

458 Admettre la possibilité d'une élection de for peut favoriser le créancier d'aliments, dans la mesure où cet accord peut garantir l'accès à un juge devant lequel le créancier pourra obtenir des aliments du débiteur<sup>648</sup> ou, à l'inverse, exclure la compétence de juridictions devant lequel il ne pourra pas obtenir des aliments du débiteur<sup>649</sup>.

459 D'autre part, il existe le risque que l'élection de for désavantage la partie la plus faible, le créancier d'aliments<sup>650</sup>. En effet, par le biais notamment d'un choix en faveur d'une juridiction qui ne présente qu'un lien faible avec la relation concernée, il se pourrait que le débiteur d'aliments arrive à se soustraire à ses devoirs familiaux. Pour cette raison, le règlement n° 4/2009 a introduit des limitations aux options de choix ouvertes aux parties, restreignant la palette de choix à une liste de fors qui présentent des liens objectifs avec la situation familiale (cf. *infra*, n° 474).

460 En Suisse, en revanche, il n'existe pas de restrictions semblables, car, s'agissant de la prorogation de for en matière alimentaire, tant la convention de Lugano que la LDIP prévoient l'application des dispositions générales valables en matière commerciale.

#### II.B.2.2.2.a. L'élection de for dans la convention de Lugano

461 Comme nous l'avons vu, en Suisse, les obligations alimentaires sont incluses dans le champ d'application matériel de la convention de Lugano.

462

---

<sup>647</sup> BONOMI, L'élection de for (2023), p. 67-86.

<sup>648</sup> Par exemple, dans le cas d'un mariage entre personnes du même sexe, grâce à une prorogation de for en faveur des juridictions d'un État qui reconnaît la validité de ce mariage et donc, très probablement, également le droit à des aliments post-divorce.

<sup>649</sup> Dans l'éventualité, par exemple, que les époux se trouvent devant une juridiction qui reconnaît la validité d'une clause de renonciation anticipée à des aliments post-divorce.

<sup>650</sup> WIDIEZ RASOLONOMENJANAHARY (2019), paragr. 184.

La possibilité de conclure une prorogation de compétence figurait déjà dans la convention de Bruxelles et dans l'ancien règlement Bruxelles I. Basée sur ces textes, la convention de Lugano prévoit également une disposition générale en matière d'élection de for à son article 23. Conformément au libéralisme prédominant en matière commerciale, les parties sont, en principe, libres de choisir la juridiction qu'elles souhaitent pour régler les questions alimentaires<sup>651</sup>.

Le champ d'application de l'article 23 CL prévoit la réunion de deux conditions (art. 23, paragr. 1 CL) : d'une part, l'une des parties qui conviennent de la prorogation de for doivent avoir leur résidence dans des États membres et, d'autre part, le tribunal désigné doit être celui d'un État membre de la convention. 463

L'une des conséquences majeures du fait que l'élection de for en matière d'obligations alimentaires se fonde sur la clause générale d'élection de for en matière commerciale est que les parties ne sont pas confrontées à une simple option de juridictions, mais plutôt à une vraie liberté de choix. À ce propos, il convient d'anticiper que cette approche très libérale n'a pas été suivie par le législateur européen lors de l'élaboration du règlement n° 4/2009 (cf. *infra*, n° 472). Ainsi, l'article 4 du règlement sur les aliments contient des limitations au choix du for inconnues à l'article 23 CL. Ces différentes approches peuvent donner lieu à des conflits de compétence positifs et négatifs, que le législateur suisse avait déjà relevé en 2007, au moment de la révision de convention. Un conflit de compétence négatif pourrait se produire lorsqu'un tribunal suisse accepterait une élection de for au profit d'un tribunal européen sur la base de l'article 23 CL, alors que le tribunal désigné par les parties devrait refuser la prorogation sur la base des dispositions plus sévères de l'article 4 du règlement européen sur les aliments<sup>652</sup>. Un conflit positif se produirait, à l'inverse, lorsqu'un tribunal européen se déclare compétent malgré la prorogation en faveur d'un tribunal suisse, alors que le tribunal suisse se considère aussi compétent sur la base de la prorogation conforme à l'article 23 CL<sup>653</sup>. 464

Au niveau formel, la forme écrite est certes prévue à l'article 23, paragraphe 1, lettre a CL, mais elle ne constitue qu'une première solution. De fait, la convention attributive de juridiction peut également être conclue « verbalement avec confirmation écrite » (let. a), ou « sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles » (let. b)<sup>654</sup>. 465

<sup>651</sup> BERAUDO/BERAUDDO (2018), paragr. 39.

<sup>652</sup> FF 2009 1497, p. 1516.

<sup>653</sup> *Ibid.*

<sup>654</sup> Par souci d'exhaustivité, nous mentionnons que l'art. 23 CL prévoit également la possibilité de conclure une élection de for, dans le domaine du commerce international, « sous une

466 Or, il nous semble plausible de nous interroger sur la pertinence de ces modalités, clairement élaborées pour répondre aux besoins des litiges de nature commerciale, au domaine des obligations alimentaires. Au vu du but affiché de protection des intérêts de la partie faible, ici le créancier d'aliments, il y a lieu de se questionner si les modalités prévues dans la convention sont en mesure de réaliser l'objectif recherché. En effet, il sied de relever que la convention connaît des règles restreignant l'élection de for dans le but de protéger les parties faibles, tels que les consommateurs, les assurés et les travailleurs. Il est dès lors surprenant qu'aucune limitation ne soit prévue pour la protection du créancier d'aliments, une partie qui est très souvent dans une position de faiblesse. Ces réflexions nous paraissent d'autant plus justifiées que la convention, contrairement à la LDIP, n'exige même pas une confirmation écrite bilatérale, mais se contente d'une confirmation qui peut émaner de l'une ou de l'autre partie<sup>655</sup>, y compris celle qui bénéficierait de la prorogation de for, ici le débiteur d'aliments.

*II.B.2.2.2.b. L'élection de for dans la loi suisse de droit international privé*

467 La loi suisse de droit international privé prévoit, à son article 5, une clause générale d'élection de for en matière commerciale. Cette disposition trouvera à s'appliquer, de manière subsidiaire, toutes les fois où le champ d'application de l'article 23 CL (cf. *supra*, n° 463) n'est pas rempli<sup>656</sup>.

468 Au sens de la LDIP, la notion de « matière patrimoniale » inclut toute prétention qui a une valeur pécuniaire pour les parties<sup>657</sup>. Le critère déterminant pour la définition de la « matière patrimoniale » est l'existence d'un but économique poursuivi par l'auteur de l'action<sup>658</sup>. Partant, en principe, l'élection de for peut également porter sur les prétentions de nature pécuniaire du droit de la famille<sup>659</sup>.

469

---

forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée » (let. c). Cette modalité de conclusion est clairement inapplicable dans le domaine des obligations alimentaires.

<sup>655</sup> ATF 4A\_272/2007, consid. 5.

<sup>656</sup> BSK IPRG-GROLIMUND/BACHOFNER, art. 5 N 10 ; ZK IPRG-MÜLLER-CHEN, art. 5 N 35.

<sup>657</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, art. 5 CL N 6.

<sup>658</sup> *Ibid.*, art. 5 CL N 7.

<sup>659</sup> ZK IPRG-MÜLLER-CHEN, art. 5 N 55.

De manière similaire à la convention de Lugano, la LDIP exige un accord écrit (art. 5, al. 1), mais envisage également d'autres moyens de transmission permettant de prouver l'existence de l'accord sur la prorogation de for<sup>660</sup>. Comme anticipé, en matière commerciale, contrairement à la solution très libérale consacrée par la convention de Lugano, le Tribunal fédéral a imposé un accord écrit bilatéral, si bien qu'il est nécessaire que chaque partie déclare par écrit, ou par l'une des autres formes de communication mentionnées, sa volonté de conclure l'élection de for<sup>661</sup> : au vu des intérêts en présence, cette exigence nous paraît particulièrement bienvenue en matière alimentaire.

Comme pour la convention de Lugano, l'application de la clause générale d'élection de for alloue aux parties une complète liberté de choix de la juridiction compétente en matière alimentaire. 470

Il convient de souligner qu'une partie de la doctrine soulève des doutes quant à l'applicabilité de l'article 5 LDIP en droit de la famille. Comme nous le verrons, certains auteurs doutent même de l'applicabilité de cette disposition même en matière de régimes (cf. *infra*, n° 480) : à plus forte raison, se pose la question de la pertinence de la clause d'élection de for de l'article 5 LDIP en matière alimentaire. En effet, la nature particulière de l'objet du litige exige un examen attentif, dans la mesure où des difficultés pratiques pourraient surgir dans la mise en œuvre d'une convention attributive de juridiction lorsque l'objet du litige a une incidence sur d'autres questions connexes qui ne sont pas couvertes par l'élection de for<sup>662</sup>. C'est le cas, en particulier, du divorce, où il s'agit de trancher, outre la question liée à l'état des personnes, une multitude d'autres questions, y compris celles relatives au régime matrimonial, à l'entretien et à l'éventuel partage de la prévoyance professionnelle. 471

#### II.B.2.2.2.c. L'élection de for dans le règlement européen n° 4/2009

Contrairement à ce que prévoit la convention de Lugano, le règlement n° 4/2009 limite la liberté des parties de convenir de la juridiction compétente en matière d'obligations alimentaires. 472

Tout d'abord, le règlement n° 4/2009 exclut la possibilité d'une élection de for pour les mineurs de dix-huit ans, dans un souci de protection de la partie faible (consid. 19 r. 4/2009). 473

<sup>660</sup> BSK IPRG-GROLIMUND/ BACHOFNER, art. 5 N 23 ; CR LDIP/CL-BUCHER, art. 5 CL N 10 ss.

<sup>661</sup> ATF 119 II 391, consid. 3a.

<sup>662</sup> BSK IPRG-GROLIMUND/ BACHOFNER, art. 5 N 16.

- 474 De plus, les parties ont uniquement la possibilité de choisir entre plusieurs juridictions énumérées dans le règlement. Sur la base de l'article 4, paragraphe 1, il s'agit notamment des juridictions de l'État de la nationalité (let. a) ou celles de l'État de la résidence habituelle (let. b) de l'une des parties. Des possibilités additionnelles de choix sont prévues pour les aliments entre époux ou ex-époux (let. c). Ceux-ci peuvent également désigner les tribunaux qui sont compétents pour connaître de leur différend matrimonial, notamment une éventuelle procédure de divorce (let. c, i), ou les tribunaux de l'État de leur dernière résidence habituelle commune, à condition que celle-ci ait duré plus d'un an (let. c, ii).
- 475 Nonobstant la liste limitée de juridictions pouvant faire l'objet d'une prorogation de compétence, le choix ouvert aux couples est en réalité assez large, et cela en raison du renvoi de la lettre c, i. En effet, cette disposition fait référence à l'article 3 du règlement Bruxelles II *ter*, lequel prévoit des nombreux chefs de compétence en matière de divorce<sup>663</sup>. À cet égard, il convient de se demander si, pour connaître des questions alimentaires, les époux ont la possibilité de désigner librement la juridiction compétente parmi celles prévues à l'article 3 du règlement Bruxelles II *ter*, ou s'il faut interpréter l'article 4, paragraphe 1, lettre c, i, en ce sens que la validité de l'élection de for en matière alimentaire est subordonnée à la condition que le tribunal choisi soit effectivement celui saisi de la demande de divorce. À notre avis, à défaut de précision du législateur européen en ce sens, il convient d'admettre que, dans le cadre du règlement n° 4/2009, les époux ont la liberté de désigner toute juridiction qui serait compétente pour le divorce sur la base de l'article 3 Bruxelles II *ter*.
- 476 Pour qu'il puisse y avoir une élection de for, le premier paragraphe de l'article 4 exige que les conditions de nationalité ou résidence habituelle soient remplies au moment du choix ou au moment de l'introduction de l'instance<sup>664</sup>. Au niveau formel, la convention doit être conclue par écrit ou par une autre voie de transmission, même électronique, permettant de consigner durablement la convention d'élection de for<sup>665</sup>. En revanche, les autres modalités formelles qui figurent encore dans la convention de Lugano (cf. *supra*, n° 465) ont été supprimées.
- 477 L'on notera que, comme dans le règlement Bruxelles I *bis* et dans tous les autres règlements européens qui prévoient une élection de for, uniquement des juridictions des États membres, ainsi que les États liés par la convention de

---

<sup>663</sup> FONGARO/ HECTOR (2018), paragr. 25.

<sup>664</sup> CÉLÉRIEN (2019), paragr. 28.

<sup>665</sup> FONGARO/ HECTOR (2018), paragr. 26.



Lugano, peuvent faire l'objet d'un choix sur la base de l'article 4 du règlement sur les aliments<sup>666</sup>.

### II.B.2.2.3. L'élection de for en matière de régimes matrimoniaux

#### II.B.2.2.3.a. L'élection de for dans la loi suisse de droit international privé

Comme pour les obligations alimentaires, la disposition pertinente pour l'élection de for en matière de régimes matrimoniaux est l'article 5 LDIP. Son alinéa 1 affirme qu'« en matière patrimoniale, les parties peuvent convenir du tribunal appelé à trancher un différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé ». Dans le cadre de l'article 5 LDIP, nous avons déjà mentionné ce qu'il faut entendre par « matière patrimoniale » (cf. *supra*, n° 468). 478

Selon l'opinion traditionnelle, qui est celle de la doctrine majoritaire, la prorogation de compétence doit être admise en application de l'article 5 LDIP, les régimes matrimoniaux étant sans doute une matière patrimoniale au sens de cette disposition<sup>667</sup>. 479

Néanmoins, comme nous l'avons anticipé, une partie de la doctrine se montre critique quant à l'utilisation de l'article 5 en matière de régimes. En particulier, certains auteurs préconisent une approche similaire à celle adoptée par le règlement européen (cf. *infra*, n° 484-494), estimant que les compétences « de renvoi » en faveur du juge compétent pour le divorce ou la succession, consacrées à l'article 51, lettres a et b LDIP (cf. *supra*, n° 410), devraient être considérées comme impératives<sup>668</sup>. Selon ces auteurs, la détermination du caractère impératif résulterait de l'interprétation de l'article 51 LDIP<sup>669</sup>. En effet, il ressort des travaux préparatoires de la LDIP que, s'agissant des actions relatives aux régimes, le législateur suisse de l'époque voulait garantir un for lié avec les procédures connexes<sup>670</sup>. Or, ce but n'est pas atteint si les parties peuvent, par une convention d'élection de for, « découpler » la compétence en matière de régime matrimonial de la compétence en matière de divorce ou de succession. Dès lors, les compétences annexes de l'article 51, lettres a et b 480

<sup>666</sup> CÉLÉRIEN (2019), paragr. 28.

<sup>667</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, art. 51 LDIP N 3 ; BSK IPRG-COURVOISIER, art. 51 N 21-22d.

<sup>668</sup> ZK IPRG-WIDMER LÜCHINGER, art. 63 N 52.

<sup>669</sup> *Ibid.*, art. 51 N 24.

<sup>670</sup> FF 1983 I 255, p. 338.

LDIP, devraient être considérées comme impératives, de sorte qu'une prorogation de for serait exclue<sup>671</sup>.

481 En revanche, dans le cas de l'article 51, lettre c LDIP (cf. *supra*, n° 413), rien ne s'opposerait à l'admission d'une prorogation de for selon l'article 5 LDIP, en tout cas lorsqu'il s'agit de statuer sur les seules questions touchant au régime matrimonial<sup>672</sup>.

482 Il convient de relever que cette limitation amoindrit de manière importante l'utilité pratique d'un accord d'élection de for. Malgré l'importance de préserver le lien entre, d'une part, la succession ou la procédure démariage et, d'autre part, la liquidation du régime matrimonial, il convient de se demander si ce lien doit nécessairement être préservé contre la volonté concordante des époux<sup>673</sup>. Il convient également de noter que, sur le plan international, le respect du principe de l'unité du jugement de divorce est souvent soumis de toute manière à d'importantes dérogations, que ce soit par effet de la diffusion grandissante des divorces déjudiciarisés ou par la prévision de règles de compétence spécifiques pour certains aspects du contentieux de la désunion, tels que la responsabilité parentale ou la prévoyance professionnelle<sup>674</sup>.

483 De plus, cette limitation n'est pas forcément cohérente avec la large admission de l'autonomie des parties le plan des conflits de lois. En effet, comme nous le verrons (cf. *infra*, n° 574-580), tout en limitant les options disponibles pour les époux, la loi suisse de droit international privé reconnaît largement l'élection de droit en matière de régimes matrimoniaux, malgré le fait que des risques bien importants peuvent résulter du choix d'une loi peu protectrice<sup>675</sup>.

#### *II.B.2.2.3.b. L'élection de for dans le règlement européen n° 2016/1103*

484 Comme nous l'avons relevé (cf. *supra*, n° 311), avant l'entrée en vigueur du règlement européen, les législations nationales de droit international privé prévoyaient rarement une élection de for en matière de régimes matrimoniaux.

485 Actuellement, en cas de litiges en matière patrimoniale, les règlements européens permettent généralement aux parties de convenir de la juridiction com-

---

<sup>671</sup> ZK IPRG-WIDMER LÜCHINGER, art. 51 N 24.

<sup>672</sup> *Ibid.*, art. 51 N 25.

<sup>673</sup> BONOMI, L'élection de for (2023), p. 75.

<sup>674</sup> *Ibid.*

<sup>675</sup> *Ibid.*, p. 76.

pétente<sup>676</sup>. Il en va de même dans le règlement n° 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux, qui adresse la question de la prorogation de compétence à son article 7.

D'abord, il convient de relever que le choix du for peut être fait avant qu'un litige naisse et même avant le mariage<sup>677</sup>. L'élection de for telle que conçue par le législateur européen est cependant sujette à une double limite. En premier lieu, une élection de for est uniquement possible dans les cas où la détermination de la compétence relèverait de l'article 6. La raison est que les articles 4 et 5 instaurent un système de compétences accessoires que le législateur a estimé impératif de respecter afin de permettre, autant que possible, qu'une seule juridiction puisse se prononcer sur l'ensemble des questions liées à la désunion ou à la succession du couple. La majorité des cas de dissolution du régime matrimonial se présentant en lien avec une procédure de divorce ou avec l'ouverture d'une succession, il s'ensuit que la portée pratique de l'article 6, et donc de l'article 7, est réduite<sup>678</sup>.

La portée de cet article est davantage restreinte au motif que, lors de la rédaction d'un contrat de mariage, le « consentement » au for selon l'article 5, paragraphe 2, exigé pour déterminer la validité de la compétence accessoire en matière de régimes dans les situations où certains fors « faibles » de l'article 3 du règlement Bruxelles II *ter* déterminent la compétence en matière de divorce, primera sur l'article 7. Lorsque les parties ne parviennent pas à un accord à propos du for dans ce contexte, la compétence accessoire prévue à l'article 5 ne sera pas réalisée. Par conséquent, la compétence à propos du régime matrimonial du couple devra se fonder sur l'article 6, ce qui laisse une place pour un potentiel choix selon l'article 7<sup>679</sup>. Cependant, ce cas de figure demeure assez théorique au motif que, à notre avis, difficilement des époux qui n'ont pas réussi à trouver un accord sous l'égide de l'article 5 le trouveront sur la base de l'article 7<sup>680</sup>.

<sup>676</sup> Nous rappelons que le règlement Bruxelles II *ter* prévoit une solution différente : à défaut d'une possibilité de procéder au choix de la juridiction compétente, il instaure une multitude de chefs de compétence alternatifs (cf. *supra*, n° 416).

<sup>677</sup> Relations patrimoniales-LEIN, art. 7 N 24.

<sup>678</sup> *Ibid.*, art. 7 N 6.

<sup>679</sup> Property Regimes-FRANZINA, art. 7 N 7.03. Néanmoins, un for élu selon l'art. 7 peut coïncider avec les fors mentionnés à l'art. 5, paragr. 2. Dans un tel cas, la compétence sera fondée sur l'art. 5, paragr. 2, et non pas sur l'art. 7.

<sup>680</sup> Cette interaction entre l'art. 5 et l'art. 7 complique la tâche de planification des parties, vu que les parties ne peuvent pas prédire laquelle des différentes juridictions alternatives de l'art. 3 Bruxelles II *ter* sera compétente pour la procédure de divorce, ce dernier ne permettant pas

- 488 L'article 7 peut également jouer un rôle dans le scénario de l'article 9, paragraphe 2, qui permet aux parties un choix de for selon l'article 7 lorsqu'une juridiction compétente en vertu des articles 4 ou 6 décline sa compétence.
- 489 En deuxième lieu, il s'agit, comme en matière alimentaire, d'un système d'option de juridiction. À ce propos, le considérant 36 du règlement explique que la raison d'être de cette limitation réside dans la volonté d'assurer un équilibre entre les objectifs de sécurité et prévisibilité juridique et le respect de l'autonomie privée. Nous relevons également que les différents fors à la disposition des époux visent à garantir un parallélisme entre compétence et droit applicable, ainsi qu'une connexion entre les époux et le for, de sorte à éviter des fors imprévisibles<sup>681</sup>.
- 490 S'agissant des options de choix, selon l'article 7, paragraphe 1, les parties peuvent, en premier lieu, désigner le for en parallèle au droit choisi en vertu de l'article 22. Cette disposition limite le choix du droit applicable (a) à la loi de l'État dans lequel au moins l'un des époux ou futurs époux a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention ou (b) à la loi d'un État dont l'un des époux ou des futurs époux a la nationalité à ce même moment. Vu que, comme nous le verrons, le choix de loi peut être fait avant le mariage (cf. *infra*, n° 594) et que l'article 7 établit un lien entre la désignation de la juridiction compétente et le choix de la loi applicable, l'élection de for peut être combinée avec l'élection de droit, par exemple dans un contrat de mariage.
- 491 Lorsque les parties n'ont pas choisi le droit applicable, elles peuvent néanmoins choisir un for aligné au droit qui est applicable à défaut de choix en vertu de l'article 26, paragraphe 1, lettres a ou b, soit, respectivement, la loi de l'État de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage ou, à défaut, la loi de l'État de la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage<sup>682</sup>. La disposition de l'article

---

l'élection de for. Pour plus de détails sur la question, voir Relations patrimoniales-LEIN, art. 7 N 13.

<sup>681</sup> Property Regimes-FRANZINA, art. 7 N 7.11.

<sup>682</sup> La doctrine discute s'il faudrait exclure le choix du for dans des cas dans lesquels l'art. 26, paragr. 2, est applicable. L'art. 7 ne fait pas de référence expresse à cet article, qui prévoit que le rattachement subsidiaire à la loi du pays duquel les deux époux possèdent la nationalité au moment du mariage (art. 26, paragr. 1, let. b) est à écarter en cas de double nationalité commune. La raison d'être de l'art. 26, paragr. 2, est d'assurer qu'un seul droit est applicable et d'éviter toute incertitude par rapport à sa détermination. En vue des objectifs affichés au consid. 36, il est préférable d'appliquer l'art. 26, paragr. 2, également dans le contexte de l'art. 7. Pour plus de détails, voir MANKOWSKI (2017), p. 23.

26, paragraphe 1, prévoit une hiérarchie entre les lettres a et b (cf. *infra*, n° 533), qui n'est pas reprise à l'article 7. L'on pourrait admettre un choix de for basé sur l'une ou l'autre alternative<sup>683</sup>. Il faut cependant interpréter l'article 7 à la lumière de son objectif de permettre l'alignement entre for et droit applicable. Ainsi, un for dans l'État membre de la nationalité commune prévu dans l'article 26, paragraphe 1, lettre b, ne devrait pas entrer en ligne de compte lorsque les parties ont établi une résidence habituelle commune après leur mariage<sup>684</sup>.

L'article 7 prévoit, enfin, une troisième option pour le choix du for : les juridictions de l'État membre dans lequel le mariage a été célébré, c'est-à-dire dont les autorités ont célébré le mariage (consid. 37)<sup>685</sup>. Cependant, nous relevons que cette alternative ne semble pas réaliser l'objectif de coordination poursuivi par le législateur, car elle ne peut en aucun cas aboutir à un parallélisme entre compétence et droit applicable : en effet, la connexion avec le lieu de célébration du mariage n'est pas considérée comme un facteur de connexion suffisant pour servir de fondement à la détermination du droit applicable<sup>686</sup>. 492

Au niveau formel, l'article 7, paragraphe 2, exige que l'accord d'élection de for soit formulé par écrit. Contrairement à l'article 4, paragraphe 2, du règlement n° 4/2009, l'article 7, paragraphe 2, exige explicitement la mention de la date de l'accord, ainsi que la signature des parties, confirmant ainsi qu'une élection de for implicite n'est pas admissible<sup>687</sup>. 493

Comme nous l'avons relevé pour la LDIP, les limitations posées à l'élection de for ne sont pas cohérentes avec la large admission de l'autonomie des parties le plan des conflits de lois reconnue par le règlement (cf. *infra*, n° 586 ss). De telles différences ne sauraient être justifiées par la volonté de protéger l'époux plus démuné. S'il est vrai qu'une élection de for peut le limiter dans l'exercice de ses droits, il y a lieu d'admettre que des risques bien plus importants peuvent résulter du choix d'une loi protectrice<sup>688</sup>. 494

<sup>683</sup> Property Regimes-FRANZINA, art. 7 N 7.10.

<sup>684</sup> Relations patrimoniales-LEIN, art. 7 N 25.

<sup>685</sup> Cette alternative peut jouer un rôle surtout pour des mariages homosexuels qui ont été célébrés dans un pays qui les reconnaît. Ainsi, les époux peuvent s'assurer de la compétence d'un tribunal qui s'occupera des questions concernant leur régime matrimonial, lorsqu'une compétence accessoire selon l'art. 5 ne peut être admise, par exemple parce que le tribunal saisi du divorce se trouve dans un État membre qui ne reconnaît pas le mariage homosexuel.

<sup>686</sup> Relations patrimoniales-LEIN, art. 7 N 30.

<sup>687</sup> Property Regimes-FRANZINA, art. 7 N 7.13.

<sup>688</sup> BONOMI, L'élection de for (2023), p. 75-76.

### II.B.3. Les règles en matière de droit applicable

495 Après avoir analysé les questions relatives à la compétence internationale, dans les sections suivantes nous nous livrerons à une étude plus approfondie des questions relatives au droit applicable.

496 Dans une première partie, nous passeront brièvement en revue les règles de rattachement applicables à défaut de choix des parties, pour ensuite nous concentrer sur l'étendue et les limites de l'autonomie accordée aux parties en matière de choix de loi.

#### II.B.3.1. Les rattachements objectifs

##### II.B.3.1.1. La loi applicable au divorce

497 Selon l'article 61 LDIP, le divorce est régi par le droit suisse. Lorsque les tribunaux suisses sont compétents selon l'article 59 LDIP (cf. *supra*, n° 396-397), la loi du for ainsi désignée est alors le droit du domicile des époux ou de l'un d'eux. En revanche, lorsque la compétence repose sur les critères subsidiaires des articles 60 ou 60a LDIP, le droit suisse ne correspond pas au domicile de l'un des époux.

498 Au sein de l'Union européenne, le règlement Rome III, aux articles 5 à 16, pose des règles de conflits de lois dans le but d'assurer aux couples internationaux une plus grande prévisibilité et sécurité juridique, mais également souplesse afin d'« empêcher une situation dans laquelle l'un des époux demande le divorce avant l'autre pour faire en sorte que la procédure soit soumise à une loi donnée qu'il estime plus favorable à ses propres intérêts » (consid. 9 r. 1259/2010). À défaut de choix de loi par les époux (cf. *infra*, n° 545-554), le règlement prévoit une règle de conflit fondée sur des critères de rattachement en cascade (art. 8), visant à soumettre le divorce et la séparation de corps à une loi présentant des liens étroits avec la situation (consid. 21 r. 1259/2010)<sup>689</sup>. Ainsi, l'article 8 prévoit-il que le divorce soit soumis à la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction (let. a) ; ou à défaut, de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine de la juridiction (let. b) ; ou à défaut, de la nationalité des deux époux au moment de

---

<sup>689</sup> CJUE, *JE*, C-249/19, paragr. 33. Pour plus de détails, voir le commentaire de CORNELOUP, *Les limites* (2020).

la saisine de la juridiction (let. c) ; ou à défaut, dont la juridiction est saisie (let. d).

### II.B.3.1.2. La loi applicable en matière alimentaire

Aux termes de l'article 49 LDIP, « l'obligation alimentaire entre époux est régie par la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ». Au sein de l'Union européenne, l'article 15 du règlement n° 4/2009 déclare que « la loi applicable en matière d'obligations alimentaires est déterminée conformément au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ».

#### *II.B.3.1.2.a. Le rattachement principal : la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments*

Tant dans la convention de 1973 que dans le protocole de 2007, le principe général est le rattachement des obligations alimentaires à la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier (art. 4 CLaH 73 ; art. 3 Prot. 2007)<sup>690</sup>. La notion de résidence habituelle n'étant pas définie dans le texte légal lui-même, « elle doit être comprise comme une notion de pur fait »<sup>691</sup>.

Les obligations alimentaires ayant comme but la protection du créancier, ce rattachement présente plusieurs avantages, les principal étant qu'il permet de déterminer l'existence et le montant de l'obligation alimentaire en tenant compte des conditions juridiques et factuelles du pays où le créancier vit et exerce l'essentiel de ses activités<sup>692</sup>. Comme l'a relevé la Cour de justice, « l'article 3, paragraphe 1, du protocole de La Haye de 2007 prévoit l'application à titre principal de la loi de la résidence habituelle du créancier, laquelle présente le lien le plus étroit avec la situation du créancier et apparaît, partant, comme étant la mieux à même pour régir les problèmes concrets que le créancier d'aliments est susceptible de rencontrer »<sup>693</sup>. Ce rattachement garantit en outre l'égalité de traitement entre les créanciers qui vivent dans le même pays, sans distinction selon leur nationalité<sup>694</sup>. De plus, l'utilisation de la loi de la résidence habituelle du créancier augmente les chances d'atteindre une harmonisation entre la compétence judiciaire et le droit applicable, dans la

<sup>690</sup> BONOMI, Rapport explicatif (2013), paragr. 36.

<sup>691</sup> VERWILGHEN (1975), paragr. 137.

<sup>692</sup> BONOMI, Rapport explicatif (2013), paragr. 37.

<sup>693</sup> CJUE, KP, C-83/17, paragr. 42-43.

<sup>694</sup> BONOMI, Rapport explicatif (2013), paragr. 38.

mesure où le critère de la résidence habituelle du créancier est également utilisé pour la détermination du tribunal compétent en matière alimentaire<sup>695</sup> (cf. *supra*, n° 425).

- 502 L'adoption de ce critère de rattachement engendre un autre problème à résoudre, soit celui du conflit mobile à la suite d'un changement de résidence habituelle de la part du créancier d'aliments. Le but poursuivi étant d'assurer l'application de la loi de l'État où le créancier ressent ses besoins alimentaires, il aurait été illogique de faire prévaloir un statut d'immutabilité<sup>696</sup>. Ce point trouve confirmation dans la jurisprudence de la Cour, qui indique que « l'article 3, paragraphe 2, du protocole de La Haye prévoit que, en cas de changement de de la résidence habituelle, la loi de l'État de la nouvelle résidence habituelle s'applique à partir du moment où ce changement est survenu »<sup>697</sup>. Par conséquent, en cas de conflit mobile, les aliments dus après le changement de résidence seront régis par la loi de la nouvelle résidence habituelle du créancier (art. 4, al. 2 CLaH 73 ; art. 3, paragr. 2 prot. 2007). *A contrario*, les prétentions portant sur la période antérieure au changement sont soumises à la loi de l'ancienne résidence habituelle.
- 503 Cette solution, qui s'impose à la lumière du rattachement à la loi de la résidence habituelle du créancier, pourrait ne pas toujours aboutir à une coïncidence entre la compétence et le droit applicable. En effet, lorsque la compétence de l'autorité dépend de la résidence habituelle du créancier, cette dernière est généralement appréciée au moment de la demande, sans tenir compte d'une modification successive<sup>698</sup>. En revanche, sur le plan de la loi applicable, le changement de résidence habituelle du créancier devra être pris en compte lors de la décision alimentaire, et ce, même s'il s'est produit en cours de procédure.
- 504 Le risque de cette variabilité du statut alimentaire est que le créancier s'établisse dans un pays dont la loi en matière d'aliments lui est plus favorable<sup>699</sup>. De toute façon, ce risque existe dès lors que l'on retient un élément de rattachement factuel comme la résidence habituelle<sup>700</sup>. À notre connaissance, ce cas de figure hypothétique, qui relève sans doute de la théorie de la fraude, ne s'est pas encore présenté en jurisprudence.

---

<sup>695</sup> *Ibid.*, paragr. 39.

<sup>696</sup> VERWILGHEN (1975), paragr. 140.

<sup>697</sup> CJUE, *KP*, C-83/17, paragr. 42-43.

<sup>698</sup> BONOMI, Rapport explicatif (2013), paragr. 45.

<sup>699</sup> WIDIEZ RASOLONOMENJANAHARY (2019), paragr. 124.

<sup>700</sup> *Ibid.*



II.B.3.1.2.b. *Les dérogations*II.B.3.1.2.b.i. Les facteurs de rattachement subsidiaires dans la convention de 1973

Malgré la place prépondérante accordée à la loi de résidence du créancier, la convention de 1973 prévoit également des facteurs de rattachement subsidiaires pour les situations où la loi devait refuser au créancier tout droit aux aliments. Dans ces cas, la convention prévoit des rattachements « en cascade ». Dans la première hypothèse, si le créancier et le débiteur d'aliments possèdent la même nationalité, l'article 5 prévoit l'application de la loi de leur nationalité commune. Si l'application de cette loi devait également aboutir au même résultat négatif, l'article 6 prévoit l'application de la loi de l'autorité saisie de la question. Dans la deuxième hypothèse où le créancier et le débiteur d'aliment sont de nationalité différente, une fois la loi de la résidence habituelle évincée, il faudra uniquement se tourner vers la loi de l'autorité saisie en vertu de l'article 6<sup>701</sup>.

S'agissant de l'obligation d'entretien entre époux, la convention de La Haye de 1973 prévoit une règle spéciale à son article 8, selon laquelle les aliments entre époux divorcés sont régis par la loi applicable au divorce. Cette solution s'applique non seulement lorsque la demande d'aliments est tranchée au moment du divorce, mais également aux actions intentées après la procédure de divorce, notamment en révision ou en complément du jugement de divorce. La raison invoquée pour cette *perpetuatio juris* est l'exigence de garantir la continuité, en évitant que le changement de résidence de l'époux créancier n'entraîne une modification de la loi applicable<sup>702</sup>.

Cette solution comporte plusieurs inconvénients. En particulier, le choix d'un facteur de rattachement invariable dans le temps peut entraîner, lorsque l'obligation alimentaire entre époux doit être réglée après le divorce, l'application d'une loi qui a perdu toute pertinence à l'égard de la situation des ex-époux et de leurs intérêts respectifs<sup>703</sup>. Il est également possible que le jugement de divorce ne comporte aucune disposition relative aux aliments ; en ce cas, le souci de continuité sur lequel repose l'article 8 se révèle peu pertinent<sup>704</sup>.

<sup>701</sup> VERWILGHEN (1975), paragr. 143.

<sup>702</sup> *Ibid.*, paragr. 53.

<sup>703</sup> BONOMI, Rapport explicatif (2013), paragr. 81.

<sup>704</sup> Cela est particulièrement vrai lorsque les époux ont divorcé dans un pays qui ne prévoit pas d'aliments pour un époux divorcé. Dans ce cas, l'application de la loi du divorce entraîne le

II.B.3.1.2.b.ii. Les dérogations dans le protocole de 2007

- 508 En sus de la règle générale de rattachement, le protocole prévoit également des dispositions spéciales en présence de certaines catégories de créanciers. Comme exprimé dans le rapport explicatif, la « raison d'être de ces dérogations est d'introduire un régime plus favorable à certaines catégories de créanciers d'aliments dans des cas où l'application de la loi de leur résidence habituelle s'avère être contraire à leurs intérêts »<sup>705</sup>.
- 509 Contrairement à la convention de 1973, dans laquelle le système « en cascade » fondé sur des rattachements subsidiaires avait une portée générale, le protocole de 2007 permet uniquement aux catégories de créanciers visées par son article 4 de bénéficier des critères de rattachement prévus à cette même disposition. Il s'agit, notamment, des parents envers leurs enfants, des personnes, autres que les parents, envers des personnes âgées de moins de 21 ans et des enfants envers leurs parents.
- 510 L'article 5 du protocole contient une règle spéciale pour le rattachement des obligations alimentaires entre époux et ex-époux. Déjà à ce stade, il convient de noter que le champ d'application de l'article 5 est large car, contrairement à l'article 8 de la convention de 1973, cette disposition se veut applicable non seulement aux obligations entre époux divorcés, mais également aux obligations alimentaires entre époux pendant leur mariage<sup>706</sup>. Pour ces obligations, le rattachement de principe à la résidence habituelle du créancier cède le pas, lorsque l'une des parties le demande, à l'application de la loi d'un autre État, en particulier l'État de la dernière résidence habituelle commune des époux, si cette loi présente des liens plus étroits avec le mariage.
- 511 S'agissant de la raison d'être de cette règle spéciale, le rapport explicatif indique qu'elle repose sur le constat que l'application de la loi de la résidence habituelle du créancier n'est pas toujours appropriée pour les obligations entre époux ou ex-époux. En effet, dans certains systèmes nationaux, des aliments ne sont octroyés à un époux qu'avec beaucoup de retenue et dans des situations exceptionnelles<sup>707</sup>. De plus, la possibilité pour l'un des époux d'influer sur l'existence et le contenu de l'obligation alimentaire par un changement

---

refus de toute prestation, ce qui ne semble pas justifié dans les situations où cette loi ne présente pas de rattachement particulièrement étroit avec le cas d'espèce. Pour plus de détails, voir BONOMI, Rapport explicatif (2013), paragr. 81.

<sup>705</sup> *Ibid.*, paragr. 49.

<sup>706</sup> *Ibid.*, paragr. 90.

<sup>707</sup> *Ibid.*, paragr. 78.

unilatéral de résidence habituelle peut conduire à un résultat peu équitable et contraire aux attentes légitimes du débiteur<sup>708</sup>.

À la lumière des inconvénients évoqués plus haut s'agissant de la solution consacrée par la convention de 1973 et à la recherche d'un équilibre entre le souci de protection du créancier et celui de l'application de la loi d'un État avec lequel le mariage présente des liens significatifs, il a été décidé d'opter pour une solution flexible qui permet au juge saisi, si l'une des parties le demande, d'écarter l'application de la résidence habituelle du créancier si le mariage présente des liens plus étroits avec un autre État, notamment avec celui de la dernière résidence habituelle commune<sup>709</sup>. La référence à ce critère ne constitue pas une véritable présomption, mais une simple indication, qui reflète la conviction que, dans de nombreux cas, la loi de la dernière résidence habituelle commune présente des liens très significatifs avec le mariage<sup>710</sup>. 512

Il convient de relever que la demande de l'une des parties n'a pas automatiquement pour effet d'écarter la loi de la résidence habituelle du créancier désignée par l'article 3. Encore faut-il que, selon l'appréciation faite par l'autorité saisie, la loi dont l'application est demandée présente un lien plus étroit avec le mariage, le principe de proximité constituant donc le fondement de la règle<sup>711</sup>. 513

### II.B.3.1.3. La loi applicable aux régimes matrimoniaux

#### *II.B.3.1.3.a. La détermination de la loi applicable dans la loi suisse de droit international privé*

##### II.B.3.1.3.a.i. Les principes fondamentaux

Dans la LDIP, les dispositions en matière de loi applicable aux régimes matrimoniaux sont conformes au principe d'unité de la loi applicable<sup>712</sup>, qui prévoit l'application d'une seule loi à l'ensemble des biens des époux. 514

Ce principe est couplé avec le principe de mutabilité rétroactive (cf. *infra*, n° 520-526), qui prévoit qu'en cas de changement de domicile, la loi de l'État du 515

---

<sup>708</sup> *Ibid.*

<sup>709</sup> *Ibid.*, paragr. 81.

<sup>710</sup> *Ibid.*, paragr. 86.

<sup>711</sup> *Ibid.*, paragr. 85.

<sup>712</sup> ZK IPRG-WIDMER LÜCHINGER, Vorbemerkungen zu Art. 51–58 IPRG N 12.

nouvel domicile s'appliquera au régime matrimonial de manière rétroactive, sauf convention contraire. Ce principe vise à garantir que la loi applicable au régime présente des liens étroits avec la situation des époux<sup>713</sup>.

#### II.B.3.1.3.a.ii. La loi applicable à défaut de choix des parties

- 516 La question de la loi applicable au régime matrimonial en l'absence de choix des parties fait est régie, dans la loi suisse de droit international privé, par l'article 54 LDIP, qui prévoit plusieurs critères de rattachement en cascade.
- 517 À ce propos, l'article 54, alinéa 1 LDIP désigne comme applicable en premier lieu le droit de l'État du domicile commun (let. a) et, en second lieu, le droit de l'État dans lequel les époux ont eu leur dernier domicile commun (let. b). Déjà à ce stade, l'on notera que le législateur helvétique a opté, à défaut de domicile commun actuel, pour l'application de la loi du dernier domicile, contrairement à ce que nous verrons au sujet du règlement européen, qui a préféré retenir comme applicable plutôt la loi de la première résidence habituelle des époux. Le critère de rattachement étant le droit du dernier domicile, il s'ensuit qu'une modification de la loi applicable au régime matrimonial sera donc possible, contrairement à ce qui est prévu en particulier dans le cadre du règlement européen.
- 518 Le deuxième alinéa de la disposition se réfère au droit national commun des parties, applicable dans les cas où les époux n'ont jamais habité ensemble dans le même pays.
- 519 Enfin, dans l'hypothèse extraordinaire d'époux qui n'auraient jamais eu de domicile commun et qui seraient de nationalités différentes, l'article 54, alinéa 3 LDIP prévoit que le régime suisse de la séparation de biens est applicable. Il ne s'agit pas simplement d'une référence à la loi du for, parce qu'ici le régime conventionnel de la séparation de biens, réglé aux articles 247 à 251 CCS, devient le régime ordinaire des époux<sup>714</sup>. Cette solution est problématique dans la mesure où elle peut se révéler peu protectrice des intérêts du conjoint économiquement plus faible<sup>715</sup>. De plus, cela peut conduire à des solutions surprenantes pour les parties, surtout lorsque les droits des États avec lesquels le couple a des liens significatifs, à savoir l'État du domicile et leurs États nationaux, prévoient des régimes communautaires ou de participation. Dès lors, lorsqu'on ne répond pas à l'attente des parties, le recours à la clause

---

<sup>713</sup> ZK IPRG-WIDMER LÜCHINGER, art. 55 N 3.

<sup>714</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, art. 54 LDIP N 4.

<sup>715</sup> BSK IPRG-COURVOISIER, art. 52 N 15.

d'exception de l'article 15 LDIP reste possible, pourvu qu'il soit possible de déterminer un autre droit avec une relation beaucoup plus étroite<sup>716</sup>. L'ordre public pourrait également intervenir, notamment lorsque le droit étranger comporte des règles discriminatoires<sup>717</sup>.

Le droit applicable étant, en premier lieu, celui du dernier domicile des époux, l'éventuel changement de domicile pose le problème d'un éventuel « conflit mobile », qui fait l'objet de l'article 55 LDIP. À ce propos, il est prévu qu'« en cas de transfert de domicile des époux d'un État à un autre, le droit de l'État du nouveau domicile est applicable et rétroagit au jour de la conclusion du mariage » (art. 55, al. 1 LDIP). C'est la consécration du principe de la mutabilité rétroactive<sup>718</sup>. 520

Cette approche, opposée à celle du règlement européen sur les régimes matrimoniaux, présente des avantages et des inconvénients. Parmi les premiers, l'on mentionnera le fait qu'elle conduit à l'application d'un droit avec lequel les époux ont, en principe, des liens substantiels<sup>719</sup>. De plus, l'application de cette loi permet de réaliser une coordination avec le droit applicable à d'autres aspects connexes, notamment l'entretien après divorce ou la succession du conjoint survivant. 521

D'autre part, le changement de loi applicable suite à un changement du domicile commun du couple peut également aboutir à des solutions surprenantes pour les époux, d'autant plus que ce changement se produit de manière « automatique » et que ceux-ci ne sont pas nécessairement informés de l'effet que leur changement de résidence entraîne sur la loi applicable à leur régime matrimonial. Pour faire face à ces inconvénients, le législateur helvétique a prévu quatre limitations à l'application du principe de la mutabilité rétroactive. 522

Les époux peuvent conclure par écrit un accord qui exclut la rétroactivité des effets que le changement de résidence produit sur la loi applicable au régime matrimonial (art. 55, al. 1 LDIP). Comme le confirme l'article 55, alinéa 1 523

<sup>716</sup> CR LDIP/CL-UCHER, art. 54 LDIP N 4. BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 54 N 7.

<sup>717</sup> Cassation, 1<sup>e</sup> civ., n° 95-18.646, afin d'écarter l'ancien régime légal suisse de l'union des biens.

<sup>718</sup> Il semble que le principe de mutabilité rétroactive soit ancré dans la tradition juridique suisse, et cela nonobstant les atteintes potentielles qu'il peut apporter au principe de sécurité juridique. Nous en avons une démonstration dans la nouvelle loi sur le « mariage pour tous », soumise à référendum, qui consacre ce même principe pour les époux de même sexe mariés à l'étranger, en les soumettant au régime ordinaire suisse de la participation aux acquêts avec effet rétroactif au moment de la conclusion du mariage (art. 9g, al. 1 des dispositions transitoires du CCS).

<sup>719</sup> CR LDIP/CL-UCHER, art. 55 LDIP 1.

LDIP, cette convention d'exclusion de la rétroactivité peut être passée en tout temps, même après le changement de domicile des époux<sup>720</sup>. Il en résultera que le régime matrimonial sera alors soumis à deux droits différents, et cela sans qu'il soit nécessaire de procéder à une liquidation du régime matrimonial<sup>721</sup>. L'on précisera que le droit précédemment applicable au régime matrimonial du couple ne sera pas nécessairement le droit de leur domicile antérieur, mais il sera déterminé selon les règles de droit international privé de l'État du précédent domicile des époux<sup>722</sup>. Cela revient à reconnaître l'existence d'un renvoi caché dans le texte de l'article 55, alinéa 1 LDIP<sup>723</sup>, et cela dans le souhait de garantir le respect des attentes légitimes des époux, évitant ainsi, autant que possible, l'aboutissement à des solutions surprenantes.

- 524 En outre, l'article 55, alinéa 2 LDIP permet aux époux de conclure un accord écrit en faveur du maintien de l'application du droit de l'ancien domicile, excluant ainsi toute mutabilité du droit applicable.
- 525 Le principe de mutabilité rétroactive du droit applicable au régime matrimonial est également mis à l'écart dans l'éventualité où les époux avaient conclu un contrat de mariage avant le changement de domicile. Dans ce cas de figure, l'article 55, alinéa 2 LDIP infère de la conclusion du contrat de mariage la volonté de maintien du droit qui était applicable au couple au moment de la conclusion de l'accord. En effet, ce droit applicable ne peut pas changer au moment du changement du domicile, dans la mesure où cela pourrait affecter la validité du contrat de mariage conclu par le couple. Le but de la disposition étant manifestement de garantir la validité du contrat de mariage, il faudra alors admettre que le régime matrimonial sera régi par le droit applicable au moment de la conclusion de l'accord<sup>724</sup>. Partant, pour les mêmes raisons exprimées auparavant concernant les conventions d'exclusion de la rétroactivité du changement du droit applicable, il faut admettre, aussi en ce cas, l'existence d'un renvoi caché au droit désigné par les règles de droit international privé de l'État du dernier domicile sur la base de l'article 55, alinéa 2 *in fine* LDIP<sup>725</sup>.
- 526 En dernier lieu, il convient de mentionner que, indépendamment de toute éventuelle conclusion d'un contrat de mariage, les époux ont la possibilité de

---

<sup>720</sup> *Ibid.*, art. 54 LDIP N 9.

<sup>721</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 55 N 6.

<sup>722</sup> *Ibid.*

<sup>723</sup> ZK IPRG-WIDMER LÜCHINGER, art. 55 N 27.

<sup>724</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 55 N 7.

<sup>725</sup> ZK IPRG-WIDMER LÜCHINGER, art. 55 N 47.

s'accorder sur la question du droit applicable à leur régime matrimonial (art. 52 et 53 LDIP, cf. *infra*, n° 574-585).

### II.B.3.1.3.b. *La détermination de la loi applicable dans le règlement européen n°2016/1103*

La question de la loi applicable aux régimes matrimoniaux est réglée au chapitre III du règlement n° 2016/1103. Aborder les questions relatives aux conflits de loi constituait une étape incontournable pour la réalisation du principe de reconnaissance mutuelle des décisions, qui constitue la fondation indispensable de la libre circulation des personnes dans l'espace européen. De manière générale, nous pouvons constater que les solutions retenues par le législateur européen dans les seize articles qui composent le chapitre sur la loi applicable s'inspirent en partie de la convention de La Haye de 1978<sup>726</sup>, tout en s'en éloignant sur des points importants. 527

L'article 27 du règlement sur les régimes matrimoniaux définit de manière large la portée de la loi applicable. Néanmoins, certaines questions restent soumises à des rattachements spéciaux : il s'agit de la validité formelle des conventions matrimoniales (art. 25), l'opposabilité aux tiers (art. 28) et l'adaptation des droits réels (art. 29). Il convient de relever que, sur la base de la large définition de la notion de régime matrimonial retenue dans le règlement (art. 3, cf. *supra*, n° 377), celle-ci pourrait englober des questions que, dans certains ordres juridiques, tomberaient sous la catégorie du « régime primaire » (cf. *supra*, n° 136-137)<sup>727</sup>. En tant que lois de police, ces règles, de nature impérative, sont normalement applicables uniquement aux couples installés dans le territoire de l'État concerné. Cependant, en raison de l'approche unitaire adoptée par le règlement, le domaine territorial de ces dispositions se retrouve étendu : dès lors, l'ensemble des biens des époux, y compris ceux qui sont situés à l'étranger, se retrouveront soumis aux règles relatives au régime primaire de la loi désignée par le règlement<sup>728</sup>. 528

#### II.B.3.1.3.b.i. Les principes fondamentaux

L'article 20, le premier du chapitre, consacre le principe d'application universelle de ces règles, qui veut que les dispositions du règlement restent appli- 529

<sup>726</sup> Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux ; Relations patrimoniales-BONOMI, Chapitre III N 4.

<sup>727</sup> GONZALEZ BEILFUSS, EU Regulation (2021), p. 8.

<sup>728</sup> Relations patrimoniales-BONOMI, art. 21 N 7.

cables même lorsqu'elles conduisent à l'application de la loi d'un État non-membre.

- 530 Ce choix apparaît cohérent avec le principe de l'unité de la loi applicable, l'un des principes inspirateurs du règlement, qui trouve expression à l'article 21. Ce principe implique que la juridiction saisie dans un État lié appliquera une seule loi à l'ensemble des biens du couple, indépendamment de leur localisation et de leur nature<sup>729</sup>.
- 531 Le principe d'unité de la loi applicable se complète avec celui d'immutabilité, que nous examinerons plus en détail par la suite (cf. *infra*, n° 537-539). Grâce au principe d'immutabilité, le transfert de la résidence habituelle des époux en cours de mariage n'entraîne, du moins en principe, aucun changement de la loi applicable. Par conséquent, celle-ci s'appliquera, de manière unitaire, à l'ensemble des biens des époux, quel que soit le moment de leur acquisition.

#### II.B.3.1.3.b.ii. La loi applicable à défaut de choix des parties

- 532 Dans le règlement sur les régimes, l'article 26 détermine le droit applicable au régime matrimonial à défaut de convention entre les époux en matière de droit applicable. Les règles de rattachement objectif suivent ici celles concernant le choix de la loi applicable. Bien que ce choix ne revête aucune véritable portée juridique<sup>730</sup>, cela souligne encore une fois la volonté du législateur européen de favoriser, autant que possible, le respect de la volonté des époux. Nonobstant cela, les règles de désignation de la loi applicable demeurent importantes, vu que la majorité des couples ne conclut aucune convention matrimoniale, qui représente le moyen le plus utilisé pour procéder à un choix de loi<sup>731</sup>.
- 533 Le système prévu par cette disposition est celui d'une série de rattachements « en cascade », dont chacun est applicable à défaut d'application du précédent. Ces critères de rattachements sont, respectivement, la loi de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage (let. a), la loi de la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage (let. b), ou, en dernier, la loi de l'État avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage (let. c).

---

<sup>729</sup> Property Regimes-MARTINY, art. 21 N 21.03.

<sup>730</sup> Nous rappelons en effet que, de toute manière, le droit choisi par les parties l'emporte sur la loi désignée sur la base des critères de rattachement objectifs.

<sup>731</sup> En France, par exemple, seulement le 17% des couples dérogent au régime matrimonial ordinaire prévu par la loi applicable, voir l'étude de FREMÉAUX/ LETURCQ (2013), p. 133.



Comme nous pouvons le constater, le principal facteur de rattachement est celui de la première résidence habituelle commune des époux après le mariage<sup>732</sup>. Le fait de privilégier le critère de la résidence sur celui de la nationalité n'est pas surprenant et s'inscrit de manière cohérente avec la politique législative de l'Union européenne en matière de droit international privé. Cependant, l'application de ce critère présente plusieurs difficultés, tant au niveau de la délimitation de la notion de « résidence habituelle » face aux couples mobiles, ce qui est toutefois un problème commun à l'ensemble des instruments européens qui se prévalent de ce critère de rattachement, que pour la compréhension de ce qu'il faut entendre par première résidence commune « après » la célébration du mariage. 534

Dans l'hypothèse où les époux vivaient déjà ensemble avant la célébration, la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment du mariage est bien évidemment applicable à leur régime matrimonial<sup>733</sup>. Néanmoins, dans le cas de changement de la résidence habituelle commune peu après la célébration du mariage, l'application de la loi du nouvel État de résidence devrait l'emporter<sup>734</sup>. Au contraire, si les époux ont leur résidence habituelle dans deux États distincts au moment de la célébration, sera applicable la loi de l'État dans lequel ils s'établiront après le mariage. 535

L'article 26 ne contient aucune indication sur des éventuelles limites temporelles. La seule précision en ce sens nous est fournie au considérant 49 du règlement, qui précise qu'avec l'expression « après le mariage » il faut entendre « peu après le mariage ». Toutefois, il est difficile de déterminer la signification exacte de cette expression : par conséquent, le juge appelé à trancher de la question devra se livrer à une analyse des circonstances du cas concret<sup>735</sup>. Cette incertitude rend l'application de la disposition potentiellement aléatoire, et ouvre donc la voie à des insécurités juridiques. D'autre part, il faut relativiser la portée de cette incertitude, dans la mesure où la question de la loi applicable ne se pose qu'en présence d'un problème concret touchant au 536

---

<sup>732</sup> L'on remarque que, sur ce point, la solution adoptée par le règlement n° 2016/1103 est d'autant plus « surprenante » puisqu'elle s'écarte également de la solution antérieurement retenue par la convention de La Haye de 1978. En effet, cette dernière prévoit que si deux époux établissent après le mariage leur première résidence habituelle dans un État A et qu'ensuite ils déménagent dans un État B et que cet autre État B est celui de leur nationalité commune, la loi de B régit les rapports nés après le changement de résidence alors que la loi de A demeure applicable aux rapports antérieurs (art. 7, al. 2 et 8 CLaH 78).

<sup>733</sup> Relations patrimoniales-BONOMI, art. 26 N 27.

<sup>734</sup> Property Regimes-MARTINY, art. 26 N 26.07.

<sup>735</sup> *Ibid.*, art. 26 N 26.22.

régime, ce qui laisse souvent la place pour une détermination de celle-ci même sur un espace de plusieurs mois<sup>736</sup>.

- 537 Le système prévu par le règlement sur les régimes se caractérise par son principe d'immutabilité de rattachement. Cela implique que, une fois la première résidence habituelle commune déterminée, la loi applicable au régime matrimonial du couple en question ne sera pas affectée par un éventuel changement subséquent de résidence. Les seules dérogations à ce principe sont la clause d'exception de l'article 26, paragraphe 3, et un éventuel choix de la loi applicable.
- 538 Cette approche présente plusieurs avantages, surtout au niveau de la stabilité et prévisibilité de la loi applicable, car elle permet aux époux de connaître la loi applicable à leur régime matrimonial déjà au moment de la célébration du mariage ou peu après. De plus, le changement de résidence n'ayant en principe aucun effet sur la loi applicable, le couple ne sera pas confronté à des solutions inattendues et ne risquera pas la perte des droits acquis sous l'empire de l'ancienne loi<sup>737</sup>. Cependant, la prévisibilité offerte par cette approche risque de se trouver compromise dans le cas où le couple transfère sa résidence habituelle dans un État qui connaît une solution différente. C'est le cas de la Suisse qui, comme nous l'avons relevé (cf. *supra*, n° 520), associe au changement de domicile un changement potentiel du droit applicable et résout le conflit mobile en résultant en adoptant un régime de mutabilité rétroactive. Dans ce cas, pour les couples souhaitant s'établir en Suisse en provenance d'un État de l'Union ou vice-versa, cette divergence d'approches pourrait conduire à des solutions inattendues.
- 539 D'autre part, cette solution présente un certain nombre de défauts. Tout d'abord, elle est discutable au niveau de la proximité. En effet, l'immutabilité est adaptée aux cas de couples que, après avoir passé la majorité de leur vie commune dans un même État, déménagent dans les dernières années de leur mariage. Au contraire, elle est douteuse dans le cas des couples ayant vécu la majorité de leur vie conjugale dans un État autre que celui de leur première résidence commune<sup>738</sup>. De plus, cette solution risque de compromettre la coordination entre compétence et droit applicable, la première étant normalement définie sur la base du critère de la résidence habituelle des époux au moment de l'ouverture de l'action grâce aux compétences de renvoi des ar-

---

<sup>736</sup> Relations patrimoniales-BONOMI, art. 26 N 32.

<sup>737</sup> Relations patrimoniales-BONOMI/ WAUTELET, Introduction N 42.

<sup>738</sup> VIARENGO, Effetti (2018), p. 50, pour qui la mutabilité rétroactive comporte des conséquences « inacceptables ».

articles 4 et 5 du règlement<sup>739</sup>. Finalement, l'application de la loi de la première résidence habituelle conduit à une dissociation entre la loi applicable au régime et celle applicable à des questions connexes, entre autres les aspects successoraux. C'est pour garantir qu'une seule et unique juridiction puisse se prononcer sur l'ensemble de ces questions que le règlement régimes lui-même, à ses articles 4 et 5, prévoit un système de compétences accessoires. Pourtant, cette coordination ne se poursuit pas au niveau de la loi applicable. En cas de divorce, celui-ci sera soumis à la loi de la résidence commune des parties au moment de l'ouverture de la procédure (art. 8, paragr. 1, let. a r. 1259/2010) ou, à défaut, de la dernière résidence habituelle des époux (art. 8, paragr. 1, let. b r. 1259/2010), alors que le régime matrimonial à dissoudre suite à l'ouverture la succession sera régi par la loi de la première résidence habituelle du couple<sup>740</sup>. Il en va de même en cas de dissolution du régime par le décès de l'un des conjoints, vu que le règlement sur les successions statue que la loi applicable sera celle de la dernière résidence du défunt (art. 21, paragr. 1 r. 650/2012).

Une correction est possible par le biais de la clause d'exception de l'article 26, paragraphe 3, grâce à laquelle le juge peut décider, à la demande de l'un des époux, d'appliquer la loi de la dernière résidence habituelle en place de celle de la première résidence. L'application de cette disposition, fondée sur des considérations de proximité, devrait cependant rester exceptionnelle, et se fonder sur la double condition que, d'une part, le couple ait vécu dans l'État de la dernière résidence habituelle « pour une durée significativement plus longue », et que les époux se soient fondés sur la loi de cet État « pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux »<sup>741</sup>.

540

### II.B.3.2. *L'autonomie de la volonté en matière de droit applicable*

Comme il ressort de notre analyse, il n'y a pas de pendant du système des compétences accessoires lors de la détermination du droit applicable à défaut du choix. En effet, dans le domaine de la loi applicable, les facteurs de rattachement prévus dans chaque instrument reflètent les spécificités typiques du contexte dans lequel ces normes s'insèrent. La majorité des textes se réfèrent à la notion de « résidence habituelle ». Néanmoins, il peut arriver, d'une part, que cette même notion reçoive des interprétations variables dans les différents

541

<sup>739</sup> MARTINY, Die Kommissionsvorschläge (2011), p. 450.

<sup>740</sup> VIARENGO, Effetti (2018), p. 54.

<sup>741</sup> PERREAU-SAUSSINE, La loi (2021), p. 102-103.

textes dans laquelle elle est insérée, sur la base de l'objectif poursuivi<sup>742</sup> et, d'autre part, que le moment décisif pour sa détermination diffère dans les différents textes.

542 Dans ce contexte, l'élection de droit pourrait constituer un moyen, pour les parties, de surmonter ces différences d'application et parvenir, au moins en partie, à une réglementation cohérente de leurs rapports patrimoniaux qui découlent de la fin de leur mariage.

543 Partant, dans les sections suivantes, nous nous livrerons à une analyse de la situation actuelle en matière de choix de loi en matière de divorce, aliments et régimes matrimoniaux.

### II.B.3.2.1. Le choix de loi en matière de divorce

#### *II.B.3.2.1.a. L'absence de choix dans la loi suisse de droit international privé*

544 En Suisse, le rejet de l'autonomie des parties sur le plan de la compétence fait pendant à son exclusion sur le plan des conflits de lois. Contrairement à ce qui est vrai dans plusieurs autres domaines juridiques, la LDIP ne permet pas aux époux de s'accorder quant au droit applicable à leur divorce, ces questions restant soumises, à la suite des révisions législatives de 2012<sup>743</sup> et de 2015<sup>744</sup>, à l'application exclusive du droit suisse du for (art. 45a, al. 2 et 61 LDIP).

#### *II.B.3.2.1.b. Le choix de la loi applicable dans le règlement européen n° 1259/2010*

545 Comme nous l'avons vu (cf. *supra*, n° 310), l'innovation majeure du règlement Rome III est sans doute l'introduction d'une véritable faculté pour les époux de choisir la loi applicable à leur divorce. Le règlement est le premier texte de droit international privé européen de la famille à avoir fait de ce choix la règle de principe, le rattachement objectif étant ramené au rôle de règle subsidiaire<sup>745</sup>.

546

---

<sup>742</sup> BONOMI, *Coherence and Coordination* (2020), p. 37.

<sup>743</sup> Loi fédérale du 15 juin 2012 concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés, RO 2013 1035.

<sup>744</sup> Code civil suisse (partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce), RO 2016 2313.

<sup>745</sup> HAMMJE, *Nouveau règlement* (2011), paragr. 21.

Ouvrant aux époux la possibilité de choisir la loi applicable à leur divorce, les époux se voient reconnaître le droit de choisir une loi favorable à leurs intérêts, ce qui dans la quasi-totalité des cas sera une loi permettant le divorce. En cela, l'option ouverte aux époux marque une réelle faveur au divorce, ainsi que sa « contractualisation », ce qui reflète les évolutions en droit matériel<sup>746</sup> (cf. *supra*, n° 129-134).

#### II.B.3.2.1.b.i. Les possibilités de choix

En vertu de l'article 5 du règlement Rome III, les parties qui rédigent un accord sur la loi applicable à leur divorce ou à leur séparation de corps peuvent choisir parmi quatre options : (i) la loi de la résidence habituelle commune des époux au moment de la conclusion de l'accord ; (ii) la loi de l'État dans lequel les deux époux ont eu leur dernière résidence habituelle, dans la mesure où l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de l'accord ; (iii) la loi de l'État dont l'un des époux a la nationalité au moment de la conclusion de l'accord ; et (iv) la loi du for. 547

Le choix est donc limité, les époux pouvant choisir comme loi applicable au divorce soit la loi d'un pays avec lequel ils ont des liens particuliers, soit la loi du for. 548

Si les termes du choix proposé sont assez classiques, plus incongrue apparaît en revanche la précision temporelle dont ils sont assortis : en effet, tant la résidence habituelle que la nationalité d'un époux seront appréciées « au moment de la conclusion de la convention » de choix. Si l'on peut comprendre que ce choix a été motivé par des considérations de prévisibilité<sup>747</sup>, si le couple souhaite conclure une clause de choix anticipée, la prise en compte de la résidence ou nationalité « au moment de la conclusion de la convention » peut poser problème en cas de mobilité ultérieure du couple, et ce à deux égards. D'une part, la cristallisation de la résidence habituelle au moment du choix risque de donner compétence à une loi n'ayant plus aucun lien objectif avec le couple lors du divorce, permettant finalement de choisir une loi « exotique » ou du moins « étrangère » pour le couple, et ce en particulier si l'appréciation tant de la résidence habituelle que de l'internationalité reste souple<sup>748</sup>. D'autre part, cette cristallisation du rattachement au moment du 549

<sup>746</sup> *Ibid.*, paragr. 23.

<sup>747</sup> En effet, les époux ne peuvent anticiper sur ce que sera leur résidence habituelle ou leur nationalité lors du divorce, s'ils font le choix longtemps avant. Pour plus de détails, voir HAMMJE, Nouveau règlement (2011), paragr. 28.

<sup>748</sup> *Ibid.*

choix débouchera sur une immutabilité de fait de ce choix de loi, en cas de désaccord ultérieur des époux. En cas de dégradation de leurs rapports, les conjoints ne pourront plus parvenir à un accord pour modifier le choix initial, alors même qu'il ne convient plus à l'un ou aux deux<sup>749</sup>.

550 S'agissant du choix de la loi nationale de l'un des conjoints, il est nécessaire de s'interroger sur les cas où un époux possède plusieurs nationalités. À ce sujet, les règlements Rome III renvoie aux règles nationales à propos des conflits de nationalité, avec la précision que les dispositions nationales doivent être appliquées conformément « aux principes généraux de l'Union » (consid. 22 r. 1259/2010). Cela conduit à exclure toute considération en lien avec une exigence de « nationalité effective », avec le résultat que les époux pourront choisir librement entre le droit des nationalités qu'ils possèdent, sans avoir à craindre que la validité de leur choix de loi ne soit remise en question.

#### II.B.3.2.1.b.ii. Les modalités du choix

551 Même si le règlement entend accorder une place privilégiée au principe d'autonomie, il se veut parallèlement soucieux de garantir l'existence du consentement des époux. En ce sens, le considérant 18 indique que « le choix éclairé des deux conjoints est un principe essentiel du présent règlement ». Pour respecter cette exigence, le règlement consacre principalement deux articles (art. 6 et 7) aux modalités du choix.

552 En premier lieu, l'article 6 contient des dispositions relatives au consentement et à la validité matérielle de la convention de choix. Ainsi, en principe, l'existence et la validité de la convention relèvent de la loi qui serait applicable si la convention de choix était valable (paragr. 1). Cependant, un époux qui voudrait démontrer son absence de consentement pourra « se fonder sur la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment où la juridiction est saisie si les circonstances indiquent qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cet époux conformément à la loi visée au paragraphe 1 » (paragr. 2). Ce tempérament vise habituellement à garantir l'existence même du consentement, notamment dans le cas où la loi choisie admettrait un consentement tacite, découlant d'un simple silence par exemple, contrairement à la loi de résidence habituelle de la partie concernée<sup>750</sup>.

553 En second lieu et surtout, l'article 7 régit la validité formelle de la convention de choix. À cet égard, l'article 7, paragr. 1, pose une règle matérielle

---

<sup>749</sup> *Ibid.*

<sup>750</sup> *Ibid.*, paragr. 30.

dictant un formalisme minimum : la convention doit être « formulée par écrit, datée et signée par les deux époux ». Cette règle s'applique, quelles que soient la résidence habituelle et la nationalité des époux, donc même si elles ne sont pas celles d'un État membre participant. Il en découle donc qu'un simple acte sous seing privé serait suffisant pour satisfaire les conditions exigées par le règlement<sup>751</sup>. On peut se demander si cette seule exigence est réellement suffisante pour s'assurer que les époux sont vraiment conscients de leur choix, et pour éviter toute emprise d'un époux sur l'autre : de fait, un conseil et contrôle extérieur sembleraient mieux à même de permettre un choix éclairé des conjoints, et ce surtout s'ils font ce choix à un moment antérieur au divorce<sup>752</sup>.

Pour répondre à ces nécessités, mais sans malheureusement poser lui-même d'autres exigences, le règlement introduit à l'article 7 l'obligation de tenir compte de formalités supplémentaires qui seraient requises par l'État membre participant de la résidence habituelle des époux (paragr. 2), de l'un ou l'autre des époux, si ceux-ci résident dans des États membres participants différents (paragr. 3) ou d'un seul époux, si l'autre réside dans un État tiers (paragr. 4). Les règles formelles supplémentaires issues du droit de ces États membres participants s'appliquent alors<sup>753</sup>.

554

### II.B.3.2.2. Le choix de loi en matière alimentaire

#### *II.B.3.2.2.a. L'absence de choix de la loi applicable aux obligations alimentaires en Suisse, sur la base de la LDIP et de la convention de La Haye de 1973*

Comme analysé plus en détail précédemment (cf. *supra*, n° 389), d'après l'article 49 LDIP, « l'obligation alimentaire entre époux est régie par la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ».

555

Or, ce texte ne contient aucune disposition sur l'élection de droit et instaure uniquement un système objectif de détermination de la loi applicable aux obligations alimentaires (cf. *supra*, n° 500 ss). À vrai dire, il n'existe presque aucune jurisprudence qui viendrait condamner un choix de la loi applicable

556

<sup>751</sup> *Ibid.*, paragr. 31.

<sup>752</sup> *Ibid.*

<sup>753</sup> On songe à l'exigence d'un acte authentique, par exemple si la convention de choix se trouve dans un contrat de mariage. Pour plus de détails, voir HAMMJE, Nouveau règlement (2011), paragr. 31.

par le créancier et le débiteur d'aliments. En revanche, quelques tribunaux semblent avoir accepté, de manière occasionnelle, un choix de loi par les parties. À cet égard, nous signalons un arrêt rendu par le Tribunal cantonal de Zurich<sup>754</sup>, lequel reconnaît expressément aux parties un tel choix. En l'occurrence, il s'agissait d'un mineur né hors mariage représenté par l'Office de la Jeunesse d'Autriche, qui agissait au nom de l'enfant contre un père présumé domicilié en Suisse ; un compromis avait été réalisé dans un document nommé « *Abfindungsvertrag* », dans lequel le défendeur reconnaissait être le père de l'enfant et s'engageait à payer une indemnité forfaitaire à cet enfant, ainsi que les frais d'accouchement de la mère. Cette convention était expressément soumise à la loi suisse, alors que l'enfant était à l'époque résident en Autriche : le Tribunal a déclaré que le choix de la loi suisse par les parties était permis.

557 Nous rappelons également que, s'agissant de l'obligation d'entretien entre époux, la convention de La Haye de 1973 prévoit une règle spéciale à son article 8, selon laquelle les aliments entre époux divorcés sont régis par la loi applicable au divorce. Il est intéressant de noter, cependant, qu'en 1997 la Cour suprême néerlandaise a accepté un choix de loi conclu par des époux en faveur de la *lex fori*, bien que cette loi ne régisse pas le divorce. Le principal argument utilisé par la Cour est que la convention ne contenait aucune règle excluant spécifiquement l'autonomie de la volonté des parties dans ce cas<sup>755</sup>. Il a également été avancé que la question de savoir si la convention s'appliquait aux accords en matière d'aliments avait été laissée en suspens lors des négociations<sup>756</sup>.

558 Nous relevons que, malgré le fait que le protocole n'ait pas encore été ratifié en Suisse, les parties y domiciliées pourraient tout de même bénéficier des options offertes par ce dernier en matière de choix de loi par le biais d'une prorogation de for valable en faveur d'un État lié par le protocole<sup>757</sup>. En effet, comme nous l'avons vu (cf. *supra*, n° 474), en matière d'obligations alimentaires entre époux ou ex-époux, l'article 4 du règlement n° 4/2009 permet de conclure une élection de for en faveur des juridictions de l'État membre dans lequel les époux ont eu leur dernière résidence habituelle commune pendant au moins un an ou la juridiction compétente en matière matrimoniale. Il ressort de cette disposition qu'il n'est pas nécessaire que l'une des parties ait son

---

<sup>754</sup> *Obergericht Zürich*, 2<sup>e</sup> civ., consid. a, in : *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung*, 1976, p. 23-28.

<sup>755</sup> BOELE-WOELKI, Art. 8 Haager (1998), p. 492-495.

<sup>756</sup> *Ibid.*

<sup>757</sup> ZK IPRG-WIDMER LÜCHINGER, art. 49 N 28.



domicile ou sa résidence habituelle dans un État membre de l'UE ; de plus, cette élection de for serait probablement valable du point de vue suisse (cf. *supra*, n° 461 ss). Pour les États tiers, cette possibilité peut se révéler intéressante, car, sur la base du renvoi de l'article 15 du règlement, cela permet le choix du droit applicable selon les articles 7 et 8 du protocole de La Haye de 2007 (cf. *infra*, n° 562-565).

Cependant, il n'est pas certain que cette possibilité soit valable lorsque l'État membre et l'État tiers sont tous deux parties à la convention de 1973 et que, comme c'est le cas de la Suisse, l'État tiers n'est pas partie au protocole de 2007. Cette incertitude découle des difficultés de coordination entre les deux instruments. Comme nous l'avons souligné (cf. *supra*, n° 394), l'article 18 du protocole aborde la question et établit que le protocole ne remplace la convention de 1973 que dans les relations entre les États contractants : cependant, au vu fait que tant la convention de 1973 que le protocole de 2007 se veulent d'application universelle (art. 3 CLaH 73 ; art. 2 prot. 2007), il n'est pas clair à quel moment l'on se trouve dans des « relations entre les États contractants ». Dès lors, ce critère n'aide pas pour résoudre le conflit lorsque, comme dans le cas présent, les deux instruments prévoient des solutions différentes. 559

#### *II.B.3.2.2.b. Le choix de la loi applicable aux obligations alimentaires dans le protocole de La Haye de 2007*

Comme nous l'avons déjà mentionné (cf. *infra*, n° 392), s'agissant de la question de la loi applicable aux obligations alimentaires, l'article 15 du règlement n° 4/2009 renvoie au protocole de La Haye du 23 novembre 2007. 560

Contrairement au choix de juridiction, déjà reconnu depuis quelque temps pour les situations internationales, l'introduction de la possibilité de choisir la loi applicable dans le domaine des obligations alimentaires est l'une des principales nouveautés consacrées par le protocole, et l'un des traits que démarque ce texte des autres instruments antérieurs en la matière, comme la convention de La Haye de 1973<sup>758</sup>. Le protocole envisage, à cet effet, deux possibilités. Les parties peuvent soit conclure un accord désignant la loi applicable à l'obligation alimentaire pour les besoins d'une procédure particulière (accord procédural, art. 7), soit désigner comme applicable sur le fond la loi d'un autre État, ce choix étant possible à tout moment (art. 8). 561

<sup>758</sup> BONOMI, Rapport explicatif (2013), paragr. 109.

II.B.3.2.2.b.i. Les possibilités de choix

- 562 L'article 7 permet de choisir la loi du for comme applicable à l'obligation alimentaire pour les besoins d'une procédure particulière. L'on notera que ce choix de loi est donc uniquement limité à la procédure à laquelle il se réfère<sup>759</sup>. Ce choix est relativement peu problématique, et est essentiellement destiné à faciliter et à accélérer la procédure. Comme on l'a vu, cette possibilité avait été admise, sous l'empire de la convention de La Haye de 1973, par la Cour suprême néerlandaise en 1997 (cf. *supra*, n° 557).
- 563 L'article 8 permet aux parties de procéder à un choix de loi à tout moment, y compris avant même la survenance du litige dans une optique de planification. Contrairement à ce qui est prévu pour l'article 7, ce choix ne sera pas uniquement valable pour une procédure particulière, mais sera au contraire censé régir les questions relatives aux obligations alimentaires à partir du moment du choix<sup>760</sup>. Comme mentionné également dans le rapport explicatif du protocole, « le principal avantage du choix de la loi applicable tel que prévu à l'article 8 est celui de garantir une certaine stabilité et prévisibilité quant à la loi applicable »<sup>761</sup>. En d'autres termes, l'utilité principale du choix de loi est de fixer de manière claire la loi applicable aux obligations alimentaires, et cela indépendamment de tout éventuel changement de résidence habituelle du futur créancier d'aliments<sup>762</sup>.
- 564 L'éventail des lois pouvant faire l'objet d'un choix sur la base de cette disposition est plus large que celui de l'article 7. Outre la loi de la nationalité de l'une des parties (art. 8, paragr. 1, let. a) et celle de la résidence habituelle de l'une des parties au moment de la désignation (let. b), le protocole permet aux époux de choisir la loi désignée comme applicable à leurs relations patrimoniales (let. c), ainsi que la loi désignée comme applicable à leur divorce (let. d)<sup>763</sup>. Ces options additionnelles posent un certain nombre de difficultés, entre autres

---

<sup>759</sup> *Ibid.*, paragr. 115.

<sup>760</sup> *Ibid.*, paragr. 124.

<sup>761</sup> *Ibid.*

<sup>762</sup> Pour une question de clarté, nous soulignons que le champ d'application de cette disposition est limité aux relations entre adultes capables. Notamment, contrairement à ce qui est prévu pour le choix de l'art. 7, l'art. 8 n'est pas applicable pour les obligations alimentaires envers un mineur, ainsi que pour les aliments impliquant un adulte « vulnérable », soit incapable de pourvoir à ses propres intérêts (art. 8, paragr. 3).

<sup>763</sup> La raison pour laquelle le protocole ne permet pas de désigner comme applicable aux obligations alimentaires la loi applicable, à défaut de choix, aux régimes matrimoniaux ou au divorce est que la détermination de celle-ci dépend des règles de droit international privé du for ou européennes et ne peut donc pas être établie avec suffisamment de certitude à l'avance. Voir BONOMI, Rapport explicatif (2013), paragr. 135.

le fait que la validité du choix de la loi applicable aux obligations alimentaires dépendra de la validité du choix de loi en matière patrimoniale ou en matière de divorce, une question pouvant aboutir à des résultats assez différents selon les règles de droit international privé du for<sup>764</sup>. Néanmoins, elles reflètent la volonté de favoriser l'application d'une loi unique aux différentes questions en cas de divorce ou séparation du couple<sup>765</sup>. Cet objectif se révèle particulièrement pertinent dans les cas où les époux envisagent la possibilité d'un divorce devant les tribunaux d'un État qui ne connaît pas de distinction nette, dans le cadre des effets accessoires du divorce, entre le régime matrimonial et les obligations alimentaires, comme c'est le cas des juridictions de *common law*<sup>766</sup> (cf. *supra*, n° 380).

Compte tenu des différences existantes entre les trois droits étudiés dans le chapitre précédent, il convient également de mentionner l'utilité de l'élection de droit dans les modalités prévues à l'article 8 du protocole : en effet, par le choix de la loi suisse ou française plutôt que de la loi italienne, les époux peuvent déterminer à l'avance leurs éventuels droits alimentaires en cas de divorce. De manière particulière, nous soulignons qu'en choisissant la loi suisse, les parties pourraient également conclure une convention anticipée sur les effets du divorce, actuellement interdites en droit français et italien.

565

#### II.B.3.2.2.b.ii. Les modalités du choix

Étant donné que le choix de la loi applicable selon l'article 7, paragraphe 1, peut également avoir lieu avant l'introduction de l'instance, l'article 7, paragraphe 2, apporte quelques précisions en ce qui concerne la forme, en prévoyant que, dans ce cas, la désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'un accord par écrit ou consigné sur quelque support que ce soit dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement. Cette disposition prévoit seulement un formalisme minimum relatif à l'accord ; cependant, les États peuvent prévoir d'autres exigences, en vue par exemple d'assurer que le consentement des parties est libre et suffisamment éclairé<sup>767</sup>.

566

Le choix de loi de l'article 8 doit également être fait par écrit. Cette disposition exige également la signature des parties. L'écrit peut être remplacé par

567

---

<sup>764</sup> *Ibid.*

<sup>765</sup> *Ibid.*

<sup>766</sup> DIETER (2012), p. 704-705.

<sup>767</sup> A BONOMI, Rapport explicatif (2013), paragr. 119.

tout support dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement, de sorte qu'il est possible d'utiliser des technologies de l'information, pour autant que le document électronique soit accompagné d'une signature électronique<sup>768</sup>. Il convient de relever que le protocole ne fait pas référence aux formalités supplémentaires prévues par les États participants, contrairement à ce qui est prévu dans le règlement Rome III (cf. *supra*, n° 554), et, nous le verrons, (cf. *infra*, n° 596), dans le règlement en matière de régimes.

#### II.B.3.2.2.b.iii. Les restrictions au choix

- 568 Vu l'importance que revête la protection des intérêts des parties impliquées, il est apparu essentiel d'assortir les possibilités de choix de garde-fous en mesure d'éviter les risques d'abus. En particulier, les paragraphes 4 et 5 de l'article 8 du protocole prévoient plusieurs restrictions quant aux effets déployés par la loi choisie.
- 569 Le paragraphe 4 indique que, indépendamment du choix effectué par les parties, uniquement la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier est pertinente pour déterminer si ce dernier peut valablement renoncer à son droit aux aliments. Cette limitation au champ d'application de la loi désignée par les parties veut éviter que, par le biais d'un choix de loi, le créancier puisse se retrouver dépourvu de son droit de demander des aliments<sup>769</sup>.
- 570 Selon le paragraphe 5, les parties ayant opéré un choix de loi sans être pleinement informées et conscientes de leur désignation peuvent demander la non-application de celle-ci si elle entraînerait des conséquences manifestement inéquitables. Comme nous pouvons le constater, cette disposition met en évidence, d'une part, l'importance de s'assurer que les parties opèrent un choix informé en matière de désignation de la loi applicable aux obligations alimentaires et, d'autre part, le pouvoir du juge d'apprécier le caractère « manifestement inéquitable ou déraisonnable » des conséquences entraînées par la loi choisie.
- 571 L'exigence d'un choix conscient et informé des parties s'approche de la tradition anglo-saxonne, que depuis longtemps met l'accent sur ces aspects en relation avec la reconnaissance de l'autonomie de la volonté<sup>770</sup>. Par la suite, le pouvoir conféré au juge d'écarter l'application de la loi choisie correspond à la possibilité, prévue dans plusieurs droits nationaux, d'écarter un accord alimen-

---

<sup>768</sup> *Ibid.*, paragr. 144-145.

<sup>769</sup> *Ibid.*, paragr. 148.

<sup>770</sup> BEYLEVELD/ BROWNSWORD (2007), p. 125-154.

taire conclu par le couple lorsque celui-ci peut être caractérisé de « manifestement inéquitable »<sup>771</sup>. Nous rappelons que cette possibilité existe en France (art. 278 CCF) et en Suisse (art. 279 CPCS).

### II.B.3.2.3. Le choix de loi en matière de régimes matrimoniaux

#### *II.B.3.2.3.a. Le choix de la loi applicable dans la loi suisse de droit international privé*

En matière de choix de loi pour les questions de régimes matrimoniaux, le siège de la matière se trouve aux articles 52 et 53 LDIP. Comme dans le règlement européen, l'élection de droit a été réglée de manière prioritaire par rapport à la détermination du droit applicable à défaut de choix, qui fait l'objet des articles 54 et suivants LDIP (cf. *supra*, n° 517). 572

Comme nous l'avons relevé, ce choix du législateur, bien que dépourvu d'impact pratique, reflète une évolution du droit international privé dans le sens d'une majeure reconnaissance de l'autonomie privée, notamment dans un domaine essentiellement patrimonial comme celui des régimes matrimoniaux. 573

#### II.B.3.2.3.a.i. Les possibilités de choix

Le choix de loi conçu par le législateur helvétique se présente, encore une fois, plutôt comme une option de législations, un choix encadré entre plusieurs droits censés entretenir des liens étroits avec la situation patrimoniale des époux<sup>772</sup>. 574

Sur la base de l'article 52, alinéa 2 LDIP, les conjoints peuvent opter entre le droit de l'État dans lequel ils sont tous deux domiciliés ou seront domiciliés après la célébration du mariage, ou le droit d'un État dont l'un d'eux a la nationalité. À ce sujet, le législateur suisse a récemment prévu une modification de la disposition en ajoutant la possibilité de choisir comme applicable le droit de l'État de célébration du mariage<sup>773</sup>. Le moment déterminant pour vérifier la réalisation de ces conditions est celui du choix<sup>774</sup>. Cependant, l'on admet en 575

---

<sup>771</sup> BONOMI, Rapport explicatif (2013), paragr. 151.

<sup>772</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, art. 52 LDIP N 2.

<sup>773</sup> Loi fédérale du 18 décembre 2020 sur le « mariage pour tous », RO 2021 747.

<sup>774</sup> FF 1983 I 255, p. 340 ss.

doctrine qu'un choix de loi initialement invalide pourrait être « guéri » et déployer donc des effets lorsque les conditions imposées par l'article 52 se trouvent remplies par la suite<sup>775</sup>.

- 576 Nous remarquons que dans la LDIP le critère de rattachement est le domicile, et non la résidence habituelle. Cependant, nonobstant les possibles divergences d'interprétation, il faut présumer que les deux notions soient presque équivalentes<sup>776</sup>.
- 577 S'agissant du choix de la loi du domicile, nous pouvons remarquer quelques restrictions qui ne se retrouvent pas dans la réglementation européenne. En premier lieu, les époux peuvent uniquement choisir le droit de l'État où sont les deux domiciliés. Il en résulte que, pour les époux domiciliés dans deux États différents, le choix de la loi de l'État où l'un d'eux est domicilié n'est pas possible. Cependant, le choix du droit du domicile commun se révèle souvent peu intéressant, dans la mesure où cette loi est déjà normalement applicable sur la base des rattachements objectifs prévus à l'article 55, alinéa 2 LDIP. De plus, restreindre les possibilités de choix du couple uniquement à la loi du domicile commun semble quelque peu étonnant, parce que cette solution semble suggérer que les époux vivant dans des États différents ne sont pas enclins à s'entendre sur la réglementation de leur régime matrimonial<sup>777</sup>.
- 578 De surcroît, le choix en faveur de la loi du domicile des deux époux après la célébration du mariage soulève plusieurs questions. Ce choix n'est ouvert au couple que si effectué pendant la période précédant le mariage. Après celui-ci, uniquement la loi du domicile actuel ou de la nationalité commune peuvent être choisies. Admettre ce choix revient à offrir aux époux sans domicile commun au moment du mariage la possibilité d'exclure l'application de la loi nationale commune (art. 54, al. 2 LDIP) ou de la séparation de biens du droit suisse (art. 54, al. 3 LDIP)<sup>778</sup>. De plus, il leur permet de rendre le régime matrimonial immuable, sans qu'il soit nécessaire de conclure une convention au sens de l'article 55, alinéa 2 LDIP. En effet, lorsque le couple acquiert son premier domicile dans ce pays, et qu'ultérieurement les époux changent de domicile, l'élection de droit continue à produire ses effets, écartant ainsi l'application de l'article 55, alinéa 1 LDIP. L'on peut donc admettre que, par le biais de ce choix, les conjoints peuvent « sécuriser » le régime matrimonial

---

<sup>775</sup> CR LDIP/CL-UCHER, art. 52 LDIP N 2 ; ZK IPRG-WIDMER LÜCHINGER, art. 52 N 22.

<sup>776</sup> ZK IPRG-WIDMER LÜCHINGER, art. 52 N 14, selon laquelle la validité du choix de loi ne devrait pas être mis en échec pour des questions en lien avec la distinction entre le domicile et la résidence, qui peut parfois se révéler difficile.

<sup>777</sup> CR LDIP/CL-UCHER, art. 52 LDIP N 7.

<sup>778</sup> *Ibid.*, art. 52 LDIP N 8.

pertinent déjà avant le mariage, en excluant ainsi tout éventuel changement<sup>779</sup>, et cela sans être soumis aux strictes conditions de forme prévues pour les conventions matrimoniales mentionnées à l'article 55, alinéa 2 LDIP.

Malgré ses avantages, cette option de choix n'est intéressante que si les conjoints sont soit domiciliés dans des États différents au moment du mariage, soit domiciliés dans le même État mais transféreront leur domicile dans un autre État immédiatement après le mariage. Dans ce cas, le couple pourra choisir le droit de l'État de leur premier domicile après la célébration du mariage<sup>780</sup>, cette élection de droit déployant des effets uniquement à la condition que les deux s'établissent dans cet État<sup>781</sup>. L'élection de droit produit dès lors ses effets sous la condition résolutoire que les époux créent leur premier domicile conjugal dans le pays dont ils ont choisi la loi. Cela implique que si, après la célébration du mariage, les époux s'établissent dans un pays différent de celui dont la loi avait été choisie, le choix devient caduc avec effet *ex tunc*. 579

En matière de régimes, les époux peuvent également opter en faveur du droit dont l'un des conjoints a la nationalité, ce qui soulève le problème du conflit de nationalité lorsque l'un des époux possède plusieurs nationalités. Dans le cadre de la LDIP, l'article 23, alinéa 2 indique que « lorsqu'une personne a plusieurs nationalités, celle de l'État avec lequel elle a les relations les plus étroites est seule retenue pour déterminer le droit applicable, à moins que la présente loi n'en dispose autrement » : c'est la consécration du principe de la nationalité « effective »<sup>782</sup>. Cependant, ce principe est écarté en cas d'élection de droit en matière de régimes matrimoniaux. Dès lors, toute considération en lien avec le principe de la nationalité « effective » est exclue (art. 52, al. 2 LDIP). 580

#### II.B.3.2.3.a.ii. Les modalités du choix

S'agissant des conditions formelles pour le choix de loi, l'article 53, alinéa 1 LDIP exige des époux que l'élection de droit fasse l'objet d'une « convention écrite ». Contrairement aux exigences prévues en droit matériel (cf. *supra*, n° 144), la LDIP ne requiert pas que cette convention soit soumise à l'exigence de la forme authentique. Dans la plupart des cas, il s'agira d'un contrat de mariage, dont les conditions de forme sont définies à l'article 56 LDIP. Dans cette convention, le choix de loi ne doit pas être exprès, mais peut « ressortir 581

<sup>779</sup> ZK IPRG-WIDMER LÜCHINGER, art. 52 N 15.

<sup>780</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, art. 52 LDIP N 9.

<sup>781</sup> ZK IPRG-WIDMER LÜCHINGER, art. 52 N 17.

<sup>782</sup> ZK IPRG-WIDMER LÜCHINGER, art. 23 N 9.

de façon certaine des dispositions du contrat » (art. 53, al. 1 LDIP). On retrouve ici une autre divergence par rapport à la réglementation européenne que, comme nous le verrons (cf. *infra*, n° 600), semble exclure toute possibilité de procéder à un choix tacite du droit applicable.

582 La LDIP autorise le choix de loi à tout moment. De plus, conformément à la tradition juridique helvétique, l'article 53, alinéa 2 LDIP affirme que, lorsque le choix de loi intervient postérieurement au mariage, le changement de loi « rétroagit au jour du mariage, sauf convention contraire ».

#### II.B.3.2.3.a.iii. Les restrictions au choix

583 L'élection de droit au sens de l'article 52 LDIP est censée couvrir l'ensemble des questions liées au régime matrimonial<sup>783</sup>. Dès lors, conformément au principe d'unité du droit applicable, une élection de droit partielle est exclue<sup>784</sup>. L'article 52 ne permet pas, en particulier, d'opérer un choix de loi portant sur des immeubles, en désignant la loi du lieu de leur situation, afin de simplifier le règlement des rapports patrimoniaux du couple, en soumettant le régime matrimonial à une loi unique<sup>785</sup>.

584 De plus, l'énumération des droits susceptibles d'être choisis ne permet pas d'envisager que le choix d'un tel droit soit assorti d'une clause de stabilisation en ce sens que tout changement ultérieur de la législation de l'État concerné sera sans effet sur le régime matrimonial des époux<sup>786</sup>.

585 Le choix de la loi selon l'article 52, paragraphe 2 LDIP, est soumis à la réserve générale de l'ordre public (art. 17). Toutefois, étant donné que le droit applicable a été choisi par les époux eux-mêmes, il convient de faire preuve d'une retenue particulière dans l'application de l'article 17<sup>787</sup>. Si l'un des époux a subi des pressions pour obtenir son consentement à un régime matrimonial qui le désavantage fortement, il convient d'examiner en premier lieu si le choix de loi a été valablement effectué. Il convient de se demander si la réserve de l'ordre public pourrait jouer un rôle dans les cas où il ne serait pas possible de déterminer si les époux ont donné un consentement éclairé, soit un consentement libre et informé. Cependant, l'intervention de l'ordre public

---

<sup>783</sup> BSK IPRG-COURVOISIER, art. 52 N 4.

<sup>784</sup> FF 1983 I 255, p. 340 ss.

<sup>785</sup> Nous verrons par la suite que, lorsque l'État étranger où l'immeuble est situé revendique une compétence exclusive, la Suisse renonce à sa compétence internationale en matière de succession (art. 86, al. 2 et 87, al. 2 LDIP).

<sup>786</sup> BSK IPRG-COURVOISIER, art. 52 N 6.

<sup>787</sup> ZK IPRG-WIDMER LÜCHINGER, art. 52 N 30.



dans ces cas nous paraît improbable, à la lumière du fait qu'il n'existe pas, dans l'ordre juridique suisse, une disposition qui énonce clairement l'importance de garantir un choix éclairé des parties en matière de régimes. En revanche, il nous paraît que l'ordre public pourrait trouver à s'appliquer, par exemple, lorsque l'interaction entre le régime matrimonial choisi et le droit successoral applicable conduit à un grave désavantage du point de vue suisse<sup>788</sup>.

#### II.B.3.2.3.b. *Le choix de la loi applicable dans le règlement européen n° 2016/1103*

Comme nous l'avons relevé (cf. *supra*, n° 292), l'admission de l'autonomie des parties dans le domaine du droit applicable au régime matrimonial a une longue histoire. 586

Bien que le principe d'autonomie trouve une expression plus extensive au sein des règlements européens adoptés par l'Union en matière de droit international privé de la famille, il convient de rappeler que, même avant le début de l'œuvre législative de l'Union, certaines législations nationales de droit international privé avaient déjà admis le principe d'autonomie, de manière plus ou moins extensive selon les domaines, souvent sous l'influence des travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé (cf. *supra*, n° 312). Nous soulignons également que beaucoup de ces règles, tant nationales qu'internationales, continuent à s'appliquer dans les États qui n'ont pas adhéré au processus de coopération renforcée ; de surcroît, même dans les États membres liés par le règlement, elles resteront applicables aux couples mariés avant 2019, année d'entrée en vigueur du texte européen. 587

Comme déjà mentionné, le chapitre III du règlement sur les régimes matrimoniaux contient les dispositions pertinentes en matière de droit applicable. Après deux dispositions introductives énonçant les principes d'application universelle et d'unité du droit applicable (art. 20 et 21, cf. *supra*, n° 529-530), l'article 22 traite du choix de la loi applicable. Le choix du législateur européen de traiter en premier lieu les questions relatives à l'élection de droit n'a pas d'impact pratique en soi, mais traduit une volonté de mettre en avant le principe d'autonomie de la volonté dans les relations patrimoniales du couple. 588

589

---

<sup>788</sup> Comme nous le relèverons dans la partie consacrée au droit successoral, selon l'ATF 102 II 136, la réserve héréditaire consacrée aux art. 470 ss CCS ne fait pas partie de l'ordre public suisse ; dès lors, un choix de loi qui empiéterait sur la réserve du conjoint survivant ne sera pas considérée comme contraire à l'ordre public.

Dans sa teneur actuelle, l'article 22 du règlement régimes permet aux conjoints de choisir la loi applicable à leurs relations patrimoniales. Il s'agit d'une autonomie dite « conflictuelle », parce qu'elle leur permet de faire complètement abstraction des règles, même de nature impérative, imposées par les droits nationaux<sup>789</sup>. Néanmoins, cette autonomie n'est pas sans limites et le choix est plutôt conçu comme une « option de législation », dans la mesure où le règlement encadre les possibilités de choix ouvertes aux parties<sup>790</sup>.

#### II.B.3.2.3.b.i. Les possibilités de choix

- 590 Selon l'article 22, paragraphe 1, le choix des parties doit se porter, alternativement, sur la loi de l'État dans lequel au moins l'un des époux ou futurs époux a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention (let. a), ou sur la loi d'un État dont l'un des époux ou futurs époux a la nationalité au moment de la conclusion de la convention (let. b)<sup>791</sup>. Il est clair que le dénominateur commun de ces options est qu'il s'agit de lois ayant des liens particuliers avec les parties, et dont l'application serait conforme au principe de proximité<sup>792</sup>.
- 591 Comme le texte de la disposition précise que la condition relative à la résidence habituelle ou à la nationalité des parties doit être satisfaite au moment de la conclusion de la convention de choix, il faut en déduire que lorsque ces conditions sont remplies à un moment ultérieur, l'élection de droit n'est pas valable<sup>793</sup>.
- 592 S'agissant du choix en faveur du droit dont l'un des conjoints a la nationalité, nous rappelons que, comme nous l'avons déjà relevé (cf. *supra*, n° 550), l'application des règles nationales conformément « aux principes généraux de

---

<sup>789</sup> Property Regimes-KOHLER, art. 22 N 22.05 ss.

<sup>790</sup> DEVERS (2023-2024), paragr. 523.201.

<sup>791</sup> Le règlement n° 2016/1104, adopté ensemble au règlement n° 2016/1103, prévoit une possibilité additionnelle, pour les partenaires, de soumettre leurs relations patrimoniales à la loi de l'État du droit selon lequel le partenariat enregistré a été créé (art. 22, paragr. 1, let. c r. 2016/1104). Ce choix s'explique facilement à la lumière du fait que l'institution du partenariat, contrairement au mariage, ne bénéficie pas d'une reconnaissance universelle parmi les États membres. Cependant, l'extension de cette possibilité de choix au mariage aurait pu se révéler intéressante dans une optique de coordination entre le for et le droit applicable vu que le règlement n° 2016/1103, à son art. 7, permet, bien que dans de manière limitée, de conclure une prorogation de for en faveur des tribunaux de l'État de célébration du mariage. Pour plus de détails sur la question, voir Relations patrimoniales-WAUTELET, art. 22 N 34.

<sup>792</sup> DEVERS (2023-2024), paragr. 523.201.

<sup>793</sup> Relations patrimoniales-WAUTELET, art. 22 N 36.

l'Union » (consid. 50 r. 2016/1103) conduit à exclure toute considération en lien avec une exigence de « nationalité effective », avec le résultat que les époux pourront choisir librement entre le droit des nationalités qu'ils possèdent, sans avoir à craindre que la validité de leur choix de loi ne soit remise en question<sup>794</sup>.

D'autres questions se posent en relation avec le choix de la loi de la résidence habituelle de l'une ou des deux parties. Comme la validité de l'élection de droit nécessite uniquement que les conditions de résidence soient satisfaites au moment de la conclusion de la convention, un changement ultérieur de la résidence du couple n'a aucune incidence sur la validité du choix de loi, et il reviendra donc aux parties de modifier la loi choisie en accord avec leur nouvelle résidence habituelle<sup>795</sup>. 593

#### II.B.3.2.3.b.ii. Les modalités du choix

Le choix de loi peut intervenir en tout temps. À défaut de volonté contraire des époux, le changement de loi applicable n'est pas rétroactif, et produira uniquement des effets pour l'avenir<sup>796</sup>. 594

Au niveau formel, nous relèverons que le règlement sur les régimes matrimoniaux prévoit une disposition spécifique, l'article 23, apte à définir les exigences formelles nécessaires pour assurer la validité de la convention de choix de loi. L'objectif poursuivi par l'article 23 est de garantir « le choix éclairé » des époux et d'« assurer le respect de leur consentement » (consid. 47). Tout d'abord, l'article 23 impose le respect d'un seuil minimal européen : comme pour la convention d'élection de for de l'article 7 (cf. *supra*, n° 493), il est nécessaire que l'accord portant sur le choix de loi soit formulé par écrit, daté et signé par les époux (art. 23, paragr. 1 r. 2016/1103)<sup>797</sup>. La forme électronique est admise pour autant qu'elle permet de « consigner durablement la convention » (art. 23, paragr. 1 r. 2016/1103). 595

---

<sup>794</sup> *Ibid.*, art. 22 N 50.

<sup>795</sup> Property Regimes-KOHLER, art. 22 N 22.12.

<sup>796</sup> ROMANO, Remarques (2019), p. 73.

<sup>797</sup> Il nous semble important de souligner que, en plus, le règlement sur les régimes matrimoniaux présente une disposition spécifique, l'art. 25, listant les conditions de validité formelle des conventions matrimoniales, définies comme les « accord[s] entre époux ou futurs époux par [lesquels] ils organisent leur régime matrimonial » (art. 3, paragr. 1, let. b r. 2016/1103). Nonobstant souvent ces conventions soient le siège des accords en matière de droit applicable, la validité formelle des deux doit faire l'objet d'analyses distinctes.

- 596 L'article 23, à ses paragraphes 2 à 4, permet aux États membres d'aller au-delà du socle minimal et d'imposer des exigences formelles supplémentaires<sup>798</sup>. Par ce biais, le législateur européen se veut respectueux de l'autonomie des États membres : dès lors que le couple est lié à un État, celui-ci peut en effet imposer le respect des exigences formelles auquel son droit subordonne la validité d'une convention portant choix de loi<sup>799</sup>. Partant, l'article 23 respecte la diversité des traditions nationales, au détriment d'une approche uniforme. Nous soulignons que constitue une exigence « supplémentaire » au sens de l'article 23, paragraphes 2 à 4 du règlement, toute règle formelle posée par le droit d'un État membre qui dépasse l'exigence d'un écrit daté et signé<sup>800</sup>.
- 597 La pratique montre que la majorité des clauses d'élection de droit se trouvent dans des contrats de mariage conclus par les époux. Dans ce contexte, nous l'avons souligné, le formalisme imposé par le droit des États membres vise à garantir que les époux aient pleinement conscience de l'importance de l'accord qu'ils concluent et des conséquences qui en découlent. C'est ainsi que certains États ont progressivement développé des exigences de transparence patrimoniale s'imposant aux futurs époux. Cependant, il nous semble que les exigences dont le respect est imposé pour les conventions entre époux sont mal adaptées à la spécificité de la clause de choix de loi, qui possède en effet une portée spécifique : elle ne fixe pas directement les droits et obligations des parties à la convention, mais sert uniquement à déterminer selon quel droit l'accord des parties doit être examiné<sup>801</sup>. À terme, il serait peut être utile de parvenir à des exigences formelles spécifiques à ce type de clause.

#### II.B.3.2.3.b.iii. Les restrictions au choix

- 598 Une première limite importante au choix de loi prévu à l'article 22 du règlement sur les régimes matrimoniaux découle du principe d'unité du droit applicable, énoncé à l'article 21 (cf. *supra*, n° 530). En vertu de cette disposition, la loi applicable aux relations patrimoniales du couple est censée s'appliquer à l'ensemble de leurs biens, ce qui implique qu'un choix de loi partiel n'est pas admissible<sup>802</sup>.

---

<sup>798</sup> Nous soulignons que la possibilité accordée par l'art. 23 est limitée aux législations des seuls États membre, voir Relations patrimoniales-WAUTELET, art. 23 N 26.

<sup>799</sup> Property Regimes-KOHLER, art. 23 N 23.06.

<sup>800</sup> BARNICH (2017), p. 171.

<sup>801</sup> Relations patrimoniales-WAUTELET, art. 23 N 51.

<sup>802</sup> Property Regimes-KOHLER, art. 22 N 22.07. Sur ce point, nous signalons la contribution du Professeur Gian Paolo Romano, selon lequel permettre aux époux de choisir plusieurs lois

De plus, les époux n'ont pas la possibilité de choisir comme applicable à leurs relations patrimoniales la loi de l'État de la future résidence habituelle, une possibilité qui, comme nous l'avons relevé (cf. *supra*, n° 575), est ouverte sous l'égide la loi suisse de droit international privé. Une des raisons derrière cette exclusion est en lien avec les difficultés de délimitation du temps « raisonnable » à admettre pour la concrétisation de ce projet de résidence habituelle<sup>803</sup>. 599

Enfin, la formulation de l'article 23 du règlement européen à propos des exigences formelles concernant le choix de loi laisse penser que le choix tacite est exclu<sup>804</sup>. Dans la proposition de règlement de 2011, il était prévu que le choix de loi devait uniquement avoir lieu de manière expresse<sup>805</sup> ; cependant, cette précision n'a pas été transposée au texte final du règlement, qui n'adresse la question ni à l'article 23, ni dans un des considérants. Nous retrouvons là une différence par rapport à la solution retenue par la convention de La Haye de 1978, qui reconnaissait expressément cette possibilité à son article 11. 600

Plusieurs commentateurs ont critiqué le silence du législateur européen sur la question<sup>806</sup>. En effet, la pratique démontre que souvent les conventions matrimoniales ne comportent pas un choix de loi explicite, mais sont néanmoins rédigées en référence à une loi nationale. C'est la raison pour laquelle de nombreuses législations nationales de droit international privé, dont la loi suisse (cf. *supra*, n° 581), permettent au juge de déduire un choix de loi des dispositions contenues dans la convention. Face à cette ambiguïté, certains commentateurs ont avancé l'idée selon laquelle un choix tacite, bien que non expressément admis par le règlement, devrait toujours trouver sa place<sup>807</sup>. D'autres, au contraire, estiment qu'en l'absence d'une disposition expresse dans le texte du règlement européen, cette possibilité devrait être exclue<sup>808</sup>. Indépendamment de la position que l'on soutient, il est regrettable que le légi- 601

---

applicables à leur régime patrimonial pourrait comporter des avantages, voir ROMANO, Remarques (2019), p. 73.

<sup>803</sup> Est-ce que, par exemple, le choix de loi en faveur d'un État où le couple s'installe un an après la célébration du mariage peut être considéré comme valable ? Pour plus de détails, voir Relations patrimoniales-WAUTELET, art. 22 N 87-88.

<sup>804</sup> ROMANO, Remarques (2019), p. 74.

<sup>805</sup> COM(2011) 126 final, art. 19, paragr. 1.

<sup>806</sup> BONOMI, Les Règlements européens (2019), p. 187-188 ; WAUTELET, Ombre et lumière (2021), p. 59-95.

<sup>807</sup> Voir, entre autres, DUTTA, Das neue (2016), p. 1973-1985.

<sup>808</sup> En guise d'exemple, voir GODECHOT-PATRIS (2016).

slateur européen ait laissé de la place au débat à propos d'une question avec une importance pratique considérable tel que le choix de loi tacite.

## II.C. Synthèse

À l'instar de la partie dédiée au droit matériel, la première section du présent chapitre est consacrée à l'analyse des étapes essentielles du développement historique du principe d'autonomie en droit international privé. 602

Cela nous a permis d'étudier d'abord la naissance des règles de conflit dans l'Antiquité, avant de passer au développement de la théorie de l'autonomie de la volonté au Moyen-Âge et à l'époque contemporaine. Ainsi, nous avons évoqué la publication, en 1619, de l'*Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheid*, par lequel GROTIUS postulait le libre exercice de la volonté. Nous avons analysé la consultation de DU MOULIN dans l'affaire de Ganay, historiquement considérée comme le point de départ de l'autonomie de la volonté en matière de régimes matrimoniaux et la première brèche en matière familiale, ainsi que ses répercussions dans les développements jurisprudentiels de l'époque contemporaine. 603

Par la suite, nous nous sommes intéressés au principe d'autonomie du XX<sup>e</sup> siècle à nos jours. Nous avons porté une attention particulière à l'apport de la jurisprudence des cours internationales sur le développement du principe d'autonomie, notamment à l'aide de la méthode de la reconnaissance, qui permet aux parties concernées, de manière indirecte, de choisir la loi applicable à leur situation lorsque plusieurs droits ont vocation à s'appliquer. 604

Dans la deuxième section, nous avons abordé la question de la reconnaissance du principe d'autonomie en droit international privé positif. Nous avons entamé la réflexion par la présentation des sources pertinentes, en attirant l'attention du lecteur sur la multiplicité des textes applicables au sein de l'Union européenne, ainsi que sur leur difficile articulation. 605

Ensuite, nous avons exposé les règles pertinentes en matière de compétence et droit applicable aux questions matrimoniales. En premier lieu, nous avons posé le cadre de notre analyse par le biais d'un aperçu des dispositions applicables en l'absence de choix. En matière de compétence, nous avons notamment attiré l'attention du lecteur sur la pléthore de chefs de compétence alternatifs et non hiérarchisés en matière de divorce en droit international privé de l'Union. Nous avons relevé que la pluralité des fors favorise le morcellement du contentieux du divorce, peu souhaitable à la lumière des liens étroits existant entre les questions patrimoniales liées à la dissolution du lien conjugal. S'agissant de la compétence en matière d'entretien post-divorce, nous avons examiné les chefs de compétence principaux au lieu de la résidence habituelle du créancier d'aliments et, par la suite, nous avons traité des chefs de compétence subsidiaire et résiduel. En ce qui concerne les questions liées aux régimes matrimoniaux, nous avons traité du système de renvoi prévu à l'article 606

5, précisant cependant qu'en vertu de l'article 5, paragraphe 2, du règlement n° 2016/1103, l'applicabilité de certaines compétences prévues à l'article 3 du règlement Bruxelles II *ter* est subordonnée à l'accord des époux.

607 S'agissant du droit applicable, nous avons souligné les différentes approches suivies par les législateurs suisse et européen s'agissant de la détermination de la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Bien que les deux retiennent, comme facteur de rattachement, la résidence habituelle ou le domicile des époux, le moment déterminant pour sa prise en compte n'est pas le même : alors que le législateur européen privilégie la première résidence habituelle commune, la loi suisse de droit international privé prévoit l'application du dernier domicile commun. De surcroît, en droit européen, nous avons relevé les difficultés de coordination entre les différents textes réglementaires applicables aux questions matrimoniales. Nous avons notamment démontré que l'application des règles objectives pour la détermination de la loi applicable ne permet pas toujours d'aboutir à l'application d'une loi unique à des questions matrimoniales connexes, telles que la loi applicable au divorce et aux régimes matrimoniaux.

608 En deuxième lieu, nous avons procédé à l'étude de la marge de liberté accordée aux parties en droit international privé suisse et européen. À ce sujet, nous avons souligné l'absence d'une élection de for en matière de divorce, tant dans la LDIP que dans le règlement européen : cette interdiction, qui a son pendant dans l'exclusion de l'élection de droit dans la LDIP, ne s'aligne pas aux vastes possibilités de choix de la loi applicable au divorce, reconnues par le législateur européen dans le règlement Rome III. Par la suite, nous avons examiné les controverses doctrinales à propos de l'application de l'article 5 LDIP, la clause générale d'élection de for, aux questions alimentaires et aux aspects relevant du droit des régimes. En effet, l'application de cette clause générale, élaborée avec des modalités destinées à répondre aux besoins du commerce international, revient à reconnaître aux parties une complète liberté s'agissant du choix de la juridiction compétente. Dans le cadre de la CL, applicable uniquement en matière alimentaire, cette approche très libérale a son pendant s'agissant des exigences formelles à respecter pour la conclusion d'une convention attributive de juridiction, laquelle peut également être conclue verbalement, avec une confirmation écrite. En revanche, nous avons constaté que le règlement n° 4/2009 limite la liberté des parties de convenir de la juridiction compétente en matière d'obligations alimentaires, dans un souci de protection de la partie faible. Nous avons relevé que ces différentes approches peuvent donner lieu à des conflits de compétence positifs et négatifs, que le législateur suisse avait déjà relevé en 2007, au moment de la révision de convention.

609



S'agissant du choix de loi, nous avons démontré qu'en matière alimentaire, l'admission d'une possibilité d'élection de droit n'est pas certaine sur la base de la convention de La Haye de 1973. Au contraire, le choix a été expressément admis dans le protocole de La Haye de 2007. En matière de régimes matrimoniaux, nous avons constaté que, bien que tant le législateur suisse que le législateur européen aient privilégié le choix de la loi du domicile ou de la résidence habituelle, la LDIP accorde un choix en faveur du droit de l'État dont les deux époux sont domiciliés, tandis que le règlement n° 2016/1103 admet la possibilité de choisir le droit de l'État dans lequel un seul des époux a sa résidence habituelle.

Il ressort de ce qui précède que, malgré les efforts entrepris par les législateurs suisse et européen, les solutions actuellement en vigueur ne permettent pas d'atteindre un niveau satisfaisant de coordination entre matières connexes.

610



## Conclusion de la première partie

Le droit de la famille est encore fortement imprégné des traditions historiques, culturelles et sociétales de chaque nation, de sorte qu'un droit substantiel de la famille uniforme en Europe ne paraît pas réalisable, même à long terme. Dès lors, il est souvent affirmé que les sources par excellence du droit de la famille sont d'origine interne. Partant, cette étude a débuté avec l'examen des manifestations de l'autonomie en droit matériel. Ainsi, il a été possible de reconnaître les points de convergence entre les différents systèmes nationaux, tout en soulignant les points de divergence. 611

Cet examen a fait ressortir un certain nombre de points communs aux différents systèmes, telles que la tendance à une libéralisation progressive de la procédure de divorce et la volonté de reconnaître aux époux une autonomie étendue dans le règlement de leurs rapports patrimoniaux. S'agissant des effets patrimoniaux liés à la désunion, les trois droits ont manifesté une attitude générale de plus grande ouverture à l'autonomie en matière de régimes matrimoniaux, considérés depuis longtemps comme une branche atypique du droit de la famille. En revanche, la reconnaissance du principe d'autonomie en dehors des régimes, et notamment en matière d'entretien post-divorce, suscite plus de débats. La réticence des législateurs trouve son origine dans la difficulté de trouver un compromis entre le respect de la volonté d'autodétermination des individus, et l'impératif de protection dans des domaines qui sont perçus comme particulièrement sensibles. 612

Dans un deuxième temps, nous nous sommes intéressés aux dispositions de droit international privé. Il a donc été question d'analyser les règles édictées par les législateurs suisses et européen. Cette analyse nous a permis de constater qu'il existe un lien entre l'élargissement du principe d'autonomie en droit matériel et ses manifestations au niveau du droit international privé. En effet, la « contractualisation » du droit de la famille, qui a eu lieu d'abord en droit matériel, s'est par la suite répercutée sur le plan du droit international privé. 613

L'analyse du paysage juridique de droit international privé a montré une discipline de l'autonomie de la volonté « éparpillée », notamment en droit européen. L'étude des solutions prévues par les législateurs fait état d'une œuvre législative pas toujours attentive à l'importance de garantir une possibilité de 614

planification efficace, en mesure de remplir les objectifs de sécurité et prévisibilité juridique recherchés.

- 615 Dans la partie suivante du présent travail, nous allons tourner notre regard aux dispositions en matière successorale, dans le but de déterminer si et dans quelle mesure le principe d'autonomie a été reconnu dans ce domaine.

Deuxième Partie :

L'autonomie de la volonté en  
matière successorale



# Chapitre I : L'autonomie de la volonté en droit matériel

Comme en matière matrimoniale, cette deuxième partie du travail, consacrée aux questions successorales, débutera avec l'analyse de la place accordée au principe d'autonomie d'abord dans les différents droits matériels, puis en droit international privé. 616

Dans ce premier chapitre consacré au droit matériel, nous passerons d'abord en revue les étapes principales du développement historique du principe d'autonomie, avant de passer à la reconnaissance de l'autonomie de la volonté en droit positif. 617

## I.A. Le développement historique du principe d'autonomie en matière successorale

### I.A.1. En droit suisse

Jusqu'au 1912, année d'entrée en vigueur du Code civil suisse, la législation en matière successorale était de compétence des cantons. Au moment des délibérations pour la promulgation du Code civil au début du XX<sup>e</sup> siècle, deux questions animaient le débat en matière successorale. D'une part, le thème des réserves héréditaires, notamment la détermination du cercle des héritiers protégés par celles-ci<sup>809</sup>. D'autre part, la nécessité et l'opportunité d'admettre l'institution des pactes successoraux<sup>810</sup>. 618

---

<sup>809</sup> À l'époque, la question est tellement controversée qu'elle risque de faire échouer l'entrée en vigueur d'un Code civil unique. Pour plus de détails, voir HAUSHEER/ AEBI-MÜLLER (2001).

<sup>810</sup> S'agissant de l'admission des pactes successoraux, nous pouvons dire que, de manière générale, les cantons qui avaient subi l'influence du Code Napoléon de 1804 interdisaient de tels pactes, alors qu'ils étaient relativement répandus dans les cantons influencés par le droit germanique, voir LO IACONO (2019), p. 120.

- 619 Finalement, les pactes successoraux ont été admis dans le Code civil suisse de 1912. En 1914, Eugen HUBER, chargé par le Conseil fédéral de la rédaction du Code, expliquait les raisons de ce choix et déclarait notamment que, lors des réflexions pour la création d'un droit des successions unique pour l'entier du territoire suisse, il lui était semblé préférable de donner la priorité à la solution la plus libérale<sup>811</sup>.
- 620 La profonde révision du droit successoral, entrée en vigueur le 1 janvier 1988, a amélioré nettement la position du conjoint survivant en matière de droit successoral<sup>812</sup>, et a élargi la liberté de disposition du défunt<sup>813</sup>. Ainsi, la quotité disponible a été doublée, en présence d'un conjoint et de descendants ; de plus, la réserve héréditaire des frères et sœurs, encore prévue dans certains droits cantonaux, a été supprimée<sup>814</sup>.
- 621 Malgré ces développements dans le sens d'une plus grande reconnaissance du principe d'autonomie, la protection de la réserve a toujours été, et est encore, une préoccupation importante du législateur. Dans ce contexte, lorsque les époux prévoient, dans un contrat de mariage, que le conjoint survivant touche l'entier du bénéfice résultant de la liquidation du régime matrimonial, cela a nécessairement un impact sur la masse successorale, qui s'en retrouvera réduite en conséquence, avec une éventuelle lésion des droits des autres héritiers réservataires. C'est pourquoi, à l'occasion de la révision du droit matrimonial et du régime matrimonial entrée en vigueur en 1988, le législateur suisse a clarifié que cette attribution en faveur du conjoint survivant ne devait pas porter atteinte aux réserves des descendants non communs du *de cuius*, limitant ainsi le pouvoir de disposition de ce dernier<sup>815</sup>.
- 622 Le droit suisse des successions a fait l'objet d'une dernière révision en 2022<sup>816</sup>, entrée en vigueur en janvier 2023, qui libéralise davantage la matière, permettant au *de cuius* de disposer d'une plus grande partie de ses biens. Dès le 1 janvier 2023, la réserve héréditaire des parents est supprimée et celle des enfants est réduite de moitié. En présence d'un contrat de mariage, le conjoint survivant perd sa réserve si au moment du décès une procédure de divorce est pendante et que la procédure a été introduite sur requête commune ou s'est

---

<sup>811</sup> HUBER (1914), p. 343 ss.

<sup>812</sup> Le conjoint survivant reçoit, en tant qu'héritier légal, la moitié de la succession s'il hérite avec des descendants du défunt. En l'absence de descendants, il a droit aux trois quarts de la succession.

<sup>813</sup> HAUSHEER/ AEBI-MÜLLER (2001), p. 213.

<sup>814</sup> GRAHAM-SIEGENTHALER (2018), p. 204.

<sup>815</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>816</sup> Code civil suisse (Droit des successions), RO 2021 312.



poursuivie conformément aux dispositions relatives au divorce sur requête commune (art. 472, al. 1, ch. 1 CCS), ou que les époux ont vécu séparés durant deux ans au moins (art. 472, al. 1, ch. 2 CCS).

La nouvelle loi tranche également une controverse doctrinale à l'égard de l'article 216 CCS, concernant le calcul de la masse successorale en présence d'une répartition conventionnelle du bénéfice de l'union conjugale. À cet égard, le nouvel alinéa 2 de l'article 216 CCS précise que, pour le conjoint survivant et les enfants communs ainsi que leurs descendants, la masse de calcul des réserves n'inclut pas « la participation au bénéfice attribuée en sus de la moitié du bénéfice de l'union conjugale ». Il en résulte donc une liberté de disposer accrue pour le *de cuius* que, dans ce cas de figure, n'aura pas à craindre des actions en réduction de la part des enfants communs<sup>817</sup>. En revanche, la protection de la réserve en faveur des enfants non communs reste en place (art. 216, al. 3 CCS). À cette occasion, le législateur clarifie également sujet de la qualification des avantages conférés par la répartition conventionnelle du bénéfice de l'union conjugale (cf. *infra*, n° 707). 623

L'évolution du droit successoral suisse montre que le pouvoir de disposition du testateur s'est élargi à différents égards, avec un rétrécissement progressif du cercle des héritiers réservataires et une augmentation correspondante de la quotité disponible<sup>818</sup>. De plus, le législateur a choisi d'améliorer la position du conjoint survivant en renforçant le pouvoir du *de cuius* de disposer en sa faveur<sup>819</sup>. 624

## I.A.2. En droit français

Alors que l'un des traits caractéristiques du droit romain des successions avait été la prédominance de la liberté testamentaire<sup>820</sup>, celle-ci avait disparu presque complètement sous la législation révolutionnaire, afin d'assurer l'égalitarisme de la loi nouvelle<sup>821</sup>. En 1804, le Code civil a opéré un retour aux principes romains, en laissant une place importante à la volonté du *de cuius*, en prévoyant notamment que la quotité disponible varie selon la proximité et le nombre des héritiers appelés à succéder<sup>822</sup>. 625

<sup>817</sup> PRADERVAND-KERNEN (2022), paragr. 86.

<sup>818</sup> GRAHAM-SIEGENTHALER (2018), p. 209.

<sup>819</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>820</sup> LÉVY/ CASTALDO (2010), paragr. 975.

<sup>821</sup> MALAURIE/ BRENNER (2018), paragr. 18.

<sup>822</sup> COLIN (2004), p. 295-325.

Entre 1804 et les années 2000, le droit des successions français a connu une exceptionnelle stabilité. Avec de très rares interventions législatives dans le domaine, l'on peut dire que, pour l'essentiel, les lois adoptées pendant cette période ont largement repris les solutions proposées par le Code de 1804<sup>823</sup>.

- 627 À partir des années septante, le notariat a demandé à plusieurs reprises une réforme de l'ensemble du droit des successions<sup>824</sup>. Dès lors, dans les années 2000, deux réformes sont venues réformer profondément le droit français des successions. Il convient de relever que, jusqu'alors, le conjoint survivant n'entrait pas dans le cercle des héritiers réservataires : la loi du 3 décembre 2001<sup>825</sup> a modifié ce point et a amélioré de manière substantielle la position du conjoint survivant, en lui attribuant notamment la qualité d'héritier réservataire en l'absence de descendants.
- 628 Par la suite, la loi du 23 juin 2006<sup>826</sup> a adapté la matière aux nouvelles réalités démographiques et économiques, en supprimant notamment la réserve héréditaire des ascendantes. Par cela, le législateur a accru la liberté de disposer du défunt et a favorisé grandement l'anticipation successorale<sup>827</sup>. De cette reconnaissance du rôle de la volonté individuelle dans la transmission du patrimoine profite le conjoint survivant, qu'en absence de descendants, peut alors recueillir l'ensemble de la succession<sup>828</sup>. Par ailleurs, la loi de 2006 a introduit également le mécanisme de la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR). Comme son nom le fait présumer, la RAAR permet aux descendants du défunt de renoncer, de manière anticipée, à exercer l'action en réduction que la loi leur offre dans les cas où le *de cuius* aurait gratifié le conjoint survivant d'une manière qui excède la quotité disponible (cf. *infra*, n° 693-694) : cette possibilité nous semble mettre fortement en évidence la valeur reconnue à la planification patrimoniale en droit successoral<sup>829</sup>.

### I.A.3. En droit italien

- 629 L'article 759 du Code civil italien de 1866 définissait le testament comme « un acte révocable par lequel une personne, conformément aux règles fixées par la loi, dispose de tout ou partie de ses biens en faveur d'une ou plusieurs

---

<sup>823</sup> NICOD, La réforme (2006), p. 55.

<sup>824</sup> MALAURIE/ BRENNER (2018), paragr. 21.

<sup>825</sup> Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, JORF n° 281 du 4 décembre 2001.

<sup>826</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, JORF n° 145 du 24 juin 2006.

<sup>827</sup> PÉRÈS (2014), p. 175.

<sup>828</sup> *Ibid.*, p. 185.

<sup>829</sup> *Ibid.*

personnes pour le temps où elle cessera de vivre ». Le législateur italien de l'époque a choisi, en matière de succession testamentaire, de laisser au disposant une grande autonomie s'agissant de la destination de ses biens, sous réserve du respect des réserves héréditaires. Certaines précautions particulières avaient été prévues en ce qui concerne les aspects formels du testament, mais sans nécessairement exiger de formes particulières, en particulier pour garantir la publicité de l'acte à l'égard des parties intéressées<sup>830</sup>. Au contraire, le Code de 1866 prévoyait une interdiction générale de stipuler autour d'une succession qui n'était pas encore ouverte (art. 1118 aCCI).

Le livre des successions du Code de 1942 reprenait, à l'article 470, la disposition de l'article 945 du Code abrogé, qui interdisait toute convention par laquelle une personne disposait de sa succession, ainsi que tout acte par lequel une personne disposait ou renonçait aux droits sur une succession non encore ouverte<sup>831</sup>. Il apportait des améliorations s'agissant du traitement du conjoint survivant, notamment l'augmentation de la quotité de la réserve, mais maintenait le système essentiellement inchangé<sup>832</sup>. En fait, c'était l'ensemble de la discipline successorale qui ne présentait pas d'éléments nouveaux significatifs, en dépit des espoirs de renouveau suscités par la longue phase préparatoire. Comme le dit RESCIGNO, « dans la rédaction finale, la remise en cause et le retour au passé ont fait prévaloir des solutions de compromis »<sup>833</sup>.

Des nouvelles réformes en matière de successions n'ont eu lieu qu'à partir des années septante, lorsque, après avoir achevé la reconstruction politique et économique de l'Italie, il y a eu une prise de conscience s'agissant de la nécessité d'adapter la législation aux profonds changements sociaux qui avaient affecté la famille.

Nonobstant les importantes répercussions de la réforme de 1975 sur les règles de succession entre époux, résultant en une amélioration de la position du conjoint survivant<sup>834</sup>, le droit successoral est resté fondé, dans sa globalité, sur une approche fortement formaliste<sup>835</sup>. Le droit successoral italien est, pour l'essentiel, un système très rigide, comme témoigné l'interdiction de principe des pactes successoraux : ce dernier point a été partiellement tempéré par la

<sup>830</sup> SOFFIETTI (2016).

<sup>831</sup> IACCARINO (2016), p. 31.

<sup>832</sup> DOSSETTI (2004), p. 7.

<sup>833</sup> RESCIGNO (2001), p. 69.

<sup>834</sup> L'on mentionne notamment le fait que le législateur a déplacé le conjoint survivant du dernier au premier rang des personnes appelés à hériter, qui jouir ainsi d'une position équivalente à celle des descendants. Pour plus de détails, voir DOSSETTI (2004), p. 7.

<sup>835</sup> PALAZZO/ SASSI (2012), p. 15.

législation de 2006, qui a notamment introduit le pacte de famille (art. 768bis ss CCI), dans le but de répondre à la nécessité de prévenir et de combattre le risque de désintégration que court l'entreprise lors d'une transition générationnelle<sup>836</sup>.

## **I.B. La reconnaissance de l'autonomie en droit positif**

- 633 La transmission successorale suppose un titre en vertu duquel une personne est appelée à succéder. Le terme de « vocation successorale » désigne les effets attachés à l'existence de ce titre ; les règles s'y rapportant permettent de déterminer qui succède au défunt et dans quelle mesure<sup>837</sup>. Dans la plupart des systèmes juridiques, il existe deux types de vocation successorale, à savoir la vocation légale, qui se fonde sur la loi, et la vocation volontaire, qui trouve son fondement dans la volonté du *de cuius*. Les règles de la succession légale trouvent application aussi longtemps que le *de cuius* ne les a pas écartées en disposant pour cause de mort et, si tel est le cas, seulement dans la mesure où elles ont été écartées. Cela signifie que la vocation légale vient, le cas échéant, compléter la transmission successorale volontaire dans la mesure de ce dont le *de cuius* n'a pas disposé, de sorte que les deux vocations successorales peuvent potentiellement concourir.
- 634 Cette étude portant sur le règlement des rapports patrimoniaux entre époux, les sections suivantes se concentreront sur l'analyse du statut patrimonial accordé au conjoint survivant. De manière générale, la position du conjoint survivant a toujours été l'un des sujets centraux du droit des successions. Par conséquent, dans de nombreux cas, les buts de la planification successorale se résument à rechercher des solutions en mesure de pourvoir aux besoins du futur conjoint survivant<sup>838</sup>.
- 635 Il convient de relever que la matière successorale entretient des liens étroits avec les questions d'ordre matrimonial, notamment le domaine des régimes matrimoniaux. En effet, en présence d'un *de cuius* marié, le moment du décès entraîne, outre que l'ouverture de la succession (art. 537 CCS, 720 CCF, 456 CCI), la dissolution du mariage et, par-là, la dissolution et liquidation du régime matrimonial. Ainsi, afin de déterminer la masse successorale du conjoint qui sera dévolue aux héritiers, il est nécessaire de procéder en premier lieu à la liquidation du régime matrimonial et ensuite à celle de la succession. Seule-

---

<sup>836</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>837</sup> BUSANI, La successione (2020), p. 30.

<sup>838</sup> BADDELEY, Le droit matrimonial (2009), p. 247.

ment après avoir franchi cette étape, il sera possible de procéder à la transmission successorale.

En suivant la même approche adoptée dans la partie précédente relative à l'autonomie de la volonté en matière matrimoniale, dans les sections suivantes nous dirons quelques mots sur la position du conjoint survivant dans une succession « *ab intestat* » dans les différents ordres juridiques objet de notre étude, pour ensuite explorer les options de planification du *de cuius*, notamment à l'égard de son conjoint survivant. 636

### I.B.1. La position du conjoint survivant dans la succession « *ab intestat* »

Dans cette section, nous passerons brièvement en revue la position du conjoint survivant au sein des différentes législations nationales dans le contexte d'une succession légale. Cette vision d'ensemble constituera la base pour l'analyse, dans les sections suivantes, de la marge d'autonomie privée allouée au futur *de cuius* pour la planification de sa succession. 637

Dans les trois droits étudiés, le siège de la matière se trouve, respectivement, aux articles 457 à 466 CCS, 720 à 811-3 CCF et 565 à 586 CCI. 638

La plupart des ordres juridiques reconnaissent le conjoint survivant comme l'un des héritiers légaux à la succession du défunt (art. 462 CCS, art. 731 CCF, art. 565 CCI). Ce dernier n'entre pas dans le système des parentèles ou des classes d'héritiers, dès lors qu'il n'a pas de lien de parenté, mais un lien matrimonial, avec le *de cuius*<sup>839</sup>. Il en résulte que, pour être éligible à la succession, le mariage doit exister au moment de l'ouverture de la succession<sup>840</sup> (art. 732 CCF, art. 585 *a contrario* CCI). 639

Tous les ordres juridiques ici analysés admettent un concours entre le droit de succession du conjoint survivant avec celui d'autres héritiers, ce qui implique que sa part successorale légale dépend de la parentèle ou classe d'héritier qui vient à la succession (art. 462 CCS, art. 765 CCF, art. 581-582 CCI)<sup>841</sup>. S'agissant du concours du conjoint survivant avec les autres proches, tant en droit suisse qu'en droit français, le concours est uniquement admis en présence des descendants, ou des père et mère du défunt. En présence d'autres 640

<sup>839</sup> CR CC II-PRETELLI, Introduction aux articles 447-466 N 8.

<sup>840</sup> Pour le droit suisse, voir CR CC II-GUILLAUME, art. 462 N 1.

<sup>841</sup> CR CC II-PRETELLI, Introduction aux articles 447-466 N 8 ; PELLETIER (2002), p. 2280-2283 ; HARDING/ PROBERT (2018), paragr. 495.

héritiers, le conjoint survivant peut recueillir la totalité de la succession (art. 462, al. 1, ch. 3 CCS, 757-2 CCF).

- 641 Le législateur français a néanmoins assorti cette règle de deux tempéraments. D'une part, lorsque le conjoint recueille la totalité ou les trois quarts de la succession, les ascendants ordinaires, s'ils se trouvent dans le besoin, disposent d'une créance d'aliments contre la succession du défunt (art. 758 CCF). Conformément au droit alimentaire, il est nécessaire que les ascendants démontrent leur état de besoin, ainsi que la présence de ressources suffisantes dans la succession<sup>842</sup>. Cette créance doit être réclamée dans le délai d'un an à partir du décès ou du moment où les héritiers cessent d'acquitter les prestations qu'ils fournissaient auparavant aux ascendants<sup>843</sup>. D'autre part, les collatéraux privilégiés, soit essentiellement les frères et sœurs du défunt et leurs descendants, bénéficient d'un droit de retour légal. Ce droit porte sur la moitié des biens que le défunt avait pu recevoir par donation ou succession de la part d'ascendants communs<sup>844</sup>, pour autant que ces biens figurent toujours en nature dans la succession (art. 757-3 CCF).
- 642 En droit italien, au contraire, le conjoint survivant concourt également avec les frères et sœurs du défunt (art. 582 CCI). Cependant, il est précisé que, dans ce cas, la part du conjoint dans la succession est de deux tiers : cette participation reste la même, peu importe qu'il concoure avec les seuls ascendants, les seuls frères et sœurs ou les deux (art. 582, al. 2 CCI).

## I.B.2. L'étendue et les limites de l'autonomie privée en droit matériel

### I.B.2.1. *Les instruments de la planification*

- 643 Le droit successoral se fonde sur l'idée que la simple volonté du *de cuius*, soit la « volonté interne », ne peut pas, en elle-même, produire des effets juridiques entre vifs ou à cause de la mort. Pour que celle-ci puisse produire des effets juridiques, il faut que la volonté soit exprimée dans un « acte de dernière volonté », destiné à déployer d'effets à l'égard des tiers uniquement à la mort du disposant<sup>845</sup>.

---

<sup>842</sup> SAUVAGE, Successions (2016-2017), paragr. 41.40.

<sup>843</sup> CORPART (2002), p. 2952-2957.

<sup>844</sup> SAUVAGE, Successions (2016-2017), paragr. 41.38.

<sup>845</sup> BUSANI, La successione (2020), p. 831-832.

Ainsi, le futur *de cuius* peut choisir, pour confier ses dispositions pour cause de mort, parmi plusieurs instruments de planification successorale, lesquels peuvent avoir une nature unilatérale ou bilatérale<sup>846</sup>. 644

### I.B.2.1.1. Le testament

#### *I.B.2.1.1.a. Le testament unilatéral*

##### I.B.2.1.1.a.i. Définition et généralités

Pierre angulaire des instruments de planification successorale, le testament peut se définir comme un acte à cause de mort par lequel une personne, le testateur, dispose de la totalité ou d'une partie de ses biens pour le moment où elle cessera de vivre (art. 498 ss CCS, art. 967 ss CCF, art. 587 ss CCI). 645

Se fondant sur cette définition, il est possible de déceler un certain nombre de caractéristiques fondamentales de cet instrument, lequel reçoit une réglementation similaire dans tous les ordres juridiques faisant l'objet de notre étude. Il s'agit, en premier lieu, d'un instrument de nature patrimoniale, même s'il est également possible d'y insérer des dispositions d'autre nature<sup>847</sup>. C'est également un instrument unilatéral, dans la mesure où il repose, sans exception, exclusivement sur la volonté du testateur, sans qu'il soit nécessaire de communiquer aux bénéficiaires les attributions effectuées par le biais du testament lui-même. Le testament est également un acte personnel, parce qu'il n'admet aucune forme de représentation ou d'assistance<sup>848</sup>. En dernier lieu, le testament est un acte révocable, le testateur pouvant le révoquer ou en modifier le contenu jusqu'à sa mort. 646

##### I.B.2.1.1.a.ii. Les exigences formelles

Le testament est un acte juridique formel qui doit être rédigé par écrit, dans l'une des formes typiques expressément et exhaustivement prévues par la loi, 647

---

<sup>846</sup> BKS ZGB II-WEIMAR, art. 498 N 2.

<sup>847</sup> Telles que, par exemple, la reconnaissance d'un enfant ou la désignation d'un tuteur pour l'un de ses descendants.

<sup>848</sup> FARINARO (2020), p. 759.

faute de quoi la volonté déclarée par le testateur ne pourra pas être considérée comme un testament et n'aura, par conséquent, aucun effet<sup>849</sup>.

- 648 Classiquement, le testament peut se faire sous la forme d'un acte olographe ou d'un acte public (art. 498 CCS, art. 969 CCF, art. 601 CCI). Le testament olographe est un instrument privé pour lequel la loi exige trois conditions de forme : l'écriture, la signature et la date de la main du testateur (art. 505 CCS, art. 970 CCF, art. 602 CCI). C'est aujourd'hui la forme testamentaire la plus répandue, parce qu'elle offre l'avantage de la simplicité, de la gratuité et du secret<sup>850</sup>.
- 649 Le testament public est reçu par le notaire. C'est un testament communiqué oralement, en présence de témoins, par le futur *de cuius* au notaire qui, en respectant une série de formalités, le transcrit (art. 499-504 CCS, art. 971-975 CCF, art. 603 CCI). Dans ce contexte, le droit suisse adresse également l'hypothèse du testateur qui n'a ni lu, ni signé l'acte (art. 502 CCS)<sup>851</sup> : cette forme « secondaire » du testament public avait été conçue, initialement, pour permettre aux personnes qui ne peuvent ni lire ni écrire d'adopter un testament. Son champ d'application est toutefois plus large : il est admis que la loi vise également la seule incapacité de lire ou celle d'écrire, et non seulement le cas où ces deux incapacités sont réunies<sup>852</sup>.
- 650 Outre ces formes presque universellement reconnues, il existe d'autres modalités de rédaction d'un testament, qui peuvent varier d'une législation à l'autre. En France et en Italie, il existe la possibilité de rédiger un testament « mystique », c'est-à-dire secret (art. 976-979 CCF, art. 605-608 CCI), une écriture privée subordonnée à une intervention ultérieure du notaire, qui comporte deux phases : la rédaction de l'acte de dernière volonté et sa présentation au notaire<sup>853</sup>. La Suisse et l'Italie vont plus loin sur le plan formel, en admettant les testaments oraux lorsque, par suite de circonstances extraordinaires, le disposant est empêché de tester dans une autre forme (art. 506, al. 1 CCS, art. 609-619 CCI).

### *I.B.2.1.1.b. Un instrument réservé aux époux : le testament conjonctif*

- 651 Il va de soi que le disposant peut favoriser le conjoint survivant par le biais d'un testament unilatéral. Néanmoins, au vu du lien entre la volonté de plani-

---

<sup>849</sup> FARINARO (2020), p. 761.

<sup>850</sup> CR CC II-LEUBA, art. 505 N 1 ; NICOD, Testament (2016), paragr. 54.

<sup>851</sup> CR CC II-LEUBA, art. 499 N 1.

<sup>852</sup> CR CC II-LEUBA, art. 505 N 2.

<sup>853</sup> NICOD, Testament (2016), paragr. 105-106.



fication successorale et le souhait de garantir une protection suffisante du conjoint survivant, certains ordres juridiques ont prévu des instruments de planification successorale visant spécifiquement cet objectif de protection.

Parmi ces instruments, il convient de mentionner le testament conjonctif, connu en droit allemand, mais inexistant dans les trois ordres juridiques étudiés (cf. *infra*, n° 656-660). 652

#### I.B.2.1.1.b.i. Définition et généralités

Le testament conjonctif est un mode de disposition pour cause de mort uniquement à la disposition des époux (paragr. 2265 BGB). Il peut contenir les mêmes dispositions qu'un testament unilatéral, sa particularité étant la possibilité, pour les époux, d'adopter des dispositions réciproques<sup>854</sup>. Nous pouvons affirmer qu'au sens du droit allemand, des dispositions sont en général réciproques lorsque les époux s'instituent mutuellement comme héritiers uniques ou lorsqu'un époux institue l'autre conjoint comme héritier et que celui-ci institue les enfants communs comme héritiers finaux, s'il est le dernier à décéder<sup>855</sup>. 653

D'après le paragraphe 2270, alinéa 1, 1<sup>ère</sup> phrase du BGB, le caractère réciproque de ces dispositions implique que la nullité ou la révocation de l'une entraîne l'inefficacité de l'autre. De surcroît, conformément aux paragraphes 2271 et 2296 du BGB, des dispositions réciproques peuvent seulement être révoquées du vivant des deux époux par le biais d'une déclaration authentifiée devant notaire, laquelle doit faire l'objet d'une communication à l'autre époux. Sur la base du paragraphe 2271, alinéa 2, 1<sup>ère</sup> phrase du BGB, le décès de l'un des époux annule le droit de révoquer une disposition réciproque. L'époux survivant est donc limité dans sa capacité de tester et ne peut plus annuler ou modifier sa propre disposition réciproque que s'il répudie la libéralité qui lui a été faite<sup>856</sup>. 654

L'Angleterre connaît un instrument similaire à celui du testament conjonctif, les « *mutual wills* ». À l'instar des testaments conjonctifs, ces testaments contiennent des dispositions pour cause de mort qui peuvent être considérées comme réciproques<sup>857</sup>. Cependant, contrairement aux testaments conjonctifs, 655

<sup>854</sup> DÖBEREINER (2018), p. 96.

<sup>855</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>856</sup> *Ibid.*

<sup>857</sup> VERREY (2019), p. 181. Le BGB allemand déclare que des dispositions pour cause de mort peuvent être considérées comme réciproques lorsque, conformément à la volonté des dé-

les « *mutual wills* » ne sont pas uniquement réservés aux époux. De manière générale, la conclusion de ce type de testament implique que les biens du survivant seront détenus dans le cadre d'une « *constructive trust* » pour les bénéficiaires convenus avec le premier testateur<sup>858</sup>. Il s'agirait, selon la doctrine anglaise, d'une sorte de trust « flottant », de sorte que le trust ne se cristallise qu'au décès du survivant. Cela permet au survivant d'utiliser tout bien qui lui est laissé en vertu de l'accord, mais pas de faire des dispositions entre vifs délibérément conçues pour rendre l'accord caduc<sup>859</sup>.

#### I.B.2.1.1.b.ii. L'interdiction des testaments conjonctifs

656 Les testaments conjonctifs font l'objet d'une interdiction expresse dans les ordres juridiques français (art. 968 CCF) et italien (art. 589 CCI).

657 Cependant, cette interdiction suscite de plus en plus de débats : destinée à protéger la révocabilité des dispositions testamentaires, elle est considérée, de nos jours, plus gênante qu'utile<sup>860</sup>. Tant en France qu'en Italie, les tribunaux, conscients des arguments soulevés par la doctrine, tendent à pallier ces inconvénients en adoptant une interprétation très restrictive de ce qui est considéré comme un testament conjonctif. Un exemple de cette approche est que, en l'absence d'une interdiction expresse à cet égard, sont considérés comme valables les testaments faits par deux personnes de manière indépendante, c'est-à-dire dans deux testaments séparés, mais l'un en faveur de l'autre<sup>861</sup>. Dans un tel cas, il existe évidemment la possibilité que le contenu de chaque acte ait été influencé par les dispositions contenues dans le testament de l'autre : si l'existence d'un accord devait être prouvée, les testaments seraient considérés comme nuls. Cependant, à part quelque décision isolée<sup>862</sup>, la jurisprudence ne semble pas retenir une présomption d'accord entre les parties face à deux testaments séparés, dans lesquels chaque testateur dispose en faveur de l'autre.

---

funts, elles sont si étroitement liées entre elles que l'une des dispositions n'aurait pas été adoptée sans la disposition de l'autre partenaire (art. 2270, al. 1<sup>er</sup> BGB).

<sup>858</sup> HARDING/ PROBERT (2018), paragr. 558.

<sup>859</sup> SÍÓN/ SLOAN (2015).

<sup>860</sup> NICOD, Testament (2016), paragr. 37.

<sup>861</sup> Pour la France, voir NICOD, Testament (2016), paragr. 38 ; pour l'Italie, voir TAGLIAFERRI (2016), p. 340.

<sup>862</sup> Voir notamment SCODELLARI (2000), qui analyse une décision du Tribunal de Milan qui va dans ce sens.

La validité de ces testaments est admise assez largement, pour autant que les disposants gardent une complète liberté de révocation<sup>863</sup>. Pour éviter toute difficulté d'interprétation, il peut être recommandé pour chaque testateur de préciser dans la disposition qu'il souhaite adopter qu'il confirme n'être pas lié à l'égard de l'autre disposant<sup>864</sup>. 658

Nous soulignons qu'en Italie, la doctrine distingue les testaments conjonctifs des testaments simultanés (« *simultanei* »), soit des testaments qui se trouvent sur le même support, mais qui sont indépendants l'un de l'autre<sup>865</sup>. La doctrine et la jurisprudence semblent confirmer que les testaments simultanés n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 589 CCI, et sont considérés comme licites<sup>866</sup>. 659

Concernant la situation en Suisse, nous soulignons que, par le passé, la doctrine s'était intéressée de près à l'institution du testament conjonctif, qui était prévue dans l'avant-projet de Code civil, mais qui avait ensuite été rejetée parce que considérée comme juridiquement trop compliquée, et avec des finalités atteignables par le biais du pacte successoral<sup>867</sup>. Par conséquent, le testament conjonctif fait aujourd'hui l'objet d'une interdiction constante en jurisprudence<sup>868</sup>. Néanmoins, la doctrine majoritaire admet la possibilité de convertir le testament conjonctif en un testament individuel, bien qu'il n'existe pas une réglementation expresse en matière de conversion<sup>869</sup>. La conversion est exclue s'il est admis que les testateurs auraient renoncé à rédiger le testament conjonctif s'ils avaient été conscients de l'impossibilité de lier l'autre partie<sup>870</sup>. Une telle corrélation étant présumée par la jurisprudence du Tribunal fédéral dans le cas des testaments conjonctifs<sup>871</sup>, une conversion ne sera possible que si les parties arrivent à renverser cette présomption, ce qui rend la conversion impossible dans la majorité des cas. 660

---

<sup>863</sup> MOOSER (2022), p. 149.

<sup>864</sup> *Ibid.*

<sup>865</sup> L'hypothèse licite de testaments simultanés est celle dans laquelle plusieurs testateurs expriment leurs volontés, chacune bien distincte de l'autre, dans leur formation et leur rédaction, toutes véhiculées par un même support documentaire. Pour plus de détails, voir TAGLIA-FERRI (2016), p. 340.

<sup>866</sup> Voir VECCHIO (2008), qui commente une sentence du Tribunal de Terni allant dans ce sens.

<sup>867</sup> BÜCHLER/ DICKENMANN (2008), p. 75.

<sup>868</sup> Voir, entre autres, ATF 89 II 284 ; ATF 47 II 50 ; ATF 76 II 278.

<sup>869</sup> BÜCHLER/ DICKENMANN (2008), p. 76.

<sup>870</sup> *Ibid.*

<sup>871</sup> ATF 95 II 519, consid. 3.

### I.B.2.1.2. Le pacte successoral

- 661 À l'heure actuelle, l'instrument du pacte successoral n'est connu que par l'ordre juridique suisse, les législateurs français et italien ayant expressément interdit cet instrument (art. 722 CCF, art. 458 CCI).
- 662 Le pacte successoral peut se définir comme un acte juridique ayant pour objet des droits dans une succession qui n'est pas encore ouverte, qu'il s'agisse de celle du cocontractant ou celle d'un tiers<sup>872</sup>. Au moyen du pacte successoral, le disposant se lie à propos de la manière dont il dispose pour cause de mort, ce qui entraîne une perte du caractère unilatéral des dispositions pour cause de mort. Devenues contractuelles, celles-ci lient le disposant, de sorte qu'il ne lui est en principe plus possible de les révoquer unilatéralement<sup>873</sup>. De plus, des éventuelles autres dispositions pour cause de mort qui ne sont pas compatibles avec le pacte successoral sont sujettes à annulation (art. 494, al. 3 CCS).
- 663 D'autre part, le pacte successoral restant un instrument de planification successorale, il n'entraîne en principe aucune obligation entre vifs, ce qui signifie que le disposant peut donc continuer à disposer librement de ses biens de son vivant (art. 494, al. 2 CCS).
- 664 De manière générale, la conclusion du pacte peut avoir lieu à titre gratuit, c'est-à-dire sans aucune attribution entre vifs, ou à titre onéreux<sup>874</sup>.

#### *I.B.2.1.2.a. La réglementation des pactes successoraux en Suisse*

##### I.B.2.1.2.a.i. Généralités

- 665 Le pacte successoral peut prendre deux formes : le pacte positif ou d'attribution (« *Erbzuwendungsvertrag* ») et le pacte de renonciation ou abdicatif (« *Erbverzichtsvertrag* »).
- 666 Le pacte successoral d'attribution est visé à l'article 494 CCS. D'après cette disposition, le testateur, par pacte successoral, confère en principe au bénéficiaire des droits irrévocables sur sa succession<sup>875</sup>. Le futur *de cuius* peut également s'engager à laisser un legs, c'est-à-dire un avantage patrimonial, au

---

<sup>872</sup> RENAULT-BRAHINSKY (2021), p. 89.

<sup>873</sup> CR CC II-LEUBA, art. 512 N 6. Cela n'empêche que certaines dispositions pour cause de mort, quoique prises dans un pacte successoral, peuvent conserver un caractère unilatéral et ainsi être révocables en tout temps, voir CR CC II-LEUBA, art. 512 N 8.

<sup>874</sup> WOLF/ SPICHTER (2018), p. 14.

<sup>875</sup> BSK ZGB II-BREITSCHMID/ BORNHAUSER, art. 494 N 1.

bénéficiaire<sup>876</sup>. Quant au contenu de ce type de pactes, l'énumération de l'article 494 CCS n'est pas exhaustive. De manière générale, tout ce qui peut être adopté dans un testament peut également faire l'objet d'un pacte successoral<sup>877</sup>.

Au contraire, dans le pacte de renonciation, réglementé à l'article 495 CCS, le défunt accepte la déclaration d'un héritier, le plus souvent un héritier réservataire, par laquelle celui-ci déclare renoncer à tout ou partie de la quotité qui lui revient, le cas échéant, au moment de l'ouverture de la succession<sup>878</sup>, y compris son éventuelle réserve<sup>879</sup>. La renonciation peut donc porter sur l'entier ou sur une partie de l'expectative successorale, mais non sur des biens successoraux isolés<sup>880</sup>. La renonciation est définitive et contraignante, indépendamment de tout changement de circonstances, notamment quant à la situation économique du disposant<sup>881</sup>.

667

Le pacte de renonciation est onéreux lorsque le *de cuius* fournit ou promet des prestations entre vifs ou fait une ou des attributions bilatérales à cause de mort au cocontractant qui accepte d'être privé de ses droits successoraux<sup>882</sup>. En effet, il convient de souligner que cette renonciation n'empêche jamais le disposant de faire des attributions à cause de mort en faveur du renonçant, en particulier en lui attribuant un montant égal à la part légitime à laquelle le renonçant aurait eu droit au moment de l'ouverture de la succession<sup>883</sup>.

668

Il convient également de souligner que, de manière générale, les pactes successoraux peuvent avoir une nature bilatérale. On parle de pacte successoral bilatéral lorsque les deux parties disposent pour cause de mort et que : a) chacune dispose en faveur de l'autre ou, b) chacune renonce à la succession de l'autre ou, c) elles prennent des dispositions en faveur d'un tiers ou, d) elles combinent les deux possibilités dans le même acte<sup>884</sup>. L'essentiel est que les dispositions prises par les parties dans le même acte soient interdépendantes.

669

---

<sup>876</sup> WOLF/ SPICHIGER (2018), p. 14.

<sup>877</sup> *Ibid.*

<sup>878</sup> BSK ZGB II-BREITSCHMID/ BORNHAUSER, art. 495 N 1.

<sup>879</sup> WOLF/ SPICHIGER (2018), p. 15.

<sup>880</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>881</sup> BSK ZGB II-BREITSCHMID/ BORNHAUSER, art. 495 N 1.

<sup>882</sup> PIOTET, *La nature* (2004), p. 318.

<sup>883</sup> Dans ce cas, il est possible d'analyser la situation de deux manières. Ou bien l'exhérédation par pacte abdicatif est librement révocable, matériellement testamentaire, et le *de cuius* en la révoquant unilatéralement rétablit la réserve ; ou bien cette exhérédation est contractuelle, bilatérale, en ce sens que la réserve du renonçant ne peut renaître que par la révocation du pacte. Pour plus de détails sur la question, voir PIOTET, *La nature* (2004), p. 319.

<sup>884</sup> STEINAUER, *Les parties* (2015), paragr. 7.

I.B.2.1.2.a.ii. Les exigences formelles

- 670 S'agissant des critères formels applicables aux pactes successoraux, le droit suisse se contente de reprendre essentiellement les exigences valables pour le testament public (art. 512 CCS). Cependant, à l'alinéa 2 de l'article 512 CCS, le législateur ajoute quelques exigences supplémentaires afin de tenir compte du caractère bilatéral de l'acte<sup>885</sup>, notamment le fait que les parties déclarent simultanément leur volonté à l'officier public et qu'elles signent l'acte par-devant lui.
- 671 Les causes de caducité des pactes successoraux sont spécifiquement traitées aux articles 513 à 515 CCS. L'article 513 CCS consacre d'abord, de manière implicite, le principe d'irrévocabilité unilatérale des pactes successoraux, découlant de la nature contractuelle des dispositions à cause de mort contenues dans un pacte successoral. Cependant, ce principe souffre plusieurs exceptions. Tout d'abord, il est admis que le disposant peut procéder à une révocation unilatérale du pacte pour cause de vice de capacité (art. 468 CCS) ou de volonté (art. 469 CCS). De plus, l'article 513, aliéna 2 CCS prévoit que le disposant peut révoquer unilatéralement le pacte successoral pour l'un des motifs qui justifieraient une exhérédation (art. 477 CCS) : cette possibilité est, sauf convention contraire, limitée aux pactes successoraux attributifs<sup>886</sup>. En sus, l'article 514 CCS institue un droit de révocation unilatéral pour cause d'inexécution. Contrairement à l'article 513 CCS, l'hypothèse de l'article 514 CCS est applicable à tout type de pacte, pour autant qu'il prévoie une contre-prestation entre vifs<sup>887</sup>.
- 672 En dehors des cas de révocation unilatérale, comme pour tout contrat, la loi rappelle le droit des parties de procéder à une révocation conventionnelle du pacte successoral. Cette forme de révocation est possible pour tous types de pactes successoraux, attributifs ou abdicatifs, conclus à titre onéreux ou gratuit<sup>888</sup>. Il convient de souligner que la convention révocatoire constitue, du point de vue du *de cuius*, une disposition pour cause de mort : dès lors, la vali-

---

<sup>885</sup> CR CC II-LEUBA, art. 512 N 1.

<sup>886</sup> CR CC II-REGAMEY, art. 513 N 27.

<sup>887</sup> Sur la base de l'art. 514 CCS, le droit de révocation unilatérale existe dans deux hypothèses, soit lorsque la prestation entre vifs n'est pas exécutée, ou lorsque le disposant ne fournit pas des garanties que la prestation entre vifs sera exécutée. À cela, une partie de la doctrine ajoute un troisième cas d'application, découlant d'une application par analogie de l'art. 514 CCS, qui admet également une révocation unilatérale lorsque le *de cuius* dilapide son patrimoine ou met en péril sa capacité à honorer la disposition prise par pacte attributif en faveur du bénéficiaire. La possibilité de cette application par analogie est toutefois controversée. Pour plus de détails, voir CR CC II-REGAMEY, art. 514 N 8-10.

<sup>888</sup> CR CC II-REGAMEY, art. 513 N 10.

dité de cette manifestation de volonté, notamment quant à la capacité de disposer du *de cuius*, est soumise aux mêmes règles que les autres dispositions pour cause de mort<sup>889</sup>. Cependant, si la forme du testament public est requise pour la constitution d'un pacte successoral, la forme écrite simple suffit pour sa révocation conventionnelle<sup>890</sup>.

#### I.B.2.1.2.b. *L'interdiction des pactes successoraux en France et Italie*

Les droits français et italien n'ont jamais admis la faculté de disposer, par contrat, de droits relatifs à une succession non encore ouverte. Cette hostilité, qui est une constante des droits susmentionnés, s'est traduite par la prohibition des pactes sur succession future énoncée aux articles 722 CCF et 458 CCI. 673

L'identification des raisons de la prohibition est importante, parce qu'elle peut aider, d'une part, à circonscrire le champ d'application des règles en cause et, d'autre part, à trouver des solutions alternatives à l'interdiction en mesure d'atteindre les buts poursuivis par les législateurs. En effet, l'histoire des trente dernières années, accompagnée d'une littérature de plus en plus motivée, montre, quelles qu'en soient les raisons, que la succession de l'individu n'est plus exclusivement confiée à l'instrument testamentaire<sup>891</sup>. Face à ce constat, il est d'autant plus important comprendre les justifications de l'interdiction des pactes successoraux, qui est actuellement l'une des plus gros obstacles à la libre expression de la volonté au niveau de la planification successorale. 674

L'interdiction à utiliser des instruments contractuels comme alternative au testament pour régler la succession peut être justifiée dans le prétendu désaccord entre la tradition romane et la tradition germanique, puisque la tradition romaniste n'était pas complètement opposée aux accords en matière de succession. En effet, le droit romain prévoyait des contrats d'héritage bilatéraux et irrévocables, comme la *mancipatio familiae mortis causa* et la *mortis causa donatio*, qui auraient été inconciliables avec une attitude d'aversion pour les accords en matière de succession. Et pourtant, l'interdiction de toute institution contractuelle en matière de succession, qui aboutit en une interdiction, entre autres, des pactes successoraux, persiste dans de nombreux ordres juridiques qui se fondent sur la tradition juridique romaniste, dont notamment l'Italie et la France. 675

<sup>889</sup> CR CC II-REGAMEY, art. 513 N 11.

<sup>890</sup> CR CC II-REGAMEY, art. 513 N 14.

<sup>891</sup> BARBA (2018).

En droit italien, il existe un principe d'interdiction valable pour tous les pactes successoraux, c'est-à-dire tous les actes qui attribuent ou refusent des droits sur une succession qui n'a pas encore été ouverte (art. 458 CCI)<sup>892</sup>. Plus précisément, sont donc interdits tant les pactes par lesquels l'une des parties prend des dispositions en faveur d'une autre partie contractante, que les pactes par lesquels un héritier renonce au patrimoine du futur *de cuius*. Toujours dans ce sens, la doctrine italienne majoritaire soutient qu'il n'est autorisé aucun instrument juridique tendant à mettre en œuvre une succession autre que celle, typique, du testament<sup>893</sup>, la nature contractuelle du pacte successoral étant suffisant pour fonder, en elle-même, la nullité de l'acte. La raison de l'interdiction des pactes successoraux résiderait dans la nécessité de protéger la liberté du *de cuius*, garantie par l'acte testamentaire en raison de sa révocabilité inconditionnelle. Au contraire, le pacte successoral compromettrait cette liberté précisément en raison de sa nature contractuelle, entraînant l'irrévocabilité des dispositions adoptées<sup>894</sup>. Face à ces arguments, il nous semble cependant que le législateur ait utilisé des moyens disproportionnés pour atteindre le but souhaité. En effet, si nous admettons que la raison d'être de l'article 458 du Code civil italien est uniquement la volonté de préserver la liberté testamentaire du disposant, cela pourrait ouvrir la porte à une interprétation de la disposition selon laquelle l'interdiction en objet, malgré la formulation générale de la disposition, vise non pas le pacte successoral en tant que tel, mais uniquement le pacte successoral irrévocable. Pour préserver la liberté du disposant, il aurait suffi d'interdire uniquement l'irrévocabilité du consentement, et non la structure contractuelle de l'instrument en soi<sup>895</sup>. En d'autres termes, si l'objectif de la règle avait été de garantir le pouvoir de modifier les situations de *mortis causa*, il aurait suffi d'accorder au constituant un droit de révocation.

677 En France, la prohibition des pactes sur succession future fait partie, ensemble avec la réserve héréditaire, de la notion d'ordre public<sup>896</sup>. La prohibition des pactes sur succession future remonte au Code civil de 1804, et résulte actuellement d'une multitude de textes, dont le plus général est l'article 722 CCF, modifié par la loi du 3 décembre 2001<sup>897</sup>. L'interdiction vise plusieurs objectifs : éviter qu'une personne souhaite la mort d'une autre, préserver l'égalité des héritiers et permettre à l'intéressé de conserver jusqu'à sa mort sa liberté

---

<sup>892</sup> CICERO (2018), p. 59.

<sup>893</sup> CARIOTA-FERRARA (1961), p. 145.

<sup>894</sup> SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine* (1997), p. 222.

<sup>895</sup> CICERO (2018), p. 62.

<sup>896</sup> GRARE-DIDIER (2006), p. 481.

<sup>897</sup> Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, JORF n° 281 du 4 décembre 2001.



de tester<sup>898</sup>. De plus, la doctrine met en avant le fait que le vœu du législateur est de protéger les intérêts des futurs héritiers réservataires en évitant que le *de cuius* présomptif ne vide intentionnellement son patrimoine en concluant des pactes successoraux<sup>899</sup>. Il n'est évidemment pas possible d'interdire au titulaire d'un patrimoine de passer des actes onéreux, qui constituent les actes ordinaires de la vie économique. Cependant, ces actes seront considérés comme suspects dès lors qu'ils auraient pour caractéristique de ne présenter aucun inconvénient pour le titulaire du patrimoine de son vivant, et d'être en revanche préjudiciables à ses seuls successeurs. Dans ce cas, ces actes seront alors annulés comme pactes sur succession future<sup>900</sup>. Dès lors, la prohibition des pactes sur sa propre succession vise à placer sous une surveillance étroite les contrats par lesquels une personne dissocie délibérément son intérêt de son vivant, et l'intérêt de ses successibles<sup>901</sup>.

#### *I.B.2.1.2.c. L'assouplissement de l'interdiction en France et en Italie*

Les changements qui ont eu lieu au cours du dernier siècle, notamment en matière de famille et de propriété, ont profondément modifié la fonction sociale du droit des successions. Face à cette évolution, il est devenu clair que l'instrument testamentaire n'était plus en mesure d'atteindre de manière satisfaisante tous les buts de la planification successorale, si bien que, tant en France qu'en Italie, l'interdiction des pactes successoraux a fait l'objet de débats doctrinaux<sup>902</sup>. 678

Dans ce contexte, les justifications doctrinales classiques analysées ci-dessus sont semblées insuffisantes pour expliquer l'interdiction des pactes successoraux, ainsi que la limitation du principe d'autonomie qui en découle, inconnue dans d'autres systèmes juridiques. Par conséquent, en réponse aux nouvelles exigences sociétales, les ordres juridiques qui interdisent les pactes successoraux ont tenté d'identifier des formes « alternatives » de transfert du patrimoine familial, par l'introduction d'instituts juridiques présentant des éléments contractuels. 679

En France, le législateur a apporté des importantes exceptions au principe de l'interdiction des pactes sur succession future par la loi du 23 juin 2006<sup>903</sup>. 680

<sup>898</sup> RENAULT-BRAHINSKY (2021).

<sup>899</sup> BICHERON, *Principe de prohibition* (2021), paragr. 211.33.

<sup>900</sup> *Ibid.*

<sup>901</sup> *Ibid.*

<sup>902</sup> Pour l'Italie, voir MASCHERONI (2006).

<sup>903</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, JORF n° 145 du 24 juin 2006.

Désormais, le principe est qu'on ne peut renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi (art. 1163 CCF). De plus, la loi incite le futur *de cuius* à faciliter la dévolution successorale en répartissant ses biens entre les héritiers de son vivant au moyen de donations-partages qui, comme nous verrons par la suite, constituent presque l'équivalent fonctionnel de véritables pactes sur succession future (cf. *infra*, n° 696).

681 En Italie, vers la fin des années nonante, le législateur a introduit les pactes de famille, afin de donner suite à la recommandation de la Commission européenne du 7 décembre 1994<sup>904</sup>, dans laquelle elle invitait les États membres à adopter des mesures appropriées pour faciliter la transmission des dites entreprises (cf. *infra*, n° 684-686).

682 Au vu de ce qui précède, dans les paragraphes suivants, nous nous bornerons à présenter uniquement les caractéristiques principales des instruments contractuels existants en France et en Italie, dans le but de montrer que l'interdiction des pactes successoraux n'est pas un principe absolu, et qu'il existe déjà des ouvertures qui pourraient ouvrir la voie à une évolution légale en ce sens.

#### I.B.2.1.2.c.i. Les pactes successoraux exceptionnellement admis par la loi

683 En dérogation au principe d'interdiction générale, les législateurs français et italien ont autorisé différents types de pactes sur succession future en faveur des époux.

684 En Italie, en application des lignes directrices définies dans la recommandation de la Commission européenne du 7 décembre 1994 (cf. *supra*, n° 681), la loi n° 55 du 14 février 2006<sup>905</sup> a introduit dans l'ordre juridique italien la figure des pactes de famille (art. 768*bis* ss CCI), un instrument visant à réaliser le transfert, par acte entre vifs, de la société en faveur d'un ou plusieurs descendants désignés par le constituant. Ce pacte peut être défini comme le contrat par lequel l'entrepreneur cède, en tout ou en partie, l'entreprise et le détenteur d'actions de la société cède, en tout ou en partie, ses actions à un ou plusieurs descendants<sup>906</sup>.

685

---

<sup>904</sup> Raccomandazione della Commissione, del 7 dicembre 1994, sulla successione nelle piccole e medie imprese (Testo rilevante ai fini del SEE), OJ L 385/14 du 31 décembre 1994.

<sup>905</sup> Loi n° 55 du 14 février 2006, GU n° 50 du 1 mars 2006.

<sup>906</sup> DI GIANDOMENICO (2006).

De manière significative, l'article 1 de la loi du 14 février 2006 modifie l'article 458 CCI en insérant une clause de dérogation expresse aux règles générales sur les pactes successoraux, en référence à la nouvelle figure des « pactes de famille ». Par disposition expresse du législateur, la forme choisie pour assurer la transmission des PME est contractuelle (art. 768*bis* CCI). Plus précisément, les pactes de famille sont des contrats formels, qui doivent prendre la forme d'un acte public, sous peine de nullité (art. 768*ter* CCI).

Parmi les caractéristiques saillantes des pactes de famille, il faut noter leur profil plurilatéral. Pour que l'accord soit valable, en effet, il faut la participation du conjoint et des autres héritiers qui, au moment de la stipulation, auraient la qualité de réservataires de l'entrepreneur, avec pour conséquence que l'éventuelle non-participation d'un ou plusieurs réservataires entraînera la nullité de l'accord<sup>907</sup>. Selon une autre partie de la doctrine, l'absence de certains héritiers réservataires n'invaliderait pas l'accord, puisque le pacte de famille est un acte bilatéral ayant pour objet le transfert de l'entreprise du constituant au(x) descendant(s) choisi(s) ; par conséquent, il existerait uniquement un simple devoir de convocation des héritiers réservataires<sup>908</sup>. De plus, le défaut de convocation de ceux-ci ne rend ne rend pas l'accord nul, mais entraîne plutôt la simple possibilité pour l'héritier réservataire d'exercer une action en contestation<sup>909</sup>. 686

En France, le législateur a également admis la possibilité de prévoir, dans les contrats de mariage, deux institutions contractuelles pouvant être qualifiées de pactes sur succession future, exceptionnellement autorisés dans ce contexte. 687

D'après l'article 1082 CCF, toute personne peut, dans un contrat de mariage, consentir à l'un des futurs époux une donation de tout ou partie de sa succession. De la même manière, les futurs époux peuvent, dans leur contrat de mariage, se consentir l'un à l'autre de pareilles donations (art. 1093 CCF). Ces dispositions présentent un caractère hybride. Elles s'apparentent à une donation en ce qu'elles se réalisent par contrat, mais elles ressemblent un testament en ce qu'elles constituent des libéralités à cause de mort, ne conférant à l'institué aucun droit actuel sur les biens de l'instituant, mais seulement un droit éventuel sur les biens que celui-ci laissera à son décès<sup>910</sup>. S'il est vrai que la donation de biens à venir, c'est-à-dire de biens que le disposant laissera au jour de son décès, est, par excellence, un pacte sur succession future, raison pour laquelle elle est en principe interdite à l'article 943 CCF, le législateur 688

<sup>907</sup> Codice civile-IANNI, art. 768*quater* N 1.

<sup>908</sup> CACCAVALLE (2006).

<sup>909</sup> *Ibid.*

<sup>910</sup> BOISSON (2021), paragr. 312.221.

français a levé cette interdiction lorsque la libéralité se trouve dans un contrat de mariage<sup>911</sup>.

689 L'autre mécanisme admis par le législateur français est celui de la clause dite « commerciale ». Il s'agit de la clause du contrat de mariage par laquelle le survivant des époux pourra, au décès de son conjoint, devenir propriétaire, moyennant indemnité, de l'entreprise commerciale, de l'exploitation agricole, ou du local d'habitation qui constituait un bien personnel ou propre à celui-ci (art. 1390-1392 CCF)<sup>912</sup>.

690 La clause commerciale, ainsi appelée parce qu'elle porte généralement sur un fonds de commerce, bien qu'elle se conçoive et se pratique aussi sur d'autres biens, a été longtemps le symbole des difficultés engendrées par la prohibition des pactes sur succession future<sup>913</sup>. En effet, il ne fait pas de doute qu'une telle clause est un pacte sur succession future. Elle en constitue même un exemple des plus manifestes, parce qu'il s'agit d'une promesse conditionnelle de vente portant sur un bien de la succession de l'époux propriétaire, et qui donne ainsi au conjoint survivant la faculté de s'approprier le bien. La qualification est d'autant plus évidente que, de son vivant, l'époux propriétaire du bien garde tout pouvoir de disposition sur le bien en question, du moins entre vifs<sup>914</sup>. Sur la base de l'analyse qui vient d'être faite, une jurisprudence célèbre datant de 1933, bien que fortement critiquée pour des raisons pratiques, prononçait la nullité des clauses commerciales<sup>915</sup>. À l'époque, étaient uniquement admis des mécanismes voisins, tels que l'institution contractuelle que nous venons d'analyser, ou la clause de prélèvement de bien commun, qui est une simple convention entre associés relative au partage (art. 1511 CCF). Cependant la légalité de ces conventions ne diminuait pas les inconvénients posés par la prohibition de la clause commerciale, qui a dû enfin être validée par le législateur en 1965<sup>916</sup>, dans des termes qui d'ailleurs confirment sa qualification de pacte sur succession future.

691 Le régime légal de la clause, tel que le définissent les articles 1390 à 1392 du Code civil, est d'ordre public<sup>917</sup>. L'article 1390 CCF pose le principe de la validité de la clause et l'obligation d'évaluer le bien au jour où il est attribué au conjoint survivant pour déterminer l'indemnité à laquelle la succession a

---

<sup>911</sup> VEAUX-FOURNERIE/ VEAUX (2021), paragr. 119.

<sup>912</sup> BICHERON, Pactes sur succession future (2021), paragr. 212.31.

<sup>913</sup> VEAUX-FOURNERIE/ VEAUX (2021), paragr. 122.

<sup>914</sup> BICHERON, Pactes sur succession future (2021), paragr. 212.32.

<sup>915</sup> Cassation, Chambre civile, in : *Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile* n° 14.

<sup>916</sup> Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965, JORF du 14 juillet 1965.

<sup>917</sup> BICHERON, Pactes sur succession future (2021), paragr. 212.34.

droit, en disant que les époux peuvent stipuler dans le contrat de mariage « qu'à la dissolution du mariage par la mort de l'un d'eux, le survivant [aura] la faculté d'acquérir ou, le cas échéant, de se faire attribuer dans le partage certains biens personnels du [prémourant], à charge d'en tenir compte à la succession, d'après la valeur qu'ils [auront] au jour où cette faculté sera exercée ». Cette formule alternative correspond à deux hypothèses : si le conjoint survivant ne vient pas à la succession de l'époux prédécédé, ne serait-ce que par suite de sa renonciation, il se présente comme un tiers jouissant d'une promesse de vente sur le bien visé par la clause<sup>918</sup>. Mais, s'il vient à la succession, il peut demander que le bien concerné soit mis dans son lot. Il ne le reçoit plus en tant qu'acheteur, mais en tant que copartageant<sup>919</sup>. La Cour de cassation a précisé que l'obligation d'évaluer le bien au jour où l'époux survivant exerce sa faculté d'attribution a un caractère impératif<sup>920</sup>.

#### I.B.2.1.2.c.ii. Les équivalents fonctionnels aux pactes successoraux

Hormis les dérogations au principe d'interdiction des pactes successoraux expressément prévues dans la loi, l'ordre juridique français connaît également d'autres instruments de planification successorale qui peuvent être définis comme des équivalents fonctionnels aux pactes successoraux. 692

La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 a innové le droit des successions français en prévoyant une renonciation anticipée à exercer l'action en réduction (RAAR). Codifiée aux articles 929 à 930-5 CCF, la RAAR permet en effet à tout héritier réservataire présomptif de renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non encore ouverte, avec le consentement de celui dont il a vocation à hériter et au profit d'une ou plusieurs personnes déterminées. La renonciation doit être établie par acte authentique, signé séparément par chaque renonçant en présence des seuls notaires et mentionnant précisément ses conséquences juridiques futures pour chaque renonçant (art. 930, al. 1 CCF). 693

Afin de démarquer la RAAR de l'institution des pactes successoraux, la doctrine souligne que la renonciation anticipée ne devrait être le résultat d'un échange entre le futur *de cuius* et le renonçant<sup>921</sup>, de sorte que la RAAR n'est pas un pacte d'attribution ou un pacte à titre onéreux, mais s'apparente plutôt à un pacte de renonciation. En effet, la loi s'assure que la renonciation ne crée 694

<sup>918</sup> VEAUX-FOURNERIE/ VEAUX (2021), paragr. 127.

<sup>919</sup> *Ibid.*

<sup>920</sup> Cassation, 1<sup>e</sup> civ., in : *Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile* n° 247.

<sup>921</sup> NAJJAR (2020), paragr. 210.

aucune obligation à l'encontre du futur *de cuius* (art. 929, al. 1 et 3 CCF) : le réservataire présomptif ne peut en aucun cas conditionner sa renonciation à l'octroi d'un avantage par son auteur. Cependant, il nous semble légitime de se poser la question de savoir quels sont les cas, hormis ceux d'un renonçant avec une situation économique très aisée, où des réservataires présomptifs seraient disposés à renoncer à leur droit de demander la réduction d'une libéralité excessive sans recevoir aucune contrepartie<sup>922</sup>. Dans ce même état d'esprit, une partie de la doctrine semble admettre que la renonciation pourrait être accompagnée, dans certains cas, d'une compensation au profit du renonçant, par acte séparé<sup>923</sup>, ce qui rend encore plus flou le contour entre la renonciation et le pacte de renonciation. Finalement, nous soulignons que la renonciation semble s'apparenter du pacte également du fait qu'une fois consentie dans le respect des conditions de fond et de forme, la RAAR est, en principe, irrévocable. En effet, le renonçant ne pourra demander la révocation de sa renonciation que si l'une des trois hypothèses prévues à l'article 930-3 CCF devait se réaliser<sup>924</sup>.

695 Parallèlement, la loi du 23 juin 2006 a apporté certaines modifications à l'article 1527 CCF, visant l'action en retranchement des avantages matrimoniaux. L'alinéa 3 prévoit que les enfants titulaires de l'action peuvent renoncer temporairement à l'exercer, dans les formes prévues aux articles 929 et suivants CCF, avant le décès du second époux. La loi leur accorde, dans cette hypothèse, certains privilèges dans le but de préserver leurs droits (art. 1527, al. 3 CCF). Il est donc possible aux enfants non issus des deux époux de s'engager à attendre l'ouverture de la succession de celui qui n'est pas leur auteur, pour faire valoir leurs droits à réserve détenus dans la succession de leur ascendant<sup>925</sup>. Mais il semble que, malgré le silence de la loi, les titulaires

---

<sup>922</sup> Pour justifier un tel pacte, il a été beaucoup invoqué la situation particulière d'un enfant handicapé, dont les besoins suggèrent une plus grande solidarité familiale : voir Commission des lois-HUYGHE (2006), p. 49. Cette raison peut certes « dédouaner » une entorse à des principes moraux longtemps invoqués. Cependant, on ne voit pas en quoi la renonciation anticipée à une réserve pourrait être utile pour protéger un handicapé. Certes, l'héritier peut renoncer à sa réserve au profit de certains co-réservataires, moyennant la charge de venir en aide et de protéger l'enfant dans le besoin. Mais comment et pourquoi l'inverse serait vrai : en quoi la renonciation à une réserve en faveur de l'enfant serait plus protectrice qu'une libéralité sous condition ou avec la charge de le secourir ? Pour plus de détails, voir NAJJAR (2020), paragr. 196.

<sup>923</sup> DEVILLE/ NICOD (2020), paragr.117.

<sup>924</sup> Il s'agit des cas suivants : a) si celui dont il a vocation à hériter ne remplit pas ses obligations alimentaires envers lui ; b) si au jour de l'ouverture de la succession, il est dans un état de besoin qui disparaîtrait s'il n'avait pas renoncé à ses droits réservataires ; c) si le bénéficiaire de la renonciation s'est rendu coupable d'un crime ou d'un délit contre sa personne.

<sup>925</sup> DEVILLE/ NICOD (2020), paragr. 115.

de l'action en retranchement puissent aller plus loin, en consentant une renonciation anticipée, alors définitive<sup>926</sup>.

Hormis la RAAR, l'ordre juridique français connaît une autre institution qui pourrait s'apparenter aux pactes successoraux. D'après l'article 1075, alinéa 1 CCF, chacun a la faculté procéder lui-même au partage de sa succession entre ses héritiers : ce partage de sa propre succession, par le *de cuius* lui-même, s'appelle libéralité-partage. Dans son acception la plus classique, cette donation permet donc à une personne d'effectuer la répartition de tout ou partie de ses biens au profit de ses futurs héritiers présomptifs<sup>927</sup>. Comme le détaillé l'alinéa 2 de la même disposition du Code civil français, le *de cuius* peut procéder de deux manières : soit il répartit, par testament, ses biens pour l'heure de sa mort, soit il procède à une distribution immédiate, par le moyen d'une donation, laquelle permet un transfert gratuit entre vifs. On parle alors de donation-partage. Cette dernière constitue l'équivalent d'un pacte sur succession future, puisque ses effets sont largement gouvernés par l'idée que le partage qu'elle réalise est celui de la succession même, par anticipation, et que ce partage a un caractère définitif<sup>928</sup>. En revanche, elle se distingue d'un pacte proprement dit en ce qu'elle porte uniquement sur des biens déjà existants, et non sur les biens qui seront éventuellement acquis par le futur *de cuius* postérieurement au moment de conclusion de la donation.

696

Les avantages de ces institutions sont nombreux ; en particulier, l'utilisation combinée de la donation-partage et de la RAAR permet, dans une certaine mesure, de se soustraire à l'ordre public réservataire.

697

### I.B.2.1.3. Le contrat de mariage au service de la planification successorale

Comme nous l'avons anticipé, lorsqu'une personne mariée décède, il est dans un premier temps procédé à la dissolution et liquidation de son régime matrimonial et, seulement dans un deuxième temps, au partage de sa succession. Tel est le cas dans les trois droits étudiés.

698

L'instrument central de planification matrimoniale est le contrat de mariage. Pour l'étendue et limites de cet instrument, ainsi que les conditions et formalités applicables à son adoption, nous renvoyons notre lecteur à la partie précédente de ce travail, relative à l'autonomie des parties en droit matrimonial (cf.

699

<sup>926</sup> *Ibid.*

<sup>927</sup> BONNET (2021), paragr. 613.81.

<sup>928</sup> BICHERON, Principe de prohibition (2021), paragr. 212.21.

*supra*, n° 139 ss). À la lumière du lien étroit entre les matières matrimoniale et successorale, le contrat de mariage peut se révéler un précieux instrument pour garantir la protection des intérêts du futur conjoint survivant, ce qui constitue, nous le rappelons, l'un des buts les plus recherchés de la planification successorale.

700 Dans les paragraphes suivants, nous explorerons donc quelques possibilités d'utilisation du contrat de mariage dans une optique de planification en faveur du futur conjoint survivant.

*I.B.2.1.3.a. Les libéralités en faveur du conjoint survivant en Suisse*

701 Le régime matrimonial ordinaire de la participation aux acquêts (art. 196 ss CCS), prévoit que la moitié de la valeur des acquêts du défunt, c'est à dire du bénéfice réalisé pendant l'union conjugale, est attribuée au conjoint survivant dans le cadre de la liquidation du régime (art. 215, al. 1 CCS), tandis que l'autre moitié sera comprise dans la masse successorale ensemble avec les biens propres du *de cuius*. Par contrat de mariage, les époux peuvent toutefois déroger à cette règle et convenir d'une autre participation au bénéfice (art. 216 CCS). Ils ont ainsi la possibilité d'attribuer l'entier du bénéfice au conjoint survivant en cas de décès (art. 241, al. 2 CCS), seule la valeur des biens propres étant alors prise en compte dans la succession.

702 L'attribution de l'entier du bénéfice au conjoint survivant lui permet de profiter du patrimoine qu'il a contribué à constituer pendant des années. D'ailleurs, la pratique des notaires montre que la dérogation au régime légal en faveur du conjoint survivant est l'un des motifs principaux de conclusion des contrats de mariage<sup>929</sup>.

703 En autorisant les époux à diminuer le patrimoine dévolu à la succession, le législateur leur permet de porter atteinte à la réserve légale des héritiers réservataires communs, une protection n'étant prévue qu'au profit des enfants non communs. En effet, pour les couples soumis au régime de la participation aux acquêts, la part du bénéfice de l'union conjugale qui dépasse la part légale, soit la moitié des acquêts (art. 215, al. 1 CCS), est sujette à réduction au bénéfice des seuls enfants non communs du *de cuius* (art. 216, al. 2 CCS). Ce point avait fait l'objet de débat pendant la procédure de révision du droit des successions. Dans le but de ne pas prêter à l'excès les descendants communs, dont la réserve est réduite dans le nouveau droit (cf. *infra*, n° 728), le Conseil national avait proposé que, dans la mesure où elle bénéficie au conjoint survi-

---

<sup>929</sup> WOLF (2007), p. 305.



vant, la part dépassant la moitié du bénéfice du conjoint décédé issu de la liquidation du régime matrimonial soit réunie à la masse de calcul nécessaire pour déterminer la réserve de tous les héritiers, sans distinction entre descendants communs et non communs<sup>930</sup>. Cependant, le Conseil des États a estimé préférable que les réserves continuent d'être calculées sur la base de deux masses différentes, si bien que cette proposition n'a finalement pas été retenue<sup>931</sup>. Ainsi, le nouvel article 216, alinéa 2 CCS n'apporte aucune nouveauté en ce sens, en prévoyant que la participation au bénéfice qui dépasse la moitié n'est prise en compte que pour la masse de calcul des réserves des descendants non communs.

Avant la réforme du droit des successions, la question de savoir si l'attribution au conjoint survivant d'une part supplémentaire du bénéfice par contrat de mariage constituait une libéralité entre vifs ou à cause de mort faisait l'objet de discussions<sup>932</sup>. Afin de saisir les enjeux, il convient tout d'abord de définir la notion de « libéralités entre vifs ». Une libéralité entre vifs est un acte juridique qui déploie ses effets dès que les parties ont manifesté de manière réciproque et concordante leur volonté<sup>933</sup>. Ces libéralités, contrairement aux dispositions pour cause de mort, ont des effets dès la conclusion de l'acte, du vivant du testateur<sup>934</sup>. Dès lors, le critère qui permet de distinguer les dispositions pour cause de mort des libéralités entre vifs est « le moment où se produisent les effets »<sup>935</sup>. La qualification de l'attribution au conjoint survivant d'une part supplémentaire du bénéfice joue un rôle primordial en droit des successions, puisqu'elle a un impact important sur la base de calcul des réserves et sur l'ordre des réductions, car les libéralités entre vifs ne sont réduites qu'après les dispositions pour cause de mort (art. 532 CCS)<sup>936</sup>.

Par le passé, le Tribunal fédéral considérait que l'attribution par contrat de mariage de la totalité du bénéfice de l'union conjugale constituait un contrat entre vifs de droit matrimonial et non une disposition pour cause de mort<sup>937</sup>, au motif que la cause de cette attribution par contrat de mariage était le régime matrimonial et non la mort d'un des conjoints<sup>938</sup>. Toutefois, depuis l'arrêt

<sup>930</sup> FF 2018 5865, p. 5897.

<sup>931</sup> EIGENMANN (2022), paragr. 61.

<sup>932</sup> EITEL (2016), p. 9-19.

<sup>933</sup> CHUARD (2014), p. 6.

<sup>934</sup> STEINAUER, Successions (2005), p. 121.

<sup>935</sup> ATF 113 II 270, consid. 2b.

<sup>936</sup> FF 2018 5865, p. 5896.

<sup>937</sup> ATF 82 II 477, consid. 2.

<sup>938</sup> *Ibid.*

704

705

*Nobel* du 18 novembre 1976<sup>939</sup>, le Haute Cour assimilait l'attribution par contrat de mariage de l'entier du bénéfice de l'union conjugale à une disposition pour cause de mort soumise à l'article 245, alinéa 2 COS, c'est-à-dire une donation dont l'exécution était fixée au décès du donateur<sup>940</sup>. Selon le Tribunal fédéral, tous les actes gratuits en faveur du bénéficiaire lors du décès du disposant étaient soumis à l'article 245, alinéa 2 COS, y compris la clause qui attribue tout ou une part supplémentaire de bénéfice au conjoint survivant.

706 À la suite de la révision du droit de la famille entrée en vigueur le 1 janvier 1988 (cf. *supra*, n° 50 et 623), la question de savoir si l'attribution au conjoint survivant d'une part supplémentaire du bénéfice par contrat de mariage constituait une libéralité entre vifs ou à cause de mort a fait l'objet de débats en doctrine<sup>941</sup>. Dans une décision du 15 février 2011, le Tribunal fédéral, qui jusqu'à la révision s'était exprimé en faveur d'une disposition pour cause de mort, a exposé de manière détaillée les controverses doctrinales à ce sujet<sup>942</sup>. Toutefois, il a laissé ouverte la question de la qualification juridique de cette attribution et ne s'est plus exprimé sur cette thématique<sup>943</sup>.

707 La situation d'incertitude nuisant à la sécurité du droit, à l'occasion de la réforme du droit des successions, le législateur suisse a suivi l'avis exprimé par le Conseil fédéral dans son Message<sup>944</sup> et a décidé que l'attribution au conjoint survivant de l'entier du bénéfice doit être qualifiée de libéralité entre vifs (art. 216, al. 2 CCS). Dès lors, dans un cas concret, cette attribution sera sujette à réduction uniquement après les dispositions pour cause de mort, ce qui est un avantage qui peut se révéler intéressant dans un but de protection des intérêts patrimoniaux du conjoint survivant.

### *I.B.2.1.3.b. Les avantages matrimoniaux en France*

708 La loi ne définit pas clairement la notion d'avantage matrimonial. L'article 1527, alinéa 1 CCF affirme simplement que « les avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle, [...] ne sont point regardés comme des donations ». De son côté, la jurisprudence définit classiquement les avantages matrimoniaux comme les « profits que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conven-

---

<sup>939</sup> ATF 102 II 313, consid. 4.

<sup>940</sup> *Ibid.*, consid. 4d.

<sup>941</sup> EITEL (2016), p. 9-19.

<sup>942</sup> ATF 137 III 113, consid. 4.2.2 et 4.2.3.

<sup>943</sup> FF 2018 5865, p. 5896.

<sup>944</sup> *Ibid.*, p. 5897.

tionnelle »<sup>945</sup>. La définition parfois retenue en doctrine consiste donc à affirmer qu'il y a avantage matrimonial toutes les fois qu'un époux se voit conférer une faveur par le biais du régime matrimonial<sup>946</sup>.

La première caractéristique de l'avantage matrimonial est qu'il trouve son fondement dans un contrat de mariage, peu importe qu'il découle d'une convention matrimoniale initiale ou d'un changement, voire d'une modification subséquente, du régime<sup>947</sup>. Lorsque le *de cuius* est marié et ne laisse que des enfants issus des deux époux, les avantages matrimoniaux peuvent se révéler utiles dans un but de planification en faveur du conjoint, par exemple par le biais du choix d'une communauté universelle avec attribution intégrale au survivant (cf. *supra*, n° 158)<sup>948</sup>. L'action en retranchement étant refusée aux enfants communs (art. 1527, al. 2 CCF *a contrario*), ces clauses matrimoniales auront pour conséquence de retarder la transmission successorale à leur profit au moment du décès du second parent<sup>949</sup>. Au contraire, l'action en retranchement reste ouverte aux descendants non issus du conjoint survivant (art. 1527, al. 2 CCF).

Comme c'était le cas en droit suisse pour les libéralités en faveur du conjoint survivant avant la révision de 2022, il existe un débat sur la nature juridique de cette institution. Pour une partie de la doctrine, les avantages auraient une double nature<sup>950</sup>. En principe, ils devraient être qualifiés d'actes à titre onéreux, donc ni rapportables, ni réductibles pour cause d'atteinte à la réserve des enfants communs. Toutefois, cette règle subit une exception en présence d'enfants non communs : dans ce cas, les avantages dont bénéficie le conjoint survivant deviennent des libéralités réductibles, vu qu'elles sont sujettes à l'action en retranchement (art. 1527, al. 2 CCF).

Une autre partie de la doctrine refuse l'idée de la nature ambivalente de l'avantage matrimonial<sup>951</sup>. Certains soutiennent que l'avantage matrimonial est, dans tous les cas, un acte onéreux ; d'autres, qu'il représente une catégorie *sui generis*, à mi-chemin entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux.

<sup>945</sup> Cassation, 1<sup>e</sup> civ., n° 02-21.121.

<sup>946</sup> VAREILLE, *Avantage* (2013), paragr. 2.

<sup>947</sup> *Ibid.*, paragr. 7.

<sup>948</sup> FONGARO/ NICOD (2022), paragr. 32.

<sup>949</sup> *Ibid.*

<sup>950</sup> VAREILLE, *Avantage* (2013), paragr. 51 à 54.

<sup>951</sup> *Ibid.*, paragr. 55 à 60.

*I.B.2.1.3.c. Le « fondo patrimoniale » en Italie*

- 712 Réglée aux articles 167 à 171 du Code civil italien, cette institution a été introduite dans le système juridique par la loi n° 151 du 19 mai 1975 portant réforme du droit de la famille<sup>952</sup>, mais n'a rencontré qu'un succès modéré dans la pratique. Le « *fondo patrimoniale* » se définit comme un accord par lequel les époux affectent « certains biens immobiliers, ou mobiliers inscrits dans les registres publics, ou des instruments de crédit pour subvenir aux besoins de la famille » (art. 167 CCI). La conséquence est que ces biens ne pourront pas être utilisés pour satisfaire les éventuelles prétentions des créanciers du couple, puisque ces biens ne pourront pas être mis en œuvre « pour des dettes que le créancier savait avoir été contractées à des fins étrangères aux besoins de la famille » (art. 170 CCI).
- 713 L'article 167 CCI prévoit que ce fond peut être constitué par « l'un ou l'autre des époux ou les deux, par acte public ». La possibilité que le fond soit constitué par un seul des époux, avec une conséquente affectation de ses seuls biens propres, soulève la question de savoir si cet époux peut constituer le fond par acte unilatéral, ou si, malgré le fait que les biens appartiennent exclusivement à l'époux constituant, la participation de l'autre époux à l'acte est également nécessaire. Cette dernière opinion est dominante, car le fond est réputé être un véritable accord matrimonial qui, par sa nature, ne peut pas être conclu par acte unilatéral<sup>953</sup>. Si le fond est constitué par les deux époux ensemble, il est également possible que celui-ci soit constitué sur plusieurs biens dont certains appartiennent exclusivement à l'un des époux et les autres exclusivement à l'autre<sup>954</sup>.
- 714 En vertu de l'article 168 CCI, sauf convention contraire, indépendamment de qui était le propriétaire des biens auparavant, une fois le fond constitué, les époux deviennent copropriétaires des biens réservés. La mention « sauf disposition contraire dans l'acte de constitution » laisse la place à des solutions alternatives, qui peuvent également se révéler intéressantes dans une optique de planification successorale. En effet, l'on pourrait imaginer que les époux, dans l'exercice de leur autonomie, déterminent le régime de propriété des biens avec la plus grande liberté. En particulier, lorsque le fond est constitué de biens appartenant à un seul des époux, ce dernier peut transférer la pleine propriété du bien à son conjoint<sup>955</sup>.

---

<sup>952</sup> Loi n° 151 du 19 mai 1975, GU n° 135 du 23 mai 1975.

<sup>953</sup> BUSANI, I contratti (2020), p. 28.

<sup>954</sup> *Ibid.*, p. 28-29.

<sup>955</sup> LOCONTE (2018), p. 80.

Avec le décès de l'un des conjoints, l'affectation des biens au « *fondo patrimoniale* » prend fin (art. 149 et 171 CCI). Si à décéder est l'époux titulaire de la propriété du bien, celui-ci entrera en succession et sera donc transféré aux héritiers conformément à la loi ou au testament. Si, en revanche, c'est l'autre conjoint qui décède, le transfert de propriété intervenue au moment de la constitution du fond reste valable même après sa dissolution, de sorte que les biens en objet n'entreront pas dans la masse successorale. 715

#### *I.B.2.2. Les limitations au pouvoir de disposition du de cujus : la réserve*

Dans la plupart des ordres juridiques, on considère, de manière générale, que les membres de la famille proche méritent d'être protégés contre les excès de générosité du défunt. En effet, la faculté de disposer de ses propres biens à titre gratuit ne va pas jusqu'à permettre de ne rien laisser, au jour du décès, à ses enfants ou à son conjoint. La réserve a essentiellement comme buts de garantir les ressources nécessaires aux membres proches de la famille qui survivent au *de cujus* et d'assurer la transmission au moins d'une partie du patrimoine au sein de la famille<sup>956</sup>. De plus, cette réglementation sert également à éliminer le danger de pressions indues entre le futur *de cujus* et ses héritiers, et protéger ainsi la famille en tant que telle<sup>957</sup>. 716

Afin d'atteindre ces objectifs, la loi pose pour principe qu'au moins une partie du patrimoine successoral doit être affectée aux descendants du défunt et/ou à son conjoint survivant. Ainsi, il n'est pas permis de déshériter totalement certains héritiers, que pour cette raison sont appelés héritiers « réservataires »<sup>958</sup>. Il est donc admis que le patrimoine successoral comporte deux fractions : l'une, destinée à permettre le respect des devoirs de famille ; l'autre, laissée à la libre disposition de son titulaire. Ainsi, on distingue au jour du décès deux masses : la réserve héréditaire et la quotité disponible<sup>959</sup>. De ce point de vue, la réserve successorale constitue donc une importante entorse à la marge de manœuvre allouée au *de cujus* dans la libre disposition de son patrimoine. 717

<sup>956</sup> BADDELEY, La réserve (2014), p. 283.

<sup>957</sup> PIOTET, Rapport (2014), p. 65 ss.

<sup>958</sup> FONGARO/ NICOD (2022), paragr. 1.

<sup>959</sup> *Ibid.*, paragr. 2.

I.B.2.2.1. La réserve en droit comparé : une institution « mourante » ?

- 718 Il a toujours existé un débat autour de la réserve héréditaire. Pour ceux qui lui sont favorables, elle témoigne d'un devoir moral du *de cuius* envers ses proches parents. Pour ceux qui lui sont contraires, la réserve héréditaire n'est qu'une entrave à la liberté du futur défunt, qu'il serait temps d'éliminer.
- 719 Les pays de *common law* ne connaissent pas la notion de réserve héréditaire dans le sens que lui donnent les pays civilistes. Au contraire : en Angleterre, le point de départ de la réflexion est l'idée que le futur défunt n'a aucune obligation de prendre en considération les besoins des membres de sa famille, même les plus proches, au moment de la planification de sa succession<sup>960</sup>. Néanmoins, à la requête des héritiers, le tribunal a le pouvoir d'ordonner des mesures en faveur de certains membres de la famille, lorsque les dispositions prises par le défunt peuvent être qualifiées de déraisonnables : c'est le mécanisme des « *family provisions* ».
- 720 En Europe, l'institution de la réserve se retrouve dans presque tous les ordres juridiques nationaux. Ces restrictions ne sont pas limitées aux dispositions pour cause de mort ; elles peuvent également frapper, rétroactivement et par le mécanisme de la réunion et de la réduction, les libéralités entre vifs<sup>961</sup>. À l'exception de quelques interventions législatives ponctuelles<sup>962</sup>, l'analyse globale des réformes en matière successorale entrées en vigueur au cours des derniers dix ans nous permet de déceler une tendance législative vers une progressive réduction du champ d'application de la réserve, du moins face à certaines catégories d'héritiers.
- 721 En France, l'article 912, alinéa 1 CCF définit la réserve successorale comme « la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils acceptent ». Cette définition a été introduite dans le Code civil suite à l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006<sup>963</sup>, laquelle a apporté des modifications significatives à l'institution de la réserve telle que classiquement conçue en droit français<sup>964</sup>. La réforme en objet souhaitait, en premier lieu, moderniser et adapter le droit des successions en prenant en considération le profond changement structurel des familles et des patrimoines familiaux. De

---

<sup>960</sup> HARDING/ PROBERT (2018), paragr. 569.

<sup>961</sup> BADDELEY, La réserve (2014), p. 282.

<sup>962</sup> Nous rappelons notamment qu'en 2001, le législateur français a élevé le conjoint survivant au rang d'héritier réservataire, à certaines conditions.

<sup>963</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, JORF n° 145 du 24 juin 2006.

<sup>964</sup> Voir, par exemple, l'analyse de SAUVAGE, Le déclin (2008).

plus, l'allongement sans précédent de la durée de vie amenait à penser autrement la succession, suggérant plus que jamais l'intérêt de favoriser les aspects de planification successorale<sup>965</sup>.

En Suisse, la réforme législative du droit successoral a apporté des nouveautés à ce sujet. Avant le 1 janvier 2023, moment d'entrée en vigueur de la réforme, les parts réservées étaient importantes, soustrayant entre la moitié et trois quarts de la succession à la libre disposition du *de cuius*. 722

Depuis déjà quelques années avant l'entrée en vigueur de la réforme du droit des successions, des voix de plus en plus nombreuses s'étaient fait entendre qui doutaient de l'adéquation, voire de la nécessité, de la réserve pour la société suisse. S'en faisant écho, le Conseiller des États Felix GUTZWILLER a déposé, le 17 juin 2010, la motion parlementaire 10.3524 – Moderniser le droit successoral<sup>966</sup>. Citant un passage de la motion, « le but poursuivi par le législateur de l'époque est en décalage par rapport aux réalités sociales et démographiques actuelles (forte augmentation de l'espérance de vie, évolution des conditions de vie et de l'environnement social, mutation des valeurs, structure de la société et filet social, etc.) ». Par-là, s'est posée la question de savoir si la réserve est encore nécessaire, utile ou, à tout le moins, souhaitable. La motion a été adoptée le 23 septembre 2010 par le Conseil des États<sup>967</sup> et a été modifiée le 2 mars 2011 par le Conseil national<sup>968</sup>. Dans sa version finale, la motion chargeait le Conseil fédéral de revoir et d'assouplir le droit des successions, notamment les dispositions sur la réserve, afin de répondre aux nouvelles réalités sociales. 723

L'idée d'une réduction du montant des réserves vis-à-vis de certaines catégories d'héritiers a été l'une des premières propositions, puisque des suppressions ou des réductions à ce sujet entraînent automatiquement une augmentation de la quotité disponible du disposant. Celle-ci avait été bien accueillie lors de la procédure de consultation<sup>969</sup> ; les participants avaient notamment relevé qu'une réduction de la réserve des descendants aurait permis de favoriser d'avantage le conjoint survivant<sup>970</sup>. 724

Le législateur a suivi ces propositions, si bien qu'à l'aune du nouveau droit, le futur *de cuius* jouit d'une plus grande marge de manœuvre pour disposer de 725

<sup>965</sup> LE GUIDEC (2006), paragr. 2.

<sup>966</sup> Disponible sous <https://www.parlament.ch>.

<sup>967</sup> BO 2010 E 876.

<sup>968</sup> BO 2011 N 108.

<sup>969</sup> OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Synthèse des résultats de la procédure de consultation (2017), p. 12.

<sup>970</sup> *Ibid.*

ses biens. Pour réaliser cet objectif, plusieurs changements ont été adoptés, le premier et plus évident étant le changement du régime des réserves<sup>971</sup>.

#### I.B.2.2.2. Les héritiers réservataires en droit matériel

726 Dans les paragraphes suivants, nous essayerons de fournir un bref aperçu des dispositions dédiées à la réserve dans les trois ordres juridiques qui font l'objet de notre étude.

727 De manière générale, l'on constate que les trois systèmes juridiques étudiés prévoient tous une réserve héréditaire en faveur des descendants. En revanche, certains ordres juridiques, notamment la France et la Suisse, ont progressivement éliminé celle des ascendants. Au contraire, une réserve en faveur du conjoint survivant a été introduite dans les pays où elle n'existait pas auparavant : c'est le cas de la France que, jusqu'en 2001, ne reconnaissait pas le conjoint survivant en qualité d'héritier réservataire.

##### *I.B.2.2.2.a. La réserve des descendants*

728 En Suisse, avant la réforme de 2022, les descendants disposaient d'une réserve de  $\frac{3}{8}$  de leur part légale lorsqu'ils se trouvaient en concours avec le conjoint survivant, et de  $\frac{3}{4}$  de leur part légale dans les autres cas. Lors de la révision du droit successoral, le législateur suisse a suivi l'avis du Conseil fédéral et a procédé à la réduction du montant de ces réserves. Ainsi, la réserve des descendants se monte à entre  $\frac{1}{8}$  et  $\frac{1}{4}$  selon qu'ils viennent ou pas en concours avec le conjoint survivant. Encore une fois, cette modification reflète le constat selon lequel le droit successoral a largement perdu sa fonction, encore prédominante au début du vingtième siècle, de pourvoir aux besoins des descendants.

729 En occasion de la révision, le législateur suisse a également modifié le texte de l'article 473 CCS, qui permet au testateur de laisser au conjoint survivant, en usufruit, toute la part successorale dévolue aux enfants communs. Cette disposition vise à garantir que le conjoint survivant puisse maintenir son train de vie après le décès de son époux, notamment en évitant qu'il partage la succession avec les descendants communs. Par conséquent, les descendants du défunt ne recevront que la nue-propriété de leur part successorale, grevée d'un usufruit en faveur de leur parent survivant<sup>972</sup>. Avant la réforme, lorsque le *de cuius* se

---

<sup>971</sup> FF 2018 5865, p. 5881.

<sup>972</sup> EIGENMANN (2022), p. 48.



prévalait de cette possibilité, la quotité disponible s'élevait à  $\frac{1}{4}$  de la succession.

L'actuel article 473 CCS, dans le but d'augmenter la liberté de disposition du futur *de cuius*, augmente à  $\frac{1}{2}$  de la succession la quotité disponible en présence d'un usufruit en faveur du conjoint survivant, soit la quotité disponible ordinaire lorsque le conjoint est en concours avec des descendants communs. L'objectif est de permettre au futur *de cuius* de favoriser d'avantage son conjoint survivant, en plaçant ainsi la relation du couple au premier plan au stade de la planification successorale<sup>973</sup>. 730

Le droit français opte pour une approche à deux étapes pour la détermination de la réserve<sup>974</sup>. En premier lieu, il faudra déterminer la réserve globale, soit le taux de la quotité disponible en présence de descendants : l'article 913 CCF précise, à ce sujet, que « les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre ». Dans un deuxième temps, il sera possible de déterminer la réserve individuelle de chaque descendant. Si le *de cuius* ne laisse qu'un seul descendant venant à sa succession, celui-ci recueillera l'intégralité de la réserve. Au contraire, si plusieurs descendants viennent à la succession, il faut procéder à la répartition de la réserve globale afin que chacun des héritiers reçoive sa réserve individuelle<sup>975</sup>. 731

À l'instar du droit suisse, le législateur français a prévu un mécanisme permettant au *de cuius* de favoriser le conjoint survivant. En application de l'article 1094-1 CCF, « pour le cas où l'époux laisserait des enfants ou descendants, issus ou non du mariage, il pourra disposer en faveur de l'autre époux, soit de la propriété de ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, soit d'un quart de ses biens en propriété et des trois autres quarts en usufruit, soit encore de la totalité de ses biens en usufruit seulement ». C'est ce que l'on appelle la « quotité disponible spéciale entre époux », qui permet au *de cuius*, en présence d'héritiers réservataires, de gratifier son époux d'une quote-part supérieure à celle pouvant être octroyée à des tiers<sup>976</sup>. 732

Une approche similaire au droit français est adoptée en droit italien, où l'article 537 CCI détermine la réserve des descendants non pas sur la base de quotes-parts fixes comme en droit suisse, mais plutôt de manière « mobile », 733

<sup>973</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>974</sup> FONGARO/NICOD (2022), paragr. 63.

<sup>975</sup> Pour plus de détails sur les modalités de répartition, voir *Ibid.*, paragr. 77 ss.

<sup>976</sup> *Ibid.*, paragr. 104.

la réserve des descendants variant en fonction du nombre des bénéficiaires appelés à la succession<sup>977</sup>.

*I.B.2.2.2.b. La réserve des ascendants*

- 734 Par le passé, la plupart des ordres juridiques considéraient les ascendants du *de cuius* en tant qu'héritiers réservataires. C'est le cas du droit italien, qui connaît toujours ce type de réserve, consacrée à l'article 538 CCI. Il convient de préciser que les ascendants n'auront droit à une réserve qu'en absence de descendants (art. 538, al. 1 CCI). La part réservée aux ascendants, en l'absence de conjoint, est d'un tiers de la succession (art. 538, al. 1 CCI) ; en concours avec le conjoint survivant, cette réserve est d'un quart de la succession (art. 544, al. 1 CCI). S'il y a plusieurs ascendants, la moitié des biens est réservée à ceux de la ligne paternelle et l'autre moitié à ceux de la ligne maternelle (art. 569 CCI).
- 735 En France, en revanche, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006, les ascendants ne sont plus des héritiers réservataires, en faveur d'un droit de retour des biens donnés à leurs enfants prédécédés<sup>978</sup>.
- 736 En Suisse, la motion GUTZWILLER et, par la suite, le Conseil fédéral dans son Message, suggéraient l'abolition des réserves des parents, au motif que les cas où les père et mère succèdent à leurs descendants sont rares et plus rares encore sont ceux où les parents dépendent matériellement de l'héritage<sup>979</sup>. Dans son Message, le Conseil fédéral a constaté que la réserve des ascendants relève en effet moins d'une préoccupation de soutien financier que d'une idée de solidarité familiale et intergénérationnelle. Cette solidarité ayant perdu d'importance au cours des dernières dizaines d'années, le droit est appelé à suivre cette évolution<sup>980</sup>. Le législateur suisse a, également sur ce point, suivi l'avis du Conseil fédéral, de sorte que les parents n'ont plus la qualité d'héritiers réservataires depuis le 1 janvier 2023.
- 737 L'abolition de la réserve des ascendants est encore plus intéressante à la lumière des considérations exprimées dans le Message, où nous pouvons lire que « la suppression de la réserve des parents permettra en particulier d'attribuer cette part de la succession au partenaire de vie survivant »<sup>981</sup>. Nous rappelons qu'actuellement, une personne vivant en union libre et sans descen-

---

<sup>977</sup> Codice civile-DI MARZIO, art. 537 N 1.

<sup>978</sup> PANSIER (2006), p. 308.

<sup>979</sup> FF 2018 5865, p. 5882.

<sup>980</sup> *Ibid.*

<sup>981</sup> *Ibid.*

dants voit l'entier de sa succession revenir à ses parents. De plus, avant l'entrée en vigueur de la réforme, la moitié de ses biens leur étaient réservés, ce qui ne permettait au *de cuius* d'attribuer à son partenaire de vie survivant que la moitié de son patrimoine. À compter du 1 janvier 2023, cela n'est désormais plus le cas.

#### *I.B.2.2.2.c. La réserve du conjoint survivant*

En droit italien, lorsque le conjoint est le seul héritier réservataire, il a le droit de recevoir la moitié de la succession du défunt en qualité de réserve (art. 540 al. 1 CCI). Il conserve son droit à la réserve, calculée sur la base des articles 542 et 544 CCI, également lorsqu'il est appelé à la succession en concours avec les descendants et ascendants du défunt. Notamment, l'article 542 CCI prévoit que le conjoint survivant a droit à un tiers de la succession s'il est en concours avec un seul descendant, à un quart s'il y a concours avec plusieurs descendants. Conformément à l'article 544, alinéa 1 CCI, le conjoint survivant reçoit la moitié de la succession en qualité de réserve lorsqu'il est uniquement en concours avec les ascendants du défunt.

738

En France, l'octroi d'une réserve au conjoint survivant fut l'une des importantes innovations de la loi du 3 décembre 2001<sup>982</sup>. Cependant, jusqu'à la loi du 23 juin 2006, les conditions d'octroi de la réserve au conjoint survivant se révélaient complexes, surtout en raison de son caractère subsidiaire par rapport à la réserve des héritiers en ligne directe. En effet, aux termes de l'ancien article 914-1 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 3 décembre 2001, le conjoint survivant n'était réservataire qu'à défaut de descendants et d'ascendants. Suite à la suppression de la réserve des ascendants objet de la loi du 23 juin 2006, aujourd'hui, le conjoint survivant est réservataire, mais uniquement à défaut de descendants<sup>983</sup>. La doctrine ne semble pas se prononcer sur les raisons à l'origine de cette différence de traitement du conjoint survivant basée sur la présence de descendants<sup>984</sup>.

739

En Suisse, dans l'avant-projet de la réforme de 2022, le Conseil fédéral avait proposé une réduction de la réserve en faveur du conjoint survivant dans le but d'accroître la liberté de disposition du *de cuius*<sup>985</sup>. Cependant, lors de la pro-

740

<sup>982</sup> Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, JORF du 4 décembre 2001.

<sup>983</sup> FONGARO/ NICOD (2022), paragr. 97.

<sup>984</sup> Voir, par exemple : DEVILLE/ NICOD (2020) ; FULCHIRON, Réserve (2015) ; LE GUIDE (2006).

<sup>985</sup> Avant-projet de révision du code civil (Droit des successions), disponible sous <https://www.bj.admin.ch>, art. 471.

cedure de consultation, une majorité de participants s'est opposée à cette modification, estimant que celle-ci irait à l'encontre de l'amélioration du statut successoral du conjoint survivant et du principe de solidarité entre époux, visant à lui permettre le maintien de son train de vie après le décès<sup>986</sup>. Le législateur suisse a donc maintenu la réserve du conjoint survivant, garantie indépendamment d'un éventuel concours avec les descendants, comme déjà prévue à l'article 471, chiffre 3 aCCS. Néanmoins, la réforme a supprimé la réserve du conjoint survivant si au moment du décès une procédure de divorce est pendante et que la procédure a été introduite sur requête commune ou s'est poursuivie conformément aux dispositions relatives au divorce sur requête commune (art. 472, al. 1, ch. 1 CCS), ou que les époux ont vécu séparés durant deux ans au moins (art. 472, al. 1, ch. 2 CCS).

---

<sup>986</sup> OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Synthèse des résultats de la procédure de consultation (2017), p. 13.

## I.C. Synthèse

Afin de poser le cadre de notre recherche, dans la première section du présent chapitre, nous avons parcouru les étapes essentielles du développement du principe d'autonomie en droit matériel. Cette analyse nous a permis de conclure qu'il existe une tendance générale à une libéralisation du droit successoral, qui passe par une reconnaissance étendue du pouvoir de disposition du futur *de cuius*. Nous avons également constaté une reconnaissance progressive, bien qu'encore timide, des mécanismes contractuels dans les pays qui ne les autorisaient pas. 741

À titre d'exemple, nous mentionnons, en France, la loi du 23 juin 2006<sup>987</sup>, qui a supprimé la réserve héréditaire des ascendantes et a introduit le mécanisme de la renonciation anticipée à l'action en réduction. En Suisse, nous rappelons la réforme du droit successoral de 2022, entrée en vigueur en 2023<sup>988</sup>, qui supprime la réserve des parents et réduit la réserve des descendants. Toutes ces réformes démontrent la tendance des droits matériels à une admission plus large de l'autonomie. 742

Dans la deuxième section du chapitre, nous nous sommes intéressés aux manifestations du principe d'autonomie en droit positif. Nous avons débuté notre analyse en parcourant brièvement la position du conjoint survivant dans les successions *ab intestat* dans les différents ordres juridiques, avant de traiter les manifestations de l'autonomie en droit matériel. 743

Ensuite, nous avons présenté les différents instruments de planification de la succession. En premier lieu, nous avons parlé du testament, qu'il est possible de retrouver, avec des modalités similaires, dans les trois ordres juridiques étudiés. Nous avons également mentionné le testament conjonctif, un instrument de planification réservé aux époux, spécifiquement conçu pour l'objectif de protection des intérêts du conjoint survivant : connus en droit allemand et, dans une forme légèrement différente, en Angleterre, les testaments conjonctifs ne sont admis dans aucun des trois ordres juridiques faisant l'objet de notre étude. 744

En deuxième lieu, nous nous sommes intéressés aux pactes successoraux, admis uniquement en Suisse et interdits en France et en Italie. Malgré le principe d'interdiction dans les ordres juridiques français et italien, nous avons remarqué une extension progressive du principe d'autonomie au sein de ces 745

<sup>987</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JORF n°145 du 24 juin 2006.

<sup>988</sup> Code civil suisse (Droit des successions), RO 2021 312.

deux systèmes nationaux. Celle-ci passe notamment par un assouplissement du principe d'interdiction de mécanismes contractuels en matière successorale. Partant, nous avons passé en revue, d'abord, les pactes successoraux exceptionnellement admis par les législateurs français et italien : il s'agit, notamment, des pactes de famille italiens, ainsi que l'institution contractuelle et la clause commerciale françaises. Par la suite, nous avons examiné les institutions de la donation-partage et de la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR), qui constituent des équivalents fonctionnels aux pactes successoraux dans l'ordre juridique français.

- 746 Par la suite, nous avons traité des contrats de mariage, un instrument de planification matrimoniale qui, au vu du lien étroit entre les matières matrimoniale et successorale, peut se révéler un outil précieux pour la protection des intérêts du futur conjoint survivant. Dans ce contexte, nous avons mentionné, en Suisse, les libéralités en faveur du conjoint survivant, désormais qualifiés de libéralités entre vifs à la suite de la réforme de 2022 ; les avantages matrimoniaux en France, dont la qualification continue à faire l'objet de débats en doctrine ; l'institution d'un « *fondo patrimoniale* » en Italie.
- 747 Finalement, nous avons examiné les limitations au pouvoir de disposition du *de cuius*, notamment la réserve. S'agissant d'une institution qui a toujours alimenté le débat juridique, nous nous sommes d'abord livrés à une brève analyse de droit comparé, dans le but de déterminer s'il était possible de qualifier la réserve héréditaire comme une institution « mourante ». Par la suite, nous avons étudié le statut des différents héritiers réservataires dans les trois ordres juridiques étudiés. À ce sujet également, nous avons constaté une progressive extension du principe d'autonomie. D'abord, nous avons pu relever une tendance à l'élimination de la réserve des ascendants : bien qu'elle existe encore en Italie, cette réserve a été supprimée en France et, récemment, en Suisse. S'agissant de la réserve des descendants, nous avons vu que les systèmes français et suisse connaissent des mécanismes en mesure de favoriser le conjoint survivant, dont notamment la possibilité de lui attribuer, en usufruit, toute la part successorale dévolue aux enfants communs.
- 748 L'examen des manifestations du principe d'autonomie en droit matériel désormais achevé, dans le chapitre suivant il s'agira de nous intéresser à l'expression de l'autonomie en droit international privé.

## Chapitre II : L'autonomie de la volonté en droit international privé

Comme en matière matrimoniale, en matière successorale la mobilité croissante des individus oblige les législateurs nationaux et européen à mettre en place des stratégies aptes à atteindre des solutions qui soient le plus possibles conformes à la volonté du futur défunt. 749

L'internationalisation des successions est un phénomène qui trouve son origine en plusieurs facteurs. Tout d'abord, il faut se référer au fait que le patrimoine personnel des individus est aujourd'hui souvent localisé dans plusieurs États. De plus, la circulation internationale des personnes contribue à augmenter les situations présentant des éléments transfrontaliers. La combinaison de ces deux facteurs aboutit à une croissance du nombre de successions à caractère international, qui occupent désormais une place importante dans la pratique du droit international privé : ce n'est en effet pas par hasard que certaines des décisions jurisprudentielles les plus connues et les plus fondamentales en droit international privé concernent la réglementation des successions transfrontalières. De plus, il sied de relever que les successions internationales constituent une problématique qui concerne un nombre toujours croissant de personnes, et qui n'est pas uniquement réservé à une catégorie de personnes particulièrement riches<sup>989</sup>. 750

En l'absence d'une réglementation uniforme, les individus pourraient rencontrer d'importantes difficultés dans le cadre d'une succession ayant des implications transfrontalières. L'application des critères objectifs retenus par les différents textes de droit international privé pourraient conduire à un manque de prévisibilité s'agissant de la loi applicable à la succession, notamment dans les cas de scission, ou à un risque de contentieux dans plusieurs pays. 751

Dès lors, la majorité des systèmes de droit international privé visent à promouvoir la sécurité et la facilité de planification de la succession. Le principal instrument destiné à atteindre ces objectifs est la *professio juris*, qui consiste à 752

---

<sup>989</sup> RE (2020), p. 8.

accorder au disposant un droit, même limité, de choisir la loi applicable à sa succession. De même, la possibilité accordée au disposant de procéder à un choix de loi partiel, valable uniquement pour l'admissibilité et la validité matérielle des dispositions pour cause de mort, ainsi que l'application alternative de plusieurs lois à défaut de choix, témoigne de la volonté des législateurs de réduire au minimum les risques pour la validité formelle des dispositions à cause de mort (*favor validitatis*), facilitant ainsi la tâche de planification des successions.

753 Au vu de ce qui précède, dans le cadre de ce chapitre, nous entamerons notre réflexion en passant brièvement en revue les étapes principales du développement historique du principe d'autonomie en matière successorale. Par la suite, après avoir présenté les caractéristiques principales des sources de droit international privé en la matière, nous analyserons les règles pertinentes pour la détermination de la compétence et du droit applicable à défaut de choix. Finalement, nous nous concentrerons sur les possibilités ouvertes au disposant pour la planification de sa succession.

## **II.A. Le développement historique du principe d'autonomie en droit international privé**

754 L'idée d'attribuer au *de cuius* la faculté de désigner la loi applicable à sa succession n'est pas nouvelle. De manière générale, l'on peut dire que le choix de la loi applicable est l'un des outils de droit international privé en mesure d'assurer un plus haut degré de prévisibilité des décisions judiciaires et de sécurité juridique pour les parties<sup>990</sup>. Il s'agit en effet d'un outil qui tient compte des circonstances factuelles individuelles en permettant une expression individuelle de la volonté<sup>991</sup>.

755 Comme nous l'avons déjà relevé (cf. *supra*, n° 287), les premières apparitions de ce qu'on connaît aujourd'hui sous le nom de *professio juris* remontent à l'Antiquité, plus précisément à la période entre le II<sup>e</sup> et VII<sup>e</sup> siècle qui est passée à l'histoire sous le nom d' « invasions barbares ».

756 De la coexistence entre les Romains et les peuples barbares, deux ethnies conservant chacune son propre droit, naît le principe de la personnalité des lois<sup>992</sup>, selon lequel chaque individu restait soumis à sa loi d'origine. En cas de litige, l'identification de l'ethnie d'origine des parties s'imposait afin de déterminer

---

<sup>990</sup> PFEIFFER (2016), p. 577.

<sup>991</sup> *Ibid.*

<sup>992</sup> STOUFF (1894), p. 1.



le droit applicable à la cause : la preuve d'appartenance à une ethnie s'établissait normalement par la *professio*. Bien que considérée, au début, comme une simple déclaration tendant à rendre notoire l'ethnie d'origine, au fil du temps la *professio* devient une vraie élection de l'ethnie auxquels lois la personne concernée souhaitait se soumettre<sup>993</sup>.

En Suisse, la *professio juris*, présente depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, est actuellement admise, par la loi de droit international privé helvétique, en faveur de la loi nationale (cf. *infra*, n<sup>o</sup> 892 ss)<sup>994</sup>. De surcroît, le choix de la loi applicable à la succession a été admis par la convention de La Haye de 1989<sup>995</sup>. Prêchée dès les premières sessions de la Conférence de La Haye, l'introduction de la *professio juris* s'est heurtée, à l'époque, au fait qu'elle était considérée comme inadéquate dans un contexte successoral caractérisé par une grande densité de normes impératives<sup>996</sup>. Finalement, dans les années 1960, la situation a pu évoluer grâce aux propositions concrètes de plusieurs organismes de droit international, qui préconisaient l'inclusion d'une élection du droit dans le règlement de successions transfrontalières<sup>997</sup>. Ces nouvelles impulsions ont incité la Conférence de La Haye à reprendre ses travaux d'établissement d'une convention générale sur les règles de conflit successorales, mission qui répondait à sa « vocation traditionnelle »<sup>998</sup>. La convention de La Haye de 1989 constitue ainsi une prouesse, faisant suite à presque un siècle d'échec d'unification des règles de conflit en matière successorale.

757

<sup>993</sup> ARMINJON (1947), p. 72-73.

<sup>994</sup> L'ancienne réglementation italienne, par exemple, était proche du droit suisse actuel. L'art. 46, al. 1 de la loi n<sup>o</sup> 218 du 31 mai 1995 sur la réforme du système italien de droit international privé prévoyait l'application de la loi nationale du *de cuius*. Ce dernier était autorisé à soumettre, de manière expresse dans un testament, sa succession à la loi de son dernier domicile. Le droit belge adoptait une approche qui divergeait de la réglementation italienne à plusieurs égards. Il prévoyait des rattachements distincts selon la nature du bien successoral concerné (art. 78 du code de droit international privé belge du 16 juillet 2004, dans sa version antérieure au 3 août 2017). Pour plus de détails, voir GAILLARD (2022), paragr. 236.

<sup>995</sup> Convention du 1 août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort.

<sup>996</sup> GAILLARD (2022), paragr. 246.

<sup>997</sup> En 1963, l'Union internationale du notariat latin a été la première à prendre position en ce sens, au cours de son septième congrès à Bruxelles (7-17 septembre 1963). Dans l'une de ses recommandations d'unification des normes de conflit en matière successorale, elle a prôné l'introduction d'une *professio juris* similaire à celle du droit suisse, avec toutefois une inversion dans les facteurs de rattachement. En 1967, l'Institut de droit international a adopté, au cours de sa session à Nice, une série de résolutions touchant à la sphère de la succession testamentaire et avalisant la possibilité pour le *de cuius* d'opter entre sa loi nationale et celle de son domicile pour le règlement de sa succession. Pour plus de détails, voir GAILLARD (2022), paragr. 247.

<sup>998</sup> LAGARDE, La nouvelle Convention (1989), p. 249.

- 758 Relevons que ce texte ne traite que du droit applicable à une succession transfrontalière, dans le cadre des questions successorales couvertes par l'article 7, paragraphe 2 de la convention. D'après son article 3, la loi successorale est celle de la dernière résidence habituelle du défunt, si ce dernier possédait, à son décès, la nationalité de cet État. La caractéristique la plus saillante de cette convention est justement l'introduction du mécanisme de la *professio juris* : en effet, l'article 5 de ce texte permet au *de cuius* de soumettre l'ensemble de sa succession à la loi de l'État dont il possède la nationalité ou à celle de l'État de sa résidence habituelle. L'article 6 de la convention permet également au *de cuius* de désigner la loi applicable à certains biens successoraux. Enfin, l'article 11 permet le choix de la loi applicable à la validité et aux effets d'un pacte successoral. Dans l'hypothèse d'une *professio juris* partielle, il est précisé que celle-ci ne peut porter atteinte aux règles impératives de la loi qui régit la succession selon les critères de rattachements objectifs ; en revanche, si la *professio juris* porte sur l'ensemble de la succession, elle peut en principe déroger aux règles impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix, sauf si l'État contractant a fait usage de la faculté de réserve prévue à l'article 24, alinéa 1, lettre d.
- 759 Les solutions de la convention de La Haye, très favorables à l'autonomie de la volonté, ont eu un impact certain sur plusieurs codifications nationales<sup>999</sup>. En effet, sous l'influence de la convention de La Haye de 1989, déjà avant l'entrée en vigueur du règlement européen n° 650/2012, plusieurs États de l'Union européenne avaient intégré dans leur réglementation des dispositions relatives à la *professio juris*.
- 760 En 1986, le législateur allemand révisait son droit international privé en introduisant une possibilité de *professio juris*, bien que de portée extrêmement réduite. Le *de cuius* avait uniquement la faculté de soumettre au droit allemand les immeubles sis en Allemagne<sup>1000</sup>. Pour le reste, la succession était impérativement régie dans sa totalité par le droit national du *de cuius*, sous réserve d'un renvoi au premier ou au deuxième degré. Les Pays-Bas, en raison de l'incorporation dans le droit international privé national de la convention de La Haye de 1989, ont également introduit la *professio juris* dans leur législation interne. En 1995, le législateur italien adoptait la même solution. Selon l'article 46 de la loi de réforme du système de droit international privé du 31

---

<sup>999</sup> Au cours des dernières années, une réglementation assez libérale du choix de la loi applicable, sans aucune restriction particulière, a été introduite dans certains États membres de l'Union européenne. Dans d'autres pays, l'évolution a été plus prudente. Ainsi, en Allemagne, la *professio juris* est possible sur la base de l'art. 25, al. 2 EGBGB, mais uniquement sous la forme d'un choix en faveur du droit allemand pour les immeubles situés en Allemagne.

<sup>1000</sup> Art. 25, al. 2 EGBGB.

mai 1995<sup>1001</sup>, la succession était régie par le droit national du *de cuius*, mais ce dernier avait la faculté de la soumettre au droit de l'État de sa résidence habituelle (art. 46, al. 2). Cette élection de droit devenait caduque si, au moment du décès, le *de cuius* ne résidait plus dans l'État concerné. Cette *professio juris* devait être exprimée en forme testamentaire et porter sur l'ensemble de la succession. Elle était sujette à une restriction importante car, dans la succession d'un ressortissant italien, elle ne pouvait pas porter atteinte aux droits que la loi italienne accordait aux héritiers réservataires résidant en Italie au moment du décès<sup>1002</sup>.

Bien que la convention de La Haye de 1989 n'ait pas connu beaucoup de succès en raison de sa complexité<sup>1003</sup>, l'admission du principe de l'élection de droit dans un texte à vocation universelle a indéniablement conféré à la *professio juris* la légitimité internationale qui lui faisait jusqu'alors défaut<sup>1004</sup>, et a contribué à son admission dans l'actuel règlement n° 650/2012.

Au contraire, en matière successorale, l'élection de for n'est que rarement reconnue : si la conclusion d'une convention attributive de juridiction par les parties à la procédure est parfois admise en matière successorale, il n'en va pas de même pour l'élection de for unilatérale de la part du *de cuius*. Dans les sections suivantes, nous constaterons que la Suisse reconnaît actuellement au *de cuius* la possibilité de déterminer, dans certains cas, l'autorité compétente pour régler sa succession (cf. *infra*, n° 808-809). Cependant, l'approche suisse est pour l'heure isolée en droit comparé. Les autres États ne donnent généralement pas au *de cuius* le pouvoir désigner les autorités compétentes en matière successorale.

---

<sup>1001</sup> Loi n° 218 du 31 mai 1995, GU n° 128 du 3 juin 1995.

<sup>1002</sup> BONOMI/ BERTHOLET (2005), p. 377.

<sup>1003</sup> La convention compte actuellement uniquement trois États signataires, soit la Suisse, l'Argentine et le Luxembourg.

<sup>1004</sup> BONOMI/ BERTHOLET (2005), p. 357.

## **II.B. La reconnaissance du principe d'autonomie en droit international privé positif**

### II.B.1. Les sources des règles de droit international privé

#### *II.B.1.1. La loi suisse de droit international privé*

- 763 En matière successorale, les dispositions contenues au chapitre 6 de la LDIP (art. 86-96) reprennent, en matière de compétence, l'idée selon laquelle le domicile principal se trouve au domicile du *de cuius*. Au niveau du droit applicable, nous retrouvons le principe d'unité de la succession, accompagné de la possibilité de procéder à une *professio juris*<sup>1005</sup>.
- 764 Dans le chapitre dédié aux successions, la LDIP suit la division systématique entre règles en matière de compétence, droit applicable et reconnaissance des décisions étrangères. Dans ce domaine spécifique, toutefois, la loi distingue trois situations de fait et détermine pour chacune le droit applicable. Le cas le plus important est celui du *de cuius* ayant eu son dernier domicile en Suisse (art. 86 et 90 LDIP). La deuxième hypothèse, moins fréquente, est celle du *de cuius* dont le dernier domicile se trouvait à l'étranger (art. 87 et 91, al. 2 LDIP). La troisième situation est celle du défunt de nationalité étrangère et domicilié à l'étranger, qui a laissé des biens en Suisse (art. 88 et 91, al. 1 LDIP). Enfin, des dispositions particulières portent sur les dispositions pour cause de mort (art. 93 et 95 LDIP).
- 765 Nous soulignons que la loi de révision du chapitre 6 de la LDIP a récemment été adoptée par les chambres parlementaires. Outre « une harmonisation partielle du droit suisse avec le règlement successions »<sup>1006</sup>, la révision a également pour but de renforcer la liberté de chacun de disposer de sa succession, liberté de disposer qui a gagné en souplesse en droit interne avec l'entrée en vigueur du nouveau droit des successions au 1 janvier 2023.
- 766 Au niveau des conventions internationales, à part la convention de La Haye de 1961 en matière de forme des testaments<sup>1007</sup>, à laquelle renvoie l'article 93 LDIP, la Suisse n'est pas liée par d'autres conventions multilatérales dans le domaine des successions. Cependant, il faut réserver des éventuelles règles

---

<sup>1005</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, Intro aux art. 86-96 LDIP N 1.

<sup>1006</sup> FF 2020 3215, p. 3223.

<sup>1007</sup> Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, RS 0.211.312.1.

spécifiques contenues dans une série de conventions bilatérales liant la Suisse à certains des pays voisins<sup>1008</sup>.

### II.B.1.2. Le règlement européen n° 650/2012

#### II.B.1.2.1. Les raisons de l'intérêt de l'UE pour les successions internationales

A première vue, il peut paraître surprenant que l'Union européenne ait légiféré en matière de droit des successions, un domaine du droit qui a été constamment négligé jusqu'en 2012. A la suite de l'adoption de la convention de Bruxelles de 1968, la plupart des instruments européens de droit international privé excluait expressément « les testaments et les successions » de leur champ d'application matériel. L'exclusion des testaments et des successions couvrait toutes les demandes de testament ou de succession *ab intestat*, y compris les litiges relatifs à la validité ou à l'interprétation des testaments<sup>1009</sup>. Cependant, depuis le Plan d'action de Vienne de 1998<sup>1010</sup>, les règles relatives aux successions internationales sont officiellement devenues partie de l'ordre du jour européen. En 2005, la Commission a publié un Livre vert sur les testaments et les successions identifiant « un besoin évident d'adopter des règles européennes harmonisées »<sup>1011</sup>. En 2009, soulignant les divergences entre les solutions nationales de droit civil et de droit international privé adoptées au sein des différents États membres et leurs conséquences négatives pour la circulation des citoyens, la Commission européenne a proposé l'adoption d'un règlement européen dans le domaine des successions<sup>1012</sup>.

767

L'idée d'harmoniser les règles de conflit de lois en matière de successions n'est certainement pas nouvelle. Dès les premiers stades de l'intégration européenne, il a été clair que des règles de conflit divergentes en matière de successions auraient engendré, à long terme, des effets indésirables<sup>1013</sup>. Cependant, à quelques exceptions près, les tentatives d'harmonisation des règles de conflit en matière successorale n'avaient pas été très fructueuses - malgré les activités constantes de la Conférence de La Haye de droit international privé.

768

<sup>1008</sup> Pour plus de détails sur ce point, voir CR LDIP/CL-BUCHER, Intro aux art. 86-96 LDIP N 8 ss.

<sup>1009</sup> DU MONGH, Brussels (1997), p. 28.

<sup>1010</sup> Disponible sous <https://www.europarl.europa.eu>.

<sup>1011</sup> COM(2005) 65 final, p 3.

<sup>1012</sup> SEC(2009) 410 final, p. 22.

<sup>1013</sup> ZWEIGERT (1966), p. 558.

En particulier, la convention de La Haye de 1989 sur les successions n'avait pas rencontré le succès espéré, de sorte qu'il n'existait pas de texte en mesure de régler la problématique du choix de la loi applicable à la succession de manière complète et cohérente. En revanche, dans le domaine de la validité formelle des dispositions testamentaires, la convention de La Haye de 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires<sup>1014</sup>, contient des règles de conflit uniformes qui sont en vigueur dans la majorité des États membres de l'Union européenne.

- 769 L'importance de la détermination de la loi applicable aux successions ne saurait être sous-estimée. Les règles de conflit dans ce domaine ne sont pas seulement cruciales d'un point de vue purement quantitatif, vu la constante augmentation du nombre de successions internationales. Celles-ci sont également très importantes au vu du fait que, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, les réglementations en vigueur dans les différents États membres en matière de successions peuvent différer considérablement, notamment en ce qui concerne les droits de succession des membres survivants de la famille<sup>1015</sup>.
- 770 À cet égard, malgré l'interdiction de discrimination des enfants nés hors mariage, la CourEDH n'a pas déclenché, en dehors de l'abolition de ces formes de discrimination, une convergence plus large des lois substantielles sur les successions<sup>1016</sup>. Dans ce contexte, les projets de l'Union européenne sont facilement compréhensibles. En effet, le manque d'harmonie internationale des décisions dans le territoire européen était à même d'affecter les intérêts des justiciables en matière de prévisibilité et de sécurité juridique, deux préoccupations qui sont reconnues comme des objectifs clés du droit international privé européen en général.
- 771 Dans son analyse d'impact, la Commission a identifié différents facteurs qui, au niveau des législations nationales, peuvent rendre le règlement d'une succession transnationale difficile et incertain. Elle mentionne, entre autres, l'étendue et la nature divergentes des parts successorales auxquelles les membres de la famille ont droit, les différents choix faits par les systèmes nationaux en ce qui concerne les dispositions successorales contenues dans des instruments autres que le testament, ainsi que l'existence ou non de l'institution de la réserve successorale<sup>1017</sup>. De l'avis de la Commission, ces difficultés pouvaient impacter négativement la sécurité juridique dans l'espace européen.

---

<sup>1014</sup> Nous rappelons que cette convention est également en vigueur en Suisse, RS 0.211.312.1.

<sup>1015</sup> DUTTA, *The Europeanisation* (2011), p. 345.

<sup>1016</sup> PINTENS, *Europäisierung* (2001), p. 646.

<sup>1017</sup> SEC(2009) 410 final, p. 9.

De surcroît, la Commission a évoqué la difficulté de prévoir de manière anticipée la juridiction compétente pour la réglementation de la succession, ainsi que le droit appliqué par ces juridictions. Dès lors, au niveau des instruments disponibles pour la planification d'une succession, la Commission a souligné la faible place accordée à l'autonomie du testateur par les systèmes nationaux de droit international privé de l'époque, ainsi que l'inadéquation des règles en matière de droit applicable aux dispositions testamentaires et aux pactes successoraux afin de garantir la validité, dans l'espace et dans le temps, des actes *mortis causa*<sup>1018</sup>. 772

Pour toutes ces raisons, la Commission européenne a estimé nécessaire l'adoption d'un règlement européen dans le domaine des successions. Le législateur européen a suivi l'avis de la Commission et a adopté, en 2012, le règlement n° 650/2012. 773

#### II.B.1.2.2. La structure du règlement européen sur les successions

Parmi les nombreux actes de droit international privé de l'Union européenne, le règlement sur les successions est sans doute l'un des plus complexes, parce qu'il met en place un système normatif complet et organique. En effet, ce texte crée des règles uniformes en matière de compétence, de loi applicable et de reconnaissance et d'exécution des décisions européennes. Le règlement n° 650/2012 dépasse d'ailleurs les frontières traditionnelles du droit international privé en fournissant un cadre pour la circulation des actes authentiques en matière de succession et en créant un certificat successoral européen. 774

Nous précisons que les dispositions du règlement en matière de droit applicable présentent un caractère *erga omnes* : puisque la loi déterminée par ces dispositions doit être appliquée même lorsqu'elles désignent la loi d'un État tiers (art. 20), le règlement remplace dans son intégralité les règles nationales des États membres à ce sujet. En outre, les règles sur la loi applicable se caractérisent par un degré élevé de spécialisation, nécessaire à la lumière du fait que la *lex successionis* doit souvent être coordonnée avec d'autres lois régissant une partie seulement de la succession. Tel est le cas, par exemple, de la loi applicable aux dispositions pour cause de mort, ou des lois à caractère territorial qui ont vocation à s'appliquer à certains biens immobiliers situés sur leur territoire indépendamment de la loi régissant la succession dans son ensemble. 775

<sup>1018</sup> *Ibid.*, p. 13, dans lequel la Commission prend en compte les difficultés rencontrées par un citoyen informé et mobile qui pourrait être découragé de déplacer sa résidence habituelle d'un État membre à l'autre afin d'éviter tout changement au niveau de ses droits acquis, au détriment du droit fondamental de libre circulation et de séjour des citoyens européens.

## II.B.2. Les systèmes de compétence

### II.B.2.1. *Les chefs de compétence objectifs*

#### II.B.2.1.1. Le for de la dernière résidence habituelle ou du dernier domicile du défunt

776 Sur la base de l'article 4 du règlement n° 650/2012, la compétence pour statuer sur la succession est attribuée, à titre principal, aux juridictions de l'État membre dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment du décès, des aménagements n'étant prévus, de manière assez restrictive, qu'aux articles 5 à 13. Comme il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice, la notion de résidence habituelle doit faire l'objet d'une interprétation autonome<sup>1019</sup>. D'une part, cette notion est indépendante de celles retenues dans les droits internes des États membres et dans d'autres instruments internationaux<sup>1020</sup>. D'autre part, elle ne coïncide pas nécessairement avec la notion de résidence habituelle utilisée dans d'autres textes du droit international privé européen, ni avec celle retenue par la Cour de justice dans d'autres secteurs du droit européen<sup>1021</sup>. Comme indiqué au considérant 23 du règlement, la résidence habituelle doit être déterminée « compte tenu des objectifs spécifiques », mais toujours à la lumière des « éléments de fait qu'il faut prendre en considération » qui « varient avec chaque type de situation »<sup>1022</sup>. Afin de mieux identifier les éléments qui caractérisent la notion de résidence habituelle, il est également possible de se référer à la jurisprudence relative à l'interprétation d'autres règles européennes<sup>1023</sup>.

777 Pour de nombreux États membres, la règle de compétence de l'article 4 est plutôt familière. En effet, dans la plupart de ces États, la compétence internationale pour les affaires successorales repose sur le dernier domicile du *de cuius*. La notion de domicile retenue dans la majorité des pays européens coïncide souvent avec celle de résidence habituelle, l'un et l'autre étant géné-

---

<sup>1019</sup> Sur l'interprétation autonome en général : CJUE, *Mahnkopf*, C-558/16, paragr. 32 ; CJUE, *UM*, C-277/20, paragr. 29. Sur l'interprétation autonome de la notion de résidence habituelle dans le cadre du règlement n° 650/2012 en particulier : CJUE, *E. E.*, C-80/19, paragr. 33 à 45.

<sup>1020</sup> BUMBACA (2022), paragr. 719 ss.

<sup>1021</sup> Successions-BONOMI, art. 4 N 14.

<sup>1022</sup> Commentaire règlement successions-ODERSKY, art. 4 N 7.

<sup>1023</sup> Dans le cadre de l'application du règlement Bruxelles II *bis*, voir CJUE, *BM*, C-462/22 ; CJUE, *OE*, C-522/20 ; CJUE, *Mercredi*, C-497/10, paragr. 41 ss.



ralement situés au lieu où le *de cuius* avait son « centre de vie »<sup>1024</sup>. De plus, le dernier domicile du défunt est, dans le droit matériel de nombreux États, le lieu d'ouverture de la succession et détermine la compétence interne des autorités chargées du règlement de celle-ci<sup>1025</sup>.

Le dernier domicile est également utilisé comme critère de compétence dans de nombreux États non-membres de l'UE. C'est le cas en Suisse, où l'article 86, alinéa 1 LDIP consacre la compétence des autorités judiciaires ou administratives du dernier domicile du défunt. Le législateur suisse a préféré rattacher la compétence au domicile et non à la résidence habituelle, au motif que « le rapport donné par la résidence habituelle paraît trop faible pour les exigences du droit successoral »<sup>1026</sup>. Néanmoins la notion suisse de domicile est assez proche de la notion européenne de résidence habituelle, telle qu'elle ressort du règlement européen n° 650/2012. Par conséquent, dans la loi de révision, pourtant inspirée d'un souci de rapprochement du droit international privé suisse du droit européen, aucune modification de la LDIP à cet égard n'a été prévue<sup>1027</sup>.

778

## II.B.2.1.2. Les autres chefs de compétence

### II.B.2.1.2.a. *Les dérogations prévues dans la loi suisse de droit international privé*

#### II.B.2.1.2.a.i. La réserve de la compétence des autorités du lieu de situation de l'immeuble

En dérogation au for au lieu du dernier domicile du défunt, l'article 86, alinéa 2 LDIP réserve « la compétence exclusive revendiquée par l'État du lieu de situation des immeubles ». La réserve prévue par cette disposition ne s'applique que dans l'hypothèse où les juridictions de l'État de situation revendiquent une compétence exclusive, à savoir lorsqu'elles refusent la reconnaissance de toute décision étrangère en matière successorale portant sur les

779

<sup>1024</sup> Succession Regulation-CALVO CARAVACA, art. 4 N 17.

<sup>1025</sup> Successions-BONOMI, art. 4 N 2.

<sup>1026</sup> FF 1983 I 255, p. 371. Il convient de souligner que le recours à la résidence habituelle reste possible, à titre subsidiaire, « si une personne n'a nulle part de domicile » (art. 20, al. 2 LDIP).

<sup>1027</sup> FF 2020 3215, p. 3227.

immeubles situés sur leur territoire, ce qu'il faudra vérifier sur la base du droit de l'État du lieu de situation<sup>1028</sup>.

- 780 Le but de l'article 86, alinéa 2 LDIP est en effet d'éviter un conflit positif en matière de compétence internationale, dans un cas où une décision suisse rendue au dernier domicile du défunt ne pourrait pas être reconnue dans l'État étranger du lieu de situation de l'immeuble<sup>1029</sup>. Aux fins de cette disposition, les immeubles à l'étranger doivent évidemment faire partie de la masse successorale au jour du décès du *de cuius*<sup>1030</sup>.

#### II.B.2.1.2.a.ii. Le for subsidiaire au lieu d'origine du défunt

- 781 L'article 87, alinéa 1 LDIP prévoit une compétence subsidiaire des autorités du lieu d'origine du défunt qui était domicilié à l'étranger au moment de son décès si les autorités étrangères ne s'occupent pas de sa succession. Cette règle appelle quelques précisions.

- 782 En premier lieu, il convient de souligner que ce n'est pas nécessaire que le *de cuius* ait uniquement la nationalité suisse ; l'article 87, alinéa 1 LDIP s'applique aussi aux personnes qui disposent, en sus, d'une ou plusieurs autres nationalités (art. 23, al. 1 LDIP). De plus, l'inactivité des autorités étrangères peut reposer sur des considérations juridiques ou être de nature factuelle. Le motif est de nature juridique lorsque, par exemple, l'autorité étrangère n'est compétente, selon sa législation, que pour les biens situés sur son territoire<sup>1031</sup>. Il est de nature factuelle lorsque l'autorité étrangère serait compétente d'après sa législation, mais que dans les faits, elle reste inactive, alors que les parties ont entrepris les démarches nécessaires selon la législation applicable dans l'État concerné<sup>1032</sup>.

- 783 Au vu du libellé de l'article 87, alinéa 1 LDIP, qui utilise les termes « autorités étrangères », se pose la question de savoir si l'inactivité des autorités de l'État de domicile du défunt suffit ou s'il faut également examiner si les autorités d'autres États dont les décisions pourraient être reconnues en Suisse en vertu de l'article 96 LDIP ne s'occupent pas de la succession. Alors que le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire se prononcent en faveur d'une approche res-

---

<sup>1028</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 86 N 18.

<sup>1029</sup> *Ibid.*

<sup>1030</sup> ATF 5A\_797/2017, consid. 3.

<sup>1031</sup> ATF 5A\_754/2009, consid. 3.1.

<sup>1032</sup> ATF 5A\_171/2010, consid. 4.3.

trictive<sup>1033</sup>, certains auteurs considèrent que l'autorité suisse doit également vérifier si les autorités d'autres États dont les décisions rendues devraient être reconnues au sens de l'article 96 LDIP sont restées inactives<sup>1034</sup>.

Dans le cadre de la révision de la LDIP, le législateur a remplacé l'expression « autorités étrangères » par « autorités de l'État du domicile » (art. 87, al. 1 LDIP-rév), optant ainsi pour la solution retenue par la majorité. Il convient cependant de souligner que la loi de révision prévoit, à certaines conditions, la possibilité de prendre en compte l'inactivité d'autres États (cf. *infra*, n° 806). 784

### II.B.2.1.2.a.iii. Le for subsidiaire lié aux biens situés en Suisse

Conformément à l'article 88, alinéa 1 LDIP, si un étranger, domicilié à l'étranger au moment de son décès, laisse des biens en Suisse, les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu de situation sont compétentes pour régler la part de succession qui se trouve sur le territoire suisse dans la mesure où les autorités étrangères ne s'en occupent pas. L'alinéa 2 précise que s'il y a des biens en différents lieux, l'autorité ayant été saisie la première est compétente. 785

Le but de l'article 88 LDIP est d'éviter des conflits négatifs de compétence, étant précisé qu'il vise non seulement les immeubles, mais également les biens meubles. La compétence des autorités suisses se limite aux biens situés en Suisse. Cela conduit à un morcellement de la succession, car selon la conception de l'article 88 LDIP, les autorités étrangères restent compétentes pour régler la succession « principale ». Il n'est toutefois pas exclu que les autorités étrangères ne s'occupent pas du tout ou que partiellement du reste de la succession. Dans une telle situation, l'autorité suisse peut se fonder sur le for de nécessité de l'article 3 LDIP pour prendre en compte les biens situés en dehors du territoire helvétique. 786

À l'instar du for d'origine de l'article 87, alinéa 1 LDIP, l'article 88 LDIP institue un for subsidiaire : la compétence des autorités suisses dépend de l'inactivité des autorités étrangères<sup>1035</sup>. Cependant, contrairement à ce qui prévaut pour l'article 87, alinéa 1 LDIP, la jurisprudence et la doctrine consi- 787

<sup>1033</sup> ATF 5A\_108/2009, consid. 2.7 ; CR LDIP/CL-BUCHER, art. 87 LDIP N 4 ; ZK IPRG-KÜNZLE, art. 87 N 7 ; BSK IPRG- SCHNYDER/ LIATOWITSCH/ DORJEE-GOOD, art. 87 N 6 ss.

<sup>1034</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 87 N 4.

<sup>1035</sup> Cette situation pourrait se produire dans les relations avec le Royaume-Uni, le Canada ou les États-Unis, qui ne s'occupent pas des immeubles situés en dehors de leur territoire, voir BSK IPRG- SCHNYDER/ LIATOWITSCH/ DORJEE-GOOD, art. 88 N 4.

dèrent que l'inactivité de toutes les autorités étrangères dont les décisions pourraient être reconnues conformément à l'article 96 LDIP doit être examinée<sup>1036</sup>.

788 Cependant, dans la loi de révision, l'article 88, alinéa 1 LDIP-rév reprend la solution proposée à l'article 87, alinéa 1 LDIP-rév : les autorités suisses seront compétentes dès que les autorités de l'État dans lequel le défunt était domicilié au moment de son décès ne s'occupent pas de la succession. Comme dans le cadre de l'article 87, la loi de révision maintient, à certaines conditions, la possibilité de prendre en compte l'inactivité d'autres États également dans le cadre de l'article 88 LDIP-rév (cf. *infra*, n° 806).

#### *II.B.2.1.2.b. Les dérogations prévues dans le règlement européen n° 650/2012*

##### II.B.2.1.2.b.i. Le déclinatoire de compétence en cas de choix de loi

789 L'article 6 du règlement n° 650/2012 prévoit deux hypothèses dans lesquelles les juridictions saisies en vertu de l'article 4 ou 10 peuvent ou doivent décliner leur compétence en présence d'un choix de la loi applicable à la succession. La première hypothèse est celle d'un déclinatoire facultatif de compétence en faveur des juridictions de l'État dont la loi a été choisie, lorsque celles-ci apparaissent mieux placées pour statuer sur la succession (art. 6, let. a). L'autre hypothèse est le déclinatoire obligatoire en présence d'une élection de for en faveur des juridictions d'un autre État membre au sens de l'article 5 (art. 6, let. b).

790 Cependant, ces solutions supposent que le *de cuius* ait choisi de soumettre sa succession à la loi d'un État membre dont il a la nationalité<sup>1037</sup>. De plus, l'article 5 ne précise pas si l'accord d'élection de for porte nécessairement sur l'ensemble des procédures liées au règlement d'une succession ou s'il peut être conclu en vue d'une procédure particulière. Compte tenu de l'objectif de l'élection de for, soit la coïncidence entre compétence et loi applicable, il serait tentant de considérer que sa portée est nécessairement générale. Cependant, le considérant 28 précise que la détermination des parties devant participer à l'accord dépend de « la question couverte » par celui-ci. Dès lors, il semble que la portée de l'accord est déterminée par la volonté des parties,

---

<sup>1036</sup> ATF 5A\_124/2020, consid. 3.4.1 ; ATF 5A\_264/2013, consid. 3.3.1 ; BSK IPRG- SCHNYDER/ LIATOWITSCH/ DORJEE-GOOD, art. 88 N 3.

<sup>1037</sup> Succession Regulation-MARONGIU BUONAIUTI, art. 6 N 6.

avec pour conséquence que la compétence des juridictions élues peut être limitée à certaines actions successorales<sup>1038</sup>.

Il convient de souligner que la raison d'être de la prévision du déclinatoire en faveur d'une juridiction mieux placée est de préserver, au moins dans certains cas, la coïncidence entre compétence et droit applicable, en dépit d'une *professio juris* en faveur de la loi nationale<sup>1039</sup>. Cependant, contrairement à ce qui est prévu dans certains systèmes nationaux<sup>1040</sup>, le transfert de la compétence aux autorités de l'État dont le défunt était ressortissant ne résulte pas de plein droit du choix de la loi applicable, la simple volonté du *de cuius* ne suffisant pas pour déroger à la compétence juridictionnelle. Le mécanisme de coordination prévu par l'article 6, lettre a, du règlement dépend de la demande d'une partie à la procédure et reste soumis à une appréciation discrétionnaire des éléments de fait par le tribunal saisi<sup>1041</sup>. Quant à l'article 6, lettre b, il présuppose un accord des parties à la procédure. Par conséquent, le déclinatoire sert également un objectif pratique, qui consiste à attribuer la compétence aux juridictions les plus proches des parties et des biens de la succession<sup>1042</sup>.

791

#### II.B.2.1.2.b.ii. Les compétences subsidiaires

La règle de compétence générale de l'article 4 ne peut pas s'appliquer lorsque le défunt avait sa dernière résidence habituelle dans un État non lié par le règlement. Dans cette hypothèse, les juridictions d'un ou plusieurs États membres peuvent néanmoins être compétentes, à titre subsidiaire, en vertu des articles 10 ou 11 (*forum necessitatis*). La liste des critères de compétence prévus par le règlement se veut exhaustive (consid. 30). En particulier, et contrairement à ce qui est prévu dans d'autres règlements européens<sup>1043</sup>, les juridictions des États membres ne peuvent pas se fonder sur des critères de compétence prévus par leur droit interne.

792

Le caractère subsidiaire des compétences de l'article 10 se manifeste par rapport aux autres compétences prévues par le règlement, notamment la compétence générale de l'article 4. Les compétences subsidiaires entrent en jeu lorsque la compétence générale ne peut être exercée dans aucun État membre, la dernière résidence habituelle du défunt étant située dans un État non-membre.

793

<sup>1038</sup> LEANDRO (2013), p. 72.

<sup>1039</sup> Successions-BONOMI, art. 6 N 2.

<sup>1040</sup> Notamment en droit suisse, à l'art. 87, al. 2, et 91, al. 2, LDIP.

<sup>1041</sup> Succession Regulation-MARONGIU BUONAIUTI, art. 6 N 2, 10.

<sup>1042</sup> Successions-BONOMI, art. 6 N 3.

<sup>1043</sup> Art. 6 r. 1215/2012 ; art. 7 et 14 r. 2019/1111.

En revanche, ces compétences ne sont en aucun cas « subsidiaires » par rapport aux juridictions des États tiers ; contrairement à ce qui est prévu dans certains systèmes nationaux<sup>1044</sup>, l'exercice des compétences subsidiaires de l'article 10 ne dépend aucunement de l'incompétence ou de l'inactivité des autorités des États non-membres de l'UE<sup>1045</sup>.

- 794 Dans tous les cas prévus par cette disposition, la compétence est attribuée aux juridictions de l'État membre du lieu de situation d'une partie des biens successoraux. Cependant, l'étendue de cette compétence n'est pas toujours la même. Dans l'hypothèse de l'article 10, paragraphe 2, la compétence est limitée aux biens situés dans l'État de la juridiction saisie. En revanche, dans les hypothèses de l'article 10, paragraphe 1, à savoir, lorsque le *de cuius* possédait la nationalité de l'État du lieu de situation des biens ou avait eu sa résidence habituelle antérieure dans cet État, la compétence des juridictions de l'État de situation est générale, puisqu'elle s'étend à « l'ensemble de la succession ». Dès lors, elle ne comprend pas uniquement les biens situés dans l'État de la juridiction saisie, mais également les biens à l'étranger, qu'ils soient situés dans un autre État membre ou dans un État tiers<sup>1046</sup>.
- 795 De manière générale, il est possible de constater que cette disposition présente plusieurs défauts, dont le principal est de favoriser les conflits positifs de compétence<sup>1047</sup>. Une autre faiblesse de l'article 10 réside dans la multiplication des hypothèses dans lesquelles les juridictions compétentes d'un État membre devront appliquer une loi étrangère, souvent celle d'un État tiers, avec toutes les difficultés pratiques qui en résultent<sup>1048</sup>.
- 796 Afin de limiter ces inconvénients, la juridiction saisie sur la base de l'article 10 dispose de la possibilité de décliner sa compétence aux termes de l'article 6. Cependant, le déclinatoire n'est possible qu'au profit des juridictions d'un autre État membre ; dès lors, il ne prévient pas les conflits avec les États tiers<sup>1049</sup>. En outre, en vertu de l'article 5 du règlement (cf. *infra*, n° 821-825), les parties à la procédure peuvent également conclure une élection de for en faveur des juridictions de l'État dont la loi a été choisie.
- 797 Les dispositions en matière de compétence sont complétées par l'article 11, qui prévoit un for de nécessité en faveur des juridictions d'un État membre qui présentent un lien suffisant avec le litige en question. Ce chef de compétence,

---

<sup>1044</sup> Notamment en Suisse : art. 87, al. 1 et 88, al. 2 LDIP.

<sup>1045</sup> Successions-BONOMI, art. 10 N 3.

<sup>1046</sup> *Ibid.*, art. 10 N 6.

<sup>1047</sup> Succession Regulation-MARONGIU BUONAIUTI, art. 10 N 7.

<sup>1048</sup> *Ibid.*, art. 10 N 19.

<sup>1049</sup> Successions-BONOMI, art. 10 N 6.

qui est subsidiaire à tout autre chef de compétence envisagé dans le cadre du règlement, y compris la compétence subsidiaire de l'article 10, ne doit être utilisé que dans les cas où l'action serait impossible ou ne pourrait pas raisonnablement être intentée dans l'État tiers avec lequel l'affaire présenterait un lien étroit<sup>1050</sup>.

Contrairement à l'article 11 qui prévoit, dans des circonstances exceptionnelles, une extension du champ de la compétence normalement attribuée aux juridictions des États membres en raison de l'indisponibilité ou de l'incapacité des juridictions de pays tiers à exercer leur compétence, l'article 12, paragraphe 1 du règlement prévoit la possibilité d'une limitation du champ de l'action pendante devant une juridiction d'un État membre dans les cas où l'action porte sur des biens situés dans un État tiers qui ne reconnaîtrait pas la décision rendue par la juridiction de l'État membre saisie. Il convient de relever que le mécanisme prévu à l'article 12 du règlement n° 650/2012 permet de réduire les cas de conflits positifs de compétence, ce qui est utile dans une optique de coordination internationale.

798

### II.B.2.1.3. Le risque de conflit positif de compétence et les possibles solutions

Comme nous pouvons le constater, dans les grandes lignes, la réglementation européenne est semblable à celle de la LDIP. Il existe, cependant, certains points de divergence, dont certains revêtent une grande importance pratique.

799

Sous l'empire de l'article 10 du règlement européen, les autorités de l'État membre national du défunt ou de l'État membre où sont situés une partie des biens ont une compétence subsidiaire lorsque la personne concernée avait sa résidence habituelle au moment de son décès dans un État tiers. Dans ce cas de figure, la LDIP pose comme condition supplémentaire que les autorités étrangères ne s'occupent pas de la succession (art. 87, al. 1 ; art. 88, al. 1 LDIP). Selon le règlement européen, les autorités de l'État national sont compétentes lorsque des biens successoraux se trouvent dans cet État. L'État membre dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle antérieure est assimilé à l'État membre national s'il ne s'était pas écoulé plus de cinq ans depuis qu'il avait changé de résidence habituelle.

800

De plus, contrairement à la LDIP, le règlement européen ne règle le cas où des procédures étrangères sont en cours dans la même cause que s'il s'agit d'autres États membres (art. 17 ss r. 650/2012). Pour ce qui est des procédures

801

<sup>1050</sup> Succession Regulation-MARONGIU BUONAIUTI, art. 11 N 1.

d'États tiers tels que la Suisse, c'est le droit procédural de l'État membre compétent en l'espèce qui s'applique<sup>1051</sup>.

- 802 Dans ce contexte, il paraît clair que la coexistence du règlement européen et de la LDIP peut causer des problèmes, que nous illustrerons à l'aide de l'exemple suivant, cité dans le rapport explicatif du Conseil fédéral<sup>1052</sup>.
- 803 Un « expat » français, qui avait jusque-là vécu et travaillé à Genève, décède. Il laisse des biens tant en Suisse que dans sa patrie d'origine. Comme il avait son dernier domicile à Genève, les autorités genevoises compétentes en matière de successions se considèrent comme compétentes pour l'ensemble de la succession, en vertu de l'article 86, alinéa 1 LDIP. Toutefois, il existe aussi une compétence globale en France, pays dont le défunt avait la nationalité et où il a laissé des biens successoraux (art. 10, par. 1, let. a, r. 650/2012). Il est imaginable qu'un héritier ouvre une procédure en Suisse et un autre en France, les deux concernant la même question relative à la succession. Si les deux États se déclarent compétents, il surgit ce que l'on appelle un conflit de compétence positif.
- 804 Si, dans cet exemple, une action est ouverte en Suisse en premier lieu, c'est le droit de procédure de l'autre État, en ce cas la France, qui déterminera dans quelle mesure le juge étranger doit prendre en compte la procédure en cours en Suisse. Si une procédure a été ouverte à l'étranger avant la procédure suisse, l'autorité suisse compétente ne pourra, dans le cas énoncé, pas en tenir compte, car l'article 9 LDIP, qui s'applique en ce cas, pose comme condition que la décision rendue à l'issue de la procédure étrangère puisse être reconnue en Suisse. Or, dans l'exemple cité, les décisions de l'État national du défunt, ne pourraient en principe pas être reconnues en Suisse (art. 96 LDIP). Il n'est donc pas possible d'éviter un conflit de compétence positif.
- 805 La volonté de réduire pareils risques de conflits a motivé le législateur suisse à entreprendre une révision du droit international privé suisse des successions, dont l'objectif principal est la coordination du chapitre 6 de la LDIP avec le règlement européen n° 650/2012.
- 806 Afin de pallier les problèmes susmentionnés, le Conseil fédéral avait proposé d'introduire une deuxième phrase aux articles 87, alinéa 1, et 88, alinéa 1, LDIP, qui permettait aux autorités suisses du lieu d'origine du défunt de faire dépendre leur compétence de l'inaction des autorités d'un État national étranger du défunt, de l'État de sa dernière résidence habituelle, ou encore, dans le

---

<sup>1051</sup> Succession Regulation-MARONGIU BUONAIUTI, art. 17 N 19.

<sup>1052</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif (2018), p. 6.



cas de biens successoraux isolés, de l'État du lieu de situation<sup>1053</sup>. Cette énumération faisait référence aux critères de rattachement prévus aux articles 4 et 10 du règlement européen. Cependant, le Conseil des États a décidé, le 15 décembre 2022, de renoncer à ces modifications et de priver les autorités suisses de la possibilité de renoncer à leur compétence lorsque les autorités étrangères s'occupent de la succession<sup>1054</sup>. Au vu de l'importance de garantir que les tribunaux suisses puissent s'occuper d'une affaire lorsqu'il semble inéquitable de procéder autrement, lors de la session du 12 septembre 2023, une nouvelle formulation des articles 87 et 88, alinéa 1, 2<sup>e</sup> phrase LDIP-rév a été proposée par le Conseil des États, laquelle n'utilise plus le mot « inaction », afin d'éviter que les justiciables doivent, pour que la compétence de l'État d'origine suisse soit donnée, prouver le cas échéant l'inaction des autorités des autres États étrangers possibles. Ainsi, aux termes des articles 87 et 88, alinéa 1, 2<sup>e</sup> phrase LDIP-rév, les autorités suisses pourront décliner leur compétence « si les autorités d'un État national étranger du défunt, de l'État de sa dernière résidence habituelle, ou encore, dans le cas de biens successoraux isolés, de l'État du lieu de situation s'occupent de la succession ». Cette proposition a été acceptée par le Conseil national, dans les délibérations du 6 décembre 2023<sup>1055</sup>.

## II.B.2.2. *L'autonomie de la volonté en matière de compétence*

### II.B.2.2.1. Dans la loi suisse de droit international privé

#### II.B.2.2.1.a. *La prorogation de for en faveur des autorités suisses*

La doctrine dominante<sup>1056</sup> considère qu'une élection de for au sens de l'article 5 LDIP est admissible, selon les modalités usuelles (cf. *supra*, n° 467 ss), puisque les litiges successoraux sont de nature patrimoniale. L'élection de for

807

<sup>1053</sup> FF 2020 3215, p. 3229.

<sup>1054</sup> BO 2022 E 1354.

<sup>1055</sup> BO 2023 N 2207. Nous soulignons cependant que le Conseiller national MAÎTRE a qualifié la nouvelle formulation de « problématique » d'un point de vue pratique, puisque celle-ci demande aux autorités judiciaires ou administratives suisses de décliner leur compétence alors qu'un certain nombre de démarches ont déjà été entreprises, BO 2023 N 2207.

<sup>1056</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, art. 86 LDIP N 3; ZK IPRG-KÜNZLE, art. 86 N 27; BSK IPRK-SCHNYDER/LIATOWITSCH/DORJEE-GOOD, art. 86 N 25.

doit en tout cas être admise lorsqu'elle est acceptée par toutes les personnes concernées par la procédure<sup>1057</sup>.

- 808 De plus, le droit suisse permet, dans certains cas, au disposant de procéder à une élection de for. Un tel choix unilatéral du tribunal compétent par le *de cuius* n'est actuellement possible que dans le cas prévu à l'article 87, alinéa 2 LDIP, en vertu duquel un Suisse avec dernier domicile à l'étranger peut soumettre sa succession ou la partie de celle-ci se trouvant en Suisse à la compétence des autorités suisses. Contrairement au for d'origine de l'article 87, alinéa 1 LDIP, la compétence des autorités suisses n'est pas subsidiaire, car elle ne dépend pas de l'inactivité des autorités étrangères.
- 809 L'élection de for peut être directe ou indirecte. Elle est directe lorsque le défunt soumet sa succession à la compétence des autorités helvétiques. Elle est indirecte si le défunt a procédé à une *professio juris* en faveur du droit suisse. Il s'agit d'une présomption irréfragable selon laquelle le défunt a également voulu fonder la compétence des autorités suisses en choisissant de soumettre sa succession au droit suisse<sup>1058</sup>.
- 810 Dans le cadre de la révision du chapitre 6 LDIP, sur la base du nouvel article 87, alinéa 2 LDIP-rév, le disposant pourra à l'avenir formuler une « réserve quant à la compétence ». Il pourra ainsi décider de soumettre sa succession au droit suisse tout en excluant la compétence des autorités suisses. Autrement dit, la présomption irréfragable prévue par le droit actuel sera remplacée par une présomption qui peut être renversée par une clause d'*opt-out*. L'élection de droit au sens de l'article 91, alinéa 2 LDIP-rév impliquera dès lors une élection de for des autorités du lieu d'origine suisse du défunt uniquement si le testament ou le pacte successoral ne prévoit pas autre chose<sup>1059</sup>. Partant, si le *de cuius* de nationalité suisse, qui avait sa dernière résidence habituelle dans un État soumis au règlement sur les successions, s'est limité à procéder à une *professio juris* en faveur du droit suisse sans réserver la compétence des autorités de l'État de son domicile, le conflit de compétence subsiste<sup>1060</sup>. Celui-ci subsiste évidemment aussi lorsque le défunt a simplement soumis la succession à la compétence des autorités de son lieu d'origine.
- 811 Aux termes de la loi de révision, un ressortissant suisse ayant eu son dernier domicile à l'étranger pourra même procéder à une prorogation de for en faveur des autorités helvétiques en application de l'article 87, alinéa 2 LDIP-rév et

---

<sup>1057</sup> BSK IPRG- SCHNYDER/ LIATOWITSCH/ DORJEE-GOOD, art. 86 N 25.

<sup>1058</sup> HEINZMANN (2023), p. 172.

<sup>1059</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>1060</sup> *Ibid.*

prévoir une réserve en faveur de l'État de situation de l'immeuble en vertu de l'article 88b, alinéa 2 LDIP-rév<sup>1061</sup>.

### II.B.2.2.1.b. *La prorogation de for en faveur des autorités étrangères*

Alors que le droit actuel permet déjà aux ressortissants suisses de procéder à une élection de for en Suisse, la LDIP ne contient aucune disposition comparable pour les personnes de nationalité étrangère domiciliées en Suisse qui souhaiteraient soumettre leur succession aux autorités de leur État d'origine. Bien que la doctrine majoritaire plaide, du moins à certaines conditions, pour une application analogique de l'article 87, alinéa 2 LDIP dans cette situation<sup>1062</sup>, il n'en demeure pas moins qu'une insécurité juridique existe à cet égard. 812

Pour des raisons d'égalité de traitement et dans le but de faciliter la coordination avec le règlement en évitant les conflits positifs qui peuvent se présenter en application de l'article 10, le Conseil fédéral avait proposé d'introduire l'article 88b P-LDIP, avec la note marginale « 3b. Dérogation à la compétence suisse ». Le législateur suisse a décidé de suivre l'avis du Conseil fédéral. 813

Dès lors, se fondant sur l'article 88b, alinéa 1 LDIP-rév, une personne peut soumettre, par testament ou par pacte successoral, la totalité ou une partie de sa succession à la compétence d'un État national étranger. Dans un tel cas, la compétence au sens des articles 86 à 88 LDIP est exclue, à moins que les autorités de l'État choisi ne s'occupent pas de la succession. L'article 88b, alinéa 1 LDIP-rév ne prévoit pas de présomption en faveur des autorités de l'État étranger dont le disposant a élu le droit au sens de l'article 91, alinéa 1 LDIP-rév (cf. *infra*, n° 899) ; cette solution diffère de celle prévue à l'article 87, alinéa 2 LDIP-rév selon laquelle le choix du droit suisse comporte en principe une élection de for en faveur des autorités suisses<sup>1063</sup>. Ainsi, si un étranger domicilié en Suisse choisit de soumettre sa succession au droit de sa nationalité, les autorités suisses restent compétentes. Le Conseil fédéral voulait écarter le risque que les autorités de cet État n'appliquent pas le droit choisi par le défunt<sup>1064</sup>. Relevons encore que la prorogation en faveur des autorités étrangères sera également possible pour les ressortissants suisses ayant une ou plu- 814

<sup>1061</sup> FF 2020 3215, p. 3234.

<sup>1062</sup> ZK IPRG-KÜNZLE, art. 87 N 30 ; BSK IPRG-SCHNYDER/ LIATOWITSCH/ DORJEE-GOOD, art. 87 N 17. Pour une opinion contraire, voir CR LDIP/CL-BUCHER, art. 86 LDIP N 3.

<sup>1063</sup> HEINZMANN (2023), p. 174.

<sup>1064</sup> FF 2020 3215, p. 3232.

sieurs autres nationalités, contrairement à la situation actuelle en matière d'élection de droit selon l'article 90, alinéa 2 LDIP.

- 815 Contrairement à l'avant-projet, déjà le projet et, après, la loi de révision ne prévoient pas de règle selon laquelle une prorogation de for en faveur des autorités étrangères entraînerait de plein droit une *professio juris* en faveur du droit national : cela nous semble justifié au vu du fait que, si les autorités de cet État s'estiment compétentes, ce n'est pas à la Suisse de désigner le droit qu'elles doivent appliquer.
- 816 Il convient de relever que, lors de la session du 15 décembre 2022, le Conseil des États avait proposé de biffer l'article 88b, alinéa 1 P-LDIP<sup>1065</sup>. Cette proposition était particulièrement regrettable car elle aurait constitué un pas en arrière par rapport au droit actuel, dans la mesure où la doctrine majoritaire considère aujourd'hui déjà que les ressortissants étrangers domiciliés en Suisse devraient pouvoir procéder à une election de for en faveur des autorités de leur État d'origine grâce à une application par analogie de l'article 87, alinéa 2 LDIP. Dans la session du 16 mars 2023, le Conseil national a maintenu son soutien au projet du Conseil fédéral<sup>1066</sup>. Finalement, le Conseil des États s'est rallié à la position du Conseil national dans la session du 12 septembre 2023<sup>1067</sup>.
- 817 De surcroît, sur la base de l'article 88b, alinéa 2 LDIP-rév, le disposant pourra, quelle que soit sa nationalité, soumettre par testament ou par pacte successoral un immeuble situé à l'étranger à la compétence des autorités de l'État de situation de l'immeuble. Dans ce cas, la compétence des autorités suisses selon les articles 86 à 88 LDIP est exclue si les autorités étrangères s'occupent de la succession de l'immeuble. Cette règle complète l'article 86, alinéa 2 LDIP pour le cas où l'État du lieu de situation de l'immeuble ne revendique pas une compétence exclusive.
- 818 Tel est le cas si le défunt, qui avait son dernier domicile en Suisse, était propriétaire d'un immeuble dans un des États liés par le règlement successions, mais que les conditions posées par l'article 10, paragraphe 1 du règlement n° 650/2012 ne sont pas remplies, car selon l'article 10, paragraphe 2, les juridictions de cet État sont néanmoins compétentes pour statuer sur l'immeuble en question<sup>1068</sup>. Dans une telle situation, il sera sans doute judicieux de faire

---

<sup>1065</sup> BO 2022 E 1358.

<sup>1066</sup> BO 2023 N 581.

<sup>1067</sup> BO 2023 E 704.

<sup>1068</sup> HEINZMANN (2023), p. 175.

usage à l'avenir de l'article 88b, alinéa 2 LDIP-rév pour écarter le risque d'un conflit positif de compétence<sup>1069</sup>.

#### II.B.2.2.2. Dans le règlement européen n° 650/2012

Avant l'entrée en vigueur du règlement européen, les systèmes nationaux de droit international privé fondaient la compétence en matière successorale sur divers critères, tels que la nationalité ou le dernier domicile du *de cuius*, le lieu de situation des biens successoraux ou d'une partie de ces derniers, la nationalité ou le domicile des parties au procès, notamment les héritiers. Dans ce contexte, comme nous l'avons déjà relevé, la grande majorité des systèmes nationaux n'admettait pas une élection de for unilatérale de la part du *de cuius*<sup>1070</sup>. 819

Cette solution se retrouve aujourd'hui dans le texte européen, qui, comme nous le verrons dans les paragraphes suivants, ne permet l'élection de for que de manière très limitée et ne permet toujours pas au *de cuius* de procéder à une élection de for unilatérale. 820

##### II.B.2.2.2.a. L'élection de for par les parties à la procédure

Lorsque le *de cuius* a désigné la loi d'un État membre comme applicable à la succession par le biais d'un choix de loi en vertu de l'article 22, les parties concernées peuvent convenir que la ou les juridictions de l'État dont la loi a été choisie auront une compétence exclusive pour statuer sur l'ensemble de la succession. Au vu du fait que, comme nous le verrons par la suite (cf. *infra*, n° 916), le choix de loi ne peut porter que sur la loi de l'État national du *de cuius*, l'élection de for ne peut profiter qu'aux juridictions de cet État<sup>1071</sup>. 821

En l'absence de choix de la loi applicable, les compétences prévues par le règlement sont impératives<sup>1072</sup>. Nous soulignons que cette solution est moins favorable à l'autonomie des parties que celles prévues dans certains systèmes nationaux, tel que, par exemple, le droit suisse (cf. *supra*, n° 807 ss). 822

L'on peut donc dire que, dans le cadre du règlement n° 650/2012, le rôle de l'autonomie des parties en ce qui concerne l'attribution de la compétence est 823

<sup>1069</sup> *Ibid.*

<sup>1070</sup> Celle-ci est d'ailleurs la solution qui a également été adoptée par le législateur européen dans le règlement sur les successions (cf. *infra*, n° 826 ss).

<sup>1071</sup> Successions-BONOMI, art. 5 N 1.

<sup>1072</sup> *Ibid.*, art. 5 N 3.

conçu comme étant strictement complémentaire du rôle qui lui a été accordé en ce qui concerne le choix de la loi applicable<sup>1073</sup>. Il est clair que le but du législateur européen était d'essayer d'atteindre une conformité entre *ius* et *forum*, en évitant que les juridictions de l'État de la dernière résidence habituelle du défunt ne doivent appliquer la loi étrangère désignée par le *de cuius*<sup>1074</sup>. Dans ce cadre, en effet, la fonction principale d'une élection de for par les parties concernées consiste à rétablir un parallélisme entre la compétence et la loi applicable, mis à mal par le choix de la part du *de cuius* de sa loi nationale<sup>1075</sup>. Cet objectif est également mis en exergue aux considérants 27 et 28 ; après avoir souligné que les dispositions du règlement « sont conçues pour assurer que l'autorité chargée de la succession en vienne, dans la plupart des cas, à appliquer son droit national », ces considérants présentent l'élection de for comme l'un des « mécanismes » prévus, en cas de choix de loi, afin de faire coïncider la compétence et la loi applicable.

- 824 En vertu de l'article 5, l'élection de for n'est possible qu'en faveur des juridictions d'un autre État lié par le règlement. La prorogation de la compétence des autorités d'un État tiers n'est pas réglée par le règlement, alors que le choix de la loi d'un tel État est possible en vertu de l'article 22 ; ce dernier choix est sans conséquence sur la compétence judiciaire<sup>1076</sup>.
- 825 Malgré le silence du règlement, on peut se demander si une élection de for en faveur des juridictions d'un État tiers est possible en vertu des règles nationales en vigueur dans les États membres. La réponse est probablement négative pour deux raisons<sup>1077</sup>. D'une part, l'élection de for en faveur des juridictions d'un autre État lié par le règlement est permise de manière très prudente à l'article 5 ; l'application des règles nationales pourrait conduire à admettre l'élection de for en faveur des juridictions d'un État tiers de manière plus « libérale », ce qui ne serait pas très cohérent avec le système du règlement<sup>1078</sup>.

---

<sup>1073</sup> Succession Regulation-MARONGIU BUONAIUTI, art. 5 N 1.

<sup>1074</sup> Successions-BONOMI, art. 5 N 5.

<sup>1075</sup> Succession Regulation-MARONGIU BUONAIUTI, art. 5 N 1. L'importance de ce principe a été souligné à plusieurs reprises par la CJUE dans sa jurisprudence, voir CJUE, *Oberle*, C-20/17, paragr. 50 et 52, où cet objectif a été évoqué pour justifier l'exclusion des règles de compétence de source interne en ce qui concerne l'émission de certificats successoraux nationaux ; CJUE, *RK*, C-422/20, paragr. 54 ss, où cet objectif a été mis en exergue afin d'admettre l'applicabilité des art. 6, let. a, et 7, let. a, dans le cas où le choix de la loi applicable à la succession est présumé en application de l'art. 83, paragr. 4. Voir aussi CJUE, *V A*, C-645/20, paragr. 44 et 45, où la Cour a souligné cet objectif, mais a rappelé qu'il ne s'agit pas d'un principe absolu.

<sup>1076</sup> Successions-BONOMI, art. 5 N 4.

<sup>1077</sup> *Ibid.*

<sup>1078</sup> *Ibid.*

D'autre part, les règles de compétence du règlement sur les successions ont un caractère exhaustif, ne laissant aucune place aux règles de droit commun des États membres ; il n'y a donc aucune raison de croire que cette « exhaustivité » du régime européen de la compétence ne s'applique pas aux élections de for<sup>1079</sup>.

#### II.B.2.2.2.b. *L'impossibilité d'une élection de for de la part du futur de cujus*

En dehors de l'hypothèse de l'article 5, le règlement ne permet pas d'élection de for. Notamment, contrairement à la loi suisse de droit international privé, le règlement sur les successions n'admet pas une élection de for unilatérale de la part du futur *de cujus*, contrairement à certains systèmes nationaux<sup>1080</sup>. 826

Certains auteurs ont salué la position adoptée par le législateur européen, estimant que le fait d'accorder au défunt la possibilité de déterminer la juridiction devant laquelle les litiges nés de sa succession devraient être portés n'aurait pas été acceptable. Selon ces auteurs, les litiges successoraux n'étant par nature susceptibles de naître qu'après le décès du disposant, laisser à ce dernier le soin de déterminer le lieu où devront être tranchés les litiges ultérieurs nés entre d'autres parties, imposerait une restriction injustifiée au droit de décider des parties elles-mêmes et irait à l'encontre de leurs attentes raisonnables de pouvoir plaider devant les tribunaux ordinairement compétents<sup>1081</sup>. 827

Une autre partie de la doctrine, en revanche, préconise la possibilité pour le disposant de procéder à un choix du tribunal compétent pour les éventuels litiges après l'ouverture de sa succession<sup>1082</sup>, ce qui augmenterait de manière significative le degré de prévisibilité du droit pour toutes les parties impliquées. 828

#### II.B.2.2.2.c. *Les modalités et conditions de l'élection de for*

Dans le système du règlement, l'accord d'élection de for suppose un choix de la loi applicable. Les auteurs de ces actes sont cependant différents. Le choix de loi est l'œuvre du *de cujus*, et ne peut porter que sur la loi de l'un des États 829

<sup>1079</sup> *Ibid.*

<sup>1080</sup> C'est notamment le cas du droit suisse, qui permet une telle élection de for à son art. 87, al. 2 LDIP.

<sup>1081</sup> Succession Regulation-MARONGIU BUONAIUTI, art. 5 N 3.

<sup>1082</sup> MAGNUS (2013), p. 396-397.

dont il a la nationalité ; il peut être faite dans une déclaration expresse revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulter des termes d'une telle disposition (art. 22, paragr. 2).

- 830 En revanche, l'élection de for naît de l'accord des parties concernées par la succession ; elle ne résulte pas d'une disposition à cause de mort, mais d'une convention<sup>1083</sup>. Compte tenu de la raison d'être de l'article 5, l'élection de for ne peut pas s'appuyer sur le choix partiel de la loi applicable à la recevabilité et à la validité au fond d'une disposition à cause de mort, prévu aux articles 24, paragraphe 2, et 25, paragraphe 3. En revanche, dans les cas de droit transitoires régis par l'article 83, paragraphe 2, du règlement, une élection de for devrait pouvoir se fonder sur un choix de la loi applicable à l'ensemble de la succession, effectué en conformité à la loi d'un État membre.
- 831 Une partie de la doctrine a critiqué la solution adoptée par le législateur européen en matière d'élection de for, notamment le fait que la possibilité pour les parties concernées de conclure un accord sur la compétence soit liée à un choix de loi préalablement fait par le disposant<sup>1084</sup>, estimant notamment qu'il serait parfois judicieux de favoriser la proximité linguistique, juridique ou culturelle entre les parties et le tribunal. Il convient également de signaler que la détermination des « parties concernées » n'est pas toujours aisée. Comme précisé au considérant 28 du règlement, elle dépend de la raison d'être de l'accord d'élection de for conclu et donc des procédures couvertes par celui-ci. Or, dans de nombreuses procédures relatives au règlement de la succession, les héritiers sont considérés par la loi applicable à la succession comme des conjoints nécessaires ; si tel est le cas, la participation des conjoints nécessaires à l'accord est une condition de validité de celui-ci<sup>1085</sup>. Dès lors, si en cours de procédure l'on découvre un héritier dont l'existence était jusque-là inconnue, l'accord d'élection de for ne produit pas d'effet à son encontre ; sous réserve d'une acceptation expresse ou tacite de compétence, la juridiction élue ne pourra pas statuer sur la succession<sup>1086</sup>. En dehors des cas de conjoints nécessaires, il semble que seul l'accord des parties à la procédure soit exigé ; il peut s'agir d'héritiers, mais également de légataires ou d'autres bénéficiaires d'une disposition à cause de mort ou entre vifs, de réservataires ou d'autres proches du défunt, ou encore de l'exécuteur testamentaire<sup>1087</sup>. Ainsi, lorsque l'élection de for porte sur une action en délivrance d'un legs se trouvant en possession

---

<sup>1083</sup> Successions-BONOMI, art. 5 N 7.

<sup>1084</sup> MAGNUS (2013), p. 394.

<sup>1085</sup> Successions-BONOMI, art. 5 N 9.

<sup>1086</sup> Succession Regulation-MARONGIU BUONAIUTI, art. 9 N 2.

<sup>1087</sup> Successions-BONOMI, art. 5 N 9.



d'un héritier, seul l'accord du légataire et de l'héritier concerné est exigé ; lorsqu'elle concerne l'action en réduction d'une libéralité, l'accord de l'héritier réservataire et du gratifié est suffisant<sup>1088</sup>.

### II.B.3. Les règles en matière de droit applicable

#### II.B.3.1. *Les rattachements objectifs*

##### II.B.3.1.1. La loi applicable à l'ensemble de la succession

###### II.B.3.1.1.a. *Le rattachement à la dernière résidence habituelle ou dernier domicile*

De manière générale, nous pouvons affirmer que les principes d'unité et prévisibilité de la loi applicable à la succession font partie des principes communs sur lesquels se basent tant le système mis en place par le règlement européen sur les successions<sup>1089</sup> que celui de la loi helvétique de droit international privé. 832

Sur la base du règlement européen, la succession est régie par la loi de l'État dans lequel le défunt avait sa dernière résidence habituelle (art. 21, paragr. 1, r. 650/2012). Il en va de même dans la LDIP, qui, pour le cas d'une personne domiciliée en Suisse, affirme, à son article 90, alinéa 1, le principe selon lequel « la succession d'une personne qui avait son dernier domicile en Suisse est régie par le droit suisse ». En revanche, lorsque le défunt avait son dernier domicile à l'étranger, sa succession sera régie par le droit désigné par les règles de droit international privé de l'État du dernier domicile (art. 91, al. 1 LDIP). En suivant une approche unitaire, en principe le droit applicable à la succession régit l'ensemble de celle-ci, indépendamment de la nature des biens de la succession ou de leur localisation<sup>1090</sup>. 833

Contrairement au domicile, la notion de résidence habituelle employée dans le règlement se prête plus facilement à une interprétation uniforme, essentielle 834

---

<sup>1088</sup> *Ibid.*

<sup>1089</sup> CJUE, *Kubicka*, C-218/16, paragr. 43 ss, 55, 57 ; CJUE, *Oberle*, C-20/17, paragr. 37, 54 à 58 ; CJUE, *E.E.*, C-80/19, paragr. 41 ; CJUE, *UM*, C-277/20, paragr. 33 ; CJUE, *V A*, C-645/20, paragr. 37 ss.

<sup>1090</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 90 N 2.

pour l'application des textes européens<sup>1091</sup>. Mis à part les quelques différences concernant la détermination du domicile plutôt que de la résidence habituelle, le critère de rattachement utilisé dans le règlement et dans la LDIP présente des avantages considérables en matière successorale. Le premier est évidemment celui de la proximité, parce que ce rattachement conduit très souvent à l'application de la loi d'un État qui entretient des liens réels et significatifs avec la succession<sup>1092</sup>. De plus, cette loi coïncidera aussi avec la loi de l'État chargé de l'ouverture de la succession (art. 4 r. 650/2012 ; art. 86, al. 1 LDIP)<sup>1093</sup>, évitant ainsi toute difficulté liée à l'application d'un droit étranger<sup>1094</sup>.

835 Comme nous l'avons mentionné, dans le cadre de la LDIP, l'article 91 détermine la loi applicable à la succession lorsque le défunt avait son dernier domicile l'étranger. Dans cette hypothèse, l'article 91, alinéa 1 LDIP prévoit que la succession est régie par le droit désigné par les règles de droit international privé de l'État du dernier domicile.

836 Cet alinéa, bien qu'il soit formulé comme une règle de principe, n'a en réalité qu'un domaine d'application très restreint, du moment que, en cas de domicile du défunt à l'étranger, les autorités suisses ne sont généralement pas compétentes. De plus, il convient de souligner que, dans le cadre de la compétence subsidiaire des autorités suisses découlant de l'article 87, al. 1<sup>er</sup> ou 2 LDIP, le droit suisse est normalement applicable aux termes de l'article 91, alinéa 2 LDIP. Dès lors, l'hypothèse principale d'application de l'article 91, alinéa 1 LDIP est celle prévue à l'article 88 LDIP, en vertu duquel les autorités suisses sont compétentes, à titre subsidiaire, pour les biens successoraux laissés en Suisse par un défunt étranger domicilié à l'étranger, dans la mesure où les autorités étrangères ne s'en occupent pas. Dans ce cas, nonobstant la présence de biens en Suisse, le législateur a considéré que les liens avec la Suisse n'étaient pas suffisamment étroits pour justifier l'application du droit suisse et a donc opté pour l'application de la loi désignée par les règles de conflit de l'État du dernier domicile<sup>1095</sup>.

---

<sup>1091</sup> Successions-BONOMI, art. 21 N 6.

<sup>1092</sup> Succession Regulation-CALVO CARAVACA, art. 21 N 2.

<sup>1093</sup> CJUE, *E.E.*, C-80/19, paragr. 75.

<sup>1094</sup> CJUE, *Oberle*, C-20/17, paragr. 50 et 52 ; CJUE, *RK*, C-422/20, paragr. 54 ss ; CJUE, *V A*, C-645/20, paragr. 44 et 45.

<sup>1095</sup> Cette problématique se pose typiquement dans le cas de succession ouverte dans un État de *common law* qui comprend un ou plusieurs immeubles en Suisse. Les autorités étrangères se considèrent souvent incompétentes ou restent inactives, ce qui crée un for subsidiaire au sens de l'art. 88 LDIP. En revanche, ces questions ne se poseront généralement pas dans les relations avec les États liés par le règlement européen. En effet, lorsque le *de cuius* n'a pas

En dehors de ces hypothèses, l'article 91, alinéa 1 LDIP est également pertinent du point de vue des autorités étrangères, notamment celles de l'État du dernier domicile, lorsque celles-ci doivent, en vertu de leurs règles de droit international privé, appliquer le droit suisse tout en tenant compte d'un éventuel renvoi résultant de celui-ci. Le mécanisme prévu à l'article 91, alinéa 1 LDIP ne pose aucune difficulté lorsque les règles de conflit de l'État étranger soumettent la succession à l'application de la loi interne de l'État du dernier domicile. En revanche, la situation se complique lorsque le droit du dernier domicile renvoie au droit suisse, tout en tenant compte, à son tour, des règles suisses de droit international privé, à savoir l'article 91, alinéa 1 LDIP. La loi de révision clarifie le fonctionnement de cette disposition, en précisant que si les règles de droit international privé de l'État du dernier domicile « renvoient au droit international privé suisse, le droit matériel de l'État du dernier domicile du défunt est applicable » (art. 90, al. 2, 2<sup>ème</sup> phrase LDIP-rév). Bien que cette solution ait sans doute le mérite de mieux assurer la sécurité du droit, certains auteurs ne trouvent pas cette solution entièrement satisfaisante<sup>1096</sup>.

837

### II.B.3.1.1.b. *Les exceptions et dérogations*

Le rattachement au domicile ou à la résidence habituelle présente également quelques inconvénients. En particulier, la facilité avec laquelle une personne peut changer son domicile et/ou sa résidence rend ce critère de rattachement particulièrement instable, un inconvénient qui pourrait avoir des impacts négatifs au niveau de la planification successorale<sup>1097</sup>. Pour apporter une solution dans les cas où le rattachement à la loi de la dernière résidence habituelle devait conduire à des résultats surprenants, il existe une possibilité de s'éloigner du rattachement en faveur de la résidence habituelle<sup>1098</sup>.

838

Sur la base du deuxième paragraphe de l'article 21 du règlement sur les successions, le rattachement à la résidence habituelle peut être écarté lorsque le *de cuius* avait des liens « manifestement plus étroits » avec un autre pays. En Suisse, une clause d'exception est prévue dans la partie générale de la loi sur

839

---

de domicile en Suisse mais a sa résidence habituelle dans un État lié par le règlement, les autorités de cet État seront généralement compétentes (art. 4 r. 650/2012) et appliqueront leur loi interne (art. 21, paragr. 1 r. 650/2012) : l'art. 91, al. 1 LDIP ne sera donc pas applicable. Voir BONOMI, La révision (2019), p. 239-240.

<sup>1096</sup> Voir, par exemple, *Ibid.*, p. 241.

<sup>1097</sup> Successions-BONOMI, art. 21 N 14.

<sup>1098</sup> Succession Regulation-CALVO CARAVACA, art. 21 N 11.

le droit international privé, plus précisément à l'article 15, mais cette disposition n'a jamais été appliquée, jusqu'à présent, en matière de successions.

- 840 Le désavantage principal de la clause d'exception réside dans sa formulation floue, qui ouvre la porte à des possibles insécurités juridiques, ce qui risque d'aller à l'encontre du but de prévisibilité de la loi applicable que l'on cherchait à garantir en premier lieu<sup>1099</sup>.
- 841 Nous soulignons que la LDIP suisse connaît également une autre dérogation au principe du dernier domicile. À son article 86, alinéa 2, la LDIP prévoit que les autorités suisses sont incompétentes pour connaître d'une succession immobilière ouverte à l'étranger, pour autant que l'État concerné revendique une compétence exclusive. Dans ce cas, en dérogation au principe d'unité de la loi applicable, la succession sur les immeubles concernés sera alors généralement régie par la loi de leur lieu de situation et non pas par le droit suisse, ce qui donne lieu à une scission de la succession<sup>1100</sup>.

#### *II.B.3.1.1.c. Le risque de scission*

- 842 Comme nous l'avons vu, en vertu des principes d'unité et d'universalité de la succession consacrés tant dans la LDIP que dans le règlement européen, la succession d'une personne est réglée selon le droit de l'État du dernier domicile ou de la dernière résidence habituelle, et ce pour l'ensemble de son patrimoine.
- 843 Cependant, la présence d'un élément d'extranéité peut parfois conduire à la mise en échec de ces principes cardinaux du droit successoral. En effet, dans une succession internationale et en fonction du cas d'espèce, la formulation même des textes de droit international privé, ainsi que leur articulation avec d'autres législations étrangères de droit international privé, conduisent à un concours d'autorités compétentes et de droits applicables pour le règlement de la succession d'une seule et même personne.
- 844 Ainsi, nous nous trouvons dans un cas de scission lorsque plusieurs lois successorales interviennent simultanément selon la nature et le lieu de situation des biens concernés<sup>1101</sup>. Ce type de scission est souvent qualifiée de « maté-

---

<sup>1099</sup> *Ibid.*, art. 21 N 12.

<sup>1100</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 90 N 3. Néanmoins, nous soulignons le fait que, bien que les autorités suisses n'aient pas de compétence sur ces immeubles sis à l'étranger, pour des questions d'équité, elles tiendront compte de leur existence au stade de la dévolution successorale.

<sup>1101</sup> GAILLARD (2022), paragr. 499.

rielle », et peut être classifiée en scission de fait, volontaire ou légale selon ses déclinaisons<sup>1102</sup>. Au contraire, lorsque différents aspects de la succession sont régis par des lois distinctes, l'on se trouvera face à la scission dite « fonctionnelle », laquelle soulève notamment des problèmes d'adaptation et qualification<sup>1103</sup>.

Dans les paragraphes suivants, nous nous concentrerons sur l'analyse des différentes formes de scission matérielle. 845

#### II.B.3.1.1.c.i. La scission de fait

La scission de fait intervient lorsque l'un des États impliqués dans le règlement de la succession ne respecte pas ou ne tient pas compte des règles de conflit de lois d'un autre État impliqué dans la succession en appliquant unilatéralement le droit désigné par ses propres règles de conflit de lois<sup>1104</sup>. 846

Une scission de fait se produit lorsque, par exemple<sup>1105</sup>, un citoyen liechtensteinois, domicilié en Suisse, décède en laissant une partie de son patrimoine en Suisse et l'autre partie au Liechtenstein. Les autorités suisses du dernier domicile sont compétentes pour le règlement de l'ensemble de la succession (art. 86, al. 1 LDIP). Les autorités liechtensteinoises sont également compétentes pour le règlement de l'ensemble de la succession, à l'exception des immeubles situés à l'étranger (art. 55 JN<sup>1106</sup>). 847

848

---

<sup>1102</sup> LEUPIN, La scission (2019), p. 206.

<sup>1103</sup> La scission fonctionnelle se produit lorsque la définition de l'institution juridique ne répond pas aux mêmes critères selon les différentes lois régissant la succession. Ces cas de scissions se réalisent le plus souvent en présence d'une scission de fait, lorsqu'une masse est soumise à des lois différentes prétendant les régir en tout ou partie, parce que la matière successorale n'est pas définie de la même manière dans chaque loi applicable, notamment lorsque la législation d'un ressort de *common law* et son système d'administration de la succession sont concernés. Une scission de ce type est, par exemple, celle existant pour le trust à cause de mort, où il faut dissocier, en droit international privé suisse, ce qui relève du chapitre successoral (art. 90 ss LDIP) de ce qui relève de la loi applicable au trust (art. 149c LDIP). De manière similaire à ce qui se produit en droit européen, le chapitre du trust prend le pas sur le droit successoral matériel, dans les limites de l'art. 15 CLaH Trust (Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, RS 0.221.371) ; cependant, l'art. 92, al. 2 LDIP doit régir les questions de dévolution par l'intermédiaire du trustee. Voir PIOTET, Scissions (2019), p. 197.

<sup>1104</sup> LEUPIN, La scission (2019), p. 208.

<sup>1105</sup> Cet exemple est tiré de LEUPIN, Les effets (2011), p. 154.

<sup>1106</sup> « *Jurisdiktionsnorm* » du 10 décembre 1912.

Selon les règles de conflits suisses, le droit successoral suisse est applicable à l'ensemble de la succession (art. 90, al. 1 LDIP). Le droit international privé liechtensteinois soumet la succession d'une personne à son droit national (art. 29, al. 1 IPRG<sup>1107</sup>), à savoir dans le cas d'espèce, le droit liechtensteinois.

849 Un tel cas de figure provoque donc un conflit positif de compétences, ainsi qu'un conflit positif de lois. Dès lors, dans la mesure où les autorités compétentes disposent toutes deux de biens placés sous leur puissance, chaque autorité va appliquer son droit national aux biens situés dans son État, avec pour principale conséquence une scission de fait.

#### II.B.3.1.1.c.ii. La scission légale

850 Lorsque la scission est provoquée par les règles de conflits d'un État partie dans la succession, il convient de parler de scission légale. La scission découle dès lors d'une disposition légale qui rompt l'universalité potentielle de la succession<sup>1108</sup>.

851 La source de la scission légale peut tout d'abord découler du choix de respecter les règles de conflit étrangères<sup>1109</sup>. Dans la LDIP, l'article 86, alinéa 2 reconnaît une scission légale lorsqu'un immeuble fait l'objet d'une revendication de compétence exclusive de la part de l'État du lieu de situation. Cette revendication de compétence a également un effet sur le droit applicable, car si l'État étranger revendique sa compétence exclusive à l'égard d'un immeuble sis sur son territoire, il va également appliquer sa propre législation à l'égard de ce dernier, à titre de *lex rei sitae*<sup>1110</sup>, avec la conséquence que les biens seront scindés en deux ou plusieurs masses.

852 Dans le règlement européen, un cas de scission peut se produire par effet du renvoi (art. 34). En effet, lorsque les juridictions sont compétentes pour l'ensemble de la succession sur la base de l'article 10, paragraphe 1, la loi applicable sera généralement celle de la dernière résidence habituelle du défunt (art. 21, paragr. 1), soit, en l'espèce, celle d'un État tiers. Dans ce cas, l'admission du renvoi aux termes de l'article 34 peut conduire à une scission lorsque les règles de conflit de la loi désignée par le règlement adoptent une approche dualiste, soumettant la succession à deux ou plusieurs lois distinctes.

853

---

<sup>1107</sup> « Gesetz über das internationale Privatrecht » du 19 septembre 1996.

<sup>1108</sup> LEUPIN, La scission (2019), p. 210.

<sup>1109</sup> *Ibid.*

<sup>1110</sup> GAILLARD (2022), paragr. 565.

La scission légale peut également découler des limites à la compétence des juridictions résultant des textes de droit international privé. En droit suisse, l'article 91, alinéa 2 LDIP (art. 90, al. 2 LDIP-rév) précise que, dans la mesure où les autorités suisses sont compétentes en vertu de l'article 87 LDIP, elles appliquent le droit suisse. Dans le cas où les autorités étrangères ne s'occupent que d'une partie des biens de la succession, l'article 91, alinéa 2 LDIP donne lieu à un cas de scission, car il prévoit l'application du droit suisse lorsque les autorités suisses sont compétentes en vertu de l'article 87 LDIP et ce, indépendamment de la solution consacrée par les règles de conflits étrangères.

À défaut des liens de résidence ou de nationalité exigés par les articles 4 et 10, paragraphe 1, le règlement européen renonce, lorsque le défunt résidait habituellement dans un État tiers, à prévoir une compétence générale et limite l'emprise de chaque État membre aux seuls biens situés sur son territoire (art. 10, paragr. 2). De plus, même lorsqu'elles ont une compétence en principe générale, les autorités saisies en vertu du règlement peuvent décider, à la demande d'une des parties et sur la base d'une appréciation discrétionnaire, de s'abstenir de statuer sur les biens situés dans un État tiers, lorsque l'on peut s'attendre à ce que leur décision ne sera pas reconnue dans cet État (art. 12). Dans toutes ces hypothèses, les décisions rendues dans un État membre ne porteront que sur une partie des biens de la succession, ce qui revient à accepter la scission de celle-ci. Dans ces cas, en effet, les biens situés dans un État tiers sont régis par la loi désignée par les règles de conflit de cet État, qui ne coïncide pas nécessairement avec celle désignée par le règlement.

854

### II.B.3.1.1.c.iii. La scission volontaire

En vertu de l'article 87, alinéa 2 LDIP et de l'article 91, alinéa 2 LDIP (art. 91, al. 3 LDIP-rév), un citoyen suisse, domicilié à l'étranger peut : (a) soumettre au droit suisse l'ensemble de sa succession ou les biens se trouvant en Suisse, (b) soumettre au droit de son dernier domicile l'ensemble de sa succession, ou (c) soumettre au droit suisse uniquement la partie de sa succession se trouvant en Suisse, le droit de son dernier domicile régissant le sort du reste de ses biens. Lorsqu'il fait usage de l'un des deux dernières facultés exposées ci-dessus, le disposant peut dès lors expressément prévoir de soumettre sa succession à plusieurs droits applicables, ouvrant ainsi la voie à la coexistence de plusieurs masses successorales distinctes<sup>1111</sup>.

855

856

<sup>1111</sup> LEUPIN, La scission (2019), p. 212.

La scission est qualifiée de volontaire puisqu'elle est le fruit de la volonté du défunt, laquelle se base sur la disposition expresse de l'article 91, alinéa 2 LDIP. La *professio juris* partielle permet donc au disposant d'effectuer une scission volontaire de sa succession.

- 857 Il s'impose cependant de nuancer l'aspect volontaire de la scission selon que le défunt ait expressément opté pour le droit suisse uniquement ou pour le droit suisse et le droit de son dernier domicile. Dans le premier cas, soit lorsque le défunt s'est contenté d'opter pour le droit suisse pour les biens situés en Suisse, il s'agit de considérer que, plus qu'une volonté de scinder sa succession, le défunt souhaite au moins assurer l'application du droit suisse à ses biens en Suisse, le reste de ses biens étant alors soumis au droit désigné par les règles de conflit objectives de son État de dernier domicile<sup>1112</sup>. Dans ce cas, le défunt admet donc potentiellement la survenance d'une scission sans exprimer expressément son vœu. Dans le second cas, soit lorsque le défunt a opté tant pour le droit suisse pour ses biens situés en Suisse que pour le droit de l'État de son dernier domicile pour le reste de ses biens, la volonté de scinder la succession est alors manifeste<sup>1113</sup>.
- 858 Nous verrons par la suite qu'au contraire, l'article 22 du règlement n° 650/2012 exclut cette scission volontaire et ne permet pas d'effectuer un choix partiel qui serait limité à certains biens de la succession (cf. *infra*, n° 917). Par conséquent, le *de cuius* ne pourra pas soumettre des parties distinctes de sa succession à des lois différentes, ni désigner la loi applicable à une seule partie des biens de la succession.

#### II.B.3.1.1.c.iv. Conclusion

- 859 Au vu de ce qui précède, il convient d'admettre qu'en l'état actuel du droit, la majorité des cas de scission sont liés à une manifestation de volonté de la part du disposant<sup>1114</sup>. En effet, l'article 91, alinéa 2 LDIP induit l'application du droit suisse principalement lorsque le défunt a effectué une *professio fori* en

---

<sup>1112</sup> D'un point de vue suisse, si le droit international privé du dernier domicile renvoie au droit national du *de cuius*, il s'agit de ne prendre en compte que le droit matériel national et non les règles de droit international privé, faute pour lui de contenir une circonstance de rattachement renvoyant au droit matériel du dernier domicile. Or, généralement, le renvoi de l'art. 91, al. 1 LDIP est perçu à l'étranger comme englobant les règles de droit international privé suisses et aboutissant de ce fait au droit du dernier domicile. Voir *Ibid.*, p. 213.

<sup>1113</sup> *Ibid.*

<sup>1114</sup> *Ibid.*, p. 214.



faveur des autorités suisses ou une *professio juris* en faveur du droit suisse<sup>1115</sup>. La seule application du droit suisse en vertu de l'article 91, alinéa 2 LDIP indépendante de la volonté du défunt est celle qui découle de la compétence des autorités suisses basée sur l'article 87, alinéa 1 LDIP.

En l'absence de *professio juris* partielle, il faut présumer que la volonté du défunt est de soumettre sa succession à une seule et même législation et d'ainsi respecter le principe de l'universalité de la succession. Le droit suisse devrait dès lors pouvoir offrir une solution permettant d'assurer ce principe en matière de succession internationale, si telle est la volonté présumée du défunt<sup>1116</sup>. 860

En l'état actuel du droit, à défaut de pouvoir corriger, il y a lieu d'anticiper grâce à l'utilisation des outils de planification successorale internationale<sup>1117</sup>. Il peut se révéler compliqué de planifier une succession internationale dans le but d'éviter tout cas de scission de fait. En effet, celle-ci est la plus difficile à anticiper puisqu'elle se produit lorsque deux ou plusieurs États sont concernés et font fi des dispositions de droit international privé étrangères<sup>1118</sup>. Dès lors, ce type de scission se révèle au moment de l'ouverture de la succession. 861

En revanche, le praticien pourra plus aisément anticiper la réalisation d'un éventuel cas de scission légale, puisqu'elle découle d'une disposition légale ressortant d'une législation de droit international privé. En effet, conformément à la systématique du droit international privé, le praticien est, dans tous les cas, amené à consulter le droit international privé suisse et son équivalent étranger potentiellement applicable<sup>1119</sup>. Par conséquent, dans un esprit de planification, il pourra conseiller les parties quant aux éventuelles mesures nécessaires pour atteindre le résultat espéré. 862

Finalement, la scission volontaire est un instrument propre au droit suisse qui peut être utilisé pour chaque client de nationalité suisse domicilié à l'étranger. Le praticien devra alors s'inquiéter, entre autres, de l'éventuelle reconnaissance de la *professio juris*<sup>1120</sup>. 863

---

<sup>1115</sup> *Ibid.*, p. 215.

<sup>1116</sup> *Ibid.*

<sup>1117</sup> *Ibid.*, p. 217.

<sup>1118</sup> *Ibid.*

<sup>1119</sup> *Ibid.*

<sup>1120</sup> *Ibid.*

## II.B.3.1.2. La loi applicable aux dispositions pour cause de mort

### II.B.3.1.2.a. Dans la loi suisse de droit international privé

864 Dans la LDIP, le siège de la matière se trouve aux articles 93 à 95 LDIP. Ces dispositions fixent des règles particulières s'agissant des dispositions pour cause de mort, ce qui englobe les testaments, les pactes successoraux, ainsi que toute autre disposition réciproque pour cause de mort.

#### II.B.3.1.2.a.i. La loi applicable aux testaments

865 En guise d'introduction, il convient de rappeler qu'en droit actuel, la loi applicable à la succession régit la validité au fond, l'interprétation et les effets des dispositions testamentaires.

866 Quant à la forme, l'article 93 LDIP renvoie à la convention de La Haye de 1961, laquelle prévoit une série de rattachements alternatifs garantissant la validité de l'acte, qui correspondent à ceux prévus par le règlement européen. Celle-ci peut être examinée, alternativement, au regard de plusieurs lois telles que la loi de l'État où le *de cuius* a testé, sa loi nationale, la loi de l'État de son domicile ou de sa résidence habituelle, voire la loi de l'État dans lequel se trouve un immeuble si l'acte cause de mort le concerne (art. 93 LDIP). Ces rattachements peuvent être réalisés soit au moment de l'établissement du testament, soit au moment du décès. 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. La loi de révision, contrairement à ce qui était prévu dans l'avant-projet, maintient cette solution.

867 Au nom de la *favor testamenti*, la capacité de disposer à cause de mort relève de rattachements alternatifs définis au moment où la personne dispose à cause de mort : le droit de l'État de son domicile ou de sa résidence habituelle ou le droit de l'un de ses États nationaux. Il faut relever toutefois que les limitations de la forme des dispositions testamentaires fondées sur l'âge, la nationalité ou d'autres qualités personnelles du testateur relèvent de la loi applicable à la forme des dispositions testamentaires selon la convention de La Haye de 1961 (art. 5), ce qui élargit encore davantage le nombre de rattachements alternatifs<sup>1121</sup>. Mais les trois rattachements alternatifs prévus à l'article 94 LDIP de-

---

<sup>1121</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 94 N 1.

vraient permettre d'éviter en règle générale un conflit entre cette disposition et la convention<sup>1122</sup>.

Dans la loi de révision de la LDIP, l'article 94 LDIP-rév reste consacré au droit applicable aux testaments, comme le précise le nouveau titre marginal « Testaments », mais voit son champ d'application étendu : en effet, la disposition révisée régira la validité au fond, la révocabilité et l'interprétation d'un testament, ainsi que les effets déployés par ses dispositions<sup>1123</sup>. Ces aspects seront désormais régis par la « loi successorale hypothétique », à savoir par la loi qui aurait été applicable à la succession si le testateur était décédé au moment de l'établissement de l'acte cause de mort. La nouvelle mouture de l'art. 94 LDIP-rév vise, encore une fois, à adapter le droit suisse au règlement européen dans un but d'harmonisation du droit<sup>1124</sup>.

En l'absence de *professio juris*, la loi successorale hypothétique correspondra au droit de l'État du domicile du testateur au moment de l'acte (art. 94, al. 1 LDIP-rév). Le principal avantage du rattachement proposé est de protéger les testaments valables au jour de leur établissement des effets potentiellement disruptifs du « conflit mobile », à savoir du changement de la loi applicable la succession par suite du transfert du domicile du *de cuius*. En effet, l'application de la loi du dernier domicile pourrait entraîner l'invalidité de dispositions cause de mort qui étaient parfaitement valables au moment de leur établissement<sup>1125</sup>. Dans une telle hypothèse, les attentes du *de cuius* et des gratifiés seraient déçues, ce qui contredit les objectifs de l'anticipation successorale. L'article 94, alinéa 1 LDIP-rév a le mérite d'exclure le conflit mobile. En vertu de la référence temporelle au jour de l'établissement du testament, la validité de celui-ci reste soumise à la loi qui l'aurait régi ce jour, et ce en dépit du transfert subséquent du domicile du *de cuius*<sup>1126</sup>. S'agissant de dispositions testamentaires librement révocables, on pourrait considérer que les expectatives des héritiers et des légataires, contrairement à celles des bénéficiaires d'un pacte successoral, ne méritent pas de protection particulière en cas de conflit mobile ; d'ailleurs, la raison d'être du nouveau rattachement proposé n'est pas de protéger les successibles, mais plutôt le testateur et ses dispositions, puisque celui-ci peut ignorer les conséquences de sa propre décision de transférer son domicile à l'étranger.

<sup>1122</sup> *Ibid.*

<sup>1123</sup> FF 2020 3215, p. 3242.

<sup>1124</sup> *Ibid.*, p. 3241.

<sup>1125</sup> ZK IPRG-KÜNZLE, art. 95 N 5 ; BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 94 N 3.

<sup>1126</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 94 N 3.

870 Le principal inconvénient du rattachement spécial est la scission « fonctionnelle » qu'il produit<sup>1127</sup>. En effet, la loi du domicile au moment de l'acte ne régirait que l'admissibilité, la validité au fond et l'interprétation du testament, alors que toutes les autres questions successorales demeurent sous l'empire du droit du domicile au jour du décès : tel est le cas, par exemple, de la quotité disponible. Or, la délimitation et la coexistence de ces deux *leges domicilii* peuvent s'avérer parfois délicates. Cependant, la solution proposée était déjà prévue pour les pactes successoraux (art. 95, al. 1 LDIP) et elle ne semble pas avoir été à l'origine de difficultés insurmontables. Son extension aux autres actes cause de mort assure une plus grande cohérence au système, tout en alignant le droit international privé suisse au règlement européen.

#### II.B.3.1.2.a.ii. La loi applicable aux pactes successoraux

871 L'article 95 LDIP contient des règles de conflit spéciales applicables aux pactes successoraux. Les alinéas 1 et 2 concernent les pactes successoraux unilatéraux, à savoir ceux qui portent sur la succession d'une seule personne. L'alinéa 3 prévoit des règles spéciales pour les dispositions réciproques. A défaut d'indication contraire dans la loi, il convient d'admettre que ces règles sont également applicables, par analogie, à d'autres dispositions contractuelles à cause de mort<sup>1128</sup>.

872 S'agissant d'un pacte successoral unilatéral, l'article 95, alinéa 1 LDIP prévoit l'application du droit de l'État du domicile du disposant au moment de la conclusion du pacte<sup>1129</sup>. Le rattachement a pour but de préserver la validité d'un pacte successoral qui était valable au moment de sa conclusion des aléas liés à un transfert subséquent de domicile de la part du disposant et de protéger ainsi la sécurité du droit<sup>1130</sup>. Compte tenu de la diffusion limitée du pacte successoral en droit comparé, il existe un risque réel et concret qu'un changement du droit applicable puisse affecter la validité ou les effets de cet acte<sup>1131</sup>. De plus, les bénéficiaires des dispositions irrévocables contenues dans un pacte successoral sont titulaires d'expectatives protégées par la loi, lesquelles risquent d'être menacées, en cas de conflit mobile, si la loi de l'État du nouveau domicile, ou la loi nationale choisie après coup par le *de cuius*, ne reconnaît pas la validité de l'acte<sup>1132</sup>. Cela reviendrait à admettre la possibilité que le *de cuius*

---

<sup>1127</sup> *Ibid.*, art. 94 N 3.

<sup>1128</sup> *Ibid.*, art. 95 N 1.

<sup>1129</sup> ATF 138 III 489, consid. 3.3.

<sup>1130</sup> ATF 138 III 489, consid. 3.3.1.

<sup>1131</sup> BSK IPRG-SCHNYDER/ LIATOWITSCH/ DORJE-GOOD, art. 95 N 1.

<sup>1132</sup> BONOMI, La révision (2019), p. 246.

prive de leurs droits les autres participants au pacte par une décision unilatérale, le transfert de son domicile ou le choix postérieur de la loi applicable la succession<sup>1133</sup>. L'application de la loi successorale hypothétique permet d'éviter de telles conséquences. Grâce à l'application de la loi du domicile au moment de la conclusion, l'article 95, alinéa 1 LDIP évite le « conflit mobile » et respecte le principe de la *favor validitatis*<sup>1134</sup>. Au vu de son but, il est évident que le rattachement prévu à l'article 95, alinéa 1 l'emporte sur ceux des articles 90, alinéa 1, et 91, alinéa 1 LDIP<sup>1135</sup>.

Dans le cadre de la révision, le législateur a maintenu l'application au pacte successoral de la « loi successorale hypothétique », soit le droit de l'État du domicile du disposant au moment de la conclusion du pacte (art. 95, al. 1 LDIP-rév). En effet, la prévision d'une disposition similaire à l'article 25, paragraphe 1 du règlement européen n° 650/2012 a sensiblement accru les perspectives de reconnaissance à l'étranger d'un pacte successoral conclu en Suisse, avec des effets bénéfiques sur l'utilisation de cet important instrument de planification dans les cas internationaux<sup>1136</sup>. Il n'est dès lors pas surprenant que la loi de révision non seulement maintient la solution de l'article 95, alinéa 1 LDIP, mais propose également de l'étendre *mutatis mutandis* aux testaments (cf. *supra*, n° 868).

La portée de la loi désignée à l'article 95, alinéa 1 est limitée au pacte successoral. Comme le précise le Message, « le droit applicable au pacte successoral régit ce pacte dans son ensemble. Il détermine donc son admissibilité, sa force obligatoire et ses effets successoraux »<sup>1137</sup>. En revanche, les autres aspects de la succession restent soumis à la loi applicable à la succession, qui est généralement celle du dernier domicile du défunt : en particulier, le rattachement de l'article 95, alinéa 1 LDIP ne saurait priver les héritiers de leur réserve déterminée conformément à la loi du dernier domicile du défunt, sous réserve d'une *professio juris*<sup>1138</sup>. Certes, l'article 95 LDIP n'a pas repris la formulation de l'article 25 LRDC, selon laquelle le rattachement prévu pour le pacte successoral devait s'appliquer « sans préjudice des dispositions relatives à la réserve et prévues par la loi qui régit la succession ». Il n'en reste pas moins que le disposant ne devrait pas, grâce aux aléas de son domicile au moment de la conclusion du pacte, pouvoir priver ses héritiers de la réserve successorale

<sup>1133</sup> *Ibid.*

<sup>1134</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 95 N 2.

<sup>1135</sup> ATF 138 III 489, consid. 3.4.

<sup>1136</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 95 N 2.

<sup>1137</sup> FF 1983 I 255, p. 380.

<sup>1138</sup> ZK IPRG-KÜNZLE, art. 95 N 11.

prévue par le droit de son dernier domicile ou, en cas de *professio juris*, par son droit national<sup>1139</sup>.

- 875 Dans sa version actuelle, la LDIP prévoit une règle de rattachement spéciale pour les « dispositions réciproques à cause de mort » à son article 95, alinéa 3 LDIP. Cette disposition vise avant tout le pacte successoral bilatéral ou pluri-latéral, contenant des dispositions relatives à la succession de deux ou plusieurs personnes<sup>1140</sup>. Cependant, elle est également applicable aux testaments conjonctifs ou mutuels, c'est-à-dire aux testaments contenant des dispositions « interdépendantes » ou « mutuelles »<sup>1141</sup>, peu importe que celles-ci soient consignées dans un seul document ou dans des documents séparés.
- 876 S'agissant des pactes successoraux bilatéraux, à présent, l'article 95, alinéa 3 LDIP prévoit un rattachement cumulatif des « dispositions réciproques » au droit du domicile de chaque disposant. Cela signifie que, pour que l'acte soit valable, celui-ci doit satisfaire aux conditions imposées par le droit du domicile de chacun des disposants<sup>1142</sup>. En effet, puisque dans ces cas les successions de plusieurs personnes sont concernées, il se peut que celles-ci soient régies par des droits différents. Tel est le cas lorsque les disposants sont domiciliés dans des pays distincts, ou bien qu'une *professio juris* est effectuée par certains seulement d'entre eux, ou encore qu'ils ont choisi des lois différentes. Dans toutes ces hypothèses, des conflits peuvent surgir lorsque les différents droits applicables règlent de manière divergente la validité au fond ou la révocabilité des actes concernés.
- 877 Si le rattachement cumulatif prend tout son sens pour la validité et la révocabilité du pacte successoral pris dans sa globalité, sa pertinence est plus discutable pour la validité et les effets des dispositions individuelles contenues dans ces actes. Ainsi, une partie de la doctrine helvétique considère que celles-ci demeurent individuellement soumises à l'application de la loi du domicile ou, en cas de *professio juris*, de la loi nationale de chacun des disposants. Cette solution est la plus favorable pour garantir la validité de ces dispositions<sup>1143</sup>.

---

<sup>1139</sup> Cette interprétation est confortée par les précisions apportées par la loi de révision du chapitre 6, qui prévoit que l'art. 95 LDIP-rév ne concerne que « [l]a validité au fond d'un pacte successoral, ses effets contraignants entre les parties et son interprétation », à l'exclusion donc des autres aspects de la succession.

<sup>1140</sup> ZK IPRG-KÜNZLE, art. 95 N 1 ; BSK IPRG-SCHNYDER/ LIATOWITSCH/ DORJEE-GOOD, art. 95 N 1.

<sup>1141</sup> ZK IPRG-KÜNZLE, art. 95 N 15 ; BSK IPRG-SCHNYDER/ LIATOWITSCH/ DORJEE-GOOD, art. 95 N 6.

<sup>1142</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 95 N 9.

<sup>1143</sup> Ainsi, si les disposants sont domiciliés l'un en Suisse et l'autre l'étranger, la substitution fidéicommissaire voulue par le premier sur certains biens appartenant sa succession serait

Néanmoins, il faut admettre que l'invalidité de l'une de ces dispositions selon la loi qui la régit, se répercute nécessairement sur la validité des dispositions mutuelles prises par l'autre disposant<sup>1144</sup>. Cette construction compliquée peut se justifier à la lumière de la *favor validitatis*. Cependant, il existe des doutes quant à sa compatibilité avec le rattachement cumulatif de l'article 95, alinéa 3 LDIP<sup>1145</sup>.

La loi de révision introduit plusieurs clarifications s'agissant des pactes successoraux bilatéraux. 878

D'abord, l'article 95, alinéa 3 LDIP-rév remplace l'expression, ambiguë, de « dispositions réciproques » par celle de « pacte successoral impliquant deux parties ou plus ». Il s'agit donc d'un pacte successoral « bilatéral » ou « plurilatéral », l'exemple typique étant celui d'un pacte successoral portant sur la succession de deux conjoints<sup>1146</sup>. Cette formulation apporte des clarifications substantielles, car un pacte bilatéral ou plurilatéral peut également contenir des dispositions en faveur de tiers<sup>1147</sup>. 879

La nouvelle disposition prévoit que chacune des dispositions d'un pacte successoral impliquant deux parties ou plus est évaluée selon le droit dont elle relève (le droit d'un des États nationaux ou le droit de l'État du dernier domicile du disposant, conformément aux alinéas 1 et 2 de l'article 95 LDIP-rév). Selon la nouvelle disposition, il ne sera plus nécessaire que chaque disposition satisfasse aux exigences de la totalité des ordres juridiques impliqués, soit ceux de l'État national ou de l'État de domicile de chacun des disposants, car une telle solution serait inutilement restrictive et contraire au principe *favor testamenti*<sup>1148</sup>. 880

En outre, la loi de révision précise que sont également réputés des pactes successoraux « les testaments qui se fondent sur un accord mutuel contraignant des disposants ». Dès lors, le rattachement de l'article 95, alinéa 3 LDIP-rév 881

---

valable, en conformité au droit suisse, quand bien même cette disposition serait nulle selon le droit de l'État du domicile du second. Pour plus de détails, voir BSK IPRG-SCHNYDER/LIATOWITSCH/DORJEE-GOOD, art. 95 N 4.

<sup>1144</sup> Si une substitution fidéicommissaire était nulle selon le droit étranger du domicile de la personne l'ayant prévue, cette nullité entraînerait également l'invalidité ou la révocabilité des dispositions mutuelles prises par l'autre disposant. Voir BONOMI, La révision (2019), p. 247.

<sup>1145</sup> *Ibid.*

<sup>1146</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 95 N 8.

<sup>1147</sup> BONOMI, La révision (2019), p. 246.

<sup>1148</sup> FF 2020 3215, p. 3244.

vaut également pour des dispositions contenues dans des testaments conjonctifs ou mutuels lorsque ceux-ci reposent sur la volonté concordante des disposants de lier leurs dispositions à cause de mort<sup>1149</sup>. Il ne s'agit pas d'une véritable nouveauté, puisque l'article 95, alinéa 3 LDIP est déjà applicable aux « dispositions réciproques » contenues dans des testaments. Cependant, la nouvelle formulation est plus précise, dans la mesure où elle remplace la référence au caractère « réciproque » des dispositions concernées que peut se révéler inexacte, en faveur du critère de l'« accord mutuel contraignant des disposants ». Cette règle englobe ainsi les testaments conjonctifs de droit allemand (« *gemeinschaftliche Testamente* »), dans la mesure où les dispositions sont convenues de commun accord par les conjoints et sont, dès lors, « interdépendantes »<sup>1150</sup>. En effet, l'accord entre les testateurs vise à restreindre la révocabilité unilatérale de leurs dispositions, notamment après le décès de l'un d'entre eux : cette similarité avec les pactes successoraux justifie la soumission de toutes ces dispositions à un rattachement analogue en droit international privé<sup>1151</sup>.

- 882 Comme pour les testaments, la capacité de disposer par pacte successoral relève des rattachements alternatifs définis à l'article 94 LDIP : le droit de l'État de son domicile ou de sa résidence habituelle ou le droit de l'un de ses États nationaux (art. 95, al. 4 LDIP).

### *II.B.3.1.2.b. Dans le règlement européen n° 650/2012*

- 883 Les articles 24 à 27 du règlement n° 650/2012 contiennent des règles spéciales concernant les dispositions à cause de mort. Sous ce terme, il faut entendre les pactes successoraux et, selon la périphrase de l'article 24, les « dispositions à cause de mort autres que les pactes successoraux », en d'autres termes les testaments<sup>1152</sup>.
- 884 L'article 27 régit les questions de validité formelle des dispositions pour cause de mort rédigées par écrit, en reprenant les règles de la convention de La Haye de 1961 sur la loi applicable à la forme des dispositions testamentaires et en les étendant aux pactes successoraux et autres dispositions à cause de mort, à

---

<sup>1149</sup> Cette précision correspond à celle qui figure à l'art. 3, paragr. 1, let. b r. 650/2012, selon lequel le pacte successoral est « un accord, y compris un accord résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou plusieurs personnes parties au pacte ».

<sup>1150</sup> BONOMI, La révision (2019), p. 247.

<sup>1151</sup> *Ibid.*

<sup>1152</sup> LAGARDE, Les principes (2012), paragr.28.



l'exception évidemment des réserves prévues aux articles 9 à 13 de celle-ci. Les dispositions de la convention demeurent néanmoins applicables au lieu de l'article 27 dans les États membres qui y sont parties<sup>1153</sup>.

Si les règles de conflit applicables à la forme sont les mêmes pour les testaments et les pactes successoraux, leur validité au fond fait l'objet de règles de conflit distinctes. Pour le fond, le règlement fait une distinction entre la « recevabilité » et la « validité au fond » de ces dispositions. Le terme de « recevabilité », un terme qui se réfère aux aspects procéduraux dans de nombreux ordres juridiques, est assez mal choisi<sup>1154</sup>. Les versions anglaise (« *admissibility* ») et allemande (« *Zulässigkeit* ») du règlement sont plus appropriées. En effet, il s'agit de savoir si la disposition en cause est autorisée dans son principe par le droit de l'État dont la loi est applicable, ce qui est particulièrement important pour le pacte successoral<sup>1155</sup>. 885

La validité au fond est distincte de la recevabilité. L'article 26 énumère les éléments qui en relèvent : la capacité du disposant d'établir cette disposition, les incapacités spéciales de disposer et de recevoir, l'admissibilité de la représentation, l'interprétation de la disposition et les questions liées au consentement. À cette énumération s'ajoutent, pour le pacte successoral, ses effets contraignants entre les parties y inclus les conditions de sa dissolution (art. 25, paragr. 1) et, pour les autres dispositions, leur modification ou révocation (art. 24, paragr. 3). 886

Pour déterminer la loi applicable, le règlement se réfère à la loi successorale « hypothétique » au jour de la disposition ou du pacte. L'application de la loi successorale hypothétique a été retenue parce qu'elle garantit la sécurité juridique et facilite l'organisation par le *de cuius* de sa succession. L'interférence de la loi successorale effective ferait perdurer l'incertitude jusqu'au jour du décès. 887

S'agissant d'un testament, la loi applicable est celle qui aurait régi sa succession si le testateur était décédé le jour de son établissement (art. 24, paragr. 2). 888

S'agissant d'un pacte successoral, l'article 25 prévoit que sa recevabilité et sa validité au fond sera régie par la loi successorale hypothétique de la personne concernée (art. 25, paragr. 1). Comme le faisait la convention de La Haye de 1989, le règlement européen prévoit une règle de rattachement spéciale pour les pactes qui concernent la succession de deux ou plusieurs personnes. Comme pour la LDIP, il ressort de la définition du pacte successoral fournie à 889

<sup>1153</sup> *Ibid.*

<sup>1154</sup> *Ibid.*, paragr. 29.

<sup>1155</sup> *Ibid.*

l'article 3, paragraphe 1, lettre b, que cette règle est également applicable aux testaments conjonctifs ou mutuels<sup>1156</sup>.

890 Dans ce cas, le pacte ne peut être admis que s'il l'est par chacune des lois qui auraient régi la succession de chacune des personnes concernées si elles étaient décédées le jour de la conclusion du pacte. En ce cas, comme il faut bien choisir parmi ces lois celle, unique, qui régira la validité au fond et les effets du pacte, le texte retient la loi avec lequel le pacte présente les liens les plus étroits (art. 25, paragr. 2). Ces règles relativement rigides peuvent être écartées par un choix de loi partiel par le testateur ou par les parties au pacte successoral (cf. *infra*, n° 968-970).

### II.B.3.2. L'autonomie de la volonté en matière de droit applicable

#### II.B.3.2.1. Le choix de la loi applicable à la succession : la *professio juris*

891 Au vu des liens existants entre l'identité nationale d'un État et son droit successoral, un droit auquel le défunt était étroitement lié sera probablement influencé, dans une mesure plus ou moins grande, par des valeurs culturelles et sociales que le défunt a pu partager. Dès lors, l'on peut imaginer qu'une personne qui planifie sa succession supposera normalement l'applicabilité de la loi successorale du pays auquel elle est le plus étroitement liée. Il est particulièrement important de répondre à ces attentes en ce qui concerne les successions, afin de garantir que la liberté de tester, une liberté qui est garantie constitutionnellement non seulement dans la plupart des systèmes nationaux mais aussi au niveau de l'Union européenne par la Charte des droits fondamentaux<sup>1157</sup>, soit exercée de manière efficace.

---

<sup>1156</sup> Nous soulignons qu'à l'art. 3, paragr. 1, let. b et c, le règlement européen opère une distinction entre les « accords résultant de testaments mutuels », qui sont assimilés aux pactes successoraux, et les testaments conjonctifs. Sur la base du règlement, les testaments mutuels seraient caractérisés par l'existence d'un accord entre les disposants, alors que les testaments conjonctifs seraient uniquement caractérisés par un élément formel, à savoir l'unité de l'acte. Cependant, la terminologie utilisée par le règlement se prête à confusion, car il adopte le terme de « testaments mutuels » pour des actes qui, dans plusieurs États, sont qualifiés de « testaments conjonctifs » : c'est notamment le cas de l'Allemagne, dont l'instrument du testament conjonctif (« *gemeinschaftliches Testament* », cf. *supra*, n° 651 ss) devra donc être qualifié de mutuel sous l'empire du règlement. Pour plus de détails, voir Successions-BONOMI, art. 3 N 11 ss.

<sup>1157</sup> Art. 17, paragr. 1, 1<sup>ère</sup> phrase, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

### II.B.3.2.1.a. *La professio juris dans la loi suisse de droit international privé*

Dans le droit en vigueur, la situation est la suivante : les ressortissants suisses peuvent soumettre leur succession au droit suisse ou, dans certaines situations, au droit de l'État étranger de leur dernier domicile (art. 87, al. 2, et 91, al. 2 LDIP). Les ressortissants étrangers qui ne possèdent pas la nationalité suisse peuvent élire le droit de leur État d'origine lorsqu'ils avaient leur dernier domicile en Suisse (art. 90, al. 2 LDIP). S'ils ont leur domicile à l'étranger au moment de leur décès, ce sont les règles de conflits de lois de l'État en question qui déterminent les possibilités d'élection de droit (art. 91, al. 1 LDIP). 892

Comme nous l'avons vu, le but principal de la révision du chapitre 6 de la LDIP est d'éviter des décisions contradictoires dans les cas de successions internationales, grâce à une harmonisation partielle du droit suisse avec le règlement européen. Cela est possible, en premier lieu, par une meilleure coordination des règles relatives à la compétence des autorités (cf. *infra*, n° 799-806). Lorsque cela n'est pas possible, la loi de révision vise du moins à ce que le droit applicable soit le même en Suisse et dans les États appliquant le règlement européen<sup>1158</sup>. 893

#### II.B.3.2.1.a.i. La portée de la *professio juris* pour un étranger domicilié en Suisse

Dans la LDIP, la *professio juris* est consacrée à l'article 90, alinéa 2, une disposition qui autorise le *de cuius* étranger domicilié en Suisse à soumettre l'intégralité de sa succession<sup>1159</sup> au droit de l'un de ses États nationaux. Lorsqu'une personne a plusieurs nationalités étrangères, le choix peut se porter sur le droit de l'un ou l'autre État national, sans qu'il soit nécessaire que le *de cuius* ait des liens particuliers avec l'État dont il a choisi d'appliquer le droit à sa succession<sup>1160</sup>. 894

À l'instar de l'article 52, alinéa 2 LDIP (cf. *supra*, n° 580), l'article 90, alinéa 2 LDIP constitue, dans ce cas, une exception à l'article 23, alinéa 2 LDIP, lequel prévoit que seule la nationalité de l'État avec lequel une personne entre- 895

<sup>1158</sup> GUILLAUME, L'extension (2019), p. 225.

<sup>1159</sup> Nous relevons qu'une minorité de la doctrine estime qu'il serait possible d'interpréter l'actuel art. 90, al. 2 LDIP dans le sens d'une admission d'une élection de droit partielle : voire, notamment, VOLKEN (1990), p. 5 et 11. Cependant, une large majorité considère qu'une élection de droit selon l'art. 90, al. 2 LDIP ne peut porter que sur l'ensemble de la succession, voir GAILLARD (2022), paragr. 899 ; BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 90 N 18 ; BONOMI/ BERTHOLET (2005), p. 364.

<sup>1160</sup> ATF 102 II 136, consid. 3.

tient les relations les plus étroites est retenue pour déterminer le droit applicable.

- 896 Néanmoins, en l'état actuel du droit, la *professio juris* en faveur du droit national est exclue si le *de cuius* est un Suisse binational (art. 90, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase LDIP) : dans ce cas, sa succession sera impérativement régie par le droit suisse (art. 90, al. 1 LDIP). Nous relevons que cette approche présente des incohérences avec le système de conflit de nationalités de la LDIP<sup>1161</sup>. En effet, l'article 23, alinéa 2 LDIP n'accorde aucune prépondérance systématique à la nationalité suisse lorsqu'il s'agit de déterminer le droit applicable, contrairement à ce qui a cours en matière de compétence du for d'origine.
- 897 En revanche, alors qu'en matière de régimes, les époux peuvent désigner la loi de l'État de leur domicile commun ou de leur futur domicile commun (art. 52, al. 2, let. a et b LDIP), cette possibilité de choix ne se retrouve pas en matière successorale, de sorte que le *de cuius* ne peut pas choisir le droit de son domicile au moment de l'élection de droit.
- 898 Dans le régime actuel, l'élection de droit est valable à condition que le *de cuius* ait la nationalité de l'État dont il a choisi d'appliquer le droit à sa succession au moment de son décès (art. 90, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase LDIP). Si le *de cuius* n'a plus la nationalité en question au moment de son décès, la *professio juris* est caduque. Il faut en outre admettre que le *de cuius* doit avoir la nationalité de l'État dont il a choisi le droit au moment où il fait ce choix, même si cela n'est pas précisé dans le texte légal<sup>1162</sup>.
- 899 La loi de révision simplifie le système. L'article 91, alinéa 1 LDIP-rév donne à toute personne le pouvoir d'élire le droit d'un de ses États nationaux pour l'ensemble de sa succession. En plus, le disposant ne devra plus avoir cette nationalité au moment de leur décès ; il suffira qu'il la possède au moment de l'élection de droit<sup>1163</sup>. Il s'ensuit donc que l'élection d'un droit national étranger sera aussi possible pour les Suisses ayant plusieurs nationalités. La nationalité suisse ne sera dès lors plus un obstacle à la *professio juris*. Le *de cuius* pourra choisir librement de soumettre sa succession au droit national de son choix, même si les liens avec la Suisse sont les plus importants<sup>1164</sup>.
- 900 Il convient de relever que l'article 91, alinéa 1 LDIP-rév a fait l'objet de débats devant les chambres parlementaires. En effet, dans la séance du 15 décembre 2022, le Conseil des États a confirmé la possibilité, pour les étrangers

---

<sup>1161</sup> GAILLARD (2022), paragr. 827.

<sup>1162</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif (2018), p. 19.

<sup>1163</sup> GUILLAUME, L'extension (2019), p. 228.

<sup>1164</sup> *Ibid.*

binationaux, de soumettre leur succession au droit de l'un de leurs États nationaux, mais a refusé d'étendre cette possibilité également aux citoyens suisses binationaux. Ainsi, il a été proposé de préciser à l'article 91, alinéa 1 P-LDIP *in fine* l'obligation pour les citoyens suisses de s'en tenir au droit suisse, comme c'est le cas actuellement, afin de protéger les droits des héritiers réservataires<sup>1165</sup>. Dans la session du Conseil national du 16 mars 2023, le conseiller LÜSCHER a déclaré que la position adoptée par le Conseil des États incarne « la négation même de la *professio juris* »<sup>1166</sup>. Ainsi, le Conseil national a décidé de persister sur sa position, conformément au Message du Conseil fédéral. Dans la session du 12 septembre 2023, le Conseil des États a refusé d'aller dans le sens du Conseil national sur la question<sup>1167</sup>. Lors des délibérations du 6 décembre 2023, le conseiller national MAITRE a déclaré que la formulation voulue par le Conseil des États « consacre une certaine inégalité de traitement, elle est défavorable à nos ressortissants binationaux et elle restreint les libertés voulues par la réforme »<sup>1168</sup>. Néanmoins, dans un esprit de compromis, le Conseil national a proposé de modifier le texte de l'article 91, alinéa 1 P-LDIP en précisant que « les Suisses ne peuvent déroger aux dispositions du droit suisse sur la quotité disponible ». Il a cependant été relevé que « l'importance pratique de ce compromis est limitée. Compte tenu des lois en vigueur dans les États dont une grande majorité des doubles nationaux suisses sont ressortissants, il y aura, somme toute, peu de cas où la réserve héréditaire sera moins importante qu'en droit suisse »<sup>1169</sup>. Cette dernière formulation a été finalement adoptée par le Conseil des États lors des délibérations du 12 décembre 2023.

L'ouverture de la *professio juris* aux Suisses binationaux est probablement la nouveauté la plus importante de la loi de révision, malgré le fait que la formulation retenue en dernier lieu par le législateur ne résulte pas en une augmentation de la liberté de disposer du disposant. Cela permet de tenir compte d'une réalité sociale où le nombre de Suisses avec une double nationalité vivant en Suisse est en constante augmentation<sup>1170</sup>. Cette modification supprime une discrimination existant actuellement à l'égard des citoyens binationaux domi-

901

---

<sup>1165</sup> BO 2022 E 1355.

<sup>1166</sup> BO 2023 N 581.

<sup>1167</sup> BO 2023 E 704.

<sup>1168</sup> BO 2023 N 2207.

<sup>1169</sup> BO 2023 N 2207. Il sied cependant de relever que, au vu de la formulation du nouvel art. 91, al. 1 LDIP-rév, il nous paraît que cette disposition pourrait trouver à s'appliquer même si la réserve en droit étranger est plus importante qu'en Suisse.

<sup>1170</sup> COMMISSION FÉDÉRALE DES MIGRATIONS (2018), p. 16 ss.

ciliés en Suisse<sup>1171</sup>. 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<sup>1172</sup>. 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 n'importe quel droit, alors qu'en droit matériel, les réserves héréditaires imposent au *de cuius* des restrictions quant la répartition de ses biens à son décès<sup>1173</sup>. La révision du chapitre 6 de la LDIP s'inscrit dans le même courant que la révision du droit matériel des successions entrée en vigueur en janvier 2023, qui a offert une plus grande liberté de disposer en réduisant le cercle des héritiers réservataires ainsi que les parts réservataires (cf. *supra*, n° 728 et 736).

- 902 S'agissant de la validité matérielle de l'élection de droit, celle-ci doit être examinée au regard du droit choisi<sup>1174</sup>. Au niveau de la forme, la *professio juris* doit être faite dans un testament ou dans un pacte successoral (art. 90, al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase LDIP). Il s'agit d'une clause indépendante de l'acte cause de mort qui est, pour cette raison, soumise ses propres conditions de validité<sup>1175</sup>. La validité de l'élection de droit doit donc être examinée pour elle-même et indépendamment de celle du testament ou du pacte successoral dans lequel elle est incluse, puisqu'une *professio juris* peut être valable et déployer ses effets même si le testament ou le pacte successoral est nul<sup>1176</sup>. 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.
- 903 De plus, la *professio juris* peut exercer 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 succes-

---

<sup>1171</sup> Dans son Message, le Conseil fédéral relevait que la limitation actuelle des possibilités d'élection de droit est justifiée par l'égalité de traitement de tous les citoyens suisses, qu'ils aient une autre nationalité ou non. Elle entraîne cependant une inégalité entre les doubles nationaux suisses et les purs étrangers. Quelle que soit l'option choisie, une inégalité demeure. Dans ces circonstances, selon le Conseil fédéral, le plus sensé semble être d'opter pour la solution qui met la loi en harmonie avec le règlement européen. FF 2020 3215, p. 3236.

<sup>1172</sup> GUILLAUME, L'extension (2019), p. 228.

<sup>1173</sup> *Ibid.*

<sup>1174</sup> Grâce à une application par analogie de l'art. 116, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase LDIP.

<sup>1175</sup> GUILLAUME, L'extension (2019), p. 226.

<sup>1176</sup> *Ibid.*, p. 227.

soral, notamment dans le cas d'un choix de loi<sup>1177</sup>. C'est donc au regard du droit applicable à la succession, à savoir le droit désigné par le *de cuius*, que sera examinée la validité matérielle de l'acte cause de mort, étant précisé que la capacité de disposer fait l'objet d'un rattachement propre<sup>1178</sup>. Le droit désigné par *professio juris* est le droit matériel de l'État en question, à l'exclusion des règles de conflit de lois, le renvoi étant exclu en cas d'élection de droit<sup>1179</sup>.

En principe, la *professio juris* est expresse, mais elle est aussi valable si elle ressort « sans équivoque » des dispositions pour cause de mort<sup>1180</sup>. 904

### II.B.3.2.1.a.ii. La portée de la *professio juris* pour un *de cuius* 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 sont compétentes 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 ou à l'application du droit suisse (art. 87, al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase LDIP). 905

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'État de son dernier domicile (art. 91, al. 2 LDIP). A cet égard, il sied de noter que, dans le cadre de l'article 91, alinéa 2 LDIP, la *professio juris* doit être expresse, alors que cette exigence ne figure pas à l'article 90, alinéa 2 LDIP, sans qu'il soit possible de déterminer les raisons de cette distinction<sup>1181</sup>. 906

<sup>1177</sup> *Ibid.*

<sup>1178</sup> Elle peut être examinée, alternativement, au regard du droit de l'État du domicile ou de la résidence habituelle du *de cuius* ou au regard du droit de l'un de ses États nationaux (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.

<sup>1179</sup> GUILLAUME, L'extension (2019), p. 227.

<sup>1180</sup> ATF 125 III 35 ; ATF 111 II 16, consid. 3 ; ATF 109 II 403, consid. 2.

<sup>1181</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 91 N 8.

- 907 À l'inverse, 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<sup>ère</sup> phrase *in fine* LDIP). Dans ce cas, la compétence s'étend aux biens que le *de cuius* a choisi de soumettre au droit suisse<sup>1182</sup>, ce qui permet d'assurer la coïncidence entre la compétence et le droit applicable la succession.
- 908 Au niveau formel, la *professio juris* doit être faite dans un testament ou un pacte successoral (art. 91, al. 2 LDIP ; art. 87, al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase LDIP). Nous rappelons que bien qu'en principe, la *professio juris* soit expresse, elle est aussi valable si elle ressort « sans équivoque » des dispositions pour cause de mort.
- 909 La LDIP ne contient aucune disposition concernant la *professio juris* d'un étranger domicilié à l'étranger. Par conséquent, la validité et les effets de celle-ci dépendront uniquement des règles de droit international privé en vigueur dans l'État étranger du dernier domicile, conformément à la règle générale de l'article 91, alinéa 1 LDIP<sup>1183</sup>.
- 910 La loi de révision du chapitre 6 de la LDIP supprime toute subdivision basée sur le dernier domicile du *de cuius* et prévoit un changement des titres marginaux des articles 90 et 91 LDIP-rév, qui seront désormais consacrés, respectivement, à la détermination du droit applicable à la succession et à la *professio juris*. Dès lors, la loi de révision ne distingue en principe pas le cas du *de cuius* domicilié à l'étranger au moment du décès. Cependant, nous traiterons ici de quelque modification proposée qui trouvera probablement à s'appliquer dans ce cas d'espèce.
- 911 Comme dans le droit en vigueur, l'article 91, alinéa 2 LDIP-rév prévoit, par exception à la règle de principe de l'article 91, alinéa 1 LDIP-rév, la possibilité, pour une personne de nationalité suisse domiciliée à l'étranger, de procéder à une *professio juris* en faveur du droit suisse<sup>1184</sup>.
- 912 Comme c'est le cas actuellement, le disposant pourra procéder à cette élection de manière directe ou indirecte, par le biais d'une prorogation de for en faveur des autorités suisses. En effet, selon l'article 91, alinéa 2 LDIP-rév, si le disposant a soumis sa succession à la compétence des tribunaux et des autorités

---

<sup>1182</sup> Est cependant réservée une éventuelle compétence exclusive revendiquée par un État étranger pour la succession des immeubles situés sur son territoire (art. 86, al. 2 LDIP ; art. 87, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase LDIP).

<sup>1183</sup> ATF 5C\_25/2005 ; GUILLAUME, L'extension (2019), p. 234.

<sup>1184</sup> FF 2020 3215, p. 3238.



suisse au sens de l'article 87, alinéa 2 LDIP-rév, les biens concernés sont présumés soumis au droit suisse, sauf disposition contraire. Si la prorogation ne porte que sur une partie de la succession, il en va de même pour l'élection de droit qui en découle<sup>1185</sup>. Il en résulte que, contrairement au droit en vigueur, l'article 91, alinéa 2 LDIP-rév prévoit que la personne qui soumet sa succession à la compétence des juridictions suisses et qui n'a pas l'intention d'élire le droit suisse a seulement à déclarer que son testament ne touche pas au droit applicable en vertu de la loi de son État de domicile, sans qu'il soit nécessaire de procéder à l'élection d'un autre droit. Cette approche *opt-out* est similaire à celle qui a été retenue à l'article 87, alinéa 2 LDIP-rév, qui permet à l'inverse de choisir le droit suisse sans toucher à la compétence (cf. *supra*, n° 810). 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<sup>1186</sup>.

S'agissant des conditions pour procéder à une élection de droit partielle, l'article 91, alinéa 3 LDIP-rév reprend la solution déjà existante en droit actuel, qui prévoit la nécessité de coupler le choix de loi partiel avec une prorogation de compétence en faveur des autorités suisses (art. 87, al. 2 LDIP-rév). 913

En effet, lorsque les autorités étrangères ne s'occupent pas de la succession et que la que les autorités suisses sont compétentes, l'on peut douter que l'élection de droit supposée corresponde encore à l'intention hypothétique du disposant<sup>1187</sup>. De plus, dans ce cas, la convergence en principe visée dans la LDIP entre compétence et droit applicable serait perdue<sup>1188</sup>. 914

### II.B.3.2.1.b. La *professio juris* dans le règlement européen n° 650/2012

Au moment de la rédaction du règlement sur les successions, le législateur européen a dû se poser la question qui se situe au cœur de toute règle de choix de loi : déterminer le critère de rattachement approprié pour désigner la loi pouvant faire l'objet d'un choix en matière de successions. Presque toutes les règles de conflit utilisées par le législateur européen dans d'autres domaines de droit de la famille font référence à un critère personnel du défunt, la loi de sa nationalité, de sa dernière résidence habituelle ou de son domicile, car cela 915

<sup>1185</sup> FF 2020 3215, p. 3238.

<sup>1186</sup> GUILLAUME, L'extension (2019), p. 233.

<sup>1187</sup> FF 2020 3215, p. 3238.

<sup>1188</sup> GUILLAUME, L'extension (2019), p. 229.

répond notamment à l'intérêt, du vivant des personnes concernées, de faciliter la planification de leur succession.

- 916 Aujourd'hui, l'article 22 du règlement sur les successions permet au futur *de cuius* de choisir sa propre loi nationale en tant que loi régissant la succession. De manière similaire au droit suisse, la formulation de l'article 22 exclut toute exigence de nationalité effective (« la loi de tout État dont [*le de cuius*] possède la nationalité », art. 22, paragr. 1, 2<sup>e</sup> phrase). De surcroît, à l'instar de la LDIP, le législateur européen n'admet pas un choix en faveur de la loi de l'État de la résidence habituelle du défunt au moment de l'élection de droit, une option que, comme nous l'avons vu dans la partie précédente de ce travail, est ouverte aux époux pour le choix de la loi applicable à leur régime.
- 917 Conformément au principe d'unité, la loi désignée est applicable à l'ensemble de la succession. L'existence du consentement quant à cette désignation et sa validité au fond sont régies par la loi choisie (art. 22, paragr. 3). Quant aux exigences formelles, la désignation doit être expresse et contenue dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ; elle peut également résulter des termes d'une telle disposition (art. 22, paragr. 2). Compte tenu des spécificités du droit successoral, où lors de la procédure judiciaire le défunt n'a plus la parole quant à sa volonté, l'admission d'un choix implicite de la loi applicable apporte une dose supplémentaire d'insécurité juridique dans le futur partage successoral. En pratique, il est donc conseillé d'opter pour un choix exprès de la loi applicable. Ou même, comme certains le suggèrent, si le testateur se contente de la loi de sa résidence habituelle comme loi applicable à la succession, d'indiquer clairement qu'aucun choix implicite de loi applicable n'a été fait<sup>1189</sup>.
- 918 La modification et la révocation du choix par son auteur doivent également satisfaire aux exigences de forme applicables à la modification et à la révocation d'une disposition à cause de mort (art. 22, paragr. 4).
- 919 L'autonomie de la volonté sert évidemment au mieux les intérêts de toute personne planifiant sa succession. Comme déjà souligné, le fait que la règle de conflit de loi objective fasse référence à la loi de la dernière résidence habituelle du défunt comporte surtout le risque de ne pas garantir une sécurité juridique suffisante, car le principe de la résidence repose sur la simple hypothèse que le défunt était parfaitement intégré dans l'État de résidence. Cette hypothèse peut se révéler erronée si le défunt gardait des liens très étroits envers l'État d'origine ou, par exemple, vers l'État de son ancienne résidence. Dans ces situations, les intérêts du *de cuius* seraient protégés grâce au choix de

---

<sup>1189</sup> PFEIFFER (2016), p. 579.

la loi applicable, car cela lui permettrait de déterminer la loi successorale applicable indépendamment d'un futur changement de résidence habituelle.

Dans ce contexte, il convient de noter que la politique législative de l'UE s'efforce également de garantir une certaine stabilité dans le domaine des conflits de lois. Ce point est particulièrement important pour la réalisation du marché intérieur. En effet, les libertés fondamentales liées à la libre circulation ne peuvent être garanties que si leur exercice n'est pas lié à la perte de positions juridiques déjà acquises<sup>1190</sup>.

Le choix de la loi applicable est également prévu aux articles 24, paragraphe 2, et 25, paragraphe 3, sur lesquels nous reverrons plus tard (cf. *infra*, n° 967-970). Ces dispositions permettent de désigner la loi applicable à une disposition à cause de mort. Contrairement à l'élection prévue à l'article 22, ce choix ne porte pas sur l'ensemble de la succession, mais uniquement sur la recevabilité, la validité au fond ainsi que certains effets de la disposition à cause de mort.

#### II.B.3.2.1.c. *Professio juris et ordre public : la protection des réserves héréditaires*

L'application d'un droit étranger à la succession peut surprendre les héritiers qui s'attendaient à ce que leurs droits successoraux correspondent aux prescriptions impératives du droit du dernier domicile ou de la dernière résidence habituelle du *de cuius*.

En réalité, celles-ci ne doivent pas nécessairement être respectées si un droit étranger s'applique conformément la volonté du défunt. Dans ce cas, le seul moyen à disposition des héritiers qui s'estiment lésés dans leurs droits réservés serait d'invoquer la réserve de l'ordre public, ce qui leur permettrait non pas d'annuler 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<sup>1191</sup>.

<sup>1190</sup> Dans le domaine commercial, la jurisprudence de la CJCE dans l'affaire *Inspire Art*, C-167/01, a montré que les intérêts de stabilité d'une société valablement établie en vertu du droit d'un État membre ne devraient pas être affectés par un déplacement ou une action au sein du marché intérieur. Un autre exemple est celui des développements récents concernant la détermination des noms de famille. Dans l'affaire *Grunkin-Paul*, C-353/03, la Cour de justice a estimé qu'il serait incompatible avec la liberté de circulation et de séjour accordée par l'art. 21 TFUE de déterminer le nom de famille d'une personne.

<sup>1191</sup> GUILLAUME, L'extension (2019), p. 231.

Cependant, 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 s'appliquer en matière de réserve sans que les personnes concernées puissent toujours le prévoir »<sup>1192</sup>.

#### II.B.3.2.1.c.i. Dans la loi suisse de droit international privé

- 925 Concernant la question de la *professio juris* du *de cuius* domicilié en Suisse, 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<sup>1193</sup>.
- 926 Cependant, selon une jurisprudence bien établie, les réserves héréditaires du droit suisse ne font pas partie de l'ordre public suisse. En effet, le 17 août 1976, le Tribunal fédéral, dans l'arrêt Hirsch<sup>1194</sup>, a admis la faculté pour un ressortissant britannique domicilié en Suisse de soumettre sa succession à la loi anglaise, fondée à l'époque sur l'article 22 LRDC<sup>1195</sup>, et a considéré que l'obligation de respecter les règles concernant les réserves légales n'était pas d'ordre public.
- 927 En l'espèce, il s'agissait de la fille du défunt qui était privée de toute part successorale au profit de la seconde épouse du *de cuius*. Dans ce cas, la Haute Cour a jugé qu'une *professio juris* faite par un testateur anglais au profit de son droit national n'est pas abusive, au sens de l'article 2 CCS, quand bien même le testateur n'aurait pas maintenu de relations avec son pays d'origine et se serait prévalu du choix du droit anglais pour exhérer l'un de ses enfants<sup>1196</sup>. Dans leur argumentation, les juges fédéraux ont réservé deux hypothèses, dont la preuve paraît cependant particulièrement difficile à établir : la première est celle où le *de cuius* n'aurait « acquis ou conservé la nationalité britannique que pour pouvoir disposer de la grande liberté de tester garantie par le droit anglais »<sup>1197</sup> ; la deuxième se produirait lorsque celui-ci « aurait éveillé [...] la confiance » de son héritier qu'il recevrait sa réserve<sup>1198</sup>.

---

<sup>1192</sup> BONOMI, Successions internationales (2011), p. 227 ss.

<sup>1193</sup> FF 1983 I 255, p. 375 ss.

<sup>1194</sup> ATF 102 II 136.

<sup>1195</sup> Loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, RS 211.435.1, abrogée au 1<sup>er</sup> janvier 1989.

<sup>1196</sup> ATF 102 II 136, consid. 3.

<sup>1197</sup> *Ibid.*, consid. 3b. La *professio juris* serait donc abusive s'il était établi que le *de cuius* avait acquis la nationalité étrangère au seul but de profiter d'une plus large liberté testamentaire

En réponse aux arguments de la demanderesse, qui reprochait à l'autorité cantonale d'avoir refusé de considérer que l'exclusion de la réserve en faveur des descendants violait l'ordre public suisse, le Haute Cour a observé que, pour que la *professio juris* garde son sens, il était nécessaire d'éviter que l'invocation de l'ordre public suisse puisse rendre largement inefficace l'application du droit étranger choisi<sup>1199</sup>. Selon le Tribunal fédéral, ça aurait été le cas en cas d'inclusion de la réglementation suisse de la réserve dans la notion d'ordre public, car cela aurait eu comme conséquence de rendre le droit étranger choisi partiellement inapplicable toutes les fois où un héritier réservataire selon le droit suisse n'obtenait au moins autant que ce qui correspondrait à sa réserve<sup>1200</sup>.

928

Par conséquent, les héritiers qui seraient réservataires en application du droit suisse ne peuvent pas invoquer leur droit à une réserve héréditaire si la succession est régie par un droit étranger<sup>1201</sup>. 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 droit pour contester la *professio juris*<sup>1202</sup>. 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'État national avec lequel il entretient des liens prépondérants<sup>1203</sup>. Comme l'indique le Tribunal fédéral, la loi « autorise parfaitement un étranger domicilié en Suisse à ne déclarer applicable le droit de son pays d'origine que parce qu'il veut jouir de la plus grande liberté possible de disposer »<sup>1204</sup>. Dès lors, 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 droit<sup>1205</sup>.

929

---

prévue par celui-ci. Si l'on fait abstraction des difficultés au plan probatoire, on peut admettre que cette hypothèse puisse se produire en relation avec certaines nationalités étrangères dont l'acquisition est particulièrement aisée, surtout pour les personnes fortunées (telles les nationalités chypriote ou maltaise), mais elle paraît plutôt irréaliste en ce qui concerne la nationalité anglaise, la naturalisation étant soumise au Royaume-Uni à des conditions plutôt strictes. Pour plus de détails, voir BONOMI, La soumission (2019), p. 142.

<sup>1198</sup> ATF 102 II 136, consid. 3c.

<sup>1199</sup> *Ibid.*, consid. 4a.

<sup>1200</sup> *Ibid.*

<sup>1201</sup> GUILLAUME, L'extension (2019), p. 231.

<sup>1202</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, art. 90 LDIP N 8.

<sup>1203</sup> ATF 102 II 136, consid. 3a.

<sup>1204</sup> *Ibid.*, consid. 3b.

<sup>1205</sup> HANISCH (1985).

Le choix d'une loi étrangère ne peut pas non plus constituer une fraude à la loi, car le droit de faire ce choix est expressément prévu par la loi<sup>1206</sup>.

- 930 Selon une partie de la doctrine, il en résulte que 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<sup>1207</sup>. 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 voir s'appliquer la succession<sup>1208</sup>. 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<sup>1209</sup>.
- 931 Il est intéressant de rappeler que des considérations à ce sujet ont fait l'objet des débats parlementaires en occasion du projet de révision du chapitre 6 de la LDIP. En particulier, les débats à ce sujet se sont concentrés autour de la révision de l'article 91, alinéa 1 P-LDIP, disposition consacrée à la *professio juris*. En effet, alors que l'objectif principal de la révision était de disposer d'un droit des successions libéral dans le domaine international, dès le début des travaux parlementaires, le Conseil des États a fait part de son souhait d'éviter que la révision ne permette à des ressortissants suisses un contournement des règles sur les réserves héréditaires et la quotité disponible.
- 932 Cela a abouti à ce que le Conseil des États exige l'exclusion de l'élection de droit aux ressortissants suisses, même s'ils possèdent une double nationalité (cf. *supra*, n° 900). De son côté, le Conseil national a estimé, tout au long des travaux, qu'une telle exclusion était contraire à l'esprit de la modification de la LDIP proposée par le Conseil fédéral et qu'elle aboutissait, en plus, à une inégalité de traitement injustifiée au détriment de citoyennes et de citoyens suisses de double nationalité (cf. *supra*, n° 900). Lors des délibérations du 6 décembre 2023, le Conseil national a proposé un compromis, afin de laisser aux Suisses de double nationalité la liberté d'élection d'un droit national pour la succession par testament ou pacte successoral, tout en garantissant le respect des dispositions du droit suisse sur la réserve (cf. *supra*, n° 900). Cette

---

<sup>1206</sup> GUILLAUME, L'extension (2019), p. 231.

<sup>1207</sup> Tel pourrait être le cas, par exemple, lorsque le droit étranger prévoit une discrimination entre les héritiers fondée sur le sexe ou la religion ou selon qu'ils sont nés dans ou hors mariage.

<sup>1208</sup> GUILLAUME, L'extension (2019), p. 231.

<sup>1209</sup> *Ibid.*

dernière formulation a été adoptée par le Conseil des États lors des dernières délibérations du 12 décembre 2023.

Il est donc possible de conclure que le débat autour de l'importance de la protection des intérêts des héritiers réservataires sur le plan international reste une question d'actualité. 933

#### II.B.3.2.1.c.ii. Dans le règlement européen n° 650/2012

Comme nous l'avons vu, l'article 22 du règlement sur les successions permet au futur *de cuius* de choisir sa propre loi nationale en tant que loi régissant la succession. Comme dans la LDIP, au moins jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi de révision, et contrairement à ce qui était prévu dans le droit commun de certains États membres<sup>1210</sup>, l'élection de droit n'est soumise à aucune restriction visant la protection des héritiers réservataires. 934

Conformément à ce principe, en France, la Cour de cassation avait clairement énoncé la non-appartenance de la réserve à la notion d'ordre public international par deux décisions rendues le 27 septembre 2017, les affaires *Jarre*<sup>1211</sup> et *Colombier*<sup>1212</sup>. L'affaire *Jarre* concernait le compositeur de musiques de film Maurice Jarre, qui avait omis de son testament son fils et sa sœur, le testateur léguant tous ses biens à sa dernière épouse. De manière très similaire, dans l'affaire *Colombier*, il s'agissait de la succession de l'arrangeur musical Michel Colombier, qui avait légué tous ses biens à sa dernière épouse, pour ensuite les faire revenir à leurs deux filles. Ses quatre autres enfants, nés d'unions précédentes, avaient été entièrement exclus du testament. Dans les deux cas, les défunts vivaient en Californie, un État qui ne connaît pas la réserve et où il est possible de faire un testament déshéritant ses enfants. Dans ces deux décisions, la Cour de cassation a jugé d'abord que la loi californienne ignorant la réserve ne pouvait être considérée comme incompatible avec l'ordre public que si elle abandonnait à leur sort les enfants se trouvant « en situation de précarité ou de besoin », ce qui n'était pas le cas en l'espèce. De plus, la Cour a relevé qu'au moment de leur décès, les disposants résidaient depuis plusieurs décennies aux États-Unis, lieu où ils s'étaient constitués un patrimoine mobilier et immobilier et où ils avaient renouvelé leur vie familiale : la Cour en a déduit qu'« il n'y avait pas lieu d'écarter la loi californienne ». 935

<sup>1210</sup> Dans certains États européens, la *professio juris* avait été admise, mais elle ne pouvait porter atteinte aux droits qui sont reconnus aux héritiers réservataires par la loi qui aurait été applicable à défaut de choix.

<sup>1211</sup> Cassation, 1<sup>e</sup> civ., n° 16-17.198.

<sup>1212</sup> Cassation, 1<sup>e</sup> civ., n° 16-13.151.

nienne au profit de la loi française ». Par cette conclusion, la Cour de cassation avait laissé entendre que l'intervention de l'exception de l'ordre public nécessitait non seulement l'existence de liens de proximité avec l'État du for, mais aussi que ces liens soient « les plus forts »<sup>1213</sup>.

- 936 Cependant, quatre ans plus tard, le législateur français a admis une exception à l'application normale des règles de conflits de loi dans un but de protection des héritiers réservataires. Par la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République<sup>1214</sup>, il a rétabli le droit de prélèvement compensatoire qui avait été introduit par la loi du 14 juillet 1819<sup>1215</sup>, et qui avait été condamné presque deux siècles plus tard par le Conseil constitutionnel<sup>1216</sup>.
- 937 En effet, la loi de 2021 a complété l'article 913 CCF de sorte que dorénavant « lorsque le défunt ou au moins l'un de ses enfants est, au moment du décès, ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou y réside habituellement et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, chaque enfant ou ses héritiers ou ses ayants-cause peuvent effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens existants situés en France au jour du décès, de façon à être rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française, dans la limite de ceux-ci ».
- 938 Le droit de prélèvement compensatoire instauré par la loi de 2021 est au profit des enfants venant à une succession soumise à une loi étrangère qui ignore tout mécanisme réservataire protecteur de leurs droits. Il n'est pas subordonné à l'existence d'une situation de précarité économique ou d'un besoin des enfants. Ceux-ci pourront prélever sur les biens situés en France une portion

---

<sup>1213</sup> ANCEL, Réserve (2018), p. 96.

<sup>1214</sup> Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021, JORF n° 0197 du 25 août 2021, art. 24.

<sup>1215</sup> L'objectif principal de la loi du 14 juillet 1819 était de rétablir la capacité successorale des étrangers, qui auraient dès lors pu disposer et succéder de la même manière que les Français. Cependant, afin d'éviter qu'un héritier français ne souffre de l'application d'une loi étrangère à la succession, l'art. 2 de la loi prévoyait que « dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales ». En d'autres termes, ce droit de prélèvement permettait de protéger la réserve héréditaire des héritiers de nationalité française. Cependant, la portée de la règle était plus large : en effet, l'expression « à quelque titre que ce soit » aurait permis de faire intervenir le prélèvement à raison d'une exclusion d'un héritier français pour des raisons religieuses ou de genre.

<sup>1216</sup> Conseil constitutionnel, arrêt n° 2011-159 QPC, dans lequel le Conseil constitutionnel a déclaré l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819 inconstitutionnel pour violation du principe d'égalité.



égale à celle dont ils auraient pu bénéficier grâce à la réserve héréditaire<sup>1217</sup>. De plus, contrairement à ce qui était prévu dans l'ancien droit au prélèvement<sup>1218</sup>, le nouveau droit de prélèvement compensatoire n'est pas réservé aux héritiers français, mais pourra être exercé par toute personne, pour autant que « le défunt ou au moins l'un de ses enfants est, au moment du décès, ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou y réside habituellement ».

Il reste la question de la qualification de cette nouvelle règle. La doctrine majoritaire exclut la qualification de loi de police<sup>1219</sup>. En effet, traditionnellement il est considéré qu'une loi de police est une loi interne dont le contenu substantiel est jugé tellement important qu'elle est assortie d'une impérativité internationale, quelle que soit la loi applicable à la situation. Or ici, le texte n'établit pas une règle de droit interne mais se prononce directement et uniquement pour les situations internationales<sup>1220</sup>. En outre, la loi de police intervient indépendamment de la règle de conflit de lois, alors que l'article 913 CCF suppose que la règle de conflit soit au contraire préalablement mise en œuvre et que le résultat de son application soit comparé avec le résultat qui aurait été obtenu par l'application de la loi française<sup>1221</sup>.

Si une partie de la doctrine se penche pour une qualification en termes d'ordre public international<sup>1222</sup>, d'autres s'y opposent<sup>1223</sup>. En effet, alors que l'ordre public a pour effet d'écarter la loi désignée par la règle de conflit et lui substituer la loi du for, l'article 913 CCF a plutôt comme effet de créer, pour les biens sis en France, une succession dérogeant non seulement à la loi étrangère, mais également à la loi française ordinaire, du moment qu'il est permis à certains héritiers de prélever une partie plus grande de leur part en droit français, dans le but de compenser l'absence de réserve sur les autres biens de la succession<sup>1224</sup>. Dès lors, l'article 913 CCF constituerait une règle matérielle internationale, à savoir une règle substantielle, édictée spécialement pour les relations internationales, qui, contrairement à la règle de conflit de lois, donne directement la solution au fond du litige<sup>1225</sup>.

<sup>1217</sup> CONSEIL D'ÉTAT (2020), paragr. 43.

<sup>1218</sup> *Ibid.*, paragr. 44.

<sup>1219</sup> JOUBERT (2021), p. 322-332 ; RAMACIOTTI (2021), p. 310-321 ; HAFTEL (2021).

<sup>1220</sup> JOUBERT (2021), p. 325.

<sup>1221</sup> *Ibid.*

<sup>1222</sup> *Ibid.* Selon l'autrice, il s'agirait, plus spécifiquement, d'une clause spéciale d'ordre public, visant à réduire les incertitudes liées à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international.

<sup>1223</sup> RAMACIOTTI (2021) ; HAFTEL (2021).

<sup>1224</sup> HAFTEL (2021).

<sup>1225</sup> SIMON-DEPITRE (1974), p. 594.

- 941 Dans ce contexte, il convient de rappeler que le principe de prévisibilité a guidé les États membres à adopter le règlement européen en matière de successions. Il nous semble que le mécanisme compensatoire décrit plus haut irait tout d'abord à l'encontre des principes de prévisibilité, vu que ce mécanisme permettrait de remettre en cause les dispositions successorales d'un *du cuius* qui s'est basé sur sa loi nationale très permissive en matière de réserve, et d'unité de la loi successorale, parce qu'appliquer un prélèvement compensatoire sur les biens situés en France signifie soustraire une partie de la masse successorale du champ d'application de la loi régissant la succession<sup>1226</sup>.
- 942 Cependant, nous constatons que la France n'est pas le seul État membre qui fait part d'une volonté d'élargir l'exception d'ordre public visé à l'article 35 du règlement n° 650/2012, y incluant notamment la protection des héritiers réservataires.
- 943 À ce sujet, nous mentionnons à titre d'exemple un arrêt de la Haute Cour allemande de 2022<sup>1227</sup>, dans lequel celle-ci a estimé que l'application à une succession du droit anglais, qui ne prévoit pas de réserve pour les descendants, viole l'ordre public allemand lorsque l'affaire entretient des liens significatifs avec le territoire allemand. Dans cette affaire, la Cour a commencé par confirmer que, conformément aux dispositions transitoires de l'article 83, paragraphe 2 du règlement n° 650/2012, le défunt pouvait valablement choisir le droit anglais comme loi applicable à sa succession, même si ce choix était intervenu avant l'entrée en vigueur du règlement sur les successions. Cependant, elle a conclu que la loi anglaise valablement choisie devait être écartée car son application était manifestement incompatible avec l'ordre public allemand.
- 944 Dans son raisonnement, la Cour a tout d'abord rappelé que l'exception d'ordre public international ne pouvait trouver application que si l'application du droit anglais donnait lieu à un résultat inacceptable dans le cas concret<sup>1228</sup>. Par la suite, elle a précisé que les règles allemandes en matière de réserve, garanties dans la Constitution, font partie de l'ordre public allemand<sup>1229</sup>. Dans le cas d'espèce, puisque, à défaut de domicile du défunt au Royaume-Uni, l'héritier privé de sa réserve n'avait pas la possibilité de voir ses droits protégés par d'autres mécanismes prévus par le droit anglais, la Haute Cour allemande a considéré que la contradiction entre le droit anglais et le droit à la réserve garanti par la Constitution allemande était si grave que le résultat dans le cas

---

<sup>1226</sup> LE GRAND DE BELLEROCHE (2021), p. 307.

<sup>1227</sup> BGH - IV ZR 110/21.

<sup>1228</sup> LEIN (2022-2023), p. 417.

<sup>1229</sup> *Ibid.*

concret serait inacceptable pour le demandeur, de sorte que, dans le cas d'espèce, au vu des liens étroits avec le territoire allemand, le choix de la loi anglaise violait l'ordre public allemand<sup>1230</sup>.

À notre avis, tant le mécanisme compensatoire prévu par le législateur français que la position adoptée par la Haute Cour allemande sont contraires à la conception restrictive de la notion d'ordre public international qui s'est progressivement développée au niveau européen, et que les États membres se sont engagés à respecter en adoptant le règlement européen sur les successions<sup>1231</sup>. L'étude des décisions rendues depuis quelques années par la CJUE montre en effet, dans une jurisprudence constante, que si la Cour reconnaît que les États membres sont libres de déterminer le contenu de leur ordre public international, cette liberté est soumise au contrôle strict de la Cour qui n'admet son utilisation que dans des « cas exceptionnels »<sup>1232</sup>, afin d'éviter toute instrumentalisation de la notion d'ordre public international pour limiter l'application de la réglementation européenne<sup>1233</sup>.

Cette vision restrictive de l'ordre public international se retrouvant dans le règlement sur les successions<sup>1234</sup>, on peut douter que la CJUE considère que l'absence de réserve héréditaire, dans un système juridique pouvant garantir autrement les droits des héritiers réservataires, constitue une menace réelle et suffisamment grave permettant l'application systématique d'un mécanisme compensatoire tel que celui qui est prévu dans le cas présent<sup>1235</sup>.

---

<sup>1230</sup> BGH - IV ZR 110/21, paragr. 23.

<sup>1231</sup> LE GRAND DE BELLEROUCHE (2021), p. 307.

<sup>1232</sup> CJCE, *Krombach*, C-7/98, paragr. 21.

<sup>1233</sup> CJUE, *Ilonka*, C-208/09, paragr. 86 et 87.

<sup>1234</sup> Voir, par exemple, le consid. 58 r. 650/2012.

<sup>1235</sup> FULCHIRON, *Réserve* (2015), p. 62 ss, selon lequel une contestation systématique de la loi choisie par le biais de l'ordre public, au motif qu'elle serait moins protectrice des héritiers réservataires, finirait par dénaturer le système du règlement.

## II.B.3.2.2. Le choix de la loi applicable aux dispositions pour cause de mort

### II.B.3.2.2.a. *Le choix dans la loi suisse de droit international privé*

#### II.B.3.2.2.a.i. Le choix de loi pour les testaments

- 947 Dans sa version actuelle, la LDIP ne prévoit pas de possibilité de procéder à un choix de loi valable uniquement pour les questions relatives au testament. La loi de révision apporte des nouveautés en ce sens, dans le but principal d'atteindre une meilleure harmonisation du droit suisse avec le règlement européen<sup>1236</sup>.
- 948 En cas de *professio juris*, l'article 94, alinéa 2 LDIP-rév précise que le droit national choisi par le *de cuius* devient applicable en lieu et place de celui du domicile, comme cela est également prévu aujourd'hui pour les pactes successoraux à l'article 95, alinéa 2 LDIP (cf. *infra*, n° 958). Cette solution paraît aller de soi dans la mesure où, en cas de choix de loi au sens des articles 87, alinéa 2, et 90, alinéa 2 LDIP, le droit désigné par le *de cuius* devient en principe applicable à l'ensemble des questions successorales en lieu et place du droit du domicile, sous réserve des aspects purement « procéduraux » de la succession régis par la loi du for (art. 92, al. 2 LDIP).
- 949 La loi de révision ne précise pas à quel moment la *professio juris* doit être effectuée, mais indique que celle-ci doit être contenue « dans le testament ou une disposition antérieure »<sup>1237</sup>. Selon une partie de la doctrine, cette précision pourrait se révéler problématique<sup>1238</sup>. En effet, une *professio juris* postérieure au testament concerné incluse, par un exemple, dans un codicille ou dans un nouveau testament qui ne révoque pas le testament antérieur, devrait également être pertinente<sup>1239</sup>.
- 950 La loi de révision de la LDIP apporte une autre nouveauté. Sur la base du modèle du régime proposé pour les pactes successoraux (art. 95, al. 4 LDIP-rév, cf. *infra*, n° 961), en vertu de l'article 94, alinéa 3 LDIP-rév, le disposant pourra aussi soumettre son testament, c'est-à-dire les questions visées à l'alinéa 1, directement au droit d'un de ses États nationaux. L'élection de droit au sens de l'alinéa 3 prévaut sur la soumission de toute la succession au droit

---

<sup>1236</sup> FF 2020 3215, p. 3241.

<sup>1237</sup> A BONOMI, La révision (2019), p. 243.

<sup>1238</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 94 N 4.

<sup>1239</sup> A BONOMI, La révision (2019), p. 243.

d'un autre État national au sens de l'alinéa 2. Cette approche correspond à la solution adoptée dans le règlement européen (art. 24, paragr. 2 r. 650/2012)<sup>1240</sup>.

En dépit de ce choix partiel, les autres aspects de la succession continueront à être régis par la loi de l'État du dernier domicile du *de cuius*<sup>1241</sup>. A l'instar du rattachement au domicile du *de cuius* au moment de l'acte, le choix partiel produit donc un dépeçage entre les aspects régis par le droit applicable à la succession et la ou les dispositions cause de mort, régies par la loi spécifiquement choisie par le testateur<sup>1242</sup>. Afin de mieux saisir la portée de cette règle, il convient de répéter que, lorsqu'une *professio juris* portant sur la succession est incluse dans le testament, la loi désignée régit de toute manière la validité de cette disposition (art. 94, al. 2 LDIP-rév) ; en effet, dans cette hypothèse, la loi choisie est la loi successorale « hypothétique » au sens indiqué plus haut. 951

En outre, la loi choisie demeure applicable à toute nouvelle disposition successive tant que la *professio juris* n'a pas été modifiée ou révoquée. Dès lors, en présence d'un choix valable de la loi applicable à la succession, il n'est pas nécessaire de procéder à un choix pour chaque nouvelle disposition de dernière volonté que le *de cuius* souhaite établir, la loi choisie demeurant de toute manière applicable, sous réserve de modification ou révocation du choix par le disposant. 952

Cela étant, le choix partiel peut s'avérer utile uniquement lorsque le disposant souhaite combiner les avantages offerts par deux lois distinctes : l'une qui permet certaines dispositions cause de mort, l'autre qui offre d'autres avantages. 953

L'opportunité d'admettre un tel choix partiel est à démontrer<sup>1243</sup>. Puisqu'il est de toute manière possible de choisir le droit applicable à l'ensemble de la succession, est-il vraiment souhaitable que le *de cuius* puisse effectuer, en lieu et place de celle-ci, une élection de droit partielle, sachant que cette faculté aboutit à l'admission d'un dépeçage volontaire<sup>1244</sup> ? Il convient cependant de souligner que le règlement européen admet ce choix et qu'il serait donc peu souhaitable dans la perspective, à la fois, de l'uniformité et du *favor validitatis* 954

---

<sup>1240</sup> FF 2020 3215, p. 3242.

<sup>1241</sup> Tel est le cas, de la liberté de disposer et de la réserve successorale, mais également de tous les autres aspects qui ne concernent pas le testament et sa validité.

<sup>1242</sup> BONOMI, La révision (2019), p. 244.

<sup>1243</sup> *Ibid.*

<sup>1244</sup> *Ibid.*

d'ignorer ces aspects, lorsqu'ils seront portés devant les juridictions suisses<sup>1245</sup>.

955 Comme dans le cas de *professio juris*, l'élection partielle peut uniquement porter sur le droit d'un État dont le disposant possède la nationalité. S'il possède plusieurs nationalités, il aura le choix entre elles.

956 Les règles générales sont également applicables quant aux modalités formelles du choix. Dès lors, celui-ci doit faire l'objet d'une déclaration expresse revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulter des termes d'une telle disposition. Cependant, il faudra faire preuve d'extrême prudence pour conclure à l'existence d'un choix partiel tacite : en effet, lorsque des indices d'une volonté de choisir le droit applicable apparaissent dans l'acte et que le disposant ne déclare pas sa volonté de limiter la portée de son choix, il faudra généralement conclure à une *professio juris* portant sur l'ensemble de la succession<sup>1246</sup>. Cette interprétation permet de donner plus d'effets à la volonté du *de cuius* en évitant les complications d'une scission de la succession. Une interprétation large de la volonté du *de cuius* peut se justifier, dans certains cas, quand bien même le disposant indique vouloir choisir le droit applicable aux dispositions contenues dans son testament<sup>1247</sup>. En effet, puisque l'existence d'une *professio juris* portant sur l'ensemble de la succession peut ressortir de manière tacite du texte d'une disposition à cause de mort, il est possible que le choix de la loi régissant une disposition spécifique puisse être regardé comme l'indice de la volonté du disposant de soumettre l'ensemble de sa succession à la loi choisie<sup>1248</sup>.

957 On peut se demander, enfin, si le choix partiel prévu à l'article 94, alinéa 3 LDIP-rév peut coexister avec la désignation, par une *professio juris* au sens des articles 87, alinéa 2, ou 90, alinéa 2, LDIP, d'une loi distincte pour régir tous les autres aspects de la succession. Compte tenu du fait que l'article 94, alinéa 3 LDIP-rév consacre de toute manière une scission volontaire de la succession, un tel « double choix » ne devrait pas être exclu<sup>1249</sup>.

#### II.B.3.2.2.a.ii. Le choix de loi pour les pactes successoraux

958 Dans sa version actuelle, la LDIP prévoit une disposition spécifiquement dédiée aux les pactes successoraux. Selon l'article 95, alinéa 2 LDIP il est pos-

---

<sup>1245</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 94 N 5.

<sup>1246</sup> *Ibid.*

<sup>1247</sup> BONOMI, La révision (2019), p. 244.

<sup>1248</sup> *Ibid.*

<sup>1249</sup> *Ibid.*

sible de soumettre le pacte successoral à la loi nationale du disposant. En cas de pluri-nationalité, le choix peut porter sur l'un ou l'autre des droits nationaux, même s'il ne s'agit pas de la nationalité effective ou plus étroite, l'article 23, alinéa 2 LDIP étant inapplicable en ce cas<sup>1250</sup>. Dès lors, le choix auquel l'article 95, alinéa 2 LDIP se réfère est celui prévu à l'article 90, alinéa 2, LDIP, qui régit tous les aspects de la succession. Par conséquent, l'article 95, alinéa 2 LDIP se limite à clarifier que la loi désignée par le disposant régit également le pacte successoral.

La loi de révision maintient la possibilité de procéder à une élection de droit sur la base de l'article 95, alinéa 2 LDIP-rév, selon lequel le disposant peut soumettre sa succession entière à son droit national. Comme dans le droit actuel, cette élection de droit pour toute la succession s'étendra au pacte successoral qui la contient. 959

Dans le droit actuel, une élection partielle est, en principe, interdite. La seule exception à ce principe est la possibilité, reconnue par l'article 87, alinéa 2 LDIP, de procéder à un choix de loi limité à la partie de la succession située en Suisse<sup>1251</sup>. Il reste donc la question de savoir si, dans ce cas, le pacte successoral serait soumis au droit suisse, tel que prévu par les articles 87, alinéa 2 et 91, alinéa 2 LDIP, ou resterait soumis au droit applicable au reste de la succession. La lettre de l'article 95, alinéa 1 LDIP, qui précise que le choix du disposant doit porter sur « toute la succession », semble exclure que le choix partiel du droit suisse puisse s'étendre au pacte successoral<sup>1252</sup>. L'on peut donc conclure qu'à l'aune du droit actuel, il n'est pas possible d'opérer un choix de droit partiel portant uniquement sur le pacte successoral et ses dispositions. Toutefois, cette interprétation ne convainc pas une partie de la doctrine, selon laquelle, dans ces cas, il serait préférable de soumettre le pacte successoral au droit suisse afin d'éviter un dépeçage inutile et de respecter la volonté du défunt, dans la mesure où il porte uniquement sur les biens situés en Suisse<sup>1253</sup>. 960

La révision du chapitre 6 LDIP apporte des nouveautés en ce sens. L'article 95, alinéa 4 LDIP-rév porte sur une élection de droit ciblée sur le pacte successoral et les dispositions qu'il contient. L'article 95, alinéa 4 LDIP-rév dispose que les parties pourront soumettre le pacte successoral au droit d'un des États nationaux du disposant, clarifiant enfin l'incertitude créée par le droit suisse actuel. La *professio juris* ne devient pas non plus invalide si le dispo- 961

<sup>1250</sup> BSK IPRG-SCHNYDER/ LIATOWITSCH/ DORJEE-GOOD, art. 95 N 3.

<sup>1251</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 95 N 4.

<sup>1252</sup> BSK IPRG-SCHNYDER/ LIATOWITSCH/ DORJEE-GOOD, art. 95 N 3 ; ZK IPRG-KÜNZLE, art. 95 N 3.

<sup>1253</sup> Voir, par exemple, BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 95 N 4.

sant perd sa nationalité entre la conclusion du pacte et sa mort, ou s'il devient suisse dans l'intervalle<sup>1254</sup>, dans le but de favoriser la durabilité des pactes successoraux<sup>1255</sup>. Ce choix aura un effet restreint à la validité et à l'interprétation de l'acte à cause de mort, tandis que les autres aspects de la succession resteront soumis au droit applicable à la succession. En particulier, ce choix n'affectera pas le droit applicable à la quotité disponible et à la réserve<sup>1256</sup>. Il sied de relever que cette solution permet d'atteindre une meilleure coordination entre les questions relatives à la succession et celle relevant du droit des régimes matrimoniaux (art. 52, al. 2 LDIP).

962 La *professio juris* peut être incluse dans le pacte successoral lui-même, ce qui sera souvent le cas (art. 87, al. 2 ; art. 90, al. 2 ; art. 95, al. 2 LDIP). Dans cette hypothèse, l'élection de droit fait partie de l'accord entre le disposant et les autres parties au pacte<sup>1257</sup>. Dès lors, il ne devrait pas être possible pour le disposant de la révoquer de manière unilatérale par la suite, au risque d'affecter après coup la validité ou les effets du pacte<sup>1258</sup>. Pour la même raison, il est exclu que le *de cuius* puisse modifier le droit applicable au pacte en faisant une *professio juris* dans une disposition postérieure à celui-ci<sup>1259</sup>. En droit actuel, on peut hésiter quant à l'effet sur le pacte d'une *professio juris* résultant d'une disposition unilatérale antérieure à celui-ci, par exemple un testament précédent non révoqué<sup>1260</sup>. La loi de révision admet cette possibilité à l'article 95, alinéa 2 LDIP-rév., qui se réfère notamment à un choix de loi résultant d'une « disposition antérieure » : dès lors, les autres parties au pacte successoral seront liées par une *professio juris* faite par le *de cuius* de manière unilatérale.

963 S'agissant des pactes comptant plusieurs disposants, l'article 95, alinéa 3 LDIP prévoit la possibilité de conclure une *professio juris* en faveur du droit national commun aux disposants. La doctrine n'est pas unanime quant à savoir

---

<sup>1254</sup> FF 2020 3215, p. 3246.

<sup>1255</sup> Cette disposition correspond à ce que prévoit le règlement européen (art. 25, paragr. 3, et 22, paragr. 1). Elle en diffère cependant sur un point : le disposant concerné doit avoir eu la nationalité en question au plus tard au moment du décès du premier disposant. Il ne suffit pas qu'il l'ait eue au moment du décès de l'un des autres disposants. Cette différence tient au fait que le droit applicable au pacte successoral doit être fixé au premier des décès réglés par celui-ci. FF 2020 3215, p. 3248.

<sup>1256</sup> BONOMI, La révision (2019), p. 247.

<sup>1257</sup> ZK IPRG-KÜNZLE, art. 95 N 3.

<sup>1258</sup> BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 95 N 5.

<sup>1259</sup> *Ibid.*

<sup>1260</sup> *Ibid.*



si cette disposition autorise une élection de droit partielle<sup>1261</sup>. Celle-ci implique de rattacher une partie de la succession à un droit différent du reste de la masse successorale<sup>1262</sup>. Ainsi, elle entraîne une scission volontaire, en distinguant la loi générale applicable à la succession, et la loi qui régit les dispositions pour cause de mort, dans ce cas le pacte successoral.

Dans le cadre de la révision, l'article 95, alinéa 4 LDIP-rév envisage de permettre aux parties de soumettre le pacte successoral au droit de l'un des États nationaux du disposant ou de l'un des disposants, selon qu'il s'agisse d'un pacte successoral unilatéral ou mutuel<sup>1263</sup>. Cette nouvelle option donne plus de marge de manœuvre aux parties et peut s'avérer particulièrement utile pour des époux ayant des nationalités différentes, lorsque le pacte successoral est connu de la loi nationale de l'un d'eux, mais pas de la loi nationale de l'autre ni par celle de leur domicile commun<sup>1264</sup>. Dans une telle hypothèse, les époux ne pourront pas effectuer une *professio juris* commune, car ils ne partagent pas la même nationalité. Cependant, en vertu du choix partiel de la loi nationale de l'un d'entre eux, ils pourront conclure valablement un pacte successoral. Il convient de souligner qu'ils pourront également soumettre à la même loi leur contrat de mariage, étant donné que le choix du droit de l'État national de l'un des conjoints est également possible pour le régime matrimonial (art. 52, al. 2 LDIP)<sup>1265</sup>. De surcroît, dans un tel cas, la validité du pacte successoral sera reconnue dans tous les États liés par le règlement européen n° 650/2012, puisque le choix partiel de la loi nationale de l'un des disposants est permis, aux mêmes conditions, par ce texte (art. 25 r. 650/2012).

De plus, contrairement à l'avant-projet, l'article 95, alinéa 4 LDIP-rév prévoit que les parties puissent soumettre le pacte successoral également au droit dans lequel l'un des disposants est domicilié. Sur ce point, dès lors, la loi de révision se montre plus libérale que le texte européen, lequel ne prévoit actuellement pas une telle possibilité. Il est cependant probable que la plupart des tribunaux considéreront le droit de l'État de domicile désigné comme présentant avec le pacte successoral les liens les plus étroits au sens de l'article 25, paragraphe 2 du règlement et reconnaîtront donc indirectement l'élection de

<sup>1261</sup> BONOMI, Successions internationales (2011), p. 223 ; CR LDIP/CL-UCHER, art. 90 LDIP N 5 ; BONOMI/DUTOIT (2022), art. 95 N 1 ; GULLAUME, L'extension (2019), p. 230.

<sup>1262</sup> FF 2020 3215, p. 3238.

<sup>1263</sup> Cette solution correspond à celle de l'art. 25, paragr. 3 r. 650/2012.

<sup>1264</sup> BONOMI, La révision (2019), p. 248.

<sup>1265</sup> *Ibid.* FF 2020 3215, p. 3247.

droit. De ce point de vue, le passage ajouté à l'article 95, alinéa 4 LDIP-rév constitue au moins un rapprochement avec le règlement européen<sup>1266</sup>.

966 Il convient de rappeler que la *professio juris* peut également résulter implicitement d'« indices sans équivoque » dans le texte même du pacte successoral, ainsi qu'il en va en matière de testament<sup>1267</sup>. En effet, l'article 90, alinéa 2 LDIP vise tant le testament que le pacte successoral.

#### *II.B.3.2.2.b. Le choix dans le règlement européen n° 650/2012*

967 Le droit des successions a toujours fait place, dans la plupart des pays, à une certaine autonomie de la volonté. En droit interne, cette autonomie résulte de la possibilité reconnue au *de cuius* de prendre des dispositions à cause de mort y compris, dans certains pays, de conclure des pactes successoraux. En lien avec les dispositions à cause de mort, le règlement européen franchit un pas de plus en autorisant, dans certaines limites, le testateur ou les parties à un pacte successoral, à choisir la loi applicable à la disposition à cause de mort.

968 Comme nous l'avons vu, les articles 24 et 25 déterminent la loi applicable à la recevabilité, à la validité au fond et à certains effets des testaments, des pactes successoraux et d'autres dispositions à cause de mort (cf. *supra*, n° 887-890). Ces questions sont régies, en principe, par la loi qui aurait été applicable à la succession si le disposant était décédé le jour de l'établissement de la disposition, qui constitue ce que l'on appelle la loi successorale « hypothétique ». En vertu de l'article 22, le *de cuius* peut également soumettre ses dispositions à cause de mort à sa loi nationale.

969 La situation est plutôt similaire pour les pactes successoraux. Si le pacte concerne la succession d'une seule personne, les parties peuvent choisir la loi que ladite personne aurait pu choisir conformément à l'article 22, c'est-à-dire la loi nationale de celle-ci. S'il concerne la succession de plusieurs personnes, le choix peut porter sur la loi que l'une de ces personnes aurait pu choisir (art. 25, paragr. 3).

970

---

<sup>1266</sup> FF 2020 3215, p. 3247.

<sup>1267</sup> Voir *contra* : ZK IPRG-KÜNZLE, art. 95 N 11, BSK IPRG-SCHNYDER/ LIATOWITSCH/ DORJEE-GOOD, art. 95 N 4, qui préfèrent faire appel à l'art. 116, al. 2 LDIP et exiger que l'élection de droit ressorte « de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances ». Cependant, cette exigence paraît peu compatible avec la jurisprudence du Tribunal fédéral qui ne fait pas de distinctions entre les différents cas de *professio juris*. Pour plus de précisions, voir BONOMI/ DUTOIT (2022), art. 90 N 14.

À la différence du choix de loi que le *de cuius* peut effectuer selon l'article 22 et qui porte sur l'ensemble de la succession, le choix prévu pour les dispositions à cause de mort ne porte que sur sa recevabilité, sa validité au fond et ses effets contraignants entre les parties. Il faudra donc faire coexister la loi applicable à la disposition avec la ou les lois successorales des personnes concernées. On pourrait imaginer que celles-ci, pour parvenir à l'unité de loi applicable, complètent le choix de la loi du pacte par un choix, individuel cette fois, de la loi successorale<sup>1268</sup>. Cependant, il convient de souligner que des époux voulant conclure un pacte successoral ne pourront pas choisir une même loi pour régir leurs successions s'ils sont de nationalité différente<sup>1269</sup>.

---

<sup>1268</sup> LAGARDE, Les principes (2012), paragr. 32.

<sup>1269</sup> *Ibid.*

## II.C. Synthèse

- 971 À l'instar de la partie dédiée au droit matériel, nous avons débuté la réflexion en matière de droit international privé par une analyse des étapes essentielles du développement historique de la *professio juris*. S'agissant de la naissance du concept de *professio juris*, nous avons rappelé que cette institution a vu le jour dans l'Antiquité, à l'époque des invasions barbares, lorsque les Romains et les peuples barbares coexistaient selon le système de personnalité de lois. Ensuite, nous avons parcouru les étapes essentielles du développement de la *professio juris* dans les codifications de droit international privé antérieures au règlement européen n° 650/2012.
- 972 Dans la deuxième section, nous avons abordé la question de la reconnaissance du principe d'autonomie en droit international privé positif. Nous avons entamé la réflexion par la présentation des sources. Ensuite, nous avons parcouru les dispositions pertinentes en matière de compétence et droit applicable aux questions successorales.
- 973 En premier lieu, nous avons posé le cadre de notre analyse par le biais d'un aperçu des dispositions applicables en l'absence de choix. En matière de compétence, nous avons mentionné le rattachement principal au dernier domicile ou résidence habituelle du défunt. Nous avons traité également des autres chefs de compétence prévus dans la LDIP, ainsi que dans le règlement n° 650/2012 : nous avons notamment attiré l'attention du lecteur sur la compétence subsidiaire de l'article 10 du règlement n° 650/2012, qui peut être source de conflits positifs de compétence en raison des compétences très étendues qu'il confère aux autorités des États membres. Nous avons relevé que la volonté de réduire pareils risques de conflits a motivé le législateur helvétique à réviser le droit international privé suisse des successions, dont l'objectif principal est la coordination du chapitre 6 de la LDIP avec le règlement européen n° 650/2012 : nous avons dès lors exploré les solutions retenues par le législateur suisse afin d'atteindre cet objectif.
- 974 S'agissant du droit applicable à la succession, nous avons souligné les approches similaires suivies par les législateurs suisse et européen concernant la détermination de la loi applicable à la succession. Le rattachement retenu par les deux textes est celui de la dernière résidence habituelle ou du dernier domicile du défunt. Cependant, dans une optique de coordination, les solutions en vigueur pour la détermination du droit applicable aux successions ne parviennent pas à une bonne coordination avec le droit applicable aux questions

matrimoniales<sup>1270</sup>. Nous avons également évoqué les risques de scission matérielle dans les cas de successions internationales. À ce sujet, nous avons mis l'accent sur la scission légale, qui se présente lorsque la mise en œuvre d'une règle de conflit rompt l'universalité potentielle de la succession.

En deuxième lieu, nous avons procédé à l'étude de la marge de liberté accordé en matière de planification successorale en droit international privé suisse et européen. Nous avons souligné l'absence d'une possibilité d'élection de for unilatérale de la part du *de cuius* dans le règlement n° 650/2012. D'autre part, nous avons relevé que cette possibilité est reconnue, bien que de manière limitée, dans la LDIP. Par la suite, nous avons examiné les nouveautés que le législateur suisse a apporté dans ce sens dans le cadre de la révision du droit international privé des successions. 975

Pour le droit applicable, nous avons analysé tant les options disponibles pour le choix de la loi applicable à la succession, que les possibilités d'élection de droit valables uniquement pour les dispositions à cause de mort. S'agissant du choix de la loi applicable à la succession, nous avons relevé que la LDIP et le règlement européen prévoient un choix de loi en faveur de la loi nationale du *de cuius*. Dans sa version actuelle, la LDIP ne permet pas aux ressortissants suisses binationaux de choisir le droit de leur autre État national. Dans le cadre de la révision de la loi suisse de droit international privé, la possibilité d'admettre une telle possibilité a fait l'objet de débats : celle-ci a finalement été acceptée, mais sous réserve du respect des dispositions suisses en matière de réserve héréditaire. De surcroît, nous avons relevé que tant le règlement européen que la LDIP ne prévoient pas la possibilité de choisir la loi de la résidence habituelle ou du domicile du défunt au moment du choix, ce qui constitue une limitation importante à l'élection de droit en matière successorale. 976

Nous avons également analysé le lien existant entre *professio juris* et ordre public. En Suisse, nous avons évoqué la position du Tribunal fédéral dans l'affaire Hirsch, selon lequel la réserve n'est pas partie de l'ordre public international helvétique. Nous avons remarqué que cette conception semblait s'opposer à la nouvelle teneur de l'article 90, alinéa 2 LDIP-rév, qui limite l'élection de droit dans un but de protection des droits des intérêts réserva- 977

---

<sup>1270</sup> En guise d'exemple, nous rappelons que, bien que les règlements n° 2016/1103 et 650/2012 se réfèrent à la résidence habituelle, il y a une divergence s'agissant du moment dans lequel ce critère de rattachement est pris en considération pour la détermination de la loi applicable : alors que le règlement en matière de régimes privilégie le droit de la première résidence habituelle du couple, le règlement n° 650/2012 opte pour l'application du droit de la dernière résidence habituelle du *de cuius*.

taires. Au sein de l'Union européenne, nous avons également relevé une volonté, de la part de certains États membres, d'élargir l'exception d'ordre public visé à l'article 35 du règlement n° 650/2012, y incluant notamment la protection des héritiers réservataires. À titre d'exemple, nous avons cité la réintroduction du droit de prélèvement en France, ainsi que la position adoptée par la Haute Cour allemande dans une affaire de 2022.

## Conclusion de la deuxième partie

Il est indéniable qu'il existe une certaine interrelation entre la culture d'un pays et son droit successoral. Le sociologue allemand Jens BECKERT a montré que les différences existantes entre les droits successoraux nationaux sont notamment dues aux perceptions différentes, culturellement formées, que les acteurs politiques ont de la matière<sup>1271</sup>. Dès lors, à l'instar de la première partie de ce travail, dédiée aux questions matrimoniales, cette deuxième partie dédiée aux successions a débuté avec l'examen des manifestations du principe d'autonomie en droit matériel. Ainsi, il a été possible de reconnaître les points de convergence entre les différents systèmes nationaux, tout en soulignant les éventuelles disparités. 978

Cet examen a mis en évidence l'existence d'une tendance législative vers une libéralisation du droit successoral. Cependant, nous avons relevé des divergences s'agissant des instruments de planification successorale, notamment à propos de l'admission d'outils de nature contractuelle tels que les pactes successoraux, qui demeurent interdits en France et en Italie à cause de la méfiance des législateurs nationaux quant à l'utilisation, en matière successorale, d'instruments de nature contractuelle qui viendraient restreindre la liberté de disposition du *de cuius*. En dépit de cela, il a été possible de relever une progressive extension du principe d'autonomie, notamment par l'assouplissement de l'interdiction du pacte successoral dans les deux ordres juridiques concernés. Cet assouplissement s'est manifesté par l'introduction, d'une part, d'institutions qui constituent des véritables pactes exceptionnellement admis par la loi, et, d'autre part, d'institutions que, sans être des vrais pactes successoraux, en constituent des équivalents fonctionnels. 979

Dans un deuxième temps, nous nous sommes intéressés aux dispositions de droit international privé suisse et européen. S'agissant des critères de rattachement objectif, nous avons attiré l'attention du lecteur sur les risques de conflits positifs de compétence engendrés par la portée extensive des compétences subsidiaires consacrées à l'article 10. En matière de droit applicable, 980

---

<sup>1271</sup> BECKERT/ DUNLAP (2008), p. 280 ss.

nous avons également soulevé les problèmes de scission de la succession. L'examen des normes de droit international privé a montré que, contrairement à ce qui est vrai pour les questions matrimoniales, notamment les régimes matrimoniaux, l'autonomie de la volonté en matière successorale est sujette à davantage de limites. Ainsi, nous avons relevé l'absence d'une possibilité d'élection de for unilatérale dans le cadre du règlement n° 650/2012, une possibilité qui, en revanche, est admise dans la LDIP, bien que de manière restreinte. De plus, nous avons constaté les limitations à la *professio juris* actuellement imposés aux ressortissants suisses binationaux, partiellement levées avec la prochaine entrée en vigueur de la loi de révision du chapitre 6 LDIP.

981 Après avoir présenté le paysage juridique en matière matrimoniale et successorale, dans la partie suivante du présent travail, il sera question de revenir sur les considérations issues des parties précédentes afin de fournir des propositions pratiques visant à atteindre le but de coordination souhaité à l'aide du principe d'autonomie de la volonté.



Troisième partie :

**Le rôle du principe d'autonomie  
dans la recherche de coordination**



## Chapitre I : Introduction

Selon la Commission européenne, il y a actuellement environ seize millions de couples internationaux dans l'Union européenne. Le flux constant et croissant de citoyens d'un État à l'autre a donné lieu depuis quelque temps à une augmentation croissante des conflits familiaux transfrontaliers. Les statistiques montrent que le nombre de divorces et de séparations internationaux a augmenté dans l'UE au cours des vingt dernières années<sup>1272</sup> puisque lorsqu'un couple se sépare, les membres de la famille se retrouvent souvent à vivre dans différents pays et leurs litiges juridiques deviennent plus complexes. De plus, en 2019 les systèmes juridiques de quinze États membres de l'UE ont introduit dans leurs législations le mariage entre personnes de même sexe, ce qui signifie, entre autres, une potentielle augmentation du nombre de divorces dans ces États, ainsi que des litiges dans des cas internationaux. 982

Dans un tel contexte, les défis sont nombreux et concernent, entre autres, des catégories telles que le divorce, les obligations alimentaires, les régimes matrimoniaux, ainsi que les successions. Pour relever ces défis et tenter d'offrir aux citoyens de l'UE un certain degré de sécurité juridique, plusieurs instruments ont été adoptés dans l'UE dans le but de créer un régime uniforme de règles de compétence, de conflit de lois et de reconnaissance. 983

Il convient de souligner que la volonté d'assurer un certain degré de sécurité juridique dans les situations à caractère international est un des objectifs qui pousse le législateur, tant au niveau européen qu'à l'échelle nationale, à intervenir dans le domaine du droit international privé. Malgré la difficulté de définir de manière exhaustive le concept de « sécurité juridique », il est largement reconnu que la protection des intérêts légitimes des parties et la garantie d'une certaine prévisibilité des décisions en sont des composantes<sup>1273</sup>. Afin de garantir ces objectifs, le droit international privé cherche à atteindre un règlement uniforme des affaires relevant de plusieurs matières connexes et entretenant des contacts avec plusieurs États. Par conséquent, il est souhaitable d'assurer, d'une part, une uniformité dans la manière dont les tribunaux des différents 984

---

<sup>1272</sup> EUROSTAT, Statistiques sur les mariages et divorces.

<sup>1273</sup> GRAY, *Party Autonomy* (2021), p. 44-45.

États concernés traitent un même cas de figure (harmonie internationale)<sup>1274</sup> et, d'autre part, essayer de soumettre aux mêmes autorités et à la même loi des domaines connexes, telles les questions alimentaires et la liquidation du régime matrimonial, ou encore ce dernier et l'ouverture de la succession de l'un des conjoints (harmonie interne)<sup>1275</sup>.

985 D'un point de vue terminologique, dans le contexte de ce travail, nous utiliserons les termes de cohérence et coordination comme synonymes, les deux impliquant la nécessité d'assurer une harmonisation entre les règles et concepts juridiques contenus dans les différentes normes de droit international privé, tant dans leur formulation que dans leur interprétation<sup>1276</sup>. À ce sujet, la doctrine souvent distingue la coordination « verticale », soit celle entre plusieurs règlements consécutifs dans le temps régulant un même sujet, de celle dite « horizontale », parmi divers instruments régulant des matières connexes<sup>1277</sup>. Dans le cadre de cette étude, nous nous concentrerons essentiellement sur la coordination horizontale, en mettant l'accent sur l'importance d'assurer une harmonisation des différents instruments en vigueur, dont plusieurs trouvent souvent application dans le contexte d'une même affaire.

986 Dans l'idéal, toutes les relations qui résultent d'un mariage devraient être soumises à une réglementation unique en application du même facteur de rattachement<sup>1278</sup>. Cependant, dans les systèmes de droit international privé actuellement en vigueur, il n'existe pas un régime juridique unique en mesure de régler l'ensemble des relations patrimoniales familiales.

987 Au sein de l'Union européenne, la structure du droit international privé de la famille est plutôt complexe, tant en raison du nombre de textes applicables qu'en raison de la variété des critères de rattachement retenus. Cette complexe articulation entre plusieurs instruments est terrain fertile pour l'insécurité juridique, dans la mesure où des simples différences d'interprétation et application suffiraient pour anéantir le but de prévisibilité derrière l'adoption de ces règlements. Partant, la nécessité d'assurer une certaine cohérence entre ces instruments s'est imposée. Celle-ci, encore plus qu'en matière civile ou com-

---

<sup>1274</sup> GAILLARD (2022), paragr. 484.

<sup>1275</sup> BONOMI, *The Interaction* (2011), p. 218.

<sup>1276</sup> BONOMI, *Coherence and Coordination* (2020), p. 29 ; FONTANELLAS MORELL (2020), p. 123.

<sup>1277</sup> FONTANELLAS MORELL (2020), p. 124.

<sup>1278</sup> Dans le même ordre d'idées, Paul Heinrich NEUHAUS préconisait, déjà en 1955, la soumission des rapports de droit relevant du droit familial à une même loi, laquelle ne serait plus déterminée par la nationalité, mais par le « domicile » de la personne, entendu non pas dans un sens « continental », mais comme une nouvelle notion comportant, outre des éléments territoriaux, une composante subjective. Pour plus de détail, voir NEUHAUS (1955).

merciale, s'impose en droit international privé de la famille, à cause des différentes réglementations au sein des ordres juridiques nationaux.

L'importance d'assurer une coordination des différents instruments en vigueur se retrouve à différents niveaux, et déjà au stade de la délimitation du champ d'application. En effet, comme nous avons eu l'occasion de relever (cf. *supra*, n° 371 ss), celui-ci est très précisément défini par le législateur européen pour chaque instrument, afin d'éviter toute incohérence dans la structure globale du droit international privé. Cependant, il arrive parfois que des questions concernant la portée du champ d'application de certains instruments se pose. En guise d'exemple, nous pouvons citer les droits du conjoint survivant, à mi-chemin entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit des successions, dont l'exacte qualification a suscité de nombreux débats<sup>1279</sup>. 988

Il convient de souligner que la question de la coordination horizontale se pose également au sein des systèmes de droit international privé nationaux, par exemple en Suisse, lorsque le législateur national adopte des règles de conflit différentes pour des aspects liés des relations familiales. 989

Comme nous l'avons annoncé dans la partie introductive, notre hypothèse de travail est que le principe d'autonomie peut constituer un outil précieux dans la recherche de coordination. 990

Depuis le début du processus d'unification du droit international privé, le principe d'autonomie des parties a fait l'objet d'une attention particulière. Cette tendance est si marquée que certains auteurs suggèrent de considérer l'autonomie de la volonté comme un principe général, sous-jacent à l'ensemble du droit international privé tel que développé au cours des quinze dernières années<sup>1280</sup>. Au vu de l'importance grandissante accordée au principe d'autonomie, notamment dans le domaine du droit international privé de la famille, il nous semble fondamental de s'interroger sur la cohérence de la discipline dans son ensemble, question qui fera l'objet de la présente partie. 991

Dans les sections suivantes, nous nous livrerons donc, dans un premier temps, à l'analyse du problème de la segmentation des règles applicables à des rap- 992

<sup>1279</sup> La question a été particulièrement débattue en Allemagne où une majorité de la doctrine catégorisait la question comme relevant du droit des régimes matrimoniaux, se fondant sur l'art. 1371, parag. 1 BGB. Cette position a par la suite été confirmée par la Cour fédérale allemande dans son arrêt IV ZB 30/14. Néanmoins, dans l'arrêt *Mahnkopf*, C-558/16, la CJUE a jugé que la question rentrait plutôt dans le champ d'application du règlement successions. Nonobstant cela n'ait pas un impact sur la qualification retenue par la CJUE, l'on notera que, à l'époque de la décision mentionnée, le règlement sur les régimes matrimoniaux n'était pas encore entré en vigueur.

<sup>1280</sup> MAULTZSCH (2016), p. 467.

ports de droit connexes, pour ensuite examiner les avantages apportés par la réalisation d'un plus haut degré de coordination en droit patrimonial de la famille.

### **I.A. La segmentation de la réglementation de rapports de droit connexes**

- 993 Lorsque les règles de droit international privé désignent leur objet, elles limitent leur champ d'application à une catégorie juridique, soit-il les « obligations alimentaires », les « régimes matrimoniaux » ou les « successions à cause de mort ». En désignant son objet, la règle de conflit désigne un rapport de droit qui constitue uniquement une partie de l'ordre juridique de l'État auquel renvoie la règle de conflit à l'aide du facteur de rattachement retenu par le législateur. En d'autres termes, en désignant la matière dont elle s'occupe, la règle de conflit détache son objet d'un corps de règles matérielles qui forment un ensemble structuré, le « droit de la famille et des successions », au sein duquel existent de multiples liens systématiques entre les dispositions appartenant aux divers objets susmentionnés<sup>1281</sup>.
- 994 En tant que telle, cette segmentation est un phénomène inhérent au droit international privé moderne, qui résulte de la structure et de l'application des règles de conflits de lois et de juridictions<sup>1282</sup>. Elle se produit lorsque des matières connexes relèvent de règles de conflit différentes et que ces règles renvoient à des droits différents. En effet, dans de tels cas, au vu du fait que des questions différentes seront soumises à des lois différentes, il n'est souvent plus possible de tenir compte des liens systématiques susmentionnés. La segmentation par les règles de conflit risque alors de conduire à des incohérences, voire des contradictions, lors de l'application des dispositions matérielles des lois concernées<sup>1283</sup>.
- 995 Il est parfois possible, par le biais de la qualification, dont nous traiterons par la suite (cf. *infra*, n° 1028 ss), de soumettre à une loi unique des questions étroitement liées et de respecter ainsi l'interdépendance entre les dispositions matérielles en question. Toutefois, dans le cas où le recours à un tel moyen n'est pas possible, les inconvénients qui risquent de résulter de la rupture de ces liens peuvent être difficiles à pallier<sup>1284</sup>. Afin de prévenir de telles complications, l'intérêt de respecter au niveau des conflits de lois la cohérence des

---

<sup>1281</sup> KOHLER, La segmentation (2017), p. 73.

<sup>1282</sup> *Ibid.*

<sup>1283</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>1284</sup> KOHLER, L'autonomie (2013), p. 440 ss.

solutions qui existe à l'intérieur d'un ordre juridique mérite d'être rappelé. Déjà en 1944, WENGLER comptait la préservation de « l'harmonie matérielle » des solutions dans l'État du for parmi les principes généraux du droit international privé, et se servait de « l'unité de la famille » en tant qu'exemple<sup>1285</sup>.

Une segmentation peut intervenir dans le contexte de la mise en œuvre de la règle de conflit elle-même<sup>1286</sup>. C'est le cas lorsque certains éléments du rapport de droit concerné sont rattachés en vertu d'une règle de conflit spéciale à une autre loi que celle désignée par la règle principale<sup>1287</sup>. La segmentation peut également être l'effet d'autres procédés propres au droit international privé : par exemple, l'application de la *lex causae* elle-même peut générer une segmentation, dans l'hypothèse où ses dispositions soulèvent une question préalable soumise, en vertu de la règle de conflit qui lui est applicable, à une autre loi que celle régissant la question principale<sup>1288</sup>. Un autre exemple est fourni par la clause de l'ordre public, dont l'application comporte une segmentation du droit matériel dans la mesure où elle frappe uniquement certaines dispositions de la loi étrangère qui, par la suite, sont remplacées par des dispositions d'une autre loi, généralement celle du for<sup>1289</sup>.

Le système de droit international privé de l'UE ayant été mis en place par l'adoption progressive de textes législatifs destinés à régir des relations familiales spécifiques, lorsque plusieurs règlements trouvent à s'appliquer dans une même situation, il existe le risque d'avoir à faire à un déficit de coordination entre les différents textes. Pour cette raison, le législateur européen aurait

<sup>1285</sup> WENGLER, *Rechtsgrundsätze* (1944), p. 473-509.

<sup>1286</sup> KOHLER, *La segmentation* (2017), p. 75.

<sup>1287</sup> Cela est le cas, par exemple, dans le règlement européen sur les successions, aux art. 26 ss (cf. *supra*, n° 883 ss). Nous illustrerons ce point à l'aide de l'exemple suivant, qui nous est proposé par le Professeur Andrea BONOMI : un mineur ayant sa résidence habituelle en France rédige un testament à l'âge de dix-sept ans disposant de la totalité de sa succession. En droit français, cette disposition n'est valable que pour la moitié de la succession. Dans ces limites, le testament reste valable en vertu des art. 24, paragr. 1, et 26, paragr. 1, let. a, même si le testateur, au moment du décès, avait son domicile en Suisse, pays dans lequel la capacité de tester s'acquiert à la majorité. Pour plus de détail, voir Successions-BONOMI, art. 26 N 8.

<sup>1288</sup> À propos de cette deuxième hypothèse de segmentation, Fritz VON SCHWIND parlait, en 1958, du « morcellement » du droit privé par le droit international privé qu'il souhaitait combattre, afin de soumettre à une seule loi l'intégralité du rapport de droit concerné et de restituer à la *lex causae* son domaine d'application entier. L'auteur préconisait une conception de la règle de conflit qui arrive à désigner une seule loi pour régler l'intégralité d'une situation de fait afin de respecter les liens systématiques entre les dispositions matérielles régissant la situation et d'éviter que celle-ci ne soit décomposée en différents éléments soumis à des lois différentes. Pour plus de détails, voir VON SCHWIND (1958), p. 449-465.

<sup>1289</sup> C'est la solution prévue, par exemple, à l'art. 17 LDIP.

dû se poser assez tôt la question du déficit de coordination entre matières connexes créé par différentes règles de conflit et, en conséquence, susciter des réflexions dans le but de pallier les inconvénients évoqués<sup>1290</sup>. Cependant, ce n'est qu'avec le programme de Stockholm<sup>1291</sup> et l'Agenda de justice 2020<sup>1292</sup> que la nécessité de préserver la cohérence entre les actes de la coopération judiciaire en matière civile a pris le devant de la scène juridique : à cette occasion, la question de savoir si la segmentation causée par les règles de conflit de lois et de juridictions était perçue comme un problème a reçu une réponse prudemment affirmative. Nous rappelons que le même problème se retrouve dans les systèmes de droit international privé nationaux, dont le système suisse, lorsque le législateur retient des règles de conflit différentes pour des questions connexes.

998 Dans les sections suivantes, nous passerons en revue des cas où, en application des rattachements objectifs retenus par les législateurs pour la détermination de la loi applicable et de la compétence en matière de droit patrimonial de la famille, l'objectif de coordination recherché n'est pas atteint.

### I.A.1. L'insuffisance des rattachements objectifs dans la coordination de la loi applicable

#### I.A.1.1. *Le déficit de coordination de la loi applicable aux questions matrimoniales*

999 Sur la base des règles actuellement en vigueur, il est en principe possible de coordonner la loi applicable au divorce et aux obligations alimentaires. En effet, l'article 8 de la convention de 1973 établit, pour les obligations alimentaires entre ex-époux, un lien direct entre la loi applicable aux aspects alimentaires et la loi applicable au divorce. Dans le cadre du protocole de 2007, ce lien direct n'existe plus, le droit applicable étant en principe celui de la résidence habituelle de l'époux créancier (art. 3 prot. 2007). Néanmoins, l'une des parties peut demander l'application de la loi d'un autre État, en particulier l'État de la dernière résidence habituelle commune des époux (art. 5 prot. 2007) : cela permet, en principe, d'aboutir à l'application de la même loi applicable au divorce, car elle coïncidera généralement avec la loi de la rési-

---

<sup>1290</sup> KOHLER, La segmentation (2017), p. 76.

<sup>1291</sup> Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, JO C 115 du 4 mai 2010.

<sup>1292</sup> COM(2014) 144.



dence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction (art. 8, let. a r. 1259/2010) ou avec la loi de leur dernière résidence habituelle commune (art. 8, let. b r. 1259/2010). Cependant, il subsiste des cas où il ne sera pas possible de faire coïncider ces deux lois, notamment lorsque l'un des époux vient s'installer dans un autre État où, après plus d'une année, il demande le divorce (cf. *infra*, n° 1003). Dans ce cas, en effet, l'obligation alimentaire pourrait être régie, en application de l'article 5 du protocole, par la loi de la dernière résidence habituelle des époux, alors que le divorce sera régi par la loi de la nationalité commune des époux (art. 8, let. c r. 1259/2010) ou par la loi de la juridiction saisie (art. 8, let. d r. 1259/2010).

S'agissant de la loi applicable au divorce et aux régimes matrimoniaux, il est possible de constater que dans le règlement n° 2016/1103, le besoin de coordination avec les autres aspects connexes, notamment le divorce, a été une préoccupation primaire du législateur européen. Cependant, le résultat n'est pas entièrement satisfaisant pour la détermination de la loi applicable au divorce et aux régimes matrimoniaux. En effet, l'article 26 du règlement sur les régimes renvoie à la résidence habituelle commune au moment du mariage comme premier facteur dans une cascade de rattachements, tandis que l'article 8 du règlement Rome III renvoie à la résidence habituelle des époux au moment où le tribunal est saisi pour la procédure de divorce. Une convergence de la loi applicable pourrait se réaliser sur la base de l'article 26, paragraphe 3 du règlement n° 2016/1103. Selon cette disposition, le tribunal compétent peut, exceptionnellement et sur demande d'une des parties, appliquer la loi de la dernière résidence habituelle, si les époux avaient leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État pendant une période significativement plus longue que dans l'État désigné et que les deux époux s'étaient fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux. Malgré cela, à défaut d'une disposition spécifique dans le règlement sur les régimes matrimoniaux permettant d'appliquer la même loi qu'en matière de divorce, une insécurité juridique demeure, dans la mesure où les parties ne pourront pas compter sur l'application de la loi de la dernière résidence habituelle, qui sera subordonnée à l'appréciation des autorités judiciaires.

Afin de mieux expliquer le problème, nous utiliserons l'exemple suivant, illustré par la Professeure VIARENGO<sup>1293</sup> : un mari allemand et une femme tchèque, après avoir vécu en Allemagne, s'installent en Espagne où, après plusieurs années, ils demandent le divorce. Le couple n'a pas conclu d'accord désignant la loi applicable.

---

<sup>1293</sup> VIARENGO, Choice (2016), p. 548.

1000

1001

1002

Dans ce cas, en ce qui concerne la compétence, la procédure peut être concentrée devant un seul tribunal. Le tribunal espagnol est compétent en vertu de l'article 3, paragraphe 1, lettre a, 1<sup>er</sup> tiret, de Bruxelles II *ter* et de l'article 5, paragraphe 1, du règlement sur les régimes matrimoniaux, qui prévoit que la juridiction d'un État membre saisie d'une demande de divorce est compétente pour statuer sur les questions du régime matrimonial soulevées à l'occasion de cette demande. Il en va de même en matière alimentaire, grâce au renvoi prévu à l'article 3, lettre c du règlement n° 4/2009, qui permet une concentration de la compétence pour la demande d'aliments dans une action relative à l'état des personnes. En revanche, en ce qui concerne la loi applicable, sur la base des règles objectives, il en résulterait un manque de coordination. La loi allemande serait applicable pour le régime, en tant que loi de la première résidence habituelle des époux après le mariage, selon l'article 26, paragraphe 1, lettre a, du règlement sur les régimes. En revanche, la loi espagnole serait applicable au divorce, en tant que loi de leur résidence habituelle au moment où le tribunal est saisi (art. 8, let. a r.1259/2010), ainsi qu'à l'obligation alimentaire (art. 3 ou 5 prot. 2007). Le critère utilisé dans les deux règlements est le même, soit la résidence habituelle des époux, mais le moment pour déterminer la loi applicable est très différent.

- 1003 Le scénario change si, après que le couple a vécu ensemble en Allemagne puis en Espagne, le mari déménage en France. Après un an, il y demande le divorce<sup>1294</sup>. Dans ce cas, quatre lois sont en jeu, soit les lois allemande, tchèque, espagnole et française. En supposant que le mari ait engagé une procédure devant un tribunal français, la loi française s'appliquera au divorce, en tant que loi du for (art. 8, let. d r. 1259/2010), la loi espagnole aux questions alimentaires, en tant que loi de la résidence habituelle du créancier (l'épouse) ou loi de la dernière résidence habituelle des époux (art. 3 ou 5 prot. 2007), et la loi allemande aux régimes matrimoniaux, en tant que loi de leur première résidence après le mariage (art. 26, paragr. 1, let. a r. 2016/1103).
- 1004 Au vu de ce qui précède, il nous semble pertinent de conclure qu'en application des règles objectives, une dissociation entre les lois applicables aux questions matrimoniales peut fréquemment se produire.

---

<sup>1294</sup> *Ibid.*, p. 549.

### I.A.1.2. *Le déficit de coordination de la loi applicable aux successions et aux régimes matrimoniaux*

Il est évident que la coordination entre les régimes matrimoniaux et les successions n'est qu'une des nombreuses considérations qui doivent être prises en compte lors de l'élaboration des règles de conflit dans ces domaines. Néanmoins, il semble que l'importance de cette question ait été largement sous-estimée lors de la rédaction des règles de conflit de lois incluses dans les deux règlements<sup>1295</sup> et dans la LDIP. 1005

Dans le cadre des règlements européens, le critère utilisé pour la détermination de la loi applicable aux régimes matrimoniaux et aux successions est celui de la résidence habituelle, ce qui, en principe, devrait être à même de favoriser la coordination de la loi applicable à ces domaines connexes. Cependant, la référence temporelle pour déterminer la loi applicable est très différente dans les deux textes. Alors que le règlement sur les successions se réfère à la dernière résidence habituelle du défunt au moment de son décès (art. 21, paragr. 1 r. 650/2012), le règlement sur les régimes se réfère à la première résidence habituelle commune des époux après leur mariage (art. 26, paragr. 1, let. a r. 2016/1103). Dès lors, dans le cas d'un changement de résidence habituelle des époux pendant le mariage, la règle de l'immutabilité (cf. *supra*, n° 537-539) conduit presque invariablement à une dissociation entre la loi applicable au régime matrimonial et la loi régissant la succession : la première sera régie par la loi de la première résidence habituelle commune des époux, la seconde par la loi de la dernière résidence habituelle du défunt. 1006

Pour éviter cela, certains systèmes de droit international privé, dont le droit suisse, ont préféré adopter un système de mutabilité rétroactive de la loi applicable au régime matrimonial (cf. *supra*, n° 520-526). Nous rappelons en effet que l'article 54, alinéa 1, lettre a LDIP prévoit qu'à défaut d'élection de droit, le régime matrimonial est régi par le droit de l'État de la dernière résidence des époux. Ainsi, il est possible de soumettre cet aspect au même droit qui est applicable à la succession à défaut d'élection de droit, soit le droit du dernier domicile du défunt (art. 90, al. 1 LDIP). De surcroît, au vu du fait que les tribunaux de la dernière résidence habituelle de l'époux décédé sont souvent compétents, ce système favorise également l'application de la *lex fori*, avec tous les avantages qui en découlent<sup>1296</sup>. 1007

Afin de mieux expliquer les enjeux dans le cadre du règlement européen, nous utiliserons un exemple illustré par la Professeure VIARENGO d'un couple sué- 1008

<sup>1295</sup> BONOMI, *The Interaction* (2011), p. 231.

<sup>1296</sup> *Ibid.*, p. 228.

dois, vivant en Belgique<sup>1297</sup>. Après quelques années, les conjoints retournent en Suède, où l'un d'eux décède. Dans ce cas, sur la base des règles objectives, la loi belge, en tant que loi de la première résidence habituelle commune du couple, s'appliquerait à leur régime, et la loi suédoise, en tant que loi de la dernière résidence habituelle du *de cuius*, s'appliquerait à la succession.

1009 Il convient de relever que, si un cas similaire devait se présenter aux autorités suisses, il serait possible de parvenir à une coordination de la loi applicable sur la base des règles objectives prévues dans la LDIP (cf. *supra*, n° 516-526). Cependant, des difficultés de coordination similaires à celles précitées pourraient tout de même se présenter. Prenons l'exemple d'un couple avec domicile commun en France ; par la suite, l'un d'eux s'installe en Suisse, où il décède. Sur la base des règles objectives, la succession du *de cuius* sera régie par le droit suisse, alors que le régime matrimonial du couple sera soumis au droit français, en tant que loi du dernier domicile commun (art. 54, al. 1, let. b LDIP).

## I.A.2. L'inadéquation des rattachements objectifs dans la coordination de la compétence

### I.A.2.1. *L'impossibilité de concentration du contentieux matrimonial*

1010 Comme nous l'avons vu, le règlement Bruxelles II *ter* prévoit une multitude de chefs de compétence alternatifs (cf. *supra*, n° 416), ce qui permet aux époux de pratiquer le *forum shopping* et rend imprévisible la détermination du for du divorce.

1011 Il convient de relever que la pluralité des fors favorise également le morcellement du contentieux du divorce, peu souhaitable à la lumière des liens étroits existant entre les questions patrimoniales liées à la dissolution du lien conjugal. En effet, bien que les règlements européens prévoient des mécanismes visant à favoriser la concentration du contentieux devant la juridiction saisie de la demande de divorce, cet objectif est loin d'être systématiquement atteint.

1012 S'il est vrai que, par le renvoi de l'article 3, lettre c du règlement n° 4/2009, le juge du divorce est généralement compétent pour statuer sur les obligations alimentaires entre les époux, il convient de souligner que tel n'est le cas que si l'époux demandeur à cette action le souhaite. En effet, puisque ce chef de compétence n'est que l'une des compétences alternatives prévues à l'article 3,

---

<sup>1297</sup> VIARENGO, Choice (2016), p. 550.

l'époux demandeur peut légitimement choisir de déposer sa demande en matière alimentaire devant une juridiction autre que celle qui est saisie de l'action matrimoniale<sup>1298</sup>.

S'agissant d'autres effets patrimoniaux, la concentration du contentieux, notamment la liquidation du régime matrimonial, peut se révéler encore plus compliquée. En effet, comme nous avons eu l'occasion de mentionner auparavant (cf. *supra*, n° 435 ss), afin de parvenir à la concentration du contentieux, le règlement n° 2016/1103 prévoit un système de renvoi de la compétence en matière de régimes matrimoniaux au juge saisi du divorce sur la base de l'article 5. Cette concentration du contentieux est impérative, en ce sens qu'elle ne peut être contournée par l'élection de for prévue à l'article 7. Ainsi, l'article 5 donne au juge du divorce la possibilité de trancher également les questions liées aux régimes. Cette concentration du contentieux est certes bienvenue, mais n'est pas suffisante à atteindre le but espéré, notamment au vu du fait que l'article 5, paragraphe 2, du règlement n° 2016/1103 subordonne l'applicabilité de certaines compétences prévues à l'article 3 du règlement Bruxelles II *ter* à l'accord des époux. Cela signifie qu'à défaut d'accord, les juridictions de l'État membre qui ont été saisies de l'action matrimoniale sur la base de l'un de ces critères, ne pourront pas statuer sur les questions relatives au régime matrimonial : une demande relative à celui-ci devra donc être portée devant les juridictions compétentes en vertu de l'article 6 du règlement n° 2016/1103<sup>1299</sup>.

1013

#### *I.A.2.2. Les difficultés suscitées par la concentration du contentieux en matière de succession et régimes matrimoniaux*

Comme en matière de divorce, le règlement n° 2016/1103 prévoit un système de compétence dérivée attribuant la compétence en matière de régimes matrimoniaux au juge saisi de la succession (art. 4 r. 2016/1103). Dès lors, la coordination est, en principe, assurée, dans la mesure où il sera possible de soumettre tous les aspects patrimoniaux survenant au moment du décès à une seule juridiction. De manière générale, en vertu de l'article 4 du règlement sur les successions, le tribunal compétent est celui de la dernière résidence habituelle du défunt. Cette solution nous paraît également appropriée pour les questions relatives aux régimes.

1014

En dépit de cette règle de principe, il convient de relever quelques points problématiques en lien avec l'article 6, lettre a du règlement n° 650/2012. Nous

1015

<sup>1298</sup> BONOMI, La refonte du règlement (2023), paragr. 22.

<sup>1299</sup> *Ibid.*, p. 17.

rappelons que, selon cette disposition, lorsque le défunt a désigné sa loi nationale comme applicable à la succession, le tribunal de la dernière résidence habituelle peut, à la demande de l'une des parties, renvoyer à la juridiction de l'État de nationalité du défunt. Dans certaines situations, l'application de cette disposition peut conduire, en ce qui concerne les régimes matrimoniaux, à des résultats inattendus. De manière générale, il peut paraître surprenant qu'un choix unilatéral de la loi par le futur défunt puisse entraîner un changement du tribunal compétent en ce qui concerne le régime matrimonial, notamment lorsque les époux n'ont jamais eu leur résidence habituelle commune dans l'État de la nationalité du défunt<sup>1300</sup>. Bien entendu, ces circonstances factuelles peuvent être prises en compte par les tribunaux lorsqu'ils décident de renvoyer ou non l'affaire en vertu de l'article 6<sup>1301</sup>. Néanmoins, il en reste que cette disposition peut être source d'insécurité juridique.

- 1016 De surcroît, comme nous l'avons déjà relevé, dans les relations avec les États tiers, l'article 10 du règlement n° 650/2012 consacre une série de chefs de compétence qui peuvent être qualifiés d'exorbitants (cf. *supra*, n° 792-796). En vertu de la référence à l'article 4 du règlement sur les régimes, la juridiction compétente en vertu de l'article 10 sera également compétente pour les questions relatives aux régimes matrimoniaux, ce qui peut créer des inconvénients. En raison de l'article 10, les juridictions d'un État autre que celui où les époux avaient leur résidence habituelle commune au moment du décès seront souvent compétentes. En outre, la plupart des chefs de compétence de l'article 10 paraissent inappropriés pour les questions relatives aux régimes matrimoniaux<sup>1302</sup>.
- 1017 Au vu de ce qui précède, il nous semble possible de conclure que, malgré le degré de coordination satisfaisant entre les questions liées à la succession et aux régimes matrimoniaux, il reste encore des points problématiques découlant de l'application des règles objectives pour la détermination de la compétence.

---

<sup>1300</sup> BONOMI, *The Interaction* (2011), p. 223.

<sup>1301</sup> *Ibid.*

<sup>1302</sup> *Ibid.*, p. 225.

## I.B. La coordination comme remède à la segmentation dans des matières connexes

### I.B.1. Les avantages recherchés par la coordination

#### I.B.1.1. *Garantir la sécurité et prévisibilité juridique*

Comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises, l'objectif de tous les règlements européens en matière familiale est d'accroître la sécurité juridique, la prévisibilité et l'autonomie des parties, dans le but de réduire les obstacles à la libre circulation des personnes<sup>1303</sup>. La coordination est très importante à cet effet. 1018

Tant dans la LDIP que dans les règlements européens, les règles relatives aux obligations alimentaires et aux régimes matrimoniaux ont été maintenues conceptuellement séparées et font l'objet de différentes dispositions qui, dans leur champ d'application, prévoient des exclusions expresses et mutuelles. Néanmoins, dans la pratique, ces questions sont souvent traitées dans la même procédure de divorce. Des questions telles que l'attribution du logement conjugal et la définition de l'obligation de l'un des conjoints de soutenir l'autre financièrement sont étroitement liées au jugement de divorce, ainsi qu'aux conditions et aux motifs qui fondent ce jugement<sup>1304</sup>. 1019

En outre, la forte interaction, dans chaque système juridique, entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit des successions justifie la nécessité d'une coordination entre les matières matrimoniale et successorale. En pratique, les dispositions relatives à la liquidation du régime matrimonial sont fréquemment objet de discussion avant la liquidation de la succession d'un défunt. À cet égard, et dans presque tous les systèmes juridiques, l'étendue de la participation du conjoint survivant à la succession est affectée par les règles relatives aux régimes matrimoniaux. Dans les systèmes où le régime juridique est celui de la communauté des biens, cette participation est généralement moins importante. En revanche, dans les États où les biens des époux sont soumis à des régimes de séparation, cette participation tend à être plus large. Il serait donc souhaitable de soumettre l'ensemble de ces questions à une loi unique. 1020

<sup>1303</sup> BARUFFI/ ESPINOSA CALABUIG/ GONZÁLEZ BEILFUSS (2020), p. 171.

<sup>1304</sup> *Ibid.*

*I.B.1.2. La réduction des coûts procéduraux*

- 1021 La Commission européenne a déclaré être consciente de l'interrelation entre le divorce et les questions financières accessoires, c'est-à-dire le régime matrimonial et les obligations alimentaires<sup>1305</sup>. Une coordination entre ces aspects est souhaitable en tout temps, mais se révèle particulièrement nécessaire au moment de la désunion du couple.
- 1022 De manière générale, lorsqu'une procédure de divorce est entamée, l'on peut présumer que les parties aimeraient que la procédure soit rapide et peu coûteuse. La réduction des coûts, un objectif qui est souhaité et nécessaire, passe également par la nécessité d'éviter la multiplication des procédures devant différentes juridictions, avec les dépenses que cela implique<sup>1306</sup>. La réalisation d'un certain degré de coordination peut contribuer à atteindre cet objectif.
- 1023 Comme nous l'avons vu (cf. *supra*, n° 435), le règlement sur les régimes matrimoniaux prévoit des règles de compétence en mesure d'assurer la concentration des procédures. Cependant, nous avons également constaté qu'à l'heure actuelle, le mécanisme de renvoi prévu à l'article 5 du règlement n° 2016/1103 n'empêche pas l'existence de procédures distinctes en cas de divorce (cf. *supra*, n° 1013).
- 1024 De plus, en cas de désunion, les parties, ou plus précisément leurs conseillers juridiques, règlent leurs situations patrimoniales en s'intéressant à la vue d'ensemble. Cela signifie que les concessions faites par une partie sur une question sont susceptibles d'être compensées par des concessions de l'autre partie sur une autre question ; par exemple, il est possible que des concessions, par l'un des conjoints, au niveau de la pension alimentaire en cas de divorce soient compensées, au niveau du régime matrimonial, par une répartition des biens en sa faveur. Pour cette raison, il serait souhaitable que le divorce et ses aspects financiers soient soumis à une même loi<sup>1307</sup>.
- 1025 Afin de réduire les coûts procéduraux, il serait idéal que cette loi unique coïncide avec la loi du for. L'application du droit du for permet, d'une part, d'atteindre une coordination entre le droit applicable et la compétence et, d'autre part, d'éviter les coûts liés aux recherches concernant le droit étranger potentiellement applicable. Cette solution comporte également d'autres avantages, notamment en termes d'efficacité et de qualité de la justice rendue.

---

<sup>1305</sup> SEC(2005) 331.

<sup>1306</sup> BARUFFI/ ESPINOSA CALABUIG/ GONZÁLEZ BEILFUSS (2020), p. 172.

<sup>1307</sup> *Ibid.*, p. 173.



*I.B.1.3. Limiter les questions de qualification et d'adaptation*

Les procédés de qualification et d'adaptation visent à remédier aux incohérences qui pourraient résulter de l'application de lois différentes. 1026

Dans les paragraphes suivants, nous poserons d'abord le cadre de notre analyse en parcourant les caractéristiques essentielles des opérations de qualification et d'adaptation. Par la suite, nous essayerons de montrer que la réalisation d'un plus haut degré de coordination serait à même de limiter, voire éliminer, les difficultés liées aux conflits de qualification et à la nécessité d'utiliser l'adaptation dans le contexte familial. 1027

*I.B.1.3.1. La qualification*

L'opération de qualification s'impose dans tous les domaines du droit puisque, pour déterminer si un fait entre dans le champ d'application d'une règle, il faut nécessairement procéder à sa qualification. 1028

Néanmoins, en droit international privé, l'opération de qualification prend une importance particulière. En effet, la détermination du régime juridique applicable à une situation privée internationale présuppose la détermination de sa nature juridique, donc sa qualification. La place centrale que la qualification occupe en droit international privé a été, de longue date, reconnue par la doctrine : « le droit international privé tout entier », observait un auteur français, « repose, en dernière analyse, sur la doctrine des qualifications »<sup>1308</sup>. 1029

*I.B.1.3.1.a. La démarche de qualification*

La démarche de qualification implique la comparaison d'une donnée factuelle au contenu de la norme légale, dans le but de vérifier que les concepts désignant la situation concrète soient équivalents aux concepts délimitant la norme<sup>1309</sup>. Le contexte dans lequel se réalise l'opération de la qualification permet de relever un aspect de la qualification très souvent ignoré, soit le fait qu'elle est souvent au service d'une certaine politique législative. Ainsi, les différences existantes au sein de plusieurs ordres juridiques confèrent à la qualification une vertu et une importance peu connues, celle de refléter les 1030

<sup>1308</sup> BARTIN (1931), p. 618.

<sup>1309</sup> WENGLER, *Refléxions* (1954) ; ALLAROUSSE (1991) ; HERNÁNDEZ-BRETON (2004), p. 331-338 ; BOUKHARI (2010), p. 193 ; TERRÉ (1957) ; KANASHEVSKIY (2022) p. 33-46.

valeurs du for<sup>1310</sup>. Dès lors, nous pouvons affirmer que des préoccupations d'ordre matériel ne sont pas totalement exclues de l'opération de qualification.

- 1031 Il faut préciser que la qualification de droit international privé ne s'éloigne pas trop des qualifications effectuées dans les autres branches du droit. Elle s'appuie sur deux piliers fondamentaux : la définition et la classification. Il convient d'analyser la place qu'occupe chacune de ces deux techniques juridiques dans l'opération de qualification.
- 1032 La définition a pour fonction d'explicitier une situation en déterminant ses traits spécifiques, les attributs nécessaires qui la caractérisent<sup>1311</sup>. La technique de la définition se dirige donc vers la connaissance de la nature de la donnée, comme prélude à son classement dans la catégorie qui lui convient<sup>1312</sup>. Traditionnellement, une phase d'analyse de l'institution étrangère dans son contexte précède son classement dans une des catégories du for<sup>1313</sup>. Il peut cependant arriver que l'institution étrangère soit irréductible à une catégorie unique du for. L'opération de qualification impose ainsi fréquemment de prendre un certain recul et réfléchir sur le sens des institutions, internes ou étrangères<sup>1314</sup>.
- 1033 Par la suite, il est nécessaire de vérifier si les faits, dont l'existence est déjà constatée par le juge, répondent à la notion légale<sup>1315</sup>. Cette opération ne peut s'accomplir que par référence à des données juridiques préalablement élaborées.
- 1034 D'autre part, la qualification est un processus grâce auquel s'exprime le pouvoir d'attraction des catégories, un des fondements du raisonnement juridique<sup>1316</sup>. D'instinct, le juriste cherche à ramener l'état de fait qui lui est soumis à une situation type dont le régime juridique lui est familier, dont les contours sont modelés par les normes de droit<sup>1317</sup>. Dans ces conditions, le droit apparaît comme un ensemble de formes techniques destinées à enfermer les cas de la pratique. Ce sont ce que l'on appelle les « catégories juridiques ».

---

<sup>1310</sup> BOUKHARI (2010), p. 193.

<sup>1311</sup> *Ibid.*, p. 167.

<sup>1312</sup> AYARI (2006), p. 125 ss.

<sup>1313</sup> AUDIT, Droit (1991), p. 61.

<sup>1314</sup> *Ibid.*

<sup>1315</sup> BOUKHARI (2010), p. 169.

<sup>1316</sup> *Ibid.*, p. 171.

<sup>1317</sup> *Ibid.*

*I.B.1.3.1.b. Le conflit de qualification*

Le conflit de qualification naît de la différence des qualifications établies par les divers ordres juridiques puisqu'au niveau du droit international privé, l'application de plusieurs lois peut conduire à devoir caractériser certaines normes, afin de savoir, par exemple, si les dispositions en objet sont de nature patrimoniale ou successorale. 1035

Conçues à partir des institutions du droit national, les catégories de rattachement doivent le cas échéant être appliquées à des institutions étrangères inconnues par le droit en question. A cette fin, le champ d'application de ces dispositions sera élargi afin d'accueillir ces institutions en fonction de la situation de fait à laquelle elles répondent<sup>1318</sup>. Lorsqu'il se réalise, ce conflit est toujours source d'inconvénients, puisque cela signifie que la situation de la partie concernée pourrait varier selon l'ordre juridique auquel elle est soumise. 1036

Dans les paragraphes suivants, nous illustrerons ces difficultés à l'aide de deux exemples. 1037

*I.B.1.3.1.b.i. Distinguer les attributions alimentaires des répartitions de biens dans le cadre du régime matrimonial*

Dans la pratique, il est parfois difficile de distinguer, dans certaines situations, les attributions faites à titre alimentaire de celles qui peuvent être reconduites à une répartition des biens dans le cadre du régime matrimonial des époux<sup>1319</sup>. En effet, les critères de distinction entre les deux ne sont pas toujours clairs, ce qui explique, d'une part, la raison pour laquelle certains systèmes de *common law* ne connaissent pas cette distinction et, d'autre part, les difficultés de caractérisation dans les systèmes qui la connaissent<sup>1320</sup>. 1038

<sup>1318</sup> Ainsi la polygamie et la répudiation, inconnues des droits occidentaux, relèvent-elles néanmoins des catégories « mariage » et « divorce ».

<sup>1319</sup> Dans l'arrêt *Van den Boogaard*, C-220/95, la CJCE a eu l'occasion de se prononcer sur la question. Dans cette affaire, la difficulté reposait sur le fait qu'un juge anglais peut, dans une même décision, régler tant les rapports matrimoniaux que les obligations alimentaires. En conséquence, dans l'analyse de l'applicabilité de la CL, il appartient, selon la Cour, au juge requis, de distinguer entre les aspects de la décision portant sur le régime matrimonial et ceux portant sur les obligations alimentaires. Si la prestation décidée par le juge d'origine a pour objectif l'entretien d'un époux dans le besoin et si les ressources de chacun des époux ont été prises en considération, alors la décision revêt un caractère alimentaire (consid. 27). En revanche, lorsque la prestation vise à la répartition des biens entre époux, alors la décision concernera les régimes matrimoniaux, matière expressément exclue par la Convention.

<sup>1320</sup> NAGY (2014), p. 411-424.

- 1039 La CJUE a eu l'occasion de se prononcer sur la question dans l'arrêt *Van den Boogaard*<sup>1321</sup>. Dans cette affaire, la difficulté reposait sur le fait qu'un juge anglais peut, dans une même décision, régler tant les rapports matrimoniaux que les obligations alimentaires. Selon la CJUE, il appartient au juge requis, au moment d'analyser la réalisation des conditions d'applicabilité de la CL, de distinguer entre les aspects de la décision portant sur le régime matrimonial et ceux portant sur les obligations alimentaires. Si la prestation décidée par le juge d'origine a pour objectif l'entretien d'un époux dans le besoin et si les ressources de chacun des époux ont été prises en considération, alors la décision revêt un caractère alimentaire<sup>1322</sup>. En revanche, lorsque la prestation vise à la répartition des biens entre époux, alors la décision concernera les régimes matrimoniaux, matière expressément exclue par la convention de Lugano.
- 1040 Bien que la Cour ait établi un critère de distinction, le risque que des interprétations divergentes au sein de différents ordres juridiques amènent à des solutions contradictoires persiste, ce qui nuit à la sécurité et prévisibilité du droit. Si, au contraire, les demandes issues du droit des régimes et celles de nature alimentaire étaient régies par le même droit, il serait peu important, en pratique, qu'une demande relève de l'une ou l'autre des règles de conflit de lois. Nous pouvons donc affirmer que l'application du même droit aux deux matières permettrait d'éviter toute démarche de qualification à propos de la distinction entre les attributions alimentaires et les répartitions de biens dans le cadre du régime matrimonial.

I.B.1.3.1.b.ii. L'articulation entre la liquidation du régime et la dévolution successorale

- 1041 Des difficultés de qualification existent également dans l'articulation entre la liquidation du régime matrimonial et la dévolution successorale.
- 1042 Plusieurs ordres juridiques, dont le droit suisse, traitent de manière indépendante le régime matrimonial et sa liquidation, d'une part, et le montant de la fraction de la masse successorale qui échoit au conjoint survivant, d'autre part. D'autres systèmes légaux adoptent toutefois une approche globale, cherchant à atteindre un équilibre entre les deux processus. Dans ce cas, la liquidation du régime matrimonial peut influencer sur la fraction de la masse successorale revenant au conjoint survivant ou inversement<sup>1323</sup>.

1043

---

<sup>1321</sup> CJCE, *Van den Boogaard/Laumen*, C-220/95.

<sup>1322</sup> *Ibid.*, paragr. 27

<sup>1323</sup> GAILLARD (2022), paragr. 511.

Le problème de la qualification des institutions comme faisant partie du droit successoral ou du droit des régimes matrimoniaux remonte loin dans le droit international privé<sup>1324</sup>, vu le fort lien qui existe entre ces deux aspects, surtout lorsqu'il s'agit de la dévolution des biens du conjoint décédé et des droits conséquents du conjoint survivant<sup>1325</sup>. Le décès déterminant à la fois l'ouverture de la succession et le début de la liquidation des relations matrimoniales entre époux, certaines des institutions et règles de droit matériel en vigueur dans les systèmes juridiques des États membres ne sont pas aisément qualifiables comme relevant des successions ou des régimes matrimoniaux<sup>1326</sup>.

Le problème reste d'actualité en droit européen, puisque le règlement sur les successions exclut expressément de son champ d'application *ratione materiae* les régimes matrimoniaux. Réciproquement, le règlement sur les régimes matrimoniaux ne s'applique pas aux questions de succession. 1044

C'est dans ce contexte que s'inscrit le célèbre arrêt de la CJUE *Mahnkopf*<sup>1327</sup>, 1045  
saisie à titre préjudiciel par le *Kammergericht* de Berlin pour déterminer si les dispositions du droit allemand prévoyant l'augmentation automatique de la part du conjoint survivant dans la succession (art. 1371, al. 1 BGB) relèvent du champ d'application du règlement sur les successions. À la suite du décès de son mari, Mme Mankhopf avait demandé à l'*Amtsgericht* (tribunal d'instance) de Berlin, compétent pour la succession, un certificat national d'hérédité. Le tribunal d'instance avait appliqué le droit allemand pour constater que le conjoint survivant et le descendant étaient respectivement héritiers de la moitié de la succession du défunt. En particulier, s'agissant de la part successorale du conjoint survivant, l'*Amtsgericht* avait appliqué la règle générale en matière de succession *ab intestat* de l'article 1931 du BGB, qui fixe cette part à un quart de la succession, couplée avec l'article 1371, qui prévoit une majoration forfaitaire d'un quart pour les couples soumis au régime de la participation aux « gains » (*Zugewinnngemeinschaft*), qui constitue le régime matrimonial légal en droit allemand, indépendamment du fait de savoir si le patrimoine final du conjoint décédé avait réalisé des bénéfices ou pas pendant le mariage. Cependant, l'*Amtsgericht* avait refusé de délivrer le certificat successoral européen en application des articles 62 et suivants du règlement n° 650/2012, estimant que le quart supplémentaire attribué au conjoint survivant relevait du droit des régimes matrimoniaux. En d'autres termes, selon le tribu-

<sup>1324</sup> Nous pouvons nous référer à l'affaire *Bartholo* (Cour d'appel de Algeri, 24 décembre 1889, in : *Clunet*, 1891, p. 1171), où la question d'interprétation concernait le droit de la veuve à une partie de la succession de son défunt mari, afin d'identifier la règle de conflit pertinente.

<sup>1325</sup> MAOLI (2018), p. 678.

<sup>1326</sup> *Ibid.*

<sup>1327</sup> CJUE, *Mahnkopf*, C-558/16.

nal d'instance, l'augmentation forfaitaire de la part attribuée au conjoint survivant se fondait sur une disposition du droit national qui ne relevait pas du champ d'application du règlement n° 650/2012. Mme Mahnkopf saisit en appel le *Kammergericht* contre cette décision. À ce stade de la procédure, le *Kammergericht* formule une demande de décision préjudicielle auprès de la CJUE. La CJUE, en suivant l'avis exprimé par l'Avocat général dans les conclusions présentées le 13 décembre 2017<sup>1328</sup>, a penché pour une qualification successorale, en écartant la qualification retenue par la jurisprudence allemande elle-même<sup>1329</sup>.

1046 Un problème similaire existe également s'agissant de la qualification des avantages matrimoniaux français (cf. *supra*, n° 710-711), définis comme les avantages en faveur du conjoint dans le cadre d'un aménagement du régime matrimonial. Au vu du fait que les avantages matrimoniaux doivent obligatoirement figurer dans un contrat de mariage, il s'agit d'un type de bénéfice lié au fonctionnement du régime matrimonial<sup>1330</sup>. Pourtant, l'article 1527 CCF établit que ces avantages ne constituent pas des donations, ce qui revient à les qualifier, implicitement, d'actes à titre onéreux. Cette qualification engendre des conséquences au moment de l'ouverture de la succession car, en absence de caractère gratuit, ces actes ne sont, en principe, ni rapportables, ni réductibles en cas d'atteinte à la réserve des enfants communs. Toutefois, cette règle subit une exception en présence d'enfants non communs : ces derniers pourront en effet attaquer les avantages dont bénéficie le conjoint survivant par le biais de l'action en retranchement (art. 1527, al. 2 CCF).

1047 L'existence de cette exception a semé le doute sur la nature de l'avantage matrimonial. Pour les tenants d'une nature dualiste de l'avantage matrimonial, la présence d'enfants non communs change la nature de l'avantage matrimonial qui devient, par présomption irréfragable, une libéralité<sup>1331</sup>. Cette thèse est désormais largement discréditée, car elle fait dépendre la qualification de cette institution de la seule volonté de certains héritiers d'exercer l'action en retranchement<sup>1332</sup>. Dès lors, une autre partie de la doctrine admet que l'avantage matrimonial est, dans tous les cas, un acte onéreux<sup>1333</sup>.

1048

---

<sup>1328</sup> Conclusions de l'Avocat général M. Maciej Szpunar, C-558/16, du 13 décembre 2017, paragr. 97 ss.

<sup>1329</sup> Voir notamment la position de la Cour fédérale allemande dans son arrêt IV ZB 30/14.

<sup>1330</sup> GUIGUET-SCHIELE (2015), paragr. 366.

<sup>1331</sup> FLOUR/CHAMPENOIS (2001), paragr. 719.

<sup>1332</sup> GUIGUET-SCHIELE (2015), paragr. 408.

<sup>1333</sup> VAREILLE, *Avantage* (2013), paragr. 55 à 60.

Dans le contexte successoral, les libéralités entre époux bénéficient d'un régime juridique particulier lié à la place spécifique que la loi reconnaît au conjoint survivant. La qualification, par le législateur français, des avantages matrimoniaux en tant qu'actes onéreux entre époux a comme but de soustraire ces actes aux règles normalement applicables aux libéralités. Cependant, il reste qu'en cas d'atteinte à la réserve héréditaire des enfants non-communs, ces actes restent soumis à certaines règles spécifiques aux libéralités<sup>1334</sup>. Partant, bien qu'il semble judicieux de conclure à une qualification des avantages matrimoniaux en tant qu'actes onéreux entre époux, la question de savoir s'il serait opportun de soumettre les avantages matrimoniaux à d'autres dispositions successorales spécifiques aux libéralités entre époux reste ouverte<sup>1335</sup>.

De manière générale, en raison du développement d'une véritable pratique transfrontalière de la planification successorale, les questions entourant les donations entre époux ont gagné en importance sur le plan international<sup>1336</sup>. En droit international privé, la question spécifique de la qualification des avantages matrimoniaux suscite des questions. À cet égard, la doctrine française indique que l'avantage matrimonial relève de la loi du régime matrimonial<sup>1337</sup>. Il existe cependant le risque que d'autres États rattachent cette institution à la loi successorale. En effet, ces accords, que la doctrine française qualifie comme des conventions entre les époux ou futurs époux par lesquelles ils organisent leur régime matrimonial, pourraient être qualifiés, dans d'autres ordres juridiques, comme une forme de pacte sur succession future<sup>1338</sup>. Cela est d'autant plus probable à la suite de l'arrêt *Mahnkopf*, dans lequel la Cour a élargi le champ d'application du règlement n° 650/2012<sup>1339</sup> en retenant une qualification successorale dans le contexte d'une règle prévoyant l'octroi au profit du conjoint survivant d'une part majorée sur l'héritage en cas de dissolution du régime matrimonial par décès. Il convient de souligner qu'une qualification successorale pourrait priver le conjoint survivant de la protection initialement prévue, car cela impliquerait de soumettre ces libéralités aux limites prévues par la loi successorale, notamment celles relatives à l'ordre public et aux dispositions en matière de restitutions<sup>1340</sup>.

1049

<sup>1334</sup> GUIGUET-SCHIELE (2015), paragr. 512.

<sup>1335</sup> *Ibid.*

<sup>1336</sup> FONGARO, Anéantissement (2015), p. 39.

<sup>1337</sup> OLIVIER (2014), paragr. 38 ; DUCHANGE (2014), p. 1275 ss ; MARMEY-RAVAU/ VARIN (2019), p. 25.

<sup>1338</sup> MARMEY-RAVAU/ VARIN (2019), p. 25.

<sup>1339</sup> PERREAU-SAUSSINE, Qualification (2022), paragr. 17.

<sup>1340</sup> FONGARO, La protection (2022).

- 1050 En revanche, selon la doctrine française, l'action en retranchement devrait relever de la loi successorale<sup>1341</sup>. Dès lors, même si l'institution de l'avantage matrimonial devait se voir appliquer la loi applicable au régime matrimonial, pour garantir son efficacité, les parties devraient tout de même se conformer aux normes impératives issues de la loi successorale<sup>1342</sup>, notamment s'agissant du respect de la quotité réservée. En effet, comme le disait VAN BOXSTAEL, pour ces questions « il ne peut pas être question de faire jouer une loi autre que la loi successorale »<sup>1343</sup>.
- 1051 Au vu de ce qui précède, il est probable qu'un juge étranger, confronté à des avantages matrimoniaux, rencontre des difficultés de qualification en absence d'une institution équivalente dans l'ordre juridique du for. Ces difficultés compliquent l'œuvre de planification et sont source d'insécurité juridique pour les parties. À cet égard, il convient de relever que l'application d'une loi unique aux questions matrimoniales et successorales, qui rendrait inutile cette démarche de qualification, serait à même d'éviter ce problème.

#### I.B.1.3.2. La méthode de l'adaptation

- 1052 En droit international privé, il n'est pas rare que deux ou plusieurs systèmes juridiques soient appelés à régir les différents aspects d'un même litige<sup>1344</sup>. Le cumul des règles appartenant à différents systèmes juridiques peut avoir comme résultat la perte de la cohérence qui existe normalement dans un même ordre juridique<sup>1345</sup>.
- 1053 Faire coexister les concepts d'une loi étrangère, déclarée applicable, avec les concepts du for peut s'avérer, en général, difficile, notamment lorsqu'il existe des incohérences des concepts impliqués par les différents ordres juridiques<sup>1346</sup>. Dans ce contexte, la méthode de l'adaptation vise à parvenir à un résultat cohérent dans le cas d'espèce.

---

<sup>1341</sup> VAN BOXSTAEL (2000), p. 496-505.

<sup>1342</sup> *Ibid.*, p. 505.

<sup>1343</sup> *Ibid.*

<sup>1344</sup> Par exemple, les questions de procédure peuvent être régies par la *lex fori*, alors que le fond du litige peut être régi par une loi étrangère, les questions préalables peuvent être soumises à une autre loi que celle régissant la question principale, ou l'existence d'une relation juridique ou statut juridique peut être régie par un autre système juridique que celui qui régit ses effets.

<sup>1345</sup> LIPSTEIN (1972), p. 209.

<sup>1346</sup> BURUIANĂ (2016), paragr. 764.



*I.B.1.3.2.a. Les cas d'adaptation*

Lorsque les règles de conflit obligent le juge à employer, simultanément et dans un même rapport juridique, des règles matérielles qui dérivent d'ordres juridiques divers, il peut arriver que ces règles matérielles, provenant de plusieurs systèmes juridiques, ne jouissent pas, entre elles, de la coordination logique qu'on peut constater, au contraire, entre les règles matérielles édictées par le législateur du for<sup>1347</sup>. 1054

Ce rattachement simultané à plusieurs systèmes juridiques peut se vérifier dans la phase de qualification, lorsque des rapports juridiques, étroitement liés entre eux, sont encadrés dans des « catégories de rapports » séparées et, en conséquence, réglées par des lois différentes<sup>1348</sup>. Dans ces cas, il est possible de se trouver face à deux types de problèmes. En effet, le concours de deux systèmes juridiques peut entraîner soit l'application des normes de deux ordres juridiques destinées à régler un même problème, soit la non-application d'aucune de ces normes<sup>1349</sup>. Il en résulte, dans le premier cas, un cumul de règles applicables et, dans le second, un vide. 1055

À cet égard, il convient de mentionner la situation particulière qui peut résulter du concours du statut régissant les relations pécuniaires des époux et de la loi successorale. Comme nous l'avons vu, en droit interne, le régime matrimonial des époux et la réglementation des droits successoraux du conjoint survivant sont intimement liés l'un à l'autre. Si, par le jeu des règles de conflit, les deux questions sont régies par des législations différentes, il peut arriver que la combinaison des deux législations conduise à un déficit de protection de l'époux survivant, quoique les deux législations s'entendent pour attribuer au conjoint survivant une partie du patrimoine de l'époux prédécédé. Une telle situation pourrait survenir, par exemple, dans les relations franco-anglaises. En effet, le système français accorde peu de droits au conjoint survivant sur le plan successoral (cf. *supra*, n° 739), mais le régime matrimonial légal est celui de la communauté des biens. En revanche, le système de la *common law* connaît, quant à lui, le régime de la séparation des biens, mais les droits testamentaires du survivant ne sont limités par aucune réserve, et ses droits *ab intestat* sont plus importants qu'en droit français. L'application simultanée de ces droits dans un cas concrets peut conduire à des excès ou à des lacunes de protection. 1056

1057

---

<sup>1347</sup> CANSACCHI (1953), p. 111.

<sup>1348</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>1349</sup> ALLAROUSSE (1991), p. 510-511.

La théorie de l'adaptation vise précisément à corriger ce résultat. En d'autres termes, la méthode de l'adaptation vise à surmonter les contradictions de normes qui résultent de l'application de différents ordres juridiques à des questions juridiques similaires et connexes au niveau du droit matériel<sup>1350</sup>.

1058 Il s'agit de relever qu'une coordination suffisante des systèmes juridiques appelés à s'appliquer, notamment par l'application d'une même loi à des questions connexes, rendrait inutile toute démarche d'adaptation et éviterait ainsi les difficultés soulevées par cette opération.

*I.B.1.3.2.b. La méthode de l'adaptation dans les cas de transposition*

1059 Lorsqu'un droit subjectif, une action en justice, le statut d'un individu ou une relation juridique entre deux sujets se « déplacent » d'un système juridique à un autre, une démarche d'adaptation peut aussi se révéler nécessaire. Dans ce cas, il s'agit de transposer un rapport juridique du système de droit étranger dans lequel ce rapport s'est constitué, dans un autre système de droit, soit dans le système du for, soit dans un système étranger désigné par les règles de conflit du for.

1060 Cette transposition suppose, naturellement, une certaine « équivalence » des catégories juridiques entre les lois en question<sup>1351</sup>. Mais cette équivalence n'est pas toujours complète. Le juge du for sera ainsi contraint d'apporter des modifications au droit subjectif originaire ou à la relation juridique, tels qu'ils étaient constitués à l'avance, afin de les faire entrer dans les cadres du nouveau système juridique dans le cadre duquel elles sont censées produire leurs effets<sup>1352</sup>. Dans ce cas, le juge du for, dans les limites du possible, devra respecter les « droits acquis » sur la base de la loi précédente<sup>1353</sup>. Dans la mesure où la validité de ces positions juridiques devient le résultat d'une analyse judiciaire, ces situations créent un risque d'insécurité juridique chez les individus, qui ne pourront pas être certains de leur situation dans l'ordre juridique concerné.

1061 Au terme de cette analyse, plusieurs options s'offrent à l'État membre dans lequel le droit est invoqué. Une première option consiste à accueillir le droit réel étranger inconnu sans procéder à aucune forme d'adaptation, ce qui re-

---

<sup>1350</sup> WELLER (2022), p. 201.

<sup>1351</sup> CANSACCHI (1953), p. 129.

<sup>1352</sup> *Ibid.*

<sup>1353</sup> *Ibid.*

vient à laisser subsister un véritable « corps étranger » dans le système juridique local, avec le risque de nuire à la cohérence du système juridique<sup>1354</sup>.

Deux autres options s'offrent à l'État membre concerné qui souhaite se prévaloir du mécanisme de l'adaptation. L'adaptation peut tout d'abord consister à modifier la figure juridique étrangère pour qu'elle devienne acceptable aux yeux du for, quitte à être privée de ses conséquences les plus étrangères à la loi locale<sup>1355</sup>. L'on peut aussi tenter de trouver parmi les ressources de la loi locale un équivalent au droit réel étranger, au besoin en modifiant le droit réel local pour le rapprocher de son équivalent étranger<sup>1356</sup>.

Dans les cas de transposition, l'adaptation comporte donc une assimilation de la situation juridique étrangère aux institutions correspondantes de l'État dont la loi est applicable<sup>1357</sup>. À ce titre, le mécanisme fait moins appel aux ressources conceptuelles du conflit des lois qu'au droit comparé<sup>1358</sup>. En 1939, LEWALD, s'agissant des cas de transposition, citait en guise d'exemple la question de savoir comment un testament anglais pouvait s'appliquer à l'occasion d'une succession immobilière régie par le droit français<sup>1359</sup>. En effet, ces testaments étaient rédigés selon les usages et les conceptions du droit anglais, mais ils devaient être appréciés, en ce qui concerne la validité des dispositions testamentaires, sur la base de la loi qui régissait la succession immobilière, c'est-à-dire, à l'époque, selon la loi française. La tâche du juge consistait donc à examiner le contenu du testament sous l'angle du droit français. En d'autres termes, le juge devait transposer les dispositions faites par le disposant dans le testament rédigé selon le droit anglais conformément aux conceptions de la loi qui régissait la succession, la loi française, une opération qui implique nécessairement une composante d'adaptation.

Il va de soi qu'une situation comme celle que nous venons de décrire est source d'insécurité juridique, car les résultats de l'opération de transposition dépendent de l'appréciation conduite par le juge et ne peuvent pas être anticipés par les parties concernées. Il convient de souligner que, dans l'exemple cité, toute question de transposition aurait pu être écartée grâce à une coordination de la loi applicable au testament avec la loi applicable à la succession, au profit des objectifs de sécurité et prévisibilité juridique.

<sup>1354</sup> Relations patrimoniales-WAUTELET, art. 29 N 57.

<sup>1355</sup> *Ibid.*, art. 29 N 58.

<sup>1356</sup> Property Regimes-WAUTELET, art. 29 N 29.10.

<sup>1357</sup> WELLER (2022), p. 199.

<sup>1358</sup> Relations patrimoniales-WAUTELET, art. 29 N 5.

<sup>1359</sup> LEWALD, Règles générales (1939), p. 127.

## I.C. Synthèse

- 1065 La mobilité croissante des individus a engendré une multiplication des litiges internationaux, y compris en matière familiale. Dans ce contexte, tant à l'échelle nationale qu'euro-péenne, les législations de droit international privé visent à garantir un certain degré de sécurité juridique dans les situations à caractère international. Cependant, par leur nature et leur fonctionnement, lorsque les règles de droit international privé désignent leur objet, elles limitent leur champ d'application à une catégorie juridique.
- 1066 Se réalise ainsi le phénomène de la segmentation de la réglementation de rapports de droits connexes, qui se produit lorsque des questions étroitement liées relèvent de règles de conflit différentes. À ce propos, nous avons détaillé les cas où la coordination fait défaut en raison de l'application de règles de conflit ou de juridiction objectives. D'abord, nous avons mentionné l'insuffisance des rattachements objectifs dans la coordination sur le plan de la loi applicable. S'agissant des questions matrimoniales, nous avons attiré l'attention du lecteur sur les difficultés de coordination de la loi applicable au divorce et aux régimes matrimoniaux dans le cadre des règlements européens : en effet, bien que les deux textes se réfèrent au critère de la résidence habituelle, le règlement sur les régimes renvoie à la résidence habituelle commune au moment du mariage comme premier facteur dans une cascade de rattachements, tandis que le règlement Rome III renvoie au moment où le tribunal est saisi pour la procédure de divorce. Nous avons également souligné que des difficultés similaires existent à la coordination sur le plan de la loi applicable entre le divorce et les questions alimentaires. Par la suite, nous avons relevé l'existence d'un problème similaire pour la coordination de la loi applicable aux successions et aux régimes matrimoniaux : alors que le règlement sur les successions se réfère à la dernière résidence habituelle du défunt au moment de son décès, le règlement sur les régimes se réfère à la première résidence habituelle commune des époux après leur mariage. Par conséquent, dans le cas d'un changement de résidence habituelle des époux pendant le mariage, la règle de l'immuabilité conduit presque invariablement à une dissociation entre la loi applicable au régime matrimonial et la loi régissant la succession.
- 1067 Ensuite, nous nous sommes intéressés à l'inadéquation des rattachements objectifs dans la coordination de la compétence. En matière matrimoniale, nous avons relevé que la multitude de chefs de compétence objectifs prévus par le règlement Bruxelles II *ter* favorise le morcellement du contentieux du divorce, peu souhaitable à la lumière des liens étroits existant entre les questions patrimoniales liées à la dissolution du lien conjugal. Nous avons également évoqué des points problématiques s'agissant de la concentration du contentieux en matière de succession et régimes matrimoniaux. Bien qu'en principe, le sys-

tème de renvoi de compétence prévu par le règlement n° 2016/1103 permette d'atteindre un degré de coordination satisfaisant, le système prévu par le législateur européen peut également être source d'inconvénients. À ce propos, nous avons notamment traité des difficultés en lien avec l'application de l'article 6, lettre a du règlement n° 650/2012. L'application de cette disposition, qui permet au tribunal de la dernière résidence habituelle de renvoyer à la juridiction de l'État de nationalité du défunt, peut parfois conduire à des résultats inattendus en ce qui concerne les régimes matrimoniaux. Par la suite, nous avons traité de l'article 10 du règlement n° 650/2012, qui, dans les relations avec les États tiers, consacre une série de chefs de compétence qui peuvent être qualifiés d'exorbitants et qui paraissent inappropriés pour les questions relatives aux régimes matrimoniaux<sup>1360</sup>.

Au vu de ce qui précède, nous avons souligné l'importance de réaliser un plus haut degré de coordination entre matières connexes. Cela permettrait de garantir une majeure sécurité et prévisibilité juridique, de réduire les coûts procéduraux, ainsi que de limiter les questions de qualification et d'adaptation. 1068

Dans le chapitre suivant, nous postulerons l'utilisation du principe de l'autonomie de la volonté comme vecteur de la coordination, et nous proposerons des pistes de réflexion pour une reconnaissance plus étendue au niveau du droit international privé. 1069

---

<sup>1360</sup> *Ibid.*, p. 225.



## Chapitre II : La coordination internationale par l'utilisation des outils d'autonomie de la volonté

Dans le chapitre précédent, nous avons présenté le problème de la segmentation de la réglementation applicable à des matières connexes, ainsi que les avantages qui résulteraient d'une meilleure coordination des questions relevant du droit patrimonial de la famille. 1070

Comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises, nous sommes d'avis que l'autonomie de la volonté pourrait constituer un instrument précieux dans la recherche de coordination. En effet, il faut relever que les accords en matière de droit de la famille sont très souvent des accords globaux portant sur une variété de questions<sup>1361</sup>. Prenons, par exemple, les questions qui sont généralement négociées en cas de rupture de l'union conjugale : les pensions alimentaires entre les époux devront faire l'objet d'un accord et, si les conjoints ont acquis des biens pendant la relation, il faudra les diviser et les répartir<sup>1362</sup>. Il convient de préciser que les époux recherchent une solution valable pour l'ensemble de leurs rapports patrimoniaux également lorsqu'ils concluent des accords anticipés, soit, nous le rappelons, des accords conclus quand la crise de l'union conjugale n'est qu'une éventualité. Par l'utilisation des outils d'autonomie, il devrait être possible d'atteindre un certain degré de coordination. En effet, si les conjoints pouvaient soumettre l'ensemble des questions liées à leur désunion à la compétence d'une seule juridiction, et s'accorder sur l'application d'une seule loi, préférablement la loi du for, cela permettrait d'atteindre une coordination parfaite et permettrait aux parties de jouir de l'ensemble des avantages listés dans les paragraphes précédents. 1071

Cependant, une telle démarche se heurte encore à plusieurs obstacles. Dès lors, dans le cadre de ce chapitre, nous constaterons d'abord l'inadaptation des solutions actuellement en vigueur pour atteindre le but de coordination qu'il serait opportun de rechercher. 1072

1073

---

<sup>1361</sup> GONZALEZ BEILFUSS, *Party Autonomy* (2020), p. 180.

<sup>1362</sup> *Ibid.*

Ensuite, nous passerons en revue des propositions en mesure de favoriser une meilleure coordination tant au niveau du droit applicable que de la compétence internationale grâce à une utilisation plus étendue du principe d'autonomie. Finalement, nous passerons en revues les limites et encadrements auxquels le principe d'autonomie devrait être soumis, afin de tenir compte des spécificités de la matière familiale.

## II.A. L'insuffisance du système de choix actuel

- 1074 Au vu de l'importance de réaliser un certain degré de coordination dans les questions relevant du droit patrimonial de la famille, les législateurs ont employé diverses techniques pour que les différents éléments d'une même situation puissent être du ressort de la même juridiction et/ou soumises à la même loi<sup>1363</sup>. Afin d'atteindre cet objectif, il a souvent été fait recours au principe d'autonomie de la volonté<sup>1364</sup>.
- 1075 Comme nous l'avons vu, les instruments de droit international privé en matière familiale reconnaissent l'autonomie des parties. Celles-ci sont donc autorisées à conclure des accords désignant la juridiction compétente ou la loi applicable, même s'il s'agit d'un choix limité parmi les juridictions ou systèmes juridiques considérés comme ayant des liens avec la relation juridique en question. L'importance que les législateurs ont voulu accorder au principe d'autonomie en matière familiale se manifeste dans le fait que, souvent, les règles destinées à déterminer de manière objective la compétence et la loi applicable à un rapport juridique ne s'appliquent que lorsque les parties n'opèrent pas de choix de la loi applicable, ou que le choix effectué se révèle invalide.
- 1076 Comme nous l'avons déjà relevé, le système de droit international privé de l'UE a été mis en place étape par étape, par l'adoption progressive de textes législatifs destinés à régir des relations familiales spécifiques. Partant, lorsque plusieurs règlements trouvent à s'appliquer dans une même situation, il existe le risque d'avoir à faire à un déficit de coordination s'agissant du degré d'autonomie reconnu aux époux. Le même problème se retrouve dans le système de droit international helvétique, lorsque le législateur retient des règles différentes s'agissant de l'autonomie allouée aux parties pour des questions connexes.

1077

---

<sup>1363</sup> KOHLER, *La segmentation* (2017), p. 77.

<sup>1364</sup> KOHLER, *L'autonomie* (2013), p. 443.



Il reste la question de savoir si ces différences doivent nécessairement être qualifiées d'incohérences. Tenu compte des spécificités de chacun des domaines en cause, une réglementation différenciée, respectueuse des particularités propres à chaque domaine, n'est a priori pas critiquable et l'uniformité n'est pas toujours nécessaire ni souhaitable. Néanmoins, la logique derrière l'extension du principe d'autonomie voudrait qu'une personne qui fait usage de son autonomie relativement à des questions connexes, par exemple divorce et obligation alimentaire, succession et régime matrimonial, puisse atteindre une solution finale cohérente<sup>1365</sup>.

Dans une telle perspective, bien qu'une réglementation spécifique aux différents domaines du droit familial patrimonial puisse se justifier, il nous semble que cette technique législative risque d'empêcher qu'une personne puisse choisir un for et une loi uniques pour la régulation de questions connexes telles que les aliments, les régimes matrimoniaux et les successions, ce qui devrait constituer l'un des objectifs derrière l'extension de l'autonomie de la volonté<sup>1366</sup>. Pour cette raison, les manifestations actuelles de l'autonomie de la volonté, en droit international privé de la famille, appellent une analyse attentive et critique.

1078

## II.A.1. Les difficultés de coordination au niveau de la loi applicable

### II.A.1.1. *Les difficultés de coordination de la loi applicable aux questions matrimoniales*

Au niveau européen, la possibilité de choisir la loi applicable au divorce et à ses conséquences patrimoniales, notamment les questions alimentaires et les régimes matrimoniaux, est déjà ouverte aux parties. À l'heure actuelle, il convient d'admettre que, pris dans leur ensemble, les différents textes applicables, soit le règlement Rome III, le règlement n° 2016/1103 et le protocole de La Haye de 2007, permettent de parvenir à l'application d'une loi unique pour tous les éléments susmentionnés. En effet, même si pas identique dans les différents textes, l'éventail des lois pouvant être choisies par les parties est suffisamment large pour permettre un choix cohérent<sup>1367</sup>.

1079

<sup>1365</sup> FULLI-LEMAIRE, *Autonomie* (2017), p. 447.

<sup>1366</sup> *Ibid.*, p. 448.

<sup>1367</sup> KOHLER, *La segmentation* (2017), p. 85.

1080

Néanmoins, il subsiste des divergences s'agissant de la forme et du moment à prendre en compte pour l'élection de droit. De manière générale, pour que le choix de loi soit valable, les textes européens imposent aux parties le respect de certaines exigences formelles. À ce sujet, l'article 7 du règlement Rome III et l'article 23 du règlement sur les régimes suivent la même structure. Les deux dispositions prévoient que la forme écrite est, en principe, suffisante. Des garanties d'authenticité, telles que l'authentification notariale, ne sont nécessaires que si cela est imposé par la loi de l'État membre dans lequel les époux ont leur résidence habituelle commune au moment de la conclusion de l'acte ou, si les conjoints ont leur résidence habituelle dans des États membres différents, si la législation de l'un ou l'autre État membre l'impose. Si un seul d'entre eux a sa résidence habituelle dans un État membre au moment de la conclusion de l'accord, et que cet État prévoit des exigences formelles supplémentaires pour ce type d'accord, ces exigences s'appliquent. En revanche, il n'en va pas de même dans le protocole de 2007, qui à son article 8, paragraphe 2 se limite à demander la forme écrite, sans laisser aucune place pour les éventuelles exigences formelles supplémentaires imposées par les États membres.

1081 Il existe également des difficultés de coordination au sujet du moment de l'accord du choix de loi. La première question est de savoir si les parties sont autorisées à conclure un accord avant même le mariage. Le règlement sur les régimes sera appliqué aux accords conclus avant le mariage afin de régler les futures relations économiques des époux en cas de divorce. Le considérant 45 précise que le choix peut être fait à tout moment, avant le mariage, à la conclusion du mariage, ou pendant le mariage. Il en va de même en matière alimentaire, l'article 8, paragraphe 1 du protocole de 2007 prévoyant expressément que le choix de loi est possible « à tout moment ». En adoptant une approche formaliste, il serait possible de conclure qu'en revanche, ces types d'accords anticipés soient exclus du règlement Rome III, l'article 5 ne faisant référence qu'aux « époux ».

1082 La deuxième question est de savoir si les époux peuvent choisir la loi applicable pendant le déroulement de la procédure. L'article 5, paragraphe 3 de Rome III permet aux parties de conclure un tel accord pendant la procédure, si la loi du for le prévoit, et selon les conditions fixées par cette loi. Cette possibilité est également envisagée à l'article 7 du protocole de 2007, qui permet aux parties de conclure un accord procédural visant la désignation de la loi applicable pour les besoins d'une procédure particulière. En revanche, pour les régimes matrimoniaux, la question n'est pas abordée par le législateur de manière expresse : un choix en cours de procédure semble possible, mais n'aura d'effet que pour l'avenir, ce qui le rend peu utile en pratique.

1083

Il convient de rappeler que la situation actuelle en droit européen diffère considérablement avec le système retenu par la LDIP suisse, laquelle ne permet pas le choix de la loi applicable ni en matière de divorce, ni en matière alimentaire. Au vu de ces différences, il serait peut-être utile d'opérer au niveau de la compétence, dans la mesure où une élection de for valable en faveur d'un État membre permettrait aux parties de bénéficier des possibilités offertes par les règlements en matière d'autonomie dans le domaine de la loi applicable.

#### II.A.1.2. *Les difficultés de coordination de la loi applicable en matière de régimes matrimoniaux et de successions*

Comme nous avons eu l'occasion de voir dans les sections précédentes (cf. 1084 *supra*, n° 915-921), un choix de la loi applicable est admis par le règlement n° 650/2012 : il s'agissait d'ailleurs de l'une des principales nouveautés du règlement, car à l'époque peu de systèmes nationaux reconnaissaient le choix de la loi applicable à la succession<sup>1368</sup>. Il en va de même dans la loi suisse de droit international privé, qui admet la *professio juris* aux articles 90 et 91 LDIP.

L'étendue du choix reconnu en matière de successions est cependant beaucoup 1085 plus restreinte de celle admise en matière de régimes. En effet, le règlement n° 650/2012 et la LDIP n'admettent qu'un choix en faveur de la loi nationale du défunt (art. 22, paragr. 1 r. 650/2012 ; art. 90, al. 1 LDIP). Cela implique qu'un couple souhaitant choisir une loi unique pour l'ensemble de leurs relations patrimoniales ne pourra pas se prévaloir de l'éventail de lois offertes en matière de régimes, mais se retrouvera limité à la seule option prévue par les réglementations en matière de successions.

Dans nombre de cas, les modalités de choix telles qu'elles sont actuellement 1086 reconnues permettent aux époux d'aligner les deux lois sur la base des mêmes facteurs de rattachement. Les époux peuvent « choisir ou changer d'un commun accord la loi applicable à leur régime matrimonial »<sup>1369</sup> en désignant, sur la base de la LDIP, la loi de l'État de leur domicile commun ou de leur futur domicile commun (art. 52, al. 2, let. a et b LDIP), ou, dans le cadre du règlement européen n° 2016/1103, la loi de l'État dont l'un des conjoints a sa résidence habituelle (art. 22, paragr. 1, let. a r. 2016/1103). Ainsi, les époux peuvent soumettre leur régime matrimonial à la loi de leur domicile ou résidence

<sup>1368</sup> BONOMI, *The Interaction* (2011), p. 229.

<sup>1369</sup> KOHLER, *La segmentation* (2017), p. 86.

habituelle commune qu'ils comptent maintenir et qui sera par conséquent la *lex successionis* présomptive de l'un et de l'autre conjoint<sup>1370</sup>.

- 1087 Tant la LDIP que le règlement européen prévoient la possibilité de choisir, comme loi applicable au régime matrimonial, la loi dont l'un des époux possède la nationalité au moment du choix (art. 52, al. 2, let. c LDIP ; art. 22, paragr. 1, let. b r. 2016/1103). Ainsi, lorsque le maintien d'une résidence commune est incertain, les époux peuvent désigner la loi de l'État dont ils possèdent tous les deux la nationalité comme régissant tant leur régime matrimonial que leur succession.
- 1088 Sur la base de ces considérations, il est évident que, par le choix de loi qu'ils prévoient, les législations de droit international privé étudiées contribuent à limiter la segmentation de la loi applicable par le jeu des règles de conflit<sup>1371</sup>. Cependant, il existe des situations où, sur la base des solutions actuellement en vigueur, cette segmentation ne pourra pas être surmontée<sup>1372</sup>.
- 1089 Ainsi, lorsque les époux possèdent des nationalités différentes, la loi retenue pour les relations patrimoniales ne pourra pas coïncider, pour les deux membres du couple, avec celle désignée pour la succession de chacun d'entre eux<sup>1373</sup>. Il convient en effet de souligner qu'à présent, les conjoints ne peuvent pas établir un lien direct entre la loi applicable à leurs relations patrimoniales *inter vivos* et la loi régissant leurs successions. Ainsi, lorsque les époux ne partagent pas une même nationalité, ils pourront choisir, pour leur régime matrimonial, la loi de leur domicile ou de leur résidence habituelle, mais ils ne pourront pas désigner cette même loi pour leurs successions. En outre, dans ces cas, le choix de la loi nationale de l'un des époux, qui est possible pour le régime matrimonial (art. 22, paragr. 1, let. b r. 2016/1103 ; art. 52, al. 2 LDIP), n'aura pas d'effet pour la succession de l'autre époux.
- 1090 Afin de mieux expliquer les enjeux, nous reprenons l'exemple illustré par la Professeure VIARENGO d'un couple suédois, vivant en Belgique (cf. *supra*, n° 1008-1009)<sup>1374</sup>. Après quelques années, ils retournent en Suède où l'un d'eux décède. Nous avons relevé que, dans ce cas, la détermination de la loi applicable par le biais de règles objectives consacrées par les règlements européens applicables ne permet pas d'appliquer une même loi aux questions matrimoniale et successorale (cf. *supra*, n° 1008), notamment à cause d'une divergence en ce qui concerne le moment où la loi applicable est déterminée. Dans

---

<sup>1370</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>1371</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>1372</sup> *Ibid.*

<sup>1373</sup> Relations patrimoniales-WAUTELET, art. 22 N 57.

<sup>1374</sup> VIARENGO, Choice (2016), p. 550.

ce cas, les époux qui partagent la nationalité suédoise peuvent éviter un défaut de coordination par le choix de la loi suédoise, valable tant en matière de régimes matrimoniaux qu'en matière de successions. Au contraire, si les époux ne partageaient pas une même nationalité, ils n'auraient pas pu éviter ce défaut de coordination par un choix de loi. En effet, ils n'auraient pas pu choisir la loi suédoise pour l'ensemble de leurs rapports patrimoniaux, le règlement n° 650/2012 n'admettant qu'un choix en faveur de la loi nationale du disposant. Dès lors, en cas de changement de résidence entre le moment du mariage et le moment du décès, une dissociation par rapport à la loi applicable ne peut être évitée lorsque les époux ont des nationalités différentes. Dans ce cas, le choix de la loi de la nationalité, seule possibilité qui est offerte par le règlement successoral, conduit inévitablement, dans le cas d'époux de nationalité différente, à l'application de deux lois différentes pour leurs successions respectives<sup>1375</sup>.

Nous rappelons que, dans le cadre de la LDIP, des difficultés de coordination similaires à celles précitées pourraient également se présenter dans le cas, par exemple, d'un couple avec domicile commun en France ; par la suite, l'un d'eux s'installe en Suisse, où il décède (cf. *supra*, n° 1009). Nous avons constaté que, sur la base des règles objectives, il serait impossible d'aboutir à l'application d'une loi unique pour le régime matrimonial et les successions (cf. *supra*, n° 1009). Dans ce cas, un accord serait donc nécessaire pour coordonner la loi applicable aux deux questions : si les époux partagent une même nationalité, il serait possible de choisir, tant pour le régime que pour leurs successions respectives, du droit national commun. Cependant, si les époux ont des nationalités différentes, de la même manière que dans le cas précité, le choix de la loi de l'État national, qui est la seule possibilité prévue dans la LDIP en matière de successions, n'est pas en mesure de rétablir la coordination espérée.

Les incongruences ne s'arrêtent pas aux options de choix actuellement offertes aux parties, mais peuvent également résulter d'autres divergences. En effet, contrairement à ce qui est prévu pour le régime matrimonial (art. 23 r. 2016/1103), le règlement n° 650/2012 admet un choix de loi tacite en matière de successions (art. 22, paragr. 2 r. 650/2012). En revanche, la LDIP est plus cohérente sur ce point, admettant la possibilité d'un choix de loi tacite tant en matière de régimes (art. 53 LDIP), qu'en matière de successions (art. 90 et 91 LDIP).

---

<sup>1375</sup> *Ibid.*

1091

1092

1093

Il existe également d'autres situations où un choix de loi ne pourra jamais remédier au défaut de coordination de la loi applicable. C'est par exemple le cas lorsqu'une disposition de la *lex causae* étrangère soulève une question incidente ou « préalable » qui, en tant que telle, ne relève pas de la matière principale. À cet égard, nous pouvons citer, entre autres, les questions concernant la validité d'un mariage ou d'une adoption, qui surgissent en matière de successions. Celles-ci étant exclues du champ d'application du règlement n° 650/2012, l'autorité saisie de la question principale doit alors décider sur la base de son droit international privé si la question préalable doit faire l'objet d'un rattachement « autonome », en application de la règle de conflit du for, ou « dépendant », c'est-à-dire fixé par la règle de conflit de la *lex causae*<sup>1376</sup>. Une partie de la doctrine plaide pour une prise en compte indépendante des questions préalables dans le statut successoral, ou, dans le silence du règlement sur les successions<sup>1377</sup>, pour une résolution de la question sur la base du droit international privé national des États membres<sup>1378</sup>. Cependant, il nous semble que l'intérêt de limiter la segmentation du droit matériel plaide plutôt pour le rattachement dépendant<sup>1379</sup>. En effet, si l'on admet que la question préalable soit jugée sur la base de la loi déterminée par le règlement, cela permettrait d'éviter qu'une même situation juridique soit appréciée de la même manière, quelles que soient les autorités des États membres appelées à statuer<sup>1380</sup>.

1094 Dans ces hypothèses, des améliorations dans la réglementation du choix de loi ne pourraient pas forcément améliorer la coordination. Cependant, il est probable que ces difficultés pourraient être résolues par un choix de for, dans la mesure où il n'y aurait alors qu'une seule méthode pour résoudre la question préalable, celle admise dans l'État du for.

---

<sup>1376</sup> Commentaire règlement successions-LAGARDE, art. 23 N 10.

<sup>1377</sup> L'on remarquera cependant qu'au cours de la procédure législative, le Parlement européen s'est explicitement exprimé en suggérant que les questions incidentes soient soumises à la loi désignée par les règles de conflit pertinentes, voir 2005/2148(INI), recommandation n° 6.

<sup>1378</sup> Successions-BONOMI, art. 1 N 17 ; LAGARDE, Les principes (2012).

<sup>1379</sup> Succession Regulation-WELLER, art. 1 N 3 ; DUTTA, Die europäische (2015), p. 32 et 36.

<sup>1380</sup> DUTTA, Die europäische (2015), p. 36.

## II.A.2. Les difficultés de coordination au niveau de la compétence

### II.A.2.1. *La concentration du contentieux en cas de divorce*

Tout d'abord, il convient de rappeler que le règlement Bruxelles II *ter* ne permet pas aux époux de procéder à une élection de for conclue à l'avance, en dehors de toute procédure de divorce<sup>1381</sup>. Pourtant, comme nous l'avons vu, les époux sont libres de choisir à l'avance la loi applicable à leur divorce, ainsi que la loi applicable aux créances alimentaires et à leur régime matrimonial. La raison pour laquelle on évoque le choix de loi en traitant de l'élection de for est que l'efficacité de l'élection de droit dépend de la question de savoir si la demande de divorce est déposée auprès d'une juridiction reconnaissant la possibilité, pour les parties, de s'accorder à propos du droit applicable. En effet, si l'affaire est portée devant les juridictions d'un État situé en dehors de l'UE, ou même devant le tribunal d'un État membre qui n'est pas lié par le règlement Rome III ou le règlement sur les régimes matrimoniaux, les choix des parties ne seront probablement pas pris en compte. Par conséquent, l'on peut dire qu'à présent l'une des principales faiblesses du principe de l'autonomie des parties est que les conjoints n'ont pas le pouvoir de désigner le tribunal du divorce pour s'assurer que leurs choix quant à la loi applicable seront respectés<sup>1382</sup>. Il y aurait donc eu beaucoup à gagner à ce que le règlement Bruxelles II *ter* prévoie une règle de prorogation de compétence en matière matrimoniale (cf. *infra*, n° 1131-1136).

Dans les paragraphes suivants, à l'aide d'un scénario concret de divorce qui nous est proposé par la Professeure GONZALEZ BEILFUSS<sup>1383</sup>, nous illustrerons les conséquences négatives qui résultent de l'impossibilité de choisir la juridiction compétente en matière de divorce.

Que se passerait-il si X, de nationalité italienne, et Y, de nationalité espagnole, un couple marié résidant en Belgique, décidaient de divorcer après douze ans de mariage ? L'article 5 du règlement Rome III leur permettrait certainement de désigner soit la loi belge en tant que loi de leur résidence habituelle commune, soit la loi espagnole ou italienne en tant que loi de la nationalité des deux conjoints. S'ils décidaient de choisir la loi espagnole, qui est actuellement très favorable au divorce, ils pourraient désigner ce même droit pour les

<sup>1381</sup> GONZALEZ BEILFUSS, Pursuing Coordination (2020), p.181.

<sup>1382</sup> GONZALEZ BEILFUSS, Pursuing Coordination (2020), p. 181.

<sup>1383</sup> *Ibid.*, p. 180.

questions relatives aux obligations alimentaires. X et Y auraient également la possibilité de choisir la loi espagnole comme loi régissant leur régime matrimonial, mais leur choix n'aurait en principe pas d'effets rétroactifs, sauf s'ils en décident ainsi<sup>1384</sup>.

1098 À première vue, il semble donc que l'exercice de l'autonomie des parties soit effectivement en mesure de réaliser un certain degré de coordination. Cependant, une réflexion plus approfondie met en lumière l'existence de certaines incongruences.

1099 La pratique montre que la plupart des divorces ont lieu par consentement mutuel. Cela a sûrement un impact sur la décision du lieu de dépôt du divorce, qui peut être supposée être une décision commune. Dans ce cas, si X avait quitté Y et s'était installé par exemple en Suède, un État membre qui n'est pas lié par le règlement Rome III et le règlement sur les régimes matrimoniaux, et que le couple était d'accord sur la décision de divorcer, X pourrait choisir de déposer la demande de divorce en Belgique, État de l'ancienne résidence habituelle commune, à condition que Y soit restée en Belgique. Si elle était retournée en Espagne, ils seraient libres de convenir de déposer la demande soit en Suède, soit en Espagne.

1100 Cependant, dans le scénario susmentionné, il existe également le risque que X décide de déposer la demande de divorce en Suède sans l'accord de Y, notamment dans le but d'invalider une éventuelle élection de droit conclue sur la base du règlement Rome III. Il est évident que cela serait contraire aux buts de sécurité et prévisibilité juridique recherchés. Cette incertitude aurait pu être éliminée en reconnaissant aux époux la possibilité de s'accorder sur la question de l'autorité compétente à leur divorce quand celui-ci ne serait qu'une simple éventualité.

#### *II.A.2.2. La concentration du contentieux en cas de décès de l'un des époux*

1101 Au vu des liens entre le droit des régimes et la matière successorale, dans les sections précédentes nous avons souligné à maintes reprises l'importance d'une réglementation cohérente entre la liquidation du régime matrimonial et la détermination des droits successoraux du conjoint survivant. Dès lors, au niveau de la compétence, il nous semble évident que la concentration du contentieux est souhaitable. Pour y parvenir, nous avons vu que le règlement sur les régimes matrimoniaux prévoit une concentration du contentieux devant le

---

<sup>1384</sup> *Ibid.*



juge saisi de la succession, à son article 4. Bien que cette concentration du contentieux soit bienvenue, il sied de relever que la manière dont les deux textes traitent la question de l'élection de for n'est pas autant coordonnée, ce qui risque de prêter le niveau de prévisibilité juridique qui serait souhaitable en la matière.

S'agissant des accords d'élection de for, il convient de rappeler que l'article 5 du règlement n° 650/2012 se réfère uniquement aux parties à la procédure, soit les héritiers. En revanche, en matière de régimes, l'article 7 du règlement n° 2016/1103 permet aux conjoints de conclure une élection de for<sup>1385</sup>. Il sied de relever qu'il n'y a pas identité des acteurs aptes à faire usage de leur autonomie : aux parties concernées par la succession, aux époux en matière de régimes matrimoniaux. 1102

## **II.B. Améliorer la coordination par le biais du choix de la loi applicable**

Comme nous l'avons souligné auparavant, réussir à soumettre toutes les questions liées à la désunion conjugale à une seule et même loi est une étape essentielle pour parvenir au degré de coordination qui serait souhaitable. 1103

Dans la pratique, cependant, une question demeure : comment les accords conclus régissant une seule matière, peuvent-ils être « combinés » avec des accords portant sur une autre matière, afin que la même loi soit appliquée à toutes les questions soulevées dans la même procédure ou liées à la même situation ? 1104

Nous avons constaté que, sans choix de loi, l'objectif de coordination peut être atteint dans certains cas, mais il n'est pas toujours garanti (cf. *supra*, n° 999-1009). En effet, dans le domaine de la loi applicable, les facteurs de rattachement prévus dans chaque instrument reflètent les spécificités typiques du contexte dans lequel ces normes s'insèrent. Dès lors, il peut arriver que le moment décisif pour la détermination de ces facteurs diffère dans les différents textes<sup>1386</sup>. 1105

Dans un paysage juridique tel que nous l'avons décrit, l'élection de droit occupe une place ambivalente. D'une part, elle-même est une source 1106

<sup>1385</sup> Il convient de rappeler que l'élection de for en matière de régimes est subsidiaire aux compétences prévues aux articles 4 et 5 du règlement n° 2016/1103, notamment dans le but d'achever une coordination de la juridiction compétente en matière de divorce et successions.

<sup>1386</sup> BONOMI, *Coherence and Coordination* (2020), p. 37.

d'incohérence, dans la mesure où elle n'a pas été reconnue avec la même ampleur dans tous les domaines qui font l'objet de notre étude<sup>1387</sup>. D'autre part, l'élection de droit constitue un outil pour atteindre, au moins en partie, la nécessaire coordination entre questions connexes, fondamental pour réaliser l'objectif de sécurité juridique, d'où l'intérêt de promouvoir son utilisation.

1107 Au vu de ce qui précède, dans les paragraphes suivants, nous proposerons quelques pistes de réflexion concernant l'opportunité et les éventuelles modalités d'une reconnaissance plus large du choix de loi.

II.B.1. Le choix de loi pour coordonner la loi applicable au divorce, aux obligations alimentaires et aux régimes matrimoniaux

*II.B.1.1. L'élection de droit comme outil de coordination de la loi applicable au divorce et aux obligations alimentaires*

1108 L'intérêt des couples internationaux de parvenir à un régime unique pour tout ou une partie de leurs relations patrimoniales a fait l'objet d'une attention particulière dans le protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, dont l'article 8 prévoit deux options pour rattacher la loi applicable aux obligations alimentaires à la loi régissant un autre aspect de leurs relations patrimoniales. Par la première option, la disposition permet aux parties de désigner, pour régir l'obligation alimentaire, la loi qu'elles ont elles-mêmes désignée « pour régir leurs relations patrimoniales », ou bien la loi qui a « effectivement été appliquée à ces relations » (art. 8, paragr. 1, let. c). La deuxième option vise, par la même technique, à rattacher la loi applicable à l'obligation alimentaire à la loi « désignée par les parties pour régir leur divorce ou leur séparation de corps ou celle effectivement appliquée à ce divorce ou cette séparation » (art. 8, paragr. 1, let. d). Il s'agit des seules hypothèses où les textes établissent un lien direct entre les lois applicables à différents aspects relevant du droit patrimonial de la famille<sup>1388</sup>.

1109 Par cette technique, le législateur ne détermine pas directement l'éventail des droits pouvant être désignés par les parties, et s'en remet aux règles de conflit de l'État dont les autorités ont déterminé la loi applicable soit aux relations

---

<sup>1387</sup> Par exemple, le choix de la loi de la résidence habituelle de l'un ou des deux époux a été reconnu dans tous les règlements européens en matière familiale, à l'exception du règlement successions. Pour plus de détails sur la question : *Ibid.*, p. 39-40.

<sup>1388</sup> KOHLER, La segmentation (2017), p. 84.

patrimoniales du couple, soit au divorce de celui-ci<sup>1389</sup>. À cet égard, il importe peu que les parties aient ou non choisi elles-mêmes cette loi, celle ayant effectivement été appliquée pouvant être désignée au même titre. De toute manière, le risque de voir soumettre l'obligation alimentaire à une loi sans aucun rapport avec celle-ci est relativement mineur, les lois entrant en considération tant pour les relations patrimoniales que pour le divorce étant dans la grande majorité des cas rattachées à la situation, soit par la résidence habituelle, soit par la nationalité de l'une ou des deux parties, soit encore par le for<sup>1390</sup>. Par ailleurs, l'article 8 du protocole permet lui-même de désigner directement, pour régir l'obligation alimentaire, la loi de l'État de la nationalité ou de la résidence habituelle de l'une des parties (art. 8, paragr. 1<sup>er</sup>, let. a et b).

L'article 8, paragraphe 1 du protocole distingue l'hypothèse du rattachement de l'obligation alimentaire à la loi régissant le régime matrimonial de celle du rattachement à la loi du divorce, les deux hypothèses pouvant aboutir à des lois différentes. Dès lors, comment se comporter lorsque le régime matrimonial est régi par une autre loi que le divorce ? Bien qu'il soit souhaitable de pouvoir soumettre toutes les conséquences du divorce à la loi qui régit celui-ci, cela transcende les moyens du seul protocole de La Haye, et ni le règlement Rome III en matière de divorce, ni le règlement sur les régimes ne prévoient expressément la possibilité de soumettre ces questions à une seule et même loi. Toutefois, ces textes, pris dans leur ensemble, permettent aux époux de désigner, notamment par un contrat de mariage ou une convention *ad hoc*, la même loi pour régir tous les éléments susmentionnés. En effet, même si l'éventail des lois pouvant être choisies par les parties n'est pas toujours le même dans les différents textes, les possibilités offertes sont suffisamment larges pour permettre un choix cohérent<sup>1391</sup>. Ainsi, à titre d'exemple, tous les textes concernés permettent aux époux de désigner, pour régir leur régime matrimonial, leurs obligations alimentaires et leur divorce, la loi de l'État de leur résidence habituelle commune ou bien la loi de l'État de la nationalité de l'un d'eux, ces rattachements devant exister au moment de la désignation.

Par un tel choix, les époux peuvent s'assurer que des aspects connexes reçoivent une réglementation cohérente et pourront ainsi éviter une éventuelle segmentation des règles applicables à des rapports de droit connexes<sup>1392</sup>. Même en l'absence d'un contrat de mariage, les époux peuvent toujours, par une convention *ad hoc*, désigner la loi applicable. Pour le divorce, cette désigna-

<sup>1389</sup> *Ibid.*

<sup>1390</sup> *Ibid.*

<sup>1391</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>1392</sup> *Ibid.*

1110

1111

tion doit intervenir au plus tard au moment de la saisine de la juridiction<sup>1393</sup>. Dans ce cas, lorsqu'il n'y a plus de résidence habituelle commune, les ex-époux peuvent toujours choisir la loi de l'État dont l'un d'eux a la nationalité.

### II.B.1.2. *L'élection de droit comme outil de coordination de la loi applicable au divorce et aux régimes matrimoniaux*

- 1112 Comme nous l'avons relevé (cf. *supra*, n° 1079), la possibilité de choisir tant la loi applicable à leur divorce, que la loi applicable à leur régime matrimonial est déjà ouverte aux parties. Cependant, nous sommes de l'avis qu'il serait également nécessaire de garantir une meilleure coordination au niveau des modalités du choix, ce qui constitue un point essentiel lorsque les parties souhaitent conclure un accord global couvrant plusieurs domaines<sup>1394</sup>.
- 1113 Nous avons déjà eu l'occasion de souligner qu'il existe actuellement des incertitudes s'agissant du moment du choix de la loi applicable (cf. *supra*, n° 1081). S'agissant de la question de savoir si les parties sont autorisées à conclure un accord avant même le mariage, le considérant 45 du règlement sur les régimes précise que le choix peut être fait à tout moment, avant le mariage, à la conclusion du mariage, ou pendant le mariage. En adoptant une approche formaliste, il serait possible de conclure qu'en revanche, ces types d'accords pré-nuptiaux soient exclus du règlement Rome III, l'article 5 ne faisant référence qu'aux « époux ». Cette interprétation, sans doute correcte d'un point de vue littéral, nous paraît restrictive<sup>1395</sup>. Dès lors, dans une logique de coordination, il serait souhaitable, à l'occasion d'une future révision du règlement Rome III, de prévoir expressément que les parties puissent convenir de la loi applicable à leur divorce dans un accord anticipé<sup>1396</sup>.

### II.B.2. *Le choix de loi pour coordonner la loi applicable aux régimes matrimoniaux et aux successions*

- 1114 L'idée selon laquelle il existe de nombreux liens significatifs entre la matière matrimoniale et d'autres aspects connexes, tels que les aspects successoraux,

---

<sup>1393</sup> *Ibid.*

<sup>1394</sup> VIARENGO, Choice (2016), p. 551.

<sup>1395</sup> *Ibid.*, p. 549.

<sup>1396</sup> *Ibid.*

se présente désormais comme une évidence<sup>1397</sup>. Plus deux domaines sont connexes, plus forte est la nécessité de garantir un certain degré de coordination entre les dispositions régulant les deux matières. D'ailleurs, la grande proximité des règlements n° 2016/1103 et 650/2012, tant dans les termes utilisés que dans la structure même des textes, démontre que le législateur européen était bien conscient des connexions entre les questions liées au régime et celles liées à la succession.

Contrairement à ce qui est vrai au niveau de la compétence, un degré de coordination satisfaisant n'a pas été atteint en matière de détermination de la loi applicable sur la base des rattachements objectifs retenus par les textes européens (cf. *supra*, n° 1005-1009). Il ressort également de notre analyse (cf. *supra*, n° 1084-1094) que le choix en matière de successions est beaucoup plus restreint qu'en matière de régimes, le règlement n° 650/2012 et la LDIP n'admettant qu'un choix en faveur de la loi nationale du défunt (art. 22, paragr. 1 r. 650/2012 ; art. 90, al. 2 LDIP). Nous avons pu relever que ces possibilités de choix ne répondent pas aux besoins des conjoints qui ne partagent pas la même nationalité<sup>1398</sup>, une situation qui est de plus en plus fréquente, vu que le mariage n'a pas un impact automatique sur la nationalité des époux. 1115

En raison de ces divergences, il serait souhaitable d'élargir les possibilités à la disposition du futur *de cuius* afin d'atteindre un plus haut degré de coordination avec les options à disposition en matière de régimes. 1116

En effet, bien qu'il existe des expédients pour pallier l'impossibilité de coordonner les choix de loi dans ces domaines<sup>1399</sup>, la situation actuelle, qui limite 1117

<sup>1397</sup> À ce sujet, nous rappelons l'une des décisions les plus célèbres de la CJUE en la matière, soit l'arrêt *Mahnkopf*, C-558/16, dans lequel la Cour a souligné l'interaction entre les questions de planification en matière matrimoniale et en matière successorale.

<sup>1398</sup> S'ils souhaitent conclure un contrat de mariage, un ressortissant français vivant en France avec un citoyen portugais peut choisir la loi française pour régir leur contrat. En revanche, les deux époux ne pourront pas choisir la loi française pour régir leur succession, cette possibilité étant réservée au conjoint français. Une solution pourrait être de renoncer à l'idée d'un choix de loi et de partir du principe que la succession du conjoint portugais sera régie par la loi française, en tant que loi de la résidence habituelle du défunt. Mais cela ne vaut que si les époux ne déménagent pas et ne restent pas en France. Dès que les conjoints déménagent ou qu'il existe une incertitude sur leur résidence habituelle, par exemple au motif que les conjoints partagent leur temps entre plusieurs endroits, les choses deviennent plus incertaines. Cet exemple a été tiré depuis WAUTELET, Article 22 (2018), p. 4.

<sup>1399</sup> Le règlement successions permet par exemple aux époux qui se lient par un pacte successoral de soumettre ce dernier à la loi de la nationalité de l'un d'entre eux (art. 25, paragr. 3 r. 650/2012). Ceci peut s'avérer avantageux lorsque les époux ne possèdent pas la même nationalité et que leur régime matrimonial est précisément soumis à la loi de la nationalité de

sans véritable nécessité la possibilité de parvenir à un régime unique, aurait pu être évitée en permettant aux époux de directement soumettre leurs successions respectives à la loi régissant leur régime matrimonial<sup>1400</sup>. Cependant, cette possibilité n'est pas admise ni par le règlement n° 650/2012, ni par la loi suisse de droit international privé. Les raisons de ce choix sont notamment difficiles à comprendre dans le cadre de la réglementation européenne, qui reconnaît le principe d'autonomie des parties dans la plupart des règlements sur les conflits de lois, même pour les questions non patrimoniales, telles que le divorce : il est dès lors étonnant que cette possibilité soit exclue dans un domaine qui ne concerne que les intérêts patrimoniaux des parties concernées<sup>1401</sup>.

- 1118 À défaut de cette possibilité d'établir un lien direct entre la loi applicable au régime et à la succession, il serait alors souhaitable d'étendre la portée de l'élection de droit en matière successorale en accordant au disposant la possibilité de soumettre sa succession à la loi nationale de son conjoint ou à la loi de l'État de son domicile ou de sa résidence habituelle au moment du choix<sup>1402</sup>, des options que, comme nous l'avons vu dans les paragraphes précédents, sont ouvertes pour le choix de la loi applicable aux régimes.
- 1119 Bien que cette absence de coordination soit regrettable tant au niveau européen que dans la loi de droit international privé helvétique, nous soulignerons l'indifférence du législateur suisse sur ce point dans le cadre de la révision du chapitre 6 de la LDIP, qui aurait pu constituer l'occasion parfaite d'adopter des mesures à cet égard. Cela est d'autant plus vrai que le législateur suisse avait déjà relevé l'intérêt d'une telle coordination en 1982, quand il déclarait que « *la professio juris* permet [...] 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 suc-

---

l'un d'entre eux. D'autre part, le choix de loi fondé sur l'art. 25, paragr. 3, demeure un choix partiel, qui introduit une scission fonctionnelle entre plusieurs aspects d'une même succession. Pour plus de détails, voir Relations patrimoniales-WAUTELET, art. 22 N 57.

<sup>1400</sup> KOHLER, La segmentation (2017), p. 87.

<sup>1401</sup> BONOMI, The Interaction (2011), p. 230.

<sup>1402</sup> À ce propos, nous relevons qu'au cours du processus législatif, le Parlement européen avait admis un choix par le *de cuius* en faveur du droit de sa résidence habituelle au moment du choix, voir 2005/2148(INI), recommandation n° 3. Cependant, cette option a finalement été écartée par le législateur européen.

cessoraux se fasse selon le même droit. Cette possibilité de coordination répond incontestablement un besoin de la pratique »<sup>1403</sup>.

Au niveau des exigences formelles, nous avons relevé qu'il existe des différences importantes entre les conditions formelles requises par le législateur européen pour les contrats de mariage et pour le choix de la loi lors d'une succession<sup>1404</sup>. Nous pouvons constater qu'alors que les accords en matière de régimes doivent respecter une forme qualifiée, il n'en va pas de même en matière de successions, où la validité du testament n'est pas soumise à ces exigences formelles. Dès lors, il serait possible d'atteindre une meilleure coordination en prévoyant, à l'occasion d'une future révision, une possibilité de choix tacite également dans le règlement sur les régimes matrimoniaux, à l'instar du droit suisse.

1120

## **II.C. Améliorer la coordination par le biais d'un choix de for**

En dépit des quelques difficultés qui subsistent à cet égard (cf. *supra*, n° 1010-1013), il y a lieu d'admettre qu'en matière de compétence internationale, l'application des règles objectives permet déjà de parvenir à un degré de coordination satisfaisant.

1121

Cependant, comme nous l'avons déjà relevé, l'efficacité de l'élection de droit dépend de la question de savoir si la demande de divorce est déposée auprès d'une juridiction reconnaissant la possibilité, pour les époux, de s'accorder s'agissant de la loi applicable à leur relation. Partant, la décision de la Commission de laisser invarié le chapitre dédié à la compétence juridictionnelle en matière de divorce à l'occasion de la révision du règlement Bruxelles II *bis* ne peut que surprendre.

1122

### **II.C.1. L'admission de l'élection de for en matière de divorce dans le règlement n° 2019/1111**

Au vu de ce qui précède, dans les paragraphes suivants, nous préconiserons l'ouverture aux époux de la possibilité de s'accorder de manière anticipée quant à la juridiction compétente pour leur divorce, afin de garantir le niveau de prévisibilité juridique qui serait souhaitable en la matière.

1123

<sup>1403</sup> FF 1983 I 255, p. 376.

<sup>1404</sup> VIARENGO, Choice (2016), p. 551.

*II.C.1.1. L'admission de l'élection de for en matière de divorce*

*II.C.1.1.1. Les raisons de l'admission du principe de l'élection de for*

1124 Nonobstant l'apparente aversion du législateur européen à admettre une élection de for en matière de divorce, les manifestations doctrinales en faveur de l'admission d'une règle d'autonomie dans ce domaine ne manquent pas<sup>1405</sup>, à notre avis, à juste titre.

*II.C.1.1.1.a. L'admission du principe de l'élection de for face au mouvement de « privatisation » divorce*

1125 Avant de nous livrer à l'analyse des avantages de la prorogation de compétence en matière matrimoniale, il nous semble important d'expliquer pourquoi le principe même de l'élection de for, qui s'inscrit dans la tendance actuelle à « déjudiciariser », et donc « privatiser », le divorce, devrait être admis par le législateur européen.

1126 Comme nous l'avons relevé, en raison de l'inflation du nombre de divorces, mais également de l'engorgement des tribunaux<sup>1406</sup>, plusieurs pays, notamment européens, ont choisi d'ouvrir la voie aux divorces déjudiciarisés, c'est-à-dire des divorces privés ne nécessitant pas le recours à la justice ou à une autorité compétente (cf. *supra*, n° 132-134). Face à cet essor de la justice alternative, et plus précisément des divorces privés, se pose nécessairement la question de leur valeur en droit international privé<sup>1407</sup>. Or, le droit international privé s'est toujours intéressé de la problématique liée au divorce. Néanmoins, il n'appréhendait que les divorces prononcés par une juridiction ou une autorité compétente.

1127 En réponse à cette évolution, l'une des nouveautés introduites par le règlement Bruxelles II *ter* est l'inclusion, dans son champ d'application, des divorces privés. En effet, en vertu de l'article 65 dudit règlement, les accords privés s'ajoutent à la catégorie d'actes susceptibles d'être reconnus et exécutés au

---

<sup>1405</sup> La manifestation significative la plus récente en faveur de l'admission de la règle de l'autonomie est la proposition de règlement relative à la compétence, la loi applicable et la reconnaissance en matière de divorce, adoptée par le Groupe européen de droit international privé (GEDIP) lors de sa réunion à Katowice le 15 septembre 2019, dont l'art. 5 prévoit une capacité de choix limitée.

<sup>1406</sup> LELOUVIER (2021), p. 2.

<sup>1407</sup> *Ibid.*



sein de l'Union européenne<sup>1408</sup>. Ainsi, l'article 65 du règlement se réfère à la notion d'« accord », laquelle est définie à l'article 2 du règlement, qui vise spécifiquement « un acte qui n'est pas un acte authentique, qui a été conclu par les parties dans les matières relevant du champ d'application du présent règlement et qui a été enregistré par une autorité publique notifiée à cet effet à la Commission par un État membre ». En d'autres termes, le règlement a vocation à intégrer certains divorces privés dans son champ d'application afin de permettre leur circulation au sein de l'Union européenne<sup>1409</sup>. Toutefois, le considérant n° 14 rappelle que le règlement n'a pas pour objet d'autoriser la libre circulation de simples accords privés, mais de favoriser la circulation des accords « qui ont été enregistrés par une autorité publique habilitée à le faire ». Ainsi, la justice alternative débute son internationalisation.

Le droit international « tend à créer une société unique dans laquelle s'interpénètrent progressivement les droits interne et international au sein d'une société civile transnationale extrêmement complexe »<sup>1410</sup>. C'est pourquoi le droit de l'Union a été contraint de se saisir de la problématique liée aux divorces privés, celle tenant aux divorces judiciaires étant déjà réglée par divers textes européens. Dans un contexte pareil, le rôle accordé à l'autonomie des parties nous semble central. 1128

Compte tenu de ces développements normatifs, la réticence contre une admission de la volonté individuelle en matière de choix de la juridiction compétente en matière de divorce nous paraît d'autant plus dépassée. 1129

Malgré le fait que le règlement Bruxelles II *ter* exige que, pour que l'accord privé puisse circuler dans l'espace européen, le divorce privé ait eu lieu dans l'État membre qui aurait été compétent pour un divorce judiciaire, il reste que l'admission du principe même des divorces privés implique que les États ont accepté d'exercer un contrôle moindre sur ces types de procédure. Si l'on admet qu'il est acceptable que les parties mettent fin à leur mariage sans faire aucun appel au pouvoir judiciaire, et si l'on permet que ces divorces puissent circuler, si bien que de manière limitée, au sein de l'espace européen sur la base du nouvel règlement Bruxelles II *ter*, pourquoi ne pas laisser aux parties la possibilité de choisir à l'avance la juridiction compétente pour leur divorce, dans le but de faciliter la planification de l'ensemble de leurs rapports patrimoniaux ? 1130

<sup>1408</sup> Bruxelles II*ter*-CORNELOUP, art. 65 N 1.

<sup>1409</sup> LELOUVIER (2021), p. 4. Sur la cohérence et continuité avec la notion de décision du règlement Bruxelles II *ter*, voir CORNELOUP, La circulation (2023), p. 423 ss.

<sup>1410</sup> KOLB (2005), p. 69 ss ; Bruxelles II*ter*-CORNELOUP, art. 65 N 4.

*II.C.1.1.1.b. Les avantages de l'élection de for dans la recherche de coordination*

- 1131 Au vu des inconvénients posés par le système de compétence objectives prévu par le règlement Bruxelles II *ter* (cf. *supra*, n° 420-422), nous sommes de l'avis que l'admission d'une élection de for en matière matrimoniale permettrait aux époux d'atteindre une meilleure coordination dans le règlement de leurs rapports patrimoniaux post-divorce sur plusieurs aspects.
- 1132 En premier lieu, par le biais d'une élection de for en matière de divorce, les époux pourraient faire en sorte que les juridictions d'un seul et même État soient compétentes pour l'ensemble des questions en lien avec la procédure de désunion. En effet, au vu des compétences de renvoi prévues par les règlements n° 4/2009 et n° 2016/1103, en présence d'une élection de for concernant l'action en divorce, une compétence accessoire serait automatiquement reconnue à la juridiction choisie par les époux<sup>1411</sup>.
- 1133 De plus, la prévisibilité du for garantit généralement une majeure prévisibilité de la loi applicable, puisque celle-ci dépend des règles de conflit de l'État du juge saisi. Tel est évidemment le cas si les époux s'accordent pour un choix de loi, comme le permet le règlement Rome III. En effet, alors que Bruxelles II *ter* exclut la possibilité de proroger la compétence en matière matrimoniale, niant ainsi l'autonomie des parties à cet égard, nous avons vu que le règlement Rome III est clairement centré autour de l'idée d'autonomie des parties, comme le témoigne son article 5 (cf. *supra*, n° 547-550)<sup>1412</sup>.
- 1134 Nous rappelons que le règlement Rome III a été finalisé par le biais du mécanisme de coopération renforcée (cf. *supra*, n° 384), de sorte qu'il ne s'applique que dans les États participants. Dans les autres États membres de l'UE, la question de savoir s'il existe une possibilité de choisir la loi applicable au divorce dépend du droit national. Or, dans les pays non participants, les règles

---

<sup>1411</sup> Dans le cadre du règlement n° 2016/1103, compte tenu de la priorité de l'art. 5, il en résulterait l'exclusion de tout autre compétence prévue par ce texte. En matière alimentaire, en revanche, la compétence dérivée du juge saisi de l'action d'état n'exclut pas les autres compétences prévues par le règlement : cependant, les époux pourraient parvenir à ce résultat, s'ils le souhaitent, en complétant la prorogation de for effectuée en vue du divorce par une prorogation de for au profit de la même juridiction concernant l'action alimentaire, sur le fondement de l'art. 4 r. 4/2009. Pour plus de détails, voir BONOMI, La refonte du règlement (2023), paragr. 68.

<sup>1412</sup> En Suisse, au contraire, nous avons pu constater que le rejet de l'autonomie des parties sur le plan de la compétence fait pendant à son exclusion sur le plan des conflits de lois (cf. *supra*, n° 544) : nous relevons donc que, bien que moins libéral, le droit suisse est, du moins, plus cohérent dans son ensemble.

du règlement Bruxelles II *ter* permettent aux parties, avec la pluralité de compétences qu'elles prévoient, d'influencer la détermination de la loi applicable<sup>1413</sup>. En effet, comme le relève KRUGER à juste titre, les demandeurs qui ont la possibilité de choisir une juridiction pour engager une procédure de divorce peuvent faire leur choix soit parce que la juridiction appliquerait la *lex fori*, soit parce qu'ils savent quels facteurs de rattachement la juridiction utiliserait pour déterminer la loi applicable<sup>1414</sup>.

Dans ce contexte, une prorogation de compétence en faveur des juridictions de l'un des États membres liés par ce règlement permettrait aux époux de s'assurer que leur élection de droit sera respectée, ce qui n'est pas garanti si la juridiction finalement saisie est celle d'un État qui ne reconnaît pas le choix de la loi applicable au divorce<sup>1415</sup>. En outre, l'élection de droit en matière de divorce pourrait facilement être complétée par un choix de la loi applicable à l'entretien après divorce et de la loi applicable à la liquidation du régime matrimonial, tel que prévu, respectivement, à l'article 8 du protocole de La Haye et à l'article 22 du règlement n° 2016/1103 (cf. *supra*, n° 563 ss et 590 ss). Dans ce cas également, une élection de for au profit des juridictions d'un État membre lié par le protocole de La Haye ou par le règlement n° 2016/1103 permettrait de sécuriser le choix de la loi applicable, en garantissant qu'il soit respecté par les autorités saisies du contentieux de la désunion<sup>1416</sup>.

Il convient de relever également que, si les conjoints le souhaitent, la prorogation de for, idéalement combinée avec un choix de loi, permettrait de faire coïncider la compétence juridictionnelle avec la loi applicable, ce qui facilite toujours la tâche de la juridiction saisie, et avantage les parties par la réduction de la durée et des coûts de la procédure<sup>1417</sup>. Comme nous l'avons vu, afin de promouvoir la coïncidence entre la compétence et la loi applicable, certains règlements européens n'autorisent l'élection de for qu'au profit de juridictions de l'État dont la loi est applicable au fond (art. 5 r. 650/2012). En dépit de ses indéniables avantages, une telle solution ne peut être envisagée en matière matrimoniale tant que les règles relatives à la détermination de la loi applicable ne sont pas unifiées dans tous les États membres liés par le règlement Bruxelles II *ter*, ce qui n'est pas le cas à ce jour en raison du champ d'application restreint du règlement Rome III. Dans ce contexte, lier l'élection de for à la loi applicable conduirait à lui reconnaître une portée variable d'un

<sup>1413</sup> LIMANTE (2021), p. 339.

<sup>1414</sup> KRUGER (2014), p. 1.

<sup>1415</sup> BONOMI, La refonte du règlement (2023), paragr. 71.

<sup>1416</sup> *Ibid.*, paragr. 72.

<sup>1417</sup> *Ibid.*, paragr. 75.

État membre à l'autre, ce qui ne serait guère compatible avec un régime de compétence unifié<sup>1418</sup>.

*II.C.1.1.1.c. Les dangers de l'élection de for et les possibles aménagements*

- 1137 Il convient d'admettre que l'élection de for présente également des désavantages. Cependant, il nous paraît possible d'envisager des aménagements afin de surmonter ces difficultés. Afin de garantir une protection minimale au profit des époux pour les hypothèses les plus graves de déni de justice, il serait possible de prévoir que l'élection de for devient caduque si la procédure « ne peut raisonnablement être introduite ou se révèle impossible » devant la juridiction élue<sup>1419</sup>.
- 1138 Un autre danger lié à l'admission de la prorogation de compétence est que celle-ci puisse être utilisée, de manière abusive, par l'un des époux afin de restreindre excessivement les droits de son conjoint en cas de démariage. Il va sans dire que ce risque est particulièrement aigu lorsqu'il existe un déséquilibre entre les époux, notamment en ce qui concerne l'accès aux informations pertinentes. À cet égard, une partie de la doctrine<sup>1420</sup> propose l'introduction, en relation avec toute autre manifestation de l'autonomie des parties en matière matrimoniale, d'une clause de sauvegarde analogue à celle de l'article 8, paragraphe 5, du protocole de La Haye, qui permet au tribunal saisi de s'écarter de la loi choisie par les parties pour régir leurs obligations alimentaires « 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 »<sup>1421</sup>.

*II.C.1.1.2. Coordonner les modalités de l'élection de for*

- 1139 Selon certains auteurs, le choix de la juridiction devrait être réservé au moment où la procédure est portée devant le tribunal<sup>1422</sup>. Cette approche éviterait le problème des choix boiteux et signifierait que les parties ne sont pas liées

---

<sup>1418</sup> *Ibid.*, paragr. 76.

<sup>1419</sup> *Ibid.*, paragr. 78.

<sup>1420</sup> *Ibid.*, paragr. 80.

<sup>1421</sup> Cette clause de sauvegarde soit empruntée, telle quelle, par la disposition relative à la prorogation de for proposée par le GEDIP, à l'art. 5, al. 3.

<sup>1422</sup> WALKER (2018), p. 251.

par un choix antérieur que l'une d'entre elles ne trouve plus acceptable<sup>1423</sup>. Un choix fait au moment de la rupture de la relation donnerait aux parties un pouvoir d'autonomie accru en raison de la connaissance et de la réflexion consciente par rapport aux choix disponibles au moment de la désunion<sup>1424</sup>. Cependant, nous partageons l'avis selon lequel, dans une optique de prévisibilité, l'élection de for devrait pouvoir être conclue à l'avance, au moment ou en cours de mariage, et devrait bénéficier d'un effet exclusif ou au moins d'une présomption d'exclusivité<sup>1425</sup>.

Il va de soi que des garde-fous devraient néanmoins être prévus pour atténuer les risques qu'une telle élection de for comporte. Il paraît évident que l'élection de for devrait être encadrée, comme cela est généralement admis en matière de droit de la famille. Afin de garantir la proximité et la prévisibilité, les époux ne devraient pas se voir reconnaître un choix totalement libre. Néanmoins, dans la mesure où une élection de droit est possible, les époux devraient pouvoir bénéficier des mêmes options qui sont prévues pour celui-ci, ce qui leur permettrait d'assurer la coïncidence entre *forum* et *ius*<sup>1426</sup>. Ainsi, à l'instar de ce qui est prévu à cet égard dans la plupart des dispositions tant en droit suisse qu'un droit européen, les époux devraient pouvoir choisir entre les juridictions de l'État dont l'un d'eux possède la nationalité et celles des États où ils ont leurs résidences habituelles<sup>1427</sup>. Une partie de la doctrine envisage la possibilité d'ouvrir le choix à tout État ayant un lien suffisant avec la famille, invoquant que, en raison des particularités des situations individuelles des familles, cette flexibilité pourrait constituer un facteur positif permettant au tribunal d'évaluer, sur la base des faits de l'espèce, s'il est un for approprié pour entendre de cette affaire<sup>1428</sup>. Cependant, la notion d'un « lien suffisant » pourrait créer de l'insécurité en raison de la possibilité d'une interprétation incohérente entre les États.

Concernant la validité formelle de l'accord d'élection de for, on pourrait s'inspirer de l'article 8, paragraphe 5 du protocole de La Haye<sup>1429</sup>. Bien qu'elle ne soit actuellement prévue que pour le choix de la loi applicable aux obligations alimentaires, cette clause de sauvegarde pourrait utilement

<sup>1423</sup> *Ibid.*

<sup>1424</sup> *Ibid.*

<sup>1425</sup> BONOMI, L'élection de for (2023).

<sup>1426</sup> *Ibid.*

<sup>1427</sup> Ces options sont également retenues dans la proposition de règlement élaborée par le GEDIP (art. 5, al. 1).

<sup>1428</sup> WALKER (2018), p. 254.

<sup>1429</sup> BONOMI, L'élection de for (2023).

s'appliquer à la prorogation de compétence, comme cela a du reste déjà été proposé<sup>1430</sup>.

## II.C.2. L'admission d'une élection de for unilatérale en matière de successions dans le règlement n° 650/2012

- 1142 Dans le cadre de la présente étude, nous avons choisi de mettre l'accent sur les questions de coordination « horizontale », soit parmi divers dispositions ou instruments régulant des matières connexes<sup>1431</sup>. Dans ce contexte, nous promouvons l'élection de droit et la prorogation de compétence en tant qu'outils de droit international privé susceptibles d'atteindre le degré de coordination espéré.
- 1143 Il est cependant nécessaire de souligner que, dans une optique d'harmonie internationale des décisions, la prorogation de compétence n'est efficace que si les autorités des deux États concernés acceptent de lui donner effet. Bien que la question de la coordination de la compétence des autorités suisses et européennes ne rentre pas, à proprement parler, dans notre sujet d'étude, nous avons estimé nécessaire de traiter brièvement de la question, notamment à la lumière de la loi de révision du chapitre 6 LDIP<sup>1432</sup>.
- 1144 À l'heure actuelle, comme nous avons eu occasion de le relever, les relations helvético-européennes souffrent d'un manque de coordination à cause, d'une part, de l'ampleur de la compétence subsidiaire des États membres prévue à l'article 10 du règlement n° 650/2012<sup>1433</sup> et, d'autre part, de l'impossibilité pour le *de cuius* de procéder à une élection de for unilatérale en vertu du règlement. En réponse à ces problèmes de coordination, nous l'avons vu (cf. *supra*, n° 814), l'article 88b LDIP-rév étend aux ressortissants étrangers résidents en Suisse au moment du décès la possibilité d'établir une prorogation de for en faveur des autorités de leur État national<sup>1434</sup>. Cela permettra de régler un éventuel conflit positif de compétences avec le règlement européen en choisissant

---

<sup>1430</sup> Art. 9, al. 2 de la proposition de règlement élaborée par le GEDIP.

<sup>1431</sup> FONTANELLAS MORELL (2020), p. 124.

<sup>1432</sup> GUILLAUME, L'extension (2019), p. 235.

<sup>1433</sup> Nous soulignons que la LDIP connaît également des compétences subsidiaires, notamment aux art. 87, al. 1, et 88, al. 1 LDIP. Toutefois, les autorités suisses pourront se prévaloir de ces chefs de compétence uniquement à la condition que les autorités étrangères ne s'occupent pas de la succession : or, une telle condition fait défaut dans le règlement européen.

<sup>1434</sup> Nous rappelons que cet élargissement vient compléter la possibilité qui leur offre déjà le droit actuel de soumettre leur succession au droit de leur État national (art 90, al. 2 LDIP).

sant de soumettre sa succession aux autorités d'un État membre qui seraient également compétentes en vertu du règlement<sup>1435</sup>. Autrement dit, le conflit positif de compétences sera réglé en pratique, le plus souvent, en défaveur des autorités suisses.

Afin de garantir une majeure coordination dans les successions internationales impliquant un État tiers, nous préconisons, en occasion d'une future révision du règlement, l'introduction d'une possibilité de prorogation de for unilatérale, selon le modèle suisse, dans le règlement n° 650/2012. Admettre la possibilité pour les ressortissants d'États tiers de conclure une prorogation de for en faveur de leur État national aurait le mérite de prévenir davantage tout risque de conflit positif de compétences avec les autorités de ces États<sup>1436</sup>, d'autant plus que, nous le rappelons, la règle de litispendance prévue à l'article 17 du règlement est uniquement applicable dans les relations entre États membres. 1145

## **II.D. Les risques liés à la planification individuelle et ses limites en droit patrimonial de la famille**

Nous avons consacré les sections précédentes à l'étude des différentes manières dans lesquelles une admission plus vaste de l'autonomie privée pourrait aider à améliorer le degré de coordination en droit patrimonial de la famille, en évitant notamment que des règles différentes déterminent la compétence judiciaire et de la loi applicable s'agissant de matières connexes. 1146

À ce stade de notre analyse, il nous paraît nécessaire de considérer les risques que le principe d'autonomie de la volonté présente et les encadrements auxquels il devrait être soumis en matière familiale. 1147

### **II.D.1. Les risques de fraude et d'abus**

Lorsque l'on s'intéresse au rôle de la volonté des parties en droit international privé, il semble obligé d'analyser les éventuels risques de fraude et d'abus<sup>1437</sup>. Pour distinguer les deux notions, nous pourrions emprunter les mots du Professeur AUDIT, selon lequel « la seule différence [est] que la fraude à la loi 1148

---

<sup>1435</sup> GUILLAUME, L'extension (2019), p. 236.

<sup>1436</sup> Nous rappelons que de tels cas de figure peuvent se présenter non seulement lorsque le défunt domicilié en Suisse à son décès avait sa résidence habituelle dans un État membre, mais également lorsqu'il a laissé des biens successoraux mobiliers ou immobiliers sur le territoire d'un État membre. Pour plus de détails, voir *Ibid.*

<sup>1437</sup> Pour un rappel des différents arguments, voir AUDIT, La fraude (1974), p. 372-389.

qualifie un exercice médiat des prérogatives reconnues au sujet, l'abus de droit un exercice immédiat »<sup>1438</sup>.

- 1149 En d'autres termes, la fraude à la loi se caractérise par la manipulation d'un facteur de rattachement dans le but de modifier la compétence judiciaire ou la loi applicable. En effet, comme nous l'avons vu en traitant de la méthode de la reconnaissance des situations juridiques (cf. *supra*, n° 315 ss), les parties exercent une forme indirecte d'autonomie lorsqu'elles adoptent un comportement de nature à influencer le facteur de rattachement qui sert de base pour la détermination de la compétence ou de la loi applicable. Les cas de fraude sont plus répandus concernant le choix de la compétence internationale vu que, très souvent, celle-ci a comme but celui d'échapper à l'application de la loi désignée par la règle de conflit du juge qui serait normalement compétent<sup>1439</sup>.
- 1150 D'autre part, l'abus se caractérise par l'exercice d'un droit d'une manière qui n'est pas conforme à sa finalité et qui engendre à l'autre partie un dommage disproportionné à l'avantage tiré par le titulaire du droit<sup>1440</sup>. Il convient de remarquer qu'il n'est pas question que le demandeur exerce le droit de manière abusive avec la volonté de nuire à la partie adverse, puisque, à différence des cas de fraude, la présence d'un facteur intentionnel n'est pas une condition à l'existence d'abus<sup>1441</sup>.
- 1151 Lorsque le demandeur a un choix entre plusieurs tribunaux potentiellement compétents, il choisira légitimement celui qui présente pour lui les plus d'avantages. Néanmoins, la question qui se pose est celle de savoir s'il ne faudrait pas révoquer cette prérogative lorsqu'il est possible de prouver que les considérations ayant guidé le choix sont « abusives », c'est-à-dire lorsque le droit d'option a été utilisé dans un but différent que celui pour lequel il avait été conçu et d'une manière en mesure de causer à l'autre partie un préjudice disproportionné par rapport à l'avantage tiré par la partie qui se prévaut du droit<sup>1442</sup>.
- 1152 Il ressort de la définition d'abus qu'il est improbable de se trouver face à des situations d'abus lorsque la loi applicable est le résultat d'un accord entre les

---

<sup>1438</sup> *Ibid.*, p. 539.

<sup>1439</sup> GAUDEMET-TALLON, *Abus* (2014), p. 383.

<sup>1440</sup> *Ibid.*, p. 385.

<sup>1441</sup> *Ibid.*, p. 392.

<sup>1442</sup> *Ibid.*



parties. Il n'en va pas de même dans les situations où le choix de loi est le produit d'une décision unilatérale<sup>1443</sup>.

Comme le dit BUREAU, lorsqu'on reconnaît un choix unilatéral, « tout porte [...] à croire qu'en réalité les parties ne chercheront pas la loi la plus proche – au sens du droit international privé –, mais la loi qui leur convient le mieux : c'est toujours un objectif matériel qui sert une règle de conflit fondée sur la volonté des parties »<sup>1444</sup>. Or, un choix guidé par des considérations matérielles semble être particulièrement risqué dans le domaine familial, surtout quand on touche à des domaines comme celui des obligations alimentaires, où un des buts du législateur est de protéger le créancier d'aliments. 1153

En droit international privé de la famille, il convient de relever qu'en limitant les possibilités de choix offertes aux parties, le législateur entend « prévenir le choix d'une loi peu en rapport avec la réalité ou l'évolution de la situation du couple »<sup>1445</sup>. À ce titre, en matière familiale, tant le législateur suisse qu'européen ne permet pas aux époux de sélectionner la loi d'un État avec lequel ils n'ont aucun lien. De la même manière, tant dans le règlement en matière de successions que dans la LDIP, le *de cuius* peut uniquement choisir la loi de son État national. Dans la mesure où les systèmes de droit international privé limitent fortement l'éventail des lois qui peuvent faire l'objet d'un choix, on peut se demander si cette approche ne réduit pas, voire n'exclut pas, toute possibilité d'apprécier la légitimité d'un choix de loi à l'aune de la fraude à la loi<sup>1446</sup>. 1154

La doctrine semble admettre que, lorsque le législateur détermine un facteur de rattachement s'agissant du choix de la loi applicable, par exemple, en matière de successions, la nationalité du défunt, il est conscient du fait que celui-ci peut être altéré de manière délibérée afin d'influencer le choix<sup>1447</sup>. Dans la mesure où cette décision émane du législateur lui-même, il est admis que les 1155

---

<sup>1443</sup> Par exemple, le règlement européen sur les successions permet au *de cuius* de choisir une de ses lois nationales pour régir sa succession (art. 22 r. 650/2012). Il s'en suit qu'un double national pourrait orienter son choix vers le droit national qui lui fournirait la possibilité de priver ses enfants de la réserve successorale : se pose donc la question de savoir si un tel choix pourrait constituer un cas d'abus de droit, ou s'il faudrait plutôt considérer que le but du choix est justement de laisser au *de cuius* la possibilité d'entreprendre de telles démarches.

<sup>1444</sup> BUREAU (1999), paragr. 28.

<sup>1445</sup> COM(2011) 126 final, p. 8.

<sup>1446</sup> Relations patrimoniales-WAUTELET, art. 22 N 25.

<sup>1447</sup> MILER (2020), p. 627.

notions de fraude et abus sont destinées à jouer un rôle fort marginal en présence d'un choix de loi<sup>1448</sup>.

## II.D.2. Les nécessaires encadrements

1156 L'ordre public et les règles impératives sont parfois invoqués en lien avec l'autonomie des parties en milieu familial<sup>1449</sup>.

1157 Avant d'entamer une analyse de ces notions dans le contexte du droit de la famille, il nous semble important de souligner que l'existence de telles dispositions exceptionnelles n'exclut pas le principe d'autonomie des parties. Au contraire, grâce à l'existence de ces dispositions, on pourrait plaider en faveur d'un élargissement de l'autonomie des parties, puisque ces mécanismes permettent à l'autorité compétente de réaliser l'équilibre de l'ensemble des intérêts en jeu chaque fois que cela est jugé nécessaire<sup>1450</sup>.

### II.D.2.1. L'ordre public

1158 L'ordre public est une notion à tel point élastique qu'elle ne peut être cernée. La difficulté de définition s'explique par le fait que, pour être viable dans le temps, définir l'ordre public implique de faire appel à des généralités, bien qu'en réalité le concept de l'ordre public n'existe qu'en lien avec un cas concret<sup>1451</sup>. Pour essayer de donner des contours à cette notion, nous pouvons affirmer que l'ordre public englobe les principes et valeurs fondamentaux protégés par la législation des États<sup>1452</sup>.

1159 À cet égard, il est unanimement reconnu que l'exception d'ordre public est susceptible de s'appliquer dans un nombre très limité d'occasions, à savoir lorsqu'« il existe une menace réelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société »<sup>1453</sup>. L'exception d'ordre public interfère avec le fonctionnement normal de la règle de conflit en faisant prédominer les principes et les intérêts de l'État du for<sup>1454</sup>. Il convient de distinguer l'ordre public international de l'ordre public interne, qui se rencontre aussi dans les disposi-

---

<sup>1448</sup> *Ibid.* Pour une opinion contraire, voir Internationales Erbrecht-BAUER, art. 22 EuErbVO N 10.

<sup>1449</sup> JURCYS/FENWICK (2013), p. 6-7.

<sup>1450</sup> LIMANTE (2021), p. 356.

<sup>1451</sup> RUBIDO/VALINCIUTE FAIVRE (2019), p. 222.

<sup>1452</sup> VILLATA (2019), p. 730.

<sup>1453</sup> CJUE, *Nabiel*, C-438/14, paragr. 67.

<sup>1454</sup> BONOMI/DUTOIT (2022), art. 17 N 1.

tions impératives de droit interne, auxquelles les parties ne peuvent pas déroger par un accord contractuel. Cependant, ces dispositions internes ne touchent pas nécessairement à l'ordre public international ; leur respect n'est pas forcément crucial en matière internationale, l'ordre juridique du for étant prêt à accepter, dans un souci de recherche de l'uniformité internationale, l'application de dispositions étrangères<sup>1455</sup>.

La préoccupation de la sauvegarde de l'ordre public est déjà bien prise en compte dans les instruments de droit international privé de la famille. Par exemple, à son article 12, le règlement Rome III établit que l'application d'une disposition de la loi désignée en vertu de ce règlement peut être refusée si son application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for. Le règlement sur les régimes matrimoniaux indique que des considérations d'intérêt public devraient permettre aux juridictions et autres autorités compétentes d'écarter, dans des circonstances exceptionnelles, certaines dispositions d'une loi étrangère lorsque, dans un cas donné, l'application de ces dispositions serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État membre concerné (art. 31 ; consid. 54). De manière similaire, des dispositions évoquant le principe de l'ordre public se retrouvent dans les autres textes qui ont fait l'objet de notre étude (art. 13 prot. 2007 ; art. 35 r. 650/2012 ; art. 38 et 39 r. 2019/1111). En Suisse également, l'article 17 LDIP prévoit que «l'application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse».

Bien que l'intervention de l'ordre public soit assez rare dans les rapports patrimoniaux entre époux, il peut parfois jouer un rôle plus important en matière successorale (cf. *supra*, n° 922-946). Pour cette raison, il nous paraît important de nous intéresser à son fonctionnement, ainsi qu'aux conditions et aux effets de son intervention.

Comme nous l'avons vu, la question de l'ordre public et ses contours en matière de droit international privé des successions ont fait l'objet du célèbre arrêt Hirsch<sup>1456</sup>, rendu en 1976 par le Tribunal fédéral (cf. *supra*, n° 926), à l'occasion duquel la Haute Cour a exclu que l'application d'un droit étranger ne connaissant pas la réserve héréditaire soit incompatible avec l'ordre public suisse<sup>1457</sup>. L'argumentation du Tribunal fédéral repose essentiellement sur « les exigences de sécurité du droit », dans la mesure où il considère qu'il serait difficile de « fixer la limite » entre une application intégrale des règles suisses en matière de réserve – laquelle rendrait « largement inefficace » la

<sup>1455</sup> *Ibid.*, art. 17 N 5.

<sup>1456</sup> ATF 102 II 136.

<sup>1457</sup> *Ibid.*, consid. 4.

*professio juris* pourtant autorisée par la loi – et l'intervention de l'ordre public dans les seuls cas où « l'héritier réservataire ne recevrait absolument rien »<sup>1458</sup>.

- 1163 Il faut reconnaître que la décision du Tribunal fédéral est particulièrement radicale. S'il est vrai qu'un consensus semble se dessiner au sein de plusieurs pays européens quant à la non-appartenance de la réserve à l'ordre public international, ce principe est généralement assorti de quelques tempéraments.
- 1164 En Italie, dans une affaire de 1996<sup>1459</sup>, la *Corte di cassazione* a déclaré qu'au vu du fait que l'article 42 de la Constitution, considéré d'ordre public, prévoit uniquement que « la loi détermine les règles et les limites de la succession légale et testamentaire [...] », cette disposition est à interpréter dans le sens que le législateur ne peut pas supprimer le principe d'une vocation successorale légale ou testamentaire, mais est libre d'en modifier les modalités et limites. Par conséquent, au vu du fait que l'article 42 de la Constitution italienne ne contient aucune précision s'agissant de la nécessité de prévoir une exception visant à garantir le respect de l'institution de la réserve, la Cour conclut que la réserve ne fait pas partie de l'ordre public international italien. Il en résulte que l'application à une succession d'une loi ne connaissant pas l'institution de la réserve n'est pas contraire à l'ordre public italien.
- 1165 Nous avons eu l'occasion de relever que la Cour de cassation française, dans ses arrêts Jarre et Colombier<sup>1460</sup>, allait dans le même sens. En effet, la Cour a bel et bien énoncé, dans deux cas concernant le droit de Californie, que la réserve des descendants ne fait pas partie de l'ordre public international, mais elle a précisé qu'il en va autrement lorsque les héritiers exhérés risquent de se trouver « dans le besoin ou dans la précarité » (cf. *supra*, n° 935). Il convient de noter que, dans l'affaire Hirsch, la fille du testateur n'était pas dans une situation de précarité économique. De même, la jurisprudence suisse n'a pour l'instant pas été confrontée avec l'hypothèse d'un déficit de protection du conjoint survivant. En effet, dans le cas où les relations patrimoniales des conjoints sont régies par un droit qui ne connaît pas la notion de régime matrimonial ou qui prévoit un régime légal de séparation des biens, il faut se demander si l'exception de l'ordre public pourrait être invoquée dans une situation dans laquelle le jeu combiné de la séparation des biens et de l'absence de réserve priverait entièrement le conjoint survivant de tout droit sur les biens du défunt, le laissant, cas échéant, dans un état de besoin<sup>1461</sup>.

---

<sup>1458</sup> *Ibid.*, consid. 4a.

<sup>1459</sup> *Cassazione*, 2<sup>e</sup> civ., n° 5832.

<sup>1460</sup> Cassation, 1<sup>e</sup> civ., n° 16-13151 et 16-17198. Pour un commentaire, voir ANCEL, Réserve (2018).

<sup>1461</sup> BONOMI, La soumission (2019), p. 144.

À ce sujet, au cours des dernières années, l'on a pu assister à une volonté, de la part de certains États membres de l'Union, d'élargir le champ d'application de la clause d'ordre public en matière successorale. Nous rappelons la loi française de 2021, par laquelle le législateur français a réintroduit, à l'article 913 CCF, un droit de prélèvement en faveur des héritiers réservataires (cf. *supra*, n° 936). Bien que la question de la qualification de cette disposition reste ouverte en doctrine (cf. *supra*, n° 939-940), il est indéniable que ses effets sont similaires à ceux déployés par une clause d'ordre public, voire plus étendus. Nous rappelons également la décision de la Haute Cour allemande de 2022, dans laquelle il a été estimé que l'absence d'une réserve pour les descendants découlant de l'application du droit anglais à une succession viole l'ordre public allemand lorsque l'affaire entretient des liens significatifs avec le territoire de l'État (cf. *supra*, n° 944). 1166

### II.D.2.2. Les lois de police

Les lois de police peuvent être définies comme des dispositions impératives destinées à sauvegarder certains intérêts publics, tels que l'organisation politique, sociale ou économique. Face à ces règles, le juge ne doit pas déterminer « quelle loi est applicable » à un certain rapport juridique, mais si l'objet et le but de la règle nationale commandent son application dans le cas particulier<sup>1462</sup>. Il n'est pas toujours facile d'établir si une règle de droit peut être qualifiée de « lois de police » ou non, car toutes les règles impératives ne commandent pas leur application indépendamment de la loi applicable à la relation juridique. En d'autres termes, toutes les règles de droit considérées comme impératives dans les affaires purement nationales ne sont pas également « impératives » au niveau international. 1167

Étant donné que les lois de police sont conçues pour corriger les résultats des règles de conflit de lois bilatérales lorsqu'un intérêt fondamental du for est en jeu, leur fonction est très proche de l'exception traditionnelle de l'ordre public. Selon une opinion largement répandue, la différence entre ces deux dispositifs réside dans le fait que l'ordre public n'est qu'une mesure défensive contre certains effets de l'application de la loi étrangère désignée par les règles de conflit de lois bilatérales, alors que les règles d'application nécessaire doivent être appliquées quel que soit le contenu de la loi étrangère. Les premières interviennent après le choix de la loi applicable, tandis que les secondes sont applicables « avant toute désignation de la loi applicable »<sup>1463</sup>. Dans la pra- 1168

<sup>1462</sup> BONOMI, *Mandatory Rules* (1999), p. 219.

<sup>1463</sup> GUEDJ (1991), p. 681 ss.

tique, cependant, cette différence n'est pas aussi claire. La véritable différence entre les deux mécanismes est plus subtile et réside dans le fait que les règles d'application nécessaires sont des règles de droit qui déterminent de manière autonome leur effet et les conditions de leur application, alors que l'ordre public consiste en des principes généraux de la *lex fori*, qui peuvent s'opposer à des règles étrangères incompatibles, mais qui ne sont pas susceptibles d'être appliqués directement<sup>1464</sup>.

- 1169 Dans les domaines du droit international privé où les parties ont le droit de choisir la loi applicable, les règles impératives internationales ont pour effet de restreindre le droit des parties de choisir la loi applicable. De ce point de vue, les lois de police ont, à l'échelle transnationale, la même fonction que les règles impératives internes dans le cadre d'un système juridique national<sup>1465</sup>.
- 1170 En droit international privé de la famille et des successions, bien qu'il existe plusieurs exemples d'application des lois de police, il sied de relever que les cas d'application restent assez délimités, tant en matière matrimoniale qu'en matière successorale. En effet, dans les systèmes de droit international privé, les lois de police sont généralement appliquées par voie d'exception, dans la mesure où leur application entraîne une segmentation du droit matériel<sup>1466</sup>. En droit international privé helvétique, l'article 18 LDIP réserve les « dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi ». D'après la même technique, les règlements sur les relations patrimoniales des couples internationaux réservent « l'application des lois de police du juge saisi » (art. 30 r. 2016/1103), les considérants des règlements évoquant comme exemple des dispositions impératives « relatives à la protection du logement familial »<sup>1467</sup>. De manière plus spécifique, l'article 30 du règlement n° 650/2012 réserve les dispositions imposant des restrictions concernant la succession portant sur certains biens en raison de leur destination économique, familiale ou sociale, dans la mesure où elles « sont applicables quelle que soit la loi applicable à la succession ».
- 1171 Il convient de relever que l'article 10 du règlement Rome III prescrit l'application de la loi du for dans deux situations : d'une part, lorsque la loi applicable ne permet pas la dissolution du mariage ; d'autre part, lorsqu'elle porte atteinte à l'égal accès des époux au divorce, ce qui vise en pratique les lois admettant les répudiations unilatérales. En matière alimentaire, en vertu

---

<sup>1464</sup> BONOMI, Mandatory Rules (1999), p. 230.

<sup>1465</sup> *Ibid.*, p. 225.

<sup>1466</sup> KOHLER, La segmentation (2017), p. 88.

<sup>1467</sup> Consid. 53 r. 2016/1103.

du protocole de La Haye de 2007, le point de savoir si le créancier peut renoncer à son droit aux aliments est uniquement déterminé par la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier (art. 8, paragr. 4). La question de savoir si ces dispositions constituent des véritables lois de police se prête à discussion. En effet, dans le cadre du règlement Rome III, la disposition semble être plutôt une règle subsidiaire de rattachement imposant nécessairement l'application d'un droit fondamental au divorce égalitaire, dès lors que la juridiction d'un État participant est saisie<sup>1468</sup>. Dans le cadre du protocole, l'application de la loi de la résidence habituelle est imposée par la règle de conflit elle-même, indépendamment du droit applicable aux autres questions.

### II.D.2.3. *L'impératif de protection des intérêts de la partie faible*

De manière générale, il nous paraît que les principaux enjeux en matière d'autonomie privée en droit familial patrimonial se situent autour de l'impératif de protection de la partie faible, question qui fera l'objet de notre analyse dans les paragraphes suivants. 1172

Lorsqu'on discute du rôle du principe d'autonomie en droit de la famille, ainsi que de ses éventuels encadrements, il nous semble fondamental de prendre en compte la nature particulière des relations familiales. 1173

En effet, il serait problématique d'adopter une vision contractuelle de l'autonomie des parties dans ce domaine, car celle-ci se fonde sur la présomption selon laquelle les accords sont conclus par deux individus indépendants, qui agissent uniquement dans un but de protection de leurs intérêts personnels et patrimoniaux<sup>1469</sup>. Cela n'est souvent pas le cas dans la réalité. La nature des relations familiales rend l'autonomie individuelle problématique car ces relations tendent à être fondées sur des engagements à long terme entre les conjoints. En particulier, l'accent doit être mis sur l'interdépendance qui découle de ces relations, laquelle peut restreindre la capacité d'un individu à agir de manière autonome<sup>1470</sup>. 1174

Pour que le principe d'autonomie fonctionne efficacement, chaque partie doit se sentir habilitée à faire le choix le plus conforme à ses intérêts, plutôt que de simplement accepter de suivre un choix fait que par l'autre partie. L'égalité des conjoints est un concept relativement récent et il est encore remis en ques- 1175

---

<sup>1468</sup> HAMMJE, *Ordre public* (2017), paragr. 29.

<sup>1469</sup> WALKER (2018), p. 247.

<sup>1470</sup> *Ibid.*

tion par les approches traditionnelles de la répartition des rôles<sup>1471</sup>. Il est assez fréquent qu'après le mariage, l'un des conjoints prenne en charge la plupart des soins aux enfants et des autres tâches familiales, et cette dynamique interne entraîne une dépendance financière de cet époux vis-à-vis de l'autre. Dans un tel cas, bien que les conjoints soient égaux en droit, il existe une dépendance et une inégalité de fait, avec la conséquence que l'un des époux se retrouve dans une situation financièrement ou socialement défavorable<sup>1472</sup>. De tels éléments n'apparaissent pas de la même manière dans le domaine des contrats commerciaux internationaux et nécessitent une attention particulière. Comme le souligne WAUTELET, ces spécificités des relations familiales peuvent entraîner une asymétrie de l'information et un accès inégal à la justice lorsqu'une partie plus faible est poussée à conclure un accord conçu pour bénéficier au conjoint le plus fort<sup>1473</sup>. Les déséquilibres de pouvoir signifient que les parties ne seront pas toujours en mesure d'agir de manière autonome comme elles le souhaitent.

1176 Pour toutes ces raisons, il est nécessaire d'encadrer l'exercice de l'autonomie des parties en droit de la famille avec des dispositions en mesure d'assurer la protection de la partie la plus faible. Il faut donc trouver un cadre approprié qui tienne compte de l'affection, de la prise en charge et des déséquilibres structurels. Lors de l'identification de ce cadre, il convient d'accorder une attention particulière au moment où l'autonomie peut être exercée au mieux<sup>1474</sup>. Des garde-fous doivent donc être mis en place. Vues sous cet angle, il est clair que ces précautions n'excluent pas l'autonomie des parties, mais au contraire garantissent que le choix soit fait sur un pied d'égalité et qu'aucune des parties n'ait été manifestement désavantagée.

1177 En ce qui concerne la prorogation de compétence, l'énumération des juridictions qui peuvent être choisies par les parties sert de garantie pour la partie la plus faible. On pourrait dire la même chose de l'énumération des lois qui pourraient être choisies comme applicables<sup>1475</sup>. Toutes les réglementations familiales font référence aux pays avec qui les parties entretiennent un lien durable et substantiel, ou, comme le dit MILLS, l'autonomie des parties semble être adoptée non pas comme une base pour l'application de la loi elle-même,

---

<sup>1471</sup> LIMANTE (2021), p. 357.

<sup>1472</sup> *Ibid.*

<sup>1473</sup> WAUTELET, *Party autonomy* (2016), p. 23-48.

<sup>1474</sup> LIMANTE (2021), p. 357.

<sup>1475</sup> *Ibid.* Pour une opinion contraire, voir MAULTZSCH (2016), p. 481-482.



mais plutôt comme un moyen de choisir entre les lois potentiellement applicables et objectivement liées<sup>1476</sup>.

Lorsqu'il s'agit du choix de la loi, une attention particulière doit être accordée à un choix éclairé par les parties. Le choix éclairé met l'accent sur l'autonomie des personnes, tout en exigeant que les deux conjoints soient symétriquement informés et qu'ils comprennent tous deux les implications juridiques et pratiques de leur choix<sup>1477</sup>. Il implique le respect du droit des individus à prendre des décisions sur les actions qui les affectent<sup>1478</sup>. 1178

Pour garantir un choix éclairé, des dispositions de sauvegarde appropriées devraient être présentes dans les règlements européens relatifs au droit de la famille. Cependant, à l'heure actuelle, les textes européens se limitent à mentionner cet objectif dans les considérants des différents règlements. 1179

Par exemple, le considérant 18 du règlement Rome III mentionne l'importance que les deux conjoints puissent procéder à un choix éclairé. Chaque conjoint doit savoir exactement quelles sont les implications juridiques de son éventuel choix de la loi applicable. En outre, la possibilité de choisir la loi applicable par convention doit pouvoir se faire sans préjudice des droits et de l'égalité des chances des deux conjoints. Toutefois, les dispositions du règlement ne fixent que des règles sur la validité matérielle et formelle des accords de choix de la loi applicable (art. 6 et 7), sans que ces règles ne contribuent à l'objectif de protection posé dans le considérant susmentionné. 1180

De même, le règlement sur les régimes matrimoniaux souligne l'importance d'un choix éclairé. Le considérant 47 indique que les règles relatives à la validité matérielle et formelle d'un accord sur le choix de la loi applicable devraient être établies de manière à faciliter le choix éclairé des époux et à respecter leur consentement en vue d'assurer la sécurité juridique, ainsi qu'un meilleur accès à la justice. Malgré cette formulation large, le texte du règlement ne fixe que des exigences liées au consentement et à la validité formelle de l'accord de choix de la loi applicable, en d'autres termes que cet accord doit au moins être exprimé par écrit, daté et signé par les deux parties (art. 23 et 24). Ces garanties concernent principalement l'existence et la validité d'un accord et la forme du consentement, c'est-à-dire qu'elles portent sur les aspects procéduraux visant à déterminer les circonstances ayant entouré la création de l'accord<sup>1479</sup>. Comme l'a noté à juste titre WAUTELET, ces garanties, qui 1181

---

<sup>1476</sup> MILLS, *Party Autonomy* (2018), p. 445.

<sup>1477</sup> LIMANTE (2021), p. 358.

<sup>1478</sup> RÜHL (2014), p. 335-358.

<sup>1479</sup> LIMANTE (2021), p. 358.

s'inspirent directement de dispositions équivalentes figurant dans le règlement Rome I, sont insuffisantes pour garantir que les conjoints soient dans tous les cas conscients de l'importance et des conséquences d'un accord de choix de la loi applicable<sup>1480</sup>.

- 1182 L'importance d'un choix éclairé est également soulignée dans le protocole de La Haye relatif aux obligations alimentaires, qui va un peu plus loin à cet égard. En plus de garantir la justice procédurale, le protocole se soucie également de certaines questions qui relèvent de la catégorie de la justice matérielle. La protection de la partie la plus faible est une partie intégrante de la réglementation en matière d'obligations alimentaires<sup>1481</sup>. Le protocole prévoit que, à moins qu'au moment de la désignation les parties n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur désignation, la loi désignée peut être écartée par le juge lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement injustes ou déraisonnables pour l'une des parties (art. 8, paragr. 5). Le protocole restreint également le choix de la loi dans les situations impliquant des mineurs ou des adultes vulnérables (art. 8, paragr. 3). Malgré des exigences plus étendues en ce qui concerne le choix éclairé, le protocole n'offre toujours pas un spectre complet de protection du conjoint le plus faible contre diverses formes de manipulation, de désinformation ou de coercition dans un accord<sup>1482</sup>.
- 1183 Il nous semble clair que l'exigence d'un choix éclairé est une mesure dont le développement dans les textes légaux est nécessaire, bien qu'il ne soit pas facile de définir quelles informations en particulier devraient être à la disposition des deux conjoints et comment elles devraient être présentées pour que l'on puisse conclure que l'accord se fonde sur un choix éclairé<sup>1483</sup>. Par exemple, on pourrait faire valoir que pour qu'il y ait un choix éclairé, les deux conjoints devraient recevoir des conseils juridiques indépendants et professionnels avant de conclure un accord. Ces conseils juridiques et financiers seraient particulièrement pertinents lorsqu'un accord concerne les régimes matrimoniaux, mais peuvent également être importants dans d'autres domaines.
- 1184 Un défi considérable à cet égard reste l'accès au droit étranger et donc la capacité des conjoints et de leurs avocats à recueillir les informations pertinentes sur le contenu du droit étranger<sup>1484</sup>. À l'heure actuelle, les outils existants<sup>1485</sup>

---

<sup>1480</sup> WAUTELET, *Party autonomy* (2016), p. 58.

<sup>1481</sup> LIMANTE (2021), p. 359.

<sup>1482</sup> *Ibid.*

<sup>1483</sup> *Ibid.*

<sup>1484</sup> *Ibid.*

pour vérifier le droit étranger sont utiles, mais ne sont pas toujours suffisamment performants. En outre, les informations sur le droit de la famille des pays non-membres de l'UE ne sont pas toujours disponibles. L'une des mesures à prendre pour permettre aux parties de faire un choix éclairé est donc de développer davantage d'instruments<sup>1486</sup> pour faciliter l'accès au droit étranger, en en faisant en sorte qu'ils puissent être utilisés non seulement par les juges et autres professionnels du droit, mais aussi par les conjoints qui envisagent de divorcer et qui souhaitent recueillir des informations sur la réglementation juridique dans les différentes juridictions<sup>1487</sup>.

En ce qui concerne les améliorations réglementaires, même s'il serait compliqué de définir clairement le contenu d'un « choix éclairé » dans les règlements de l'UE, il devrait au moins être fait référence à l'importance de vérifier les connaissances à la disposition des conjoints lors d'un choix<sup>1488</sup>. Cela renforcerait la protection des parties les plus faibles, permettrait de développer davantage l'autonomie des parties et encouragerait les tribunaux nationaux à considérer la question du choix éclairé de manière plus explicite.

1185

---

<sup>1485</sup> Nous nous référons, notamment, aux prestations d'institutions spécialisées, comme l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) ou le *British Institute of Comparative Law* (BICL), qui établissent des avis de droit sur la situation juridique dans des ordres juridiques étrangers et/ou en lien avec le droit international dans presque tous les domaines du droit. Cependant, cette solution est souvent coûteuse et n'est ouverte qu'aux autorités d'application du droit ou aux professionnels du droit et ne répond donc pas aux exigences d'information des particuliers.

<sup>1486</sup> Nous relevons que des efforts ont été faits dans ce sens, notamment de la part de l'Union européenne et de la Conférence de La Haye de droit international privé, lesquels ont créé ce que l'on appelle des « *country-profiles* », destinés à fournir des informations sur le droit interne des pays concernés. Cependant, le contenu de ces fiches est souvent limité aux notions de base du droit étranger et ne permet pas, à notre sens, de suffisamment renseigner les parties et leur permettre ainsi de procéder à un choix éclairé au moment de la conclusion d'un accord.

<sup>1487</sup> LIMANTE (2021), p. 359.

<sup>1488</sup> *Ibid.*

## II.E. Synthèse

- 1186 Comme souligné à maintes reprises, notre hypothèse de travail est que le principe d'autonomie pourrait être un outil efficace dans la recherche de coordination entre questions connexes de droit patrimonial de la famille.
- 1187 Cependant, au vu des modalités dans lesquelles l'autonomie est actuellement reconnue, le système de choix en vigueur est parfois inadapté pour atteindre le but de coordination qu'il serait opportun de rechercher. Afin d'illustrer ce point, nous avons d'abord examiné les difficultés de coordination de la loi applicable, tant aux questions matrimoniales qu'en matière de régimes matrimoniaux et de successions. Ensuite, nous avons exposé les difficultés s'agissant de la concentration du contentieux en cas de divorce et lors du décès de l'un des époux.
- 1188 Sur la base de ce constat, dans les sections suivantes, nous avons proposé des propositions d'extension du principe d'autonomie, dans le but d'atteindre une meilleure coordination.
- 1189 S'agissant de la coordination du droit applicable au divorce et aux régimes matrimoniaux, nous avons préconisé une meilleure coordination des modalités du choix, qui passerait notamment par une clarification du moment auquel les parties peuvent conclure l'élection de droit. Afin de coordonner la loi applicable aux régimes matrimoniaux et aux successions, nous avons préconisé un élargissement de l'étendue du choix de loi en matière de succession, afin d'harmoniser la palette de choix à disposition dans les deux domaines. Concrètement, nous avons proposé de permettre au futur *de cuius* de soumettre sa succession à la loi applicable au régime matrimonial. Alternativement, nous avons évoqué l'idée d'étendre la portée de la *professio juris* en incluant les possibilités de choix ouvertes pour les régimes matrimoniaux.
- 1190 Afin de favoriser la concentration du contentieux en cas de divorce, nous avons tout d'abord préconisé l'admission de l'élection de for en matière de divorce dans le règlement n° 2019/1111. Nous avons également souligné les avantages de la prorogation de for également en termes de prévisibilité du droit applicable, notamment lorsque les époux ont conclu une élection de droit sur la base du règlement Rome III. De plus, nous avons remarqué l'utilité de l'élection de for pour parvenir à une coïncidence entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable, un objectif que le législateur européen lui-même a promu dans le cadre d'autres règlements de droit international privé de la famille. Nous nous sommes également exprimés sur les éventuels dangers d'une prorogation de compétence dans le domaine du divorce, tel que, notamment, des risques d'abus aux dépenses de la partie plus faible : à ce sujet,

nous avons considéré qu'il était possible de prévoir des aménagements en mesure de prévenir, voire éliminer, de tels risques.

Au vu de la loi de révision du chapitre 6 de la LDIP, nous nous sommes brièvement intéressés à la question de la coordination de la compétence internationale des autorités suisses et européennes dans les cas de successions internationales. Dans ce contexte, nous avons préconisé, en occasion d'une future révision du règlement, l'introduction d'une possibilité de prorogation de for unilatérale, selon le modèle suisse, dans le règlement n° 650/2012, notamment dans le but de prévenir tout risque de conflit positif de compétences avec les autorités d'États tiers. 1191

Finalement, nous avons passé en revues les limites auxquelles le principe d'autonomie devrait être soumis. Après avoir évoqué les risques de fraude et d'abus, ainsi que les encadrements découlant des mécanismes de l'ordre public et des lois de police, nous nous sommes concentrés sur l'impératif de protection de la partie faible. En effet, la nature des relations familiales, fondées sur des engagements à long terme entre les conjoints, rend l'autonomie individuelle problématique, notamment au vu de l'interdépendance qui découle de ces relations, laquelle peut restreindre la capacité d'un individu à agir de manière autonome. En réponse à ces préoccupations, nous avons proposé la mise en place de garde-fous en mesure de garantir que le choix soit fait sur un pied d'égalité et sans qu'aucune des parties n'ait été manifestement désavantagée. Nous avons mis l'accent sur le choix éclairé des parties, qui exige que les deux conjoints soient symétriquement informés et qu'ils comprennent tous deux les implications juridiques et pratiques de leur choix. Après avoir constaté l'insuffisance des dispositions actuellement en vigueur dans les différents textes de droit international privé pour garantir que les conjoints aient procédé à un choix éclairé, nous avons suggéré l'introduction de dispositions exigeant que les deux conjoints reçoivent des conseils juridiques indépendants et professionnels avant la conclusion de tout accord. 1192

Après avoir passé en revue les potentielles améliorations du système au niveau du droit international privé, dans le chapitre suivant il s'agira de nous intéresser au potentiel de coordination internationale qui pourrait résulter d'une harmonisation des droits internes. 1193



## Chapitre III : La coordination internationale par l'harmonisation des droits matériels

La matière familiale relevant du pouvoir souverain des États, il y a autant de droits de la famille qu'il y a d'États européens. Divers ordres juridiques régissent ainsi la matière familiale. Cette pluralité des ordres juridiques soulève la question de leurs relations. 1194

Comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises dans les sections précédentes, la recherche de coordination au niveau du droit international privé trouve son origine dans la diversité des solutions prévues au sein des différents ordres juridiques, et répond au besoin de garantir un certain degré de stabilité juridique aux couples internationaux. Dans le chapitre précédent, nous avons expliqué comment l'autonomie peut favoriser cette coordination sur le plan du droit international privé, notamment par le biais d'une plus large admission des outils de l'élection de droit et de for. 1195

Nous allons maintenant considérer si une reconnaissance élargie et, dans les limites du possible, harmonisée du principe d'autonomie dans les droits internes faciliterait la recherche de coordination sur le plan international. En effet, cela limiterait le potentiel de conflit parmi les différents ordres juridiques, dans la mesure où les époux pourraient choisir, pour la règlementation de leurs relations patrimoniales, des modèles compatibles et acceptés dans d'autres pays. 1196

Dans les sections qui suivent, nous essayerons dans un premier temps de répondre à la question de savoir si les interactions entre, d'une part, les systèmes juridiques nationaux et supranationaux, et, d'autre part, les différents ordres juridiques internes entre eux, ont déclenché une tendance à une reconnaissance accrue et harmonisée du principe d'autonomie de la volonté dans les différents droits matériels. Par la suite, nous apporterons des exemples concrets de comment une reconnaissance élargie du principe d'autonomie en droit interne pourrait favoriser la coordination au niveau international. 1197

### III.A. L'harmonisation des droits matériels : problème ou solution ?

- 1198 Avant de pouvoir procéder dans notre analyse, il est nécessaire de se poser la question de savoir si les domaines qui nous occupent restent aujourd'hui encore si spécifiques sur le plan culturel qu'une harmonisation serait problématique, voire indésirable.
- 1199 Le droit, en particulier le droit de la famille et des successions, est clairement un élément constitutif de la culture d'une nation. Plus que d'autres domaines du droit privé, le droit de la famille est généralement considéré comme l'expression de modèles sociaux, culturels, éthiques et, parfois, religieux, typiques d'un peuple spécifique, d'une tradition historique et juridique particulière. En adoptant ce point de vue, nous pourrions affirmer que l'unification ou même l'harmonisation du droit de la famille n'est pas forcément souhaitable.
- 1200 L'étude du droit comparé permet de constater l'existence d'un certain nationalisme juridique, qui pousse les juristes à ne pas se concentrer sur les liens entre les systèmes et institutions propres à chaque système juridique, mais plutôt sur les différences entre eux. En évitant que les institutions juridiques ne soient trop vite déclarées identiques, cette approche a incontestablement des mérites. Cependant, lorsque l'on met exclusivement en exergue les diversités existantes parmi différentes institutions juridiques, il existe le risque d'oublier que le droit est tout d'abord un instrument de régulation des relations humaines<sup>1489</sup>. Considérer le droit en tant qu'expression de l'identité nationale d'un État conduira inévitablement à une rigidité intellectuelle qui ne permettra pas de bénéficier des avantages offerts par l'harmonisation<sup>1490</sup>.
- 1201 Lorsque l'on parle des relations entre les différents ordres juridiques, il est possible d'affirmer que, de manière générale, la majorité des droits nationaux a subi l'influence du droit étranger<sup>1491</sup>, y compris en droit de la famille et des successions. Cela semble inévitable dans la mesure où la question du régime applicable à la famille met en jeu, aujourd'hui plus que jamais, les relations personnelles et patrimoniales entre des sujets de nationalités différentes ou qui, de toute façon, situent le centre de leurs intérêts dans un pays autre que celui de citoyenneté commune<sup>1492</sup>. Dans ces hypothèses, le noyau familial présente des éléments de connexion avec plus d'un système juridique, ce qui détermine la nécessité de fournir des instruments appropriés pour résoudre les

---

<sup>1489</sup> PINTENS, *Europeanisation* (2003), p. 7.

<sup>1490</sup> PETERS/ SCHWENKE (2000), p. 827 ss.

<sup>1491</sup> PERA (2018), p. 3.

<sup>1492</sup> *Ibid.*



problèmes qui peuvent dériver de la dimension transnationale de la famille elle-même<sup>1493</sup>.

### **III.B. Le potentiel d'harmonisation issu de la circulation des modèles normatifs familiaux**

#### **III.B.1. L'influence des systèmes supranationaux sur les ordres juridiques nationaux**

La doctrine, attachée à la hiérarchie des normes ainsi qu'à la souveraineté des États membres en matière familiale, évoque volontiers dans ses analyses l'impact du droit supranational sur les ordres juridiques internes. En effet, bien qu'il n'existe toujours pas de droit européen de la famille entendu comme un système cohérent de règles uniformes, les droits nationaux sont tous abreuvés par les sources européennes qui ne cessent de les influencer. 1202

##### *III.B.1.1. L'absence de règles uniformes : l'échec d'un « droit européen de la famille »*

Au début des années 2000, le groupe d'études sur un Code civil européen, dirigé par Christian VON BAR, n'envisageait pas d'inclure le droit de la famille<sup>1494</sup>. Malgré son impact limité, nous relevons qu'en 2001 a été créée une Commission pour un droit européen de la famille dont l'objectif principal est de formuler des principes de droit européen de la famille à partir d'une étude comparative des droits des États membres. 1203

Les travaux sont lents mais méticuleux, le résultat concret incertain. En effet, comme nous l'avons vu, les particularismes nationaux constituent un irréductible bastion au rapprochement des législations. Dès lors, à notre avis, il n'est pas réaliste de croire qu'il soit possible de trancher par un corps de règles formalistes le nœud de la pluralité des réalités familiales, de la diversité des politiques juridiques et des particularités nationales et de leur articulation avec les droits supranationaux<sup>1495</sup>. 1204

---

<sup>1493</sup> *Ibid.*

<sup>1494</sup> VON BAR (2001), p. 131.

<sup>1495</sup> PAILLER/ PANET-MARRE (2020), p. 423.

*III.B.1.2. L'influence exercée par la CEDH et la jurisprudence de la CourEDH*

- 1205 Les traits communs aux États européens résultent en particulier des valeurs qui leur sont communes, et qui trouvent notamment expression dans les droits fondamentaux. La pénétration du droit privé par les droits fondamentaux est probablement l'un des points marquants de ces quarante dernières années. Assorties d'un contrôle juridictionnel international, la CEDH et la Charte européenne des droits fondamentaux ont fait entrer les droits de l'homme dans le domaine du droit positif<sup>1496</sup>.
- 1206 Au sein des pays européens, ces textes sont censés jouer un rôle d'harmonisation du droit autour de grands principes. Leur portée est dégagée par l'interprétation de la Cour de Strasbourg et la CJUE, auxquelles le juge national doit se conformer dans le cadre du contrôle des libertés individuelles, quitte à écarter les normes internes qui leur seraient contraire.
- 1207 À cet égard, en 1998, RAYNARD affirmait qu'un droit européen de la famille existait déjà, évoquant l'influence exercée par la CEDH et la jurisprudence de la CourEDH<sup>1497</sup>. Nous ne partageons pas cet avis : en dépit des propos tenus par RAYNARD, l'apport de la jurisprudence des cours internationales à l'œuvre d'harmonisation du droit de la famille consiste à établir des principes communs, des objectifs qui doivent être atteints, en mettant en œuvre les droits matériels existants<sup>1498</sup>. En effet, le droit européen des droits de l'homme a pour projet d'imposer aux États un standard minimum, sans introduire en droit interne des règles juridiques uniformes<sup>1499</sup>. Le contenu des droits de l'homme, tel que le droit au respect de la vie familiale, est trop vague et recouvre des situations trop diverses pour permettre d'aboutir à un véritable rapprochement des droits nationaux<sup>1500</sup>. De plus, la CourEDH se veut toujours respectueuse de la marge d'appréciation reconnue aux États : à titre d'exemple, nous pou-

---

<sup>1496</sup> SUDRE (2005), paragr. 95.

<sup>1497</sup> RAYNARD (1998), p. 1010.

<sup>1498</sup> À cet égard, il est parlant le fait que, malgré les nombreuses décisions de la CourEDH et de la CJUE soulignant l'importance de la famille, aucune de ces décisions ne fournit une définition de la famille. Cette position jurisprudentielle est probablement le résultat de la création, en quelques années, d'un droit international privé communautaire de la famille qui s'est construit pièce par pièce, hors de toute référence à un modèle familial. Une partie du problème vient sans doute de ce qu'il n'existe pas en droit européen de définition de la famille. La notion de vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH est d'ailleurs si floue, elle recouvre des situations si diverses, hors de tout lien de parenté ou d'alliance. Pour plus de détails, voir FULCHIRON, *Modèle* (2005).

<sup>1499</sup> FAVIER (2008), p. 88.

<sup>1500</sup> PAILLER/ PANET-MARRE (2020), p. 421.

vons citer l'affaire *Schalk et Kopf*<sup>1501</sup>, dans lequel la Cour, en évitant de trancher directement le problème d'une éventuelle discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, n'a imposé aux États aucune obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. Dès lors, une harmonisation fondée sur la CEDH semble illusoire<sup>1502</sup>. Il convient également de souligner qu'une uniformisation par cette voie paraît encore moins probable dans des matières patrimoniales, dans lesquels les droits fondamentaux ne sont que rarement touchés.

### III.B.1.3. L'influence exercée par le droit européen

#### III.B.1.3.1. L'influence de la législation européenne

La législation en matière de droit de la famille restant, en principe, une compétence réservée aux États, le dynamisme de l'Union européenne au niveau du droit international privé a suscité des polémiques<sup>1503</sup>. Pourtant, le phénomène n'est pas fondamentalement nouveau, puisque des règles matérielles ayant un impact en droit de la famille ont déjà été produites dans la mise en œuvre des libertés économiques. Comment traiter du regroupement familial, par exemple, sans laisser transparaître une conception de la famille<sup>1504</sup> ? Toutefois, la communautarisation n'atteignait jusqu'alors que marginalement le droit de la famille. Au contraire, au travers du droit international privé et en particulier du système des conflits de lois, l'UE a touché le cœur de la matière puisque dans ses règlements, sous couvert de coordonner les systèmes juridiques et de participer à une coopération judiciaire civile en matière familiale, l'Union a souvent un impact indirect sur les droits matériels. 1208

La volonté de préserver les diversités nationales est clairement affichée par l'Union. En principe, lors de l'adoption de règles de droit international privé, le législateur européen utilise une méthode de coordination qui s'inspire des techniques conflictuelles nationales, et suppose le maintien d'une pluralité des normes nationales applicables au contexte familial<sup>1505</sup>. Cela est confirmé par la procédure d'élaboration des normes communautaires de droit international privé de la famille. On sait en effet que l'article 81, paragraphe 3 TFUE retient que « les mesures relevant du droit de la famille » requièrent une adoption des textes à l'unanimité du Conseil après consultation du Parlement, contrairement 1209

<sup>1501</sup> CourEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, requête n° 30141/04.

<sup>1502</sup> FULCHIRON, Modèle (2005).

<sup>1503</sup> Voir BARRIERE-BROUSSE (2008).

<sup>1504</sup> AZAVANT (2017), paragr. 13.

<sup>1505</sup> *Ibid.*, paragr. 64.

aux autres matières civiles et commerciales qui supposent la majorité qualifiée et une procédure de codécision<sup>1506</sup>. Nous rappelons d'ailleurs que l'absence d'unanimité a été la raison pour laquelle les règlements en matière de loi applicable au divorce et ceux sur les régimes et les effets patrimoniaux des partenariats ont été adoptés par le biais d'une procédure de coopération renforcée (art. 20 TUE ; art. 329 TFUE).

- 1210 Il en va de même en matière d'obligations alimentaires et de successions. En effet, bien qu'en raison de leur caractère essentiellement patrimonial, ces questions aient été considérées comme en dehors du droit de la famille proprement dit, dans ces matières également le législateur européen se veut respectueux des diversités nationales.
- 1211 Nonobstant cette volonté de préservation, il en reste que, de manière générale, les relations entre le droit européen et les droits internes pourraient se résumer à une emprise du droit de l'UE sur les droits internes. Cela n'est cependant pas le cas. L'image du cheval de Troie, employée par DE VAREILLES-SOMMIERES<sup>1507</sup> au sujet du droit des contrats, vient pareillement à l'esprit s'agissant du droit de la famille : « faut-il voir dans le mouvement [d'eupéanisation du droit international privé] le signe annonciateur d'une eupéanisation plus générale du droit, la règle de conflit fournissant en quelque sorte le cheval de Troie par lequel le droit [européen] s'introduirait en droit [interne] ? »<sup>1508</sup>. De la même manière, en droit de la famille, l'adoption de règles conflictuelles qui paraît, *a priori*, placer le droit communautaire dans une perspective de coordination des droits nationaux, n'exclut donc pas une dose d'harmonisation matérielle des règles applicables à la famille<sup>1509</sup>.
- 1212 Si tel est le cas, peut-on percevoir un impact actuel ou potentiel des règlements de droit international privé européen sur le droit substantiel de la famille ? Est-ce que l'on peut observer une incidence spécifique, propre aux textes de droit international privé de source européenne, sur le droit matériel des États membres, en ce que ces textes seraient porteurs d'évolutions, annonceraient un renouvellement de la substance du droit de la famille, jusqu'à éventuellement favoriser un rapprochement des droits matériels des États membres ?
- 1213 La norme européenne de droit international privé exerce inévitablement une influence sur le droit matériel. Cette influence naît d'un désir, de la part du

---

<sup>1506</sup> *Ibid.*, paragr. 65.

<sup>1507</sup> DE VAREILLES-SOMMIERES (2005), p. 781.

<sup>1508</sup> *Ibid.*, p. 788.

<sup>1509</sup> AZAVANT (2017), paragr. 69.

législateur ou du juge national, de faire évoluer son droit matériel interne afin de l'adapter davantage à son environnement juridique actuel, en considérant les solutions prévues en droit international privé européen<sup>1510</sup>. Sous cet angle, les règlements de droit international privé européen ont effectivement une incidence sur le droit national de la famille et cela bien que, *a priori*, c'est le droit interne qui est susceptible d'exercer une influence sur les solutions de droit international privé<sup>1511</sup>. Cependant, une étude plus attentive de la question, montre que, de façon réciproque, la norme de droit international privé peut parfois venir impacter la norme substantielle<sup>1512</sup>.

Dans les chapitres précédents, nous avons relevé que le principe d'autonomie de la volonté est un élément central de la législation européenne en matière de droit international privé de la famille et des successions. En matière de divorce, nous avons constaté que le règlement Bruxelles II *ter* a introduit des nouvelles règles sur la reconnaissance des divorces non-judiciaires, visant à faciliter la circulation de ces accords à l'intérieur de l'Union. Cette évolution sur le plan du droit international privé constitue la réponse du législateur européen à l'introduction, dans les droits matériels de plusieurs États membres, des nouvelles procédures de divorce extra-judiciaires : dès lors, dans ce cas, les droits internes des États membres ont exercé une influence sur les solutions de droit international privé. Nonobstant cela, il sied de relever que la position adoptée par le législateur européen pourrait se répercuter, à son tour, sur le droit matériel des États qui ne connaissent pas les divorces extra-judiciaires. En effet, au vu du régime facilité de circulation des accords privés de divorce instauré par le règlement Bruxelles II *ter* et conformément au principe de la *favor divortii* qui inspire la plupart des pays européens, il est possible qu'à l'avenir, d'autres États membres décident d'introduire ces types de procédure dans leurs ordres juridiques internes.

En matière patrimoniale, les règlements européens ont étendu, dans l'ensemble des États membres, ou du moins dans les États membres participants aux règlements concernés, la possibilité de choisir la loi applicable aux différents domaines du droit familial. Cette avancée du principe d'autonomie sur le plan du droit international privé constitue un facteur d'influence sur le droit interne. Par exemple, il a été observé qu'en 2006, le législateur français a simplifié la procédure de changement de régime matrimonial (cf. *supra*, n° 65) notamment car il avait constaté qu'il était plus difficile pour les ressortissants français que pour les étrangers de changer de régime matrimonial en

<sup>1510</sup> DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR (2014), p. 189.

<sup>1511</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>1512</sup> *Ibid.*

1214

1215

France<sup>1513</sup> : dès lors, dans ce cas, la solution rendue en droit international privé est venue influencer, en partie, une évolution du droit matériel interne.

1216 Il en va de même, en matière successorale, s'agissant de la faveur accordée aux pactes successoraux. En effet, l'ouverture du législateur européen a eu des répercussions au sein des États membres qui n'admettent pas cet instrument de planification. A ce propos, nous mentionnons, en Italie, un projet de loi déposé au Sénat italien le 19 mars 2019<sup>1514</sup>, qui prévoyait la possibilité de conclure des accords avec le but soit de transmettre des biens spécifiques à certains successeurs, soit de renoncer irrévocablement à tout droit sur la succession ou sur des biens particuliers : en d'autres termes, il s'agissait d'introduire, bien qu'avec plusieurs limites, les pactes successoraux dans l'ordre juridique italien (cf. *infra*, n° 1261-1262). À cet égard, il nous semble justifié d'imaginer que ledit projet ait été influencé, du moins en partie, par la place de choix que le législateur européen a conféré aux pactes successoraux en tant qu'outil de planification. Cette interprétation nous paraît d'autant plus plausible que, dans le cadre du même projet, il est expressément fait référence à la législation européenne afin de motiver une ultérieure révision du droit successoral italien, visant à la création d'un instrument équivalent au certificat successoral européen (art. 62 ss r. 650/2012) pour les successions internes. Cette révision visait à surmonter « les éventuels problèmes de discrimination à rebours [...], qui pourraient donner lieu à des problèmes de légitimité constitutionnelle. En effet, la Cour constitutionnelle a déjà jugé incompatible avec l'article 3 de la Constitution la coexistence de règles internes plus restrictives des droits des citoyens italiens que de ceux des citoyens d'autres États membres de l'Union européenne résidant ou établis sur le territoire national [...] »<sup>1515</sup>. Bien que, en raison des changements politiques intervenus depuis 2019, cette révision ait peu de chance d'aboutir, il nous paraît que le projet démontre l'influence que les normes de droit international privé exercent sur le droit interne.

1217 Les points susmentionnés ne constituent que quelques exemples où le droit de l'Union a influencé les droits matériels. Il sied de relever qu'en dehors de ces cas d'influence « directe », le droit européen exerce également un impact indirect sur les droits internes, notamment par l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice, chargée de la mise en œuvre de la réglementation européenne.

---

<sup>1513</sup> FONGARO, Le changement (2012).

<sup>1514</sup> *Disegno di legge* n° 1151.

<sup>1515</sup> *Ibid.*, p. 8. Traduction libre.

### III.B.1.3.2. L'influence de la jurisprudence de la Cour de justice lors de la mise en œuvre de la réglementation européenne

Dans le cadre de l'œuvre d'harmonisation européenne, les décisions et arrêts de la CJUE ont joué un rôle primaire, permettant de dessiner les contours du droit européen de la famille<sup>1516</sup>. Dans un paysage juridique où la liberté des individus constitue une valeur essentielle, il sied de relever que, de manière générale, les solutions le plus libérales, soit celles qui laissent la plus grande place à la liberté individuelle, tendent à s'imposer dans la jurisprudence<sup>1517</sup>. 1218

Dans les paragraphes suivants, nous analyserons plus en détail comment l'œuvre créatrice de la CJUE a permis de donner une impulsion au phénomène d'harmonisation du droit. 1219

#### III.B.1.3.2.a. L'effet harmonisateur des interprétations « autonomes »

La superposition, en droit international privé comme ailleurs, d'instruments communautaires aux règles de droit interne ne se résume pas uniquement à d'intéressants problèmes de domaine d'application et de hiérarchie des normes. Elle suscite également une ambiguïté des concepts, en ce sens qu'une même expression recevra une acception différente selon qu'elle est utilisée par une règle européenne ou par une règle interne<sup>1518</sup>. La Cour de justice de 1220

<sup>1516</sup> Le droit au respect de la vie privée et familiale énoncé à l'art. 8 CEDH revêt une grande importance à cet égard. Par exemple, l'affaire *Marckx c. Belgique*, requête n° 6833/74, a eu une influence déterminante s'agissant de l'abolition des discriminations en matière de successions.

<sup>1517</sup> Dans certains cas, cette tendance a fait son apparition s'agissant de questions relevant de l'état des personnes : nous avons vu que, dans l'arrêt *Garcia Avello*, la CJCE a affirmé que les autorités belges, pays où l'enfant était né et où il résidait, ne pouvaient priver un binational hispano-belge de la possibilité de porter le nom dont il serait titulaire en vertu du droit et de la tradition espagnole (cf. *supra*, n° 333-335). Tel est aussi le cas du mariage homosexuel, comme nous l'avons vu dans l'arrêt *Coman* (cf. *supra*, n° 336-340), où la Cour a reconnu ce mariage dans le but de garantir l'efficacité des libertés de circulation accordées aux citoyens européens. Par conséquent, selon une interprétation autonome de la notion de la part de la CJUE, le mariage entre personnes du même sexe pourrait être inclus dans les notions de mariage et de « matière matrimoniale » au sens du règlement Bruxelles II *ter*, du moment que des États de plus en plus nombreux reconnaissent le mariage homosexuel. Le juge national dont l'ordre juridique interne ne connaît pas ce type d'union pourrait donc être amené à statuer sur le divorce de couples homosexuels, sans qu'il ne soit question d'opposer l'ordre public. Cette prise en compte du mariage homosexuel étranger marquerait dès lors la pénétration de cette forme d'union dans des systèmes qui, *a priori*, le rejettent. Pour plus de détails, voir FULCHIRON, *Modèle* (2005).

<sup>1518</sup> AUDIT, *L'interprétation autonome* (2004), paragr. 1.

l'Union européenne adresse cette problématique par le biais de la méthode d'interprétation « autonome »<sup>1519</sup>.

- 1221 L'utilisation de cette particulière technique d'interprétation naît du constat que certains textes européens utilisent souvent des termes ou d'expressions correspondant à des concepts juridiques connus en droit interne, mais absents du droit européen. Afin d'éviter la naissance de divergences d'interprétations entre les différents États membres, le législateur européen a manifesté sa volonté de ne pas maintenir l'interprétation de ces concepts sous l'empire des droits nationaux<sup>1520</sup>. S'agissant de telles « notions autonomes », les juridictions des États membres ont donc l'interdiction de les interpréter sur la base de leur propre système juridique, la seule référence admise étant la définition fournie par le juge communautaire<sup>1521</sup>.
- 1222 En guise d'exemple, nous pouvons mentionner l'affaire *De Cavel*, qui a déjà fait l'objet de notre analyse (cf. *supra*, n° 379), et à l'occasion duquel la Cour s'est prononcée sur le caractère alimentaire de la prestation compensatoire, indiquant que « les “prestations compensatoires” prévues par les articles 270 et suivant du Code civil français [...] concernent les obligations financières éventuelles entre ex-époux après le divorce fixées à raison des ressources et besoins réciproques et ont également un caractère alimentaire »<sup>1522</sup>.
- 1223 Nous rappelons également l'arrêt *Mahnkopf* (cf. *supra*, n° 1045), dans lequel, nous le rappelons, la CJUE a retenu que l'article 1371, alinéa 1 du BGB, selon lequel « [s]i le régime matrimonial prend fin par la mort de l'un des époux, la péréquation des acquêts se fait par augmentation de la part légale du conjoint survivant du quart de la succession », relève du champ d'application du règlement n° 650/2012<sup>1523</sup>, contrairement à la solution consacrée par la Cour fédérale de justice allemande elle-même, selon laquelle la disposition relevait plutôt du droit des régimes matrimoniaux.
- 1224 Comme il ressort des exemples susmentionnés, il est évident que la mise en œuvre des notions autonomes dégagées par la CJUE implique une opération de qualification. De manière générale, il est aujourd'hui admis que la qualification des règles de conflit de lois s'opère *lege fori*, c'est-à-dire en fonction

---

<sup>1519</sup> *Ibid.*

<sup>1520</sup> *Ibid.*, paragr. 2.

<sup>1521</sup> *Ibid.*

<sup>1522</sup> CJCE, *De Cavel*, C-120/79, paragr. 5.

<sup>1523</sup> CJCE, *Mahnkopf*, C-558/16, paragr. 44.



des catégories et de la structure du droit matériel du for<sup>1524</sup>. L'interprétation autonome préconisée par la CJUE remet en question, de manière radicale, ces principes. Les notions autonomes développées par la CJUE obligent les juges des États membres à faire abstraction de leur droit substantiel. L'opération de qualification doit se faire indépendamment du droit interne du for et uniquement dans une optique de droit communautaire ou, du moins, sur la base de la jurisprudence communautaire. Autrement dit, lorsqu'il est saisi d'un litige nécessitant l'application d'une règle de droit international privé communautaire, le juge d'un État membre doit confronter les faits de l'espèce à ladite règle, tout en respectant, ce faisant, l'interprétation autonome donnée par la CJUE<sup>1525</sup>. Dès lors, le droit matériel de la *lex fori* ne doit plus être le support conceptuel à la qualification du litige au regard des règles de droit international privé<sup>1526</sup>.

Même si ces notions autonomes ne s'imposent aux ordres nationaux que dans le contexte de l'application des instruments européens, l'utilisation de ces concepts autonomes peut également influencer, à terme, la manière dont les juges interprètent leurs règles substantielles. Par exemple, l'interprétation autonome de la notion de « conjoint » fournie par la CJUE dans l'arrêt *Coman* (cf. *supra*, n° 336-340), qui englobe l'époux de même sexe et qui s'impose aux États membres dans l'application des règlements communautaires, pourrait favoriser l'intégration du mariage homosexuel dans les droits internes de certains États membres qui se montrent encore aujourd'hui réticents à cet égard.

1225

### *III.B.1.3.2.b. L'intersection des ordres juridiques comme résultat de l'application de la méthode de la reconnaissance*

L'intégration européenne n'a pas seulement permis la circulation des biens et des personnes, elle a également fait naître un besoin nouveau : celui de la circulation des normes, des institutions et des modèles juridiques. En effet, les citoyens européens sont de moins en moins disposés à admettre qu'un même problème juridique trouve des réponses différentes d'un pays à l'autre, alors

1226

<sup>1524</sup> *Ibid.*, paragr. 58. Ceci n'implique pas que la catégorie à laquelle est rattachée la règle de conflit soit calquée sur ce droit. Elle peut être plus large, notamment lorsqu'on a affaire à des institutions étrangères inconnues du for.

<sup>1525</sup> *Ibid.*, paragr. 54.

<sup>1526</sup> *Ibid.*, paragr. 59.

même que ces pays partagent une culture et un développement économique similaires<sup>1527</sup>.

- 1227 Comme nous l'avons vu (cf. *supra*, n° 315 ss), par le biais de la méthode de reconnaissance des situations, il est possible de reconnaître l'existence d'une situation juridique dans un État différent de celui où celle-ci a trouvé son origine, et cela sans vérification par l'État où elle est invoquée de la loi appliquée lors de sa création<sup>1528</sup>. Ceci revient à faire prévaloir l'intérêt de la continuité des situations juridiques sur l'intérêt de l'État d'appliquer son propre système de droit international privé<sup>1529</sup>.
- 1228 Il est évident que la reconnaissance des situations génère une interaction étroite entre plusieurs ordres juridiques, car, parfois, elle oblige les États à reconnaître dans leur territoire des situations consacrant des solutions juridiques qu'ils ne connaissent pas dans leur ordre interne. À terme, cette interaction ne peut qu'aboutir à un certain degré de familiarisation avec des idées et institutions propres à d'autres ordres juridiques.

### III.B.2. Les interactions entre les systèmes nationaux

- 1229 De manière générale, l'on pourrait imaginer qu'il existe une indifférence des droits internes à l'égard des ordres juridiques nationaux qui leurs sont étrangers. En effet, souvent présenté comme intimement lié à la culture de chaque nation, il pourrait être supposé que le droit interne de la famille soit particulièrement hermétique à toute influence étrangère.
- 1230 Pourtant, cela ne semble pas être le cas, dans la mesure où l'expérience dévoile des échanges entre les divers ordres juridiques.

#### *III.B.2.1. La familiarisation et l'application du droit étranger comme résultat de l'application de la réglementation européenne*

- 1231 Obligatoires et directement applicables dans les États membres, les règlements conduisent de plus en plus souvent les autorités d'un État membre à appliquer le droit matériel d'un autre État.
- 1232 À cette opération de familiarisation ont contribué les nombreux certificats créés par les règlements. En effet, on peut imaginer que, par leur intermé-

---

<sup>1527</sup> THURILLER-BERSOLLE (2011), paragr. 304.

<sup>1528</sup> LAGARDE, La méthode (2015), p. 19.

<sup>1529</sup> *Ibid.*, p. 29.

diaire, les autorités et les professionnels du droit s'habituent et se familiarisent peu à peu avec des éléments du droit étranger, des modes de fonctionnement bien différents des leurs ou encore avec des institutions quelque peu dissemblables<sup>1530</sup>. Ainsi, on n'est plus surpris de voir des mariages, ou d'autres formes de partenariats, entre personnes de même sexe ou des divorces prononcés par des autorités non judiciaires ; on ne fait plus cas des pouvoirs très étendus des juges de certains pays, notamment des juges anglais en matière d'aliments.

Qu'une modification des modèles sociétaux et culturels soit intervenue au cours des dernières décennies est indéniable. Reste ouverte la question de savoir si cet approvisionnement réciproque des droits matériels des États membres les uns par les autres provoque-t-il un phénomène d'acculturation juridique. 1233

### III.B.2.2. *L'interaction des ordres juridiques par le biais de la méthode comparative*

L'étude des relations entretenues par les divers ordres juridiques européens nationaux révèle une situation complexe faite d'influences entrecroisées<sup>1531</sup>. En effet, il est possible de constater que, de manière générale, les législateurs nationaux réforment leur droit de la famille au vu des expériences étrangères afin de marquer leur différence ou leur rapprochement. 1234

Dans le cadre des travaux législatifs internes, l'analyse du droit comparé exerce souvent, dans l'enceinte parlementaire, une « force de persuasion ». En effet, le courant de réforme touchant les États voisins en droit de la famille détermine souvent le législateur national à réformer à son tour. On a pu relever de nombreux exemples où la référence à l'évolution du droit, lorsque celle-ci se manifeste dans de nombreux pays, établit l'urgence d'une réforme dans l'esprit des autorités normatives<sup>1532</sup>. Dans la plupart des systèmes juridiques 1235

<sup>1530</sup> BIDAUD-GARON (2014), p. 206.

<sup>1531</sup> PFERSMANN (2001), p. 275.

<sup>1532</sup> Le phénomène du partenariat enregistré en est un exemple éloquent : l'adoption d'un tel statut par treize des quinze États membres de la Communauté européenne de l'époque a déterminé le législateur français à adopter un régime juridique similaire. Pour plus de détails, voir Commission des lois-GÉLARD (1999). Nous rappelons également qu'en 2016, soit la même année de l'adoption du règlement européen en la matière, l'Italie a introduit dans son ordre juridique l'institution des « *unioni civili* », une forme de partenariat réservé aux couples de même sexe (loi n° 76 du 20 mai 2016, GU n° 118 du 21 mai 2016). Pour sa part, l'ordre juridique suisse connaissait les partenariats enregistrés depuis 2007, année d'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré du 18 juin 2004, RS 211.23 ; cependant, depuis le 1 juillet 2022, moment de l'entrée en vigueur de la loi sur le « mariage pour tous », il

européens, le droit de la famille a fait l'objet de nombreuses réformes influencées par les pratiques juridiques des pays voisins, au point de perdre une grande partie de l'individualité et de la culture nationales<sup>1533</sup>. L'on peut donc dire que, même si les réformes en droit de la famille sont essentiellement dictées par des considérations sociales combinées avec des impératifs internationaux et européens, l'analyse des droits étrangers conforte souvent le législateur dans sa volonté de faire évoluer le droit positif<sup>1534</sup>.

- 1236 De surcroît, le droit comparé est une source de richesse en termes de solutions juridiques, qui permet au législateur national d'y puiser la plus adaptée à son système. Dès lors, il sera souvent tenté d'imiter une solution étrangère ayant fait ses preuves<sup>1535</sup>.
- 1237 Toutes les réformes n'ont certes pas abouti à une unification du droit familial en Europe, mais ont rapproché un peu plus les différents systèmes juridiques et ont notamment réduit l'écart entre le Nord, progressiste, et le Sud, plus conservateur<sup>1536</sup>. Il est un lieu commun de dire que la période contemporaine est celle des droits individuels et de la liberté, lesquels prennent l'ascendant

---

n'est plus possible de conclure de partenariat enregistré, mais seulement un mariage entre personnes de même sexe. Par ailleurs, les mariages entre personnes de même sexe constituent également un exemple des interactions qui existent entre les ordres juridiques, dans la mesure où, depuis les années 2000, ont été légalisés dans un grand nombre de pays, tels que les Pays-Bas (2001), la Belgique (2003), l'Espagne (2005), le Portugal (2010), la France (2013), le Luxembourg (2015), l'Irlande (2015), Malte (2017), l'Allemagne (2017), la Finlande (2017), l'Autriche (2019) et la Slovénie (2022). Enfin, l'Estonie est le premier pays balte à légaliser le mariage homosexuel depuis le 20 juin 2023. La loi est entrée officiellement en vigueur en début d'année 2024.

<sup>1533</sup> PINTENS, *Europeanisation* (2003), p. 8.

<sup>1534</sup> THURILLER-BERSOLLE (2011), paragr. 307.

<sup>1535</sup> Dans le cadre de la réforme très controversée dans l'opinion politique s'agissant de la loi autorisant le mariage et l'adoption homosexuels, le ministre de la Justice espagnol s'est référé aux exemples hollandais et belge pour justifier de la pertinence juridique de son projet de loi. Il s'est particulièrement attardé sur l'exemple belge au cours des débats parlementaires afin de démontrer qu'une telle réforme était réalisable dans un pays où les parlementaires sont en majorité de confession catholique. Pour plus de détails, voir CORTES GENERALES, *diario de sesiones del Congreso de los Diputados, pleno y diputacion permanente*, 2005, VIII legislatura, n° 78, p. 3773, disponible sous <http://www.congreso.es>.

<sup>1536</sup> Un exemple de ce phénomène est constitué par le droit italien de la famille, soumis à une pression constante de la part de l'Église pendant l'époque de la Démocratie chrétienne, qui ne peut plus être considéré comme conservateur aujourd'hui. En effet, nous soulignons que l'Italie a été le troisième système juridique européen, après la Suède et l'Allemagne, à adopter une loi sur le transsexualisme (loi n° 164/1982 du 14 avril 1982, GU n° 106 du 19 avril 1982).

sur les institutions. Il n'en demeure pas moins que le droit de la famille est affecté de manière toute particulière par ce phénomène.

### III.B.3. Le résultat des interactions : une contractualisation harmonisée du droit de la famille en droit matériel ?

Après avoir passé en revue les différents types d'interactions possibles, il est temps de s'interroger sur la question de savoir si celles-ci ont effectivement conduit à une contractualisation harmonisée du droit matériel de la famille. 1238

Il est indéniable que la contractualisation a poursuivi son avancée en droit de la famille. Une tendance constante à la déjudiciarisation s'est manifestée, en premier lieu, en matière de divorce, ce mouvement touchant à la fois les procédures et les effets de celui-ci<sup>1537</sup>. En effet, pour ne mentionner que les exemples les plus récents, comme nous l'avons vu (cf. *supra*, n° 132), en France, depuis 2017<sup>1538</sup>, les « époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire » (art. 229-1, al. 1 CCF) dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel extra-judiciaire, cet accord ne nécessitant pas une homologation judiciaire<sup>1539</sup>. En Italie, en 2014<sup>1540</sup>, le législateur a ouvert aux conjoints deux possibilités d'emprunter la voie du divorce par consentement mutuel extra-judiciaire, respectivement devant l'officier d'état civil ou dans le cadre de la procédure de « *negoziazione assistita* ». Ce phénomène d'émulation s'est également étendu à d'autres États européens<sup>1541</sup>. 1239

La libéralisation du divorce s'est répercutée sur la marge de manœuvre allouée aux parties dans le règlement de leurs relations financières post-divorce. À cet égard, il faut souligner la réforme de 2019<sup>1542</sup>, par laquelle le législateur français a allégé la procédure de changement de régime matrimonial, notamment en supprimant l'écoulement obligatoire d'un délai de deux ans depuis l'entrée en vigueur du régime matrimonial existant, ainsi que l'exigence 1240

<sup>1537</sup> MORACCHINI-ZEIDENBERG, *Avancées* (2021), p. 116.

<sup>1538</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016.

<sup>1539</sup> DISSAUX (2017), paragr. 7.

<sup>1540</sup> Décret législatif n° 132 du 12 septembre 2014, GU n°212 du 12 septembre 2014.

<sup>1541</sup> En Roumanie, le divorce est prononcé par l'officier d'état-civil ou par le notaire en présence d'enfants mineurs depuis 2010, sauf à ceux que les époux saisissent le tribunal. En 2008, le Portugal a confié en l'absence d'enfants mineurs le divorce à un officier public. En présence d'enfants mineurs, le ministère public doit donner son accord. L'Espagne a confié depuis 2015 à un greffier (*decreto*) ou au notaire (*escritura publica*) le prononcé du divorce ; toutefois, en présence d'enfants mineurs ou de majeurs protégés, la compétence reste au juge.

<sup>1542</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, JORF n° 0071 du 24 mars 2019.

d'homologation judiciaire obligatoire en présence d'enfants mineurs. En Italie, en matière d'accords anticipés en vue du divorce, la position de la jurisprudence à propos de leur licéité a subi une évolution dans le temps, au point qu'il existe actuellement des discussions doctrinales dans le sens d'une admission de ces types d'accords (cf. *supra*, n° 249-253). Nous soulignons que ces ouvertures sont le résultat de plusieurs jurisprudences de la *Corte di cassazione* postérieures à l'adoption du règlement européen en matière d'aliments (cf. *supra*, n° 254-263). Il n'est donc pas *a priori* exclu que cette évolution soit le résultat d'une volonté d'assurer un système plus cohérent avec les autres solutions proposées dans l'espace européen, comme le soulignent certains auteurs qui se sont prononcés sur la question<sup>1543</sup>.

- 1241 En matière patrimoniale, cette approche libérale s'est également étendue à des pays en dehors de l'Union, notamment la Suisse. À ce propos, nous rappelons la révision du droit des successions entrée en vigueur le 1 janvier 2023, dont le but principal était de garantir au *de cuius* une plus grande liberté de disposition de ses biens (cf. *supra*, n° 622). La révision en droit matériel a son pendant en droit international privé, avec la révision du chapitre 6 de la LDIP, à l'occasion de laquelle le législateur a implémenté le degré d'autonomie alloué au *de cuius* afin d'atteindre une meilleure harmonisation avec la réglementation européenne (cf. *supra*, n° 765).
- 1242 Les évolutions législatives que nous venons de décrire permettent de conclure que, dans la pratique, l'interaction des différents ordres juridiques a effectivement favori la circulation de certains modèles familiaux, aboutissant ainsi, dans une certaine mesure, à une « harmonisation » partielle des droits internes, notamment dans les ordres juridiques analysés, dans le sens d'une libéralisation du droit de la famille. Cela conduit à une réduction des conflits de lois et donc à une coordination horizontale sur le plan du droit matériel.

### **III.C. L'harmonisation par la libéralisation du droit matériel de la famille**

- 1243 Les sections précédentes démontrent que, à la suite des interactions entre, d'une part, les systèmes supranationaux et nationaux, et, d'autre part, les différents ordres juridiques entre eux, une certaine harmonisation des droits matériels s'est déjà réalisée. Celle-ci a notamment conduit à reconnaître des nouvelles manifestations de l'autonomie privée.

1244

---

<sup>1543</sup> SCIA (2017), p. 196.

Dans les paragraphes suivants, nous mentionnerons deux exemples où il nous semble assez réaliste d'envisager une plus large harmonisation des droits matériels en élargissant la reconnaissance du principe d'autonomie. Ces propositions seraient à même de réduire les risques de conflit et améliorer par conséquent la coordination internationale.

### III.C.1. La reconnaissance progressive des conventions anticipées sur les effets du divorce

#### III.C.1.1. *Le principe de nullité et ses contradictions en droit matériel*

Comme nous avons déjà eu occasion de relever, contrairement à d'autres droits, les législations française et italienne interdisent, en principe, tout accord des époux sur les effets patrimoniaux de leur séparation en dehors d'une procédure de divorce. 1245

L'interdiction des conventions anticipées se réfère, en premier lieu, aux accords relatifs aux prestations de nature alimentaire (art. 278 CCF *a contrario*, art. 160-162 CCI). En France, elle s'étend également aux accords de liquidation du régime matrimonial souscrits par les époux en dehors de toute instance de divorce<sup>1544</sup>. Pourtant, cette position semble difficilement conciliable avec les récentes révisions en matière de divorce, lesquelles, en déjudiciarisant la procédure de démariage, ont amené les législateurs à élargir la marge de manœuvre des conjoints s'agissant des conséquences pécuniaires de leur séparation. 1246

En effet, les ordres juridiques français et italien admettent la possibilité d'emprunter des procédures de divorce extra-judiciaires, dans lesquelles les époux jouissent d'une grande liberté sur les questions de nature alimentaire (cf. *supra*, n° 132-134). Les accords conclus dans le cadre de ces procédures sont, dans la majorité des cas, soustraits de toute ratification judiciaire, afin de respecter le cadre déjudiciarisé de la procédure choisie<sup>1545</sup>. Or, si l'interdiction de planifier à l'avance les questions liées à l'entretien se fondait sur la volonté d'assurer que les accords passés en cours d'instance fassent l'objet d'un contrôle judiciaire qui en examine l'équité, il nous semble difficile de justifier le maintien de l'interdiction d'une planification anticipée après l'admission des procédures de divorce extra-judiciaires. 1247

<sup>1544</sup> VAREILLE, Communauté (2011), paragr. 7 ss.

<sup>1545</sup> BONNET/ BOSSE-PLATIÈRE/ MULLOT-THIEBAUD (2020), paragr. 179 ; CAERAN (2021), p. 149 ss.

*III.C.1.2. La nécessité d'une révision en droit matériel*

- 1248 Comme nous l'avons relevé, au cours des dernières décennies, la *Corte di cassazione* italienne a rendu plusieurs décisions témoignant d'une timide ouverture de la jurisprudence à propos de la validité de ce type de conventions (cf. *supra*, n° 254-263).
- 1249 Il convient de relever que l'idée d'un choix anticipé en matière d'aliments dans un but de planification n'est pas totalement inconnue en France et Italie, tout au moins sur le plan du droit international privé. En effet, l'article 4 du règlement n° 4/2009 confirme la possibilité, généralement acceptée depuis longtemps sur la scène de droit international privé, de conclure une élection de for en matière alimentaire, même de manière anticipée. De plus, l'article 15 du règlement n° 4/2009 renvoie, en matière de droit applicable, au protocole de La Haye de 2007. Comme nous l'avons vu (cf. *supra*, n° 560 ss), l'introduction de la possibilité de choisir la loi applicable dans ce domaine est l'une des principales nouveautés consacrées par ce texte. Notamment, l'article 8 permet aux parties de procéder à un choix de loi à tout moment, y compris, dans un but de planification, avant même la survenance du litige<sup>1546</sup>, tout en maintenant un contrôle judiciaire.
- 1250 À la lumière de ce qui précède, il nous semble raisonnable de se demander s'il ne serait pas opportun de reconnaître un choix anticipé en matière alimentaire au niveau du droit matériel.
- 1251 Comme nous avons déjà eu occasion de souligner, l'admission des conventions anticipées est, à notre avis, une nécessité qui va au-delà du simple respect de la volonté d'autodétermination des parties. En effet, cela permettrait, dans une optique transfrontalière, d'une part, de garantir un système plus cohérent avec les autres solutions proposées dans l'espace européen et, d'autre part, d'atteindre un niveau de coordination internationale en mesure de garantir le respect des projets de planification des couples internationaux.

---

<sup>1546</sup> Pour une question de clarté, nous soulignons que le champ d'application de cette disposition est limité aux relations entre adultes capables. Notamment, contrairement à ce qui est prévu pour le choix de l'art. 7, l'art. 8 n'est pas applicable pour les obligations alimentaires envers un mineur, ainsi que pour les aliments impliquant un adulte « vulnérable », soit incapable de pourvoir à ses propres intérêts (art. 8, paragr. 3 prot. 2007).



### III.C.2. L'assouplissement de l'interdiction des pactes successoraux

#### III.C.2.1. *La prohibition relative en droit matériel*

En matière successorale, le point de dissonance le plus évident parmi les ordres juridiques analysés réside dans la possibilité de conclure un pacte successoral. Dans de nombreux systèmes juridiques, principalement ceux de tradition germanique, le pacte successoral est permis et d'un usage courant. C'est le cas de la Suisse, qui connaît cet instrument depuis très longtemps. En revanche, nous le rappelons, le pacte successoral est en principe interdit tant en France qu'en Italie. 1252

Cependant, comme nous avons eu occasion de le relever (cf. *supra*, n° 678-697), cette interdiction s'assouplit. En effet, en dérogation au principe d'interdiction générale, le législateur français a déjà autorisé deux types de pactes en faveur des époux, par le biais des mécanismes de l'institution contractuelle (art. 1082 CCF) et de la clause commerciale (art. 1390-1392 CCF). De plus, en 2006, il a révisé le droit des successions en prévoyant, toujours en dérogation au principe de la prohibition des pactes sur succession future, une renonciation anticipée à exercer l'action en réduction (RAAR, art. 929 à 930-5 CCF). Enfin, l'ordre juridique français connaît la donation-partage, qui pourrait s'apparenter aux pactes successoraux. 1253

En Italie, la loi n° 55 du 14 février 2006<sup>1547</sup> a introduit dans l'ordre juridique italien la figure des pactes de famille (art. 768*bis* ss CCI), en tant qu'instrument visant à réaliser le transfert, par acte entre vifs, de la société en faveur d'un ou plusieurs descendants désignés par le constituant. De manière significative, l'article 1 de cette loi modifie l'article 458 CCI en insérant une clause de dérogation expresse aux règles générales sur les pactes successoraux, en référence à la nouvelle figure des « pactes de famille ». 1254

#### III.C.2.2. *La reconnaissance en droit international privé*

Comme il ressort des chapitres précédents, le règlement européen n° 650/2012 a consacré l'utilisation des pactes successoraux en droit international privé et leur a conféré une place de choix parmi les techniques d'anticipation successorale utilisées par les praticiens dans des cas transfrontaliers. 1255

<sup>1547</sup> Loi n° 55 du 14 février 2006, GU n° 50 du 1 mars 2006.

- 1256 L'approche du législateur européen sur ce point se fonde sur les multiples avantages offerts par cet instrument. Par rapport au testament, le pacte successoral garantit une stabilité plus élevée des éventuelles clauses de *professio juris*, du moment où le pacte est un contrat qui ne sera révocable que d'un commun accord entre les parties<sup>1548</sup>. De plus, au moment de la stipulation du pacte, les successibles sont parties à l'accord, tandis qu'ils ignorent le plus souvent le contenu et même l'existence du testament qui détermine leurs droits successoraux. Or, les praticiens de l'anticipation successorale nous disent qu'une transmission à laquelle les successibles sont préparés se déroule généralement dans des meilleures conditions que celles dont ils découvrent et subissent les conditions au décès<sup>1549</sup>. Par conséquent, le choix du pacte successoral garantit une meilleure information des successibles et atteste de leur adhésion puisqu'ils acceptent les termes contractuels de la transmission future.
- 1257 L'importance croissante des pactes successoraux dans la pratique successorale des différents États, ainsi que le nombre toujours plus élevé de successions à caractère international, notamment entre les États membres de l'Union européenne, ont rendu nécessaire, voire indispensable, la détermination d'un régime commun. Le législateur de l'Union européenne, conscient du manque d'homogénéité des disciplines et des instruments présents dans les droits internes des États membres, a donc étendu à juste titre la réglementation relative aux pactes successoraux. L'intérêt de la discipline européenne pour ces accords est d'ailleurs confirmé par le considérant 49 du règlement lui-même, d'où ressort l'intention claire de « faciliter l'acceptation dans les États membres des droits de succession acquis à la suite d'un pacte successoral ».
- 1258 Il en résulte une plus grande sécurité quant à l'efficacité d'un pacte successoral conclu dans un État membre et destiné à produire ses effets dans une juridiction différente. En effet, les règles communes permettent que les droits éventuels découlant d'un tel pacte ne soient pas affectés, en principe, par l'intervention de règles d'application immédiate ou par des principes d'ordre public de la loi du for<sup>1550</sup>. Bien évidemment, les pactes successoraux seront

---

<sup>1548</sup> ARSEGUEL-MEUNIER/ GALLIEZ (2015), p. 378.

<sup>1549</sup> *Ibid.*

<sup>1550</sup> Nous relevons que la reconnaissance des pactes successoraux conclus à l'étranger n'est d'ailleurs pas une nouveauté dans les ordres juridiques français et italiens, où tant la doctrine que la jurisprudence considèrent depuis longtemps que de telles conventions, pour autant que conclues à l'étranger entre les époux ou avec des tiers, sont compatibles avec l'ordre public international dès lors qu'elles sont valablement mises en œuvre selon la loi étrangère applicable. Pour l'Italie, voir DEBERNARDI (2015), p. 1208. Pour la France, voir COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE, 16 octobre 2003, in : *Revue critique de droit international privé*, 2004/3, p. 589-595, avec note de PAUL LAGARDE. Dans cette affaire, la Cour d'appel

également reconnus dans les États tiers qui connaissent ce type d'institution, comme c'est le cas en Suisse.

### III.C.2.3. *La potentielle admission en droit matériel*

À la suite de l'entrée en vigueur du règlement européen, les législations italienne et française ont une position ambivalente s'agissant de la discipline relative aux pactes successoraux : d'une part, elles maintiennent une interdiction de principe au niveau du droit matériel et, d'autre part, leur consécration au niveau du droit international privé crée un devoir de reconnaissance des pactes successoraux dans le cas des successions internationales. 1259

Dans ce contexte, il nous semble légitime de se poser la question de savoir si la prohibition des pactes successoraux en droit matériel garde encore son sens. 1260

Il convient de rappeler qu'en Italie, un projet de loi déposé au Sénat italien le 19 mars 2019<sup>1551</sup> (cf. *supra*, n° 1216) prévoyait d'intervenir, parmi d'autres domaines, aussi en matière successorale. La portée novatrice du projet de loi peut être pleinement appréciée à la lumière de ses potentielles répercussions sur l'interdiction des pactes successoraux objet de l'article 458 CCI. Il s'agissait, en particulier, d'introduire la possibilité de conclure des accords avec le but soit de transmettre des biens spécifiques à certains successeurs, soit de renoncer irrévocablement à tout droit sur la succession ou sur des biens particuliers. En effet, le projet admettait certains types de pactes successoraux, à la double condition de la limitation de la dévolution aux « biens de la succession » à identifier spécifiquement et de la désignation des « successeurs » bénéficiaires de la dévolution<sup>1552</sup>. De plus, répondant aux demandes d'une grande partie de la doctrine, le projet de loi supprimait l'interdiction générale des pactes successoraux de renonciation<sup>1553</sup>. 1261

Le projet soumettait cependant la révision à une limitation importante, soit celle du respect de la « part de réserve prévue aux articles 536 et suivants du Code civil »<sup>1554</sup>. Cette limitation maintenait l'interdiction de la renonciation anticipée aux droits des réservataires et à l'action en réduction, tant que le 1262

---

a reconnu en France la validité d'un pacte successoral conclu régulièrement à l'étranger selon la loi allemande régissant la succession mobilière, admettant ainsi la non-contrariété des pactes successoraux à l'ordre public international.

<sup>1551</sup> *Disegno di legge* n° 1151.

<sup>1552</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>1553</sup> *Ibid.*

<sup>1554</sup> *Ibid.* Traduction libre.

constituant ou le donateur était vivant. Toutefois, le projet de loi permettait de prévoir la renonciation irrévocable également à la succession pour « des biens particuliers », de sorte qu'il aurait été possible de permettre la renonciation irrévocable à la réserve en référence à des biens particuliers<sup>1555</sup>.

- 1263 Cependant, en raison des changements politiques intervenus depuis 2019, il ne semble pas que la réforme ait une chance d'aboutir. Malgré cela, il nous paraît que cette tentative de réforme témoigne d'une prise de conscience s'agissant de la nécessité de réviser certains principes à la base de la matière successorale, notamment l'interdiction des pactes successoraux, dans un sens qui soit plus conforme au principe d'autonomie privée.
- 1264 Au vu de ce qui précède et dans le but de réduire les risques de conflit et garantir une meilleure coordination internationale, nous préconisons une admission des pactes successoraux en France et en Italie, préférablement assortis de conditions de validité harmonisées avec celle des autres États européens qui connaissent déjà cet instrument.

---

<sup>1555</sup> *Ibid.*

### III.D. Synthèse

Nous avons dédié ce troisième chapitre à la question de savoir si une reconnaissance élargie et, dans les limites du possible, harmonisée, du principe d'autonomie dans les droits internes faciliterait la recherche de coordination sur le plan international. 1265

Tout d'abord, nous nous sommes intéressés à la question de savoir si l'harmonisation des droits internes de la famille est même souhaitable. Malgré les indéniables liens qui existent entre cette branche et l'identité sociale et culturelle spécifique à chaque État, nous avons répondu à cette interrogation par l'affirmative. À cet égard, nous avons souligné que considérer le droit comme une expression de l'identité nationale d'un État paralyserait la réflexion juridique et empêcherait de bénéficier des avantages offerts par un plus haut degré d'harmonisation. 1266

Par la suite, nous avons abordé la question de savoir si une harmonisation partielle des droits internes s'est déjà réalisée. Nous avons analysé cette question en nous intéressant aux dynamiques d'interaction verticales et horizontales, soit, respectivement, à l'influence des systèmes supranationaux sur les ordres juridiques internes et aux interactions qui existent entre les systèmes nationaux. 1267

S'agissant du premier volet de notre analyse, nous avons notamment traité de l'influence exercée par le droit européen sur les droits internes. En premier lieu, nous avons évoqué l'impact de la législation européenne sur les droits matériels. En effet, malgré la volonté affichée de préserver les diversités nationales, la norme européenne de droit international privé exerce inévitablement une influence sur le droit matériel. À titre d'exemple, nous avons mentionné les règles consacrées dans le règlement Bruxelles II *ter* visant à la facilitation de la circulation des accords privés de divorce. Nous avons souligné que ce nouveau régime de reconnaissance des divorces extra-judiciaires pourrait inciter l'introduction des divorces extra-judiciaires également dans les États membres qui ne connaissent pas ce type de procédures. Par la suite, nous avons traité du choix la loi applicable aux différents domaines du droit familial, une possibilité que les règlements européens ont étendu à l'ensemble des États membres. Cette avancée du principe d'autonomie sur le plan du droit international privé constitue un facteur d'influence sur le droit interne, comme le démontre le fait que le législateur français a simplifié la procédure de changement de régime matrimonial notamment car il avait constaté qu'il était plus difficile pour les ressortissants français que pour les étrangers de changer de régime matrimonial en France. Finalement, en matière successorale, nous avons évoqué la faveur accordée par le législateur européen aux pactes succes- 1268

soraux. Cette ouverture du législateur européen a également eu des répercussions au sein des États membres qui n'admettent pas cet instrument de planification, comme le démontre un projet de loi déposé au Sénat italien en 2019, qui prévoyait l'introduction, bien qu'avec plusieurs limites, des pactes successoraux dans l'ordre juridique italien.

- 1269 En second lieu, nous nous sommes intéressés à l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice au moment de la mise en œuvre de la réglementation européenne. Cette influence s'exerce, d'abord, par l'effet harmonisateur des interprétations « autonomes », soit l'interprétation fournie par la Cour de notions qui sont relevant pour l'application du droit communautaire, et qui s'imposent aux États membres. De surcroît, la CJUE s'est servie de la méthode de reconnaissance pour reconnaître l'existence d'une situation juridique dans un État différent de celui où celle-ci a trouvé son origine. Il est évident que cette reconnaissance génère une interaction étroite entre plusieurs ordres juridiques, qui, à terme, pourrait aboutir à un certain degré de familiarisation avec des idées et institutions propres à d'autres ordres juridiques.
- 1270 S'agissant du deuxième volet de notre analyse, nous avons tourné notre regard vers les interactions entre les systèmes nationaux. Une première interaction se réalise lorsque, en application des règlements communautaires, les autorités d'un État membre appliquent le droit matériel d'un autre État. L'application du droit étranger réalise, à terme, une opération de familiarisation qui contribue à une partielle convergence des modèles sociétaux et culturels. De plus, l'étude des relations entretenues par les différents ordres juridiques nationaux démontre que, de manière générale, les législateurs nationaux réforment leur droit de la famille en faisant usage de la méthode comparative. En d'autres termes, au moment de réviser leur droit interne, ils se réfèrent aux expériences étrangères afin de marquer leur différence ou leur rapprochement.
- 1271 Est-ce qu'il est possible de conclure que l'ensemble de ces interactions résulte en une contractualisation harmonisée du droit de la famille en droit matériel ? Cette question devrait recevoir, à notre avis, une réponse partiellement positive. En matière de divorce, dans les trois droits étudiés, nous avons constaté une tendance constante à la déjudiciarisation, ce mouvement touchant à la fois les procédures et les effets de celui-ci. La libéralisation du divorce s'est répercutée sur la marge de manœuvre allouée aux parties dans le règlement de leurs relations financières post-divorce, notamment dans le cadre des procédures de divorce extra-judiciaires prévues en France et en Italie, où les époux jouissent d'une liberté presque complète. Cette approche s'est également étendue à la matière successorale : c'est le cas de la Suisse, qui a récemment revu son droit des successions dans le but de garantir au *de cuius* une plus grande liberté de disposition.

Malgré ce qui précède et les tendances communes aux différents ordres juridiques, à l'heure actuelle, il n'est pas possible de conclure que les droits de la famille nationaux sont « harmonisés ». Pour cette raison, nous avons poursuivi notre analyse en proposant des pistes pratiques visées à harmoniser davantage les droits matériels dans le sens d'une reconnaissance élargie du principe d'autonomie. 1272

Dès lors, nous avons préconisé la reconnaissance progressive des conventions anticipées sur les effets du divorce dans les systèmes juridiques français et italien. Nous avons relevé que l'idée d'un choix anticipé en matière d'aliments dans un but de planification n'est pas totalement inconnue en France et en Italie, du moment que les instruments de droit international privé applicables en la matière prévoient tant une élection de for (art. 4 r. 4/2009), qu'une élection de droit (art. 8 prot. 2007). Au vu de ce qui précède et à la lumière de la grande liberté accordée aux époux dans les procédures de divorce extrajudiciaires, nous avons estimé que l'admission de ces conventions serait avantageuse en termes de cohérence globale du système. 1273

Finalement, nous avons proposé une admission des pactes successoraux dans les ordres juridiques français et italien. Nous rappelons qu'à l'heure actuelle, les législations française et italienne connaissent une interdiction de principe de ces instruments, qui connaît cependant plusieurs assouplissements dans les deux États. De plus, au niveau international, malgré l'interdiction de principe en droit interne, à la suite de l'entrée en vigueur du règlement n° 650/2012, tant la France que l'Italie ont un devoir de reconnaissance dans le cas de successions internationales. Dès lors, à l'instar de ce qui précède, nous sommes d'avis que l'admission de ces instruments serait avantageuse en termes de cohérence interne du système et diminuerait le potentiel de conflits internationaux. 1274





## Conclusion de la troisième partie

L'augmentation constante des litiges internationaux, reflet d'un monde toujours plus globalisé qui a presque effacé les frontières étatiques, a mis en avant le besoin de garantir une sécurité et prévisibilité juridique dans le cadre des relations internationales. La réalisation de ces objectifs est l'un des objectifs recherchés par le droit international privé. 1275

L'établissement de règles de conflit en droit international privé de famille risque d'aboutir à un déficit de coordination lorsque des questions étroitement liées, comme le divorce, les obligations alimentaires, les régimes matrimoniaux et les successions, relèvent de règles de conflit différentes, lesquelles consacrent l'application de lois diverses ou engendrent un éclatement du contentieux. Afin de limiter les incohérences qui peuvent en résulter, il est souhaitable de garantir un certain degré de coordination entre matières connexes. 1276

L'autonomie de la volonté pourrait constituer un instrument efficace pour atteindre le but espéré. Il faut donc se demander si une coordination est déjà possible sur la base des règles actuellement en vigueur sur le choix de loi ou la prorogation de for. 1277

Les scénarios étudiés ont montré que la discipline de l'autonomie de la volonté apparaît encore jeune et pas très homogène, si bien que, de manière générale, le système de choix en vigueur nous a paru inadapté pour atteindre le but de coordination qu'il serait opportun de rechercher, tant au niveau du droit applicable qu'en matière de compétence internationale. Dès lors, nous avons proposé quelques solutions fondées sur une plus grande admission du principe d'autonomie, visant à atteindre un plus haut degré de coordination s'agissant de la loi applicable au divorce, à l'entretien et aux régimes matrimoniaux, ainsi qu'à ces derniers et aux successions : en matière successorale, par exemple, nous avons évoqué la possibilité d'élargir la liberté accordée au *de cuius* s'agissant du choix de la loi applicable à la succession. Nous avons également démontré qu'une reconnaissance plus étendue des accords de prorogation de for, et en particulier l'admission d'une convention attributive de juridiction en matière de divorce, pourrait favoriser la concentration du contentieux, et donc la prévisibilité juridique. 1278

- 1279 Finalement, nous avons estimé qu'une analyse du principe d'autonomie en matière familiale ne peut pas faire abstraction des limites et encadrements auxquels l'autonomie devrait être soumise, et qui sont indispensables afin d'en garantir l'exercice équitable et efficace en droit de la famille. Compte tenu de la nature particulière des relations familiales, il est nécessaire d'accorder une attention particulière à l'impératif de protection des intérêts de la partie faible. De cette analyse, il est ressorti notamment l'importance de garantir, dans la mesure du possible, que l'accord des parties soit le résultat d'un choix éclairé. Malgré la difficulté de définir les contours de cette notion, nous avons proposé de prévoir l'exigence que les parties reçoivent un conseil juridique avant tout accord : cela leur permettrait d'éviter des engagements hâtifs, de recueillir les informations nécessaires et d'éviter, du moins en partie, des éventuels résultats inattendus.
- 1280 Après avoir analysé les enjeux sur le plan du droit international privé, il a été temps de se concentrer sur la potentielle harmonisation des droits matériels dans une optique de coordination internationale. L'analyse des influences des systèmes supranationaux sur les ordres juridiques internes, ainsi que l'étude des interactions entre les systèmes nationaux a mis en évidence une tendance à la libéralisation du droit de la famille au sein des trois droits étudiés, sans qu'il ne soit pas possible de parler d'une vraie « harmonisation » des droits de la famille à proprement parler. Dès lors, nous avons proposé des pistes pratiques visées à harmoniser davantage les législations nationales au sujet de la reconnaissance du principe d'autonomie en matière familiale, toujours dans le but de réduire davantage les risques de conflit et améliorer la coordination internationale.

## Conclusion générale

Notre étude désormais achevée, il est essentiel, dans ces dernières pages, de revenir sur nos propos introductifs, afin de pouvoir comparer les résultats de notre analyse aux objectifs de recherche préfixés. 1281

Le thème central de ce travail, nous le rappelons, est le rôle à accorder au principe d'autonomie dans la recherche de coordination en droit patrimonial de la famille. 1282

À travers les siècles, le concept de « famille » a subi une évolution considérable, au point qu'il est presque impossible d'en trouver une définition qui fasse l'objet d'un consensus généralisé. L'évolution des mœurs a poussé les sociétés vers l'individualisme. En droit de la famille, on a pu assister à une graduelle privatisation de la relation conjugale : désormais, dans le contexte de la gestion familiale, les conjoints n'acceptent plus que des rôles et des hiérarchies leur soient imposés. Ainsi, les individus non seulement ne tolèrent plus le jugement d'autrui, mais résistent à toute tentative d'ingérence externe dans leur relation. 1283

Dans ce contexte, il n'est donc pas surprenant que l'évolution du droit de la famille décrite dans ces pages, tant au niveau interne qu'international, se décline en termes d'autonomie privée. Comme nous l'avons indiqué dans nos paragraphes introductifs, d'un point de vue juridique, l'autonomie de la volonté indique une « volonté qui est la source et la mesure des droits subjectifs, [donc] un organe créateur du droit »<sup>1556</sup>. À la lumière des évolutions sociétales que nous venons de décrire, c'est bien de cette volonté d'autodétermination qu'il a été question tout au long de notre travail. 1284

Au début de cette étude, nous avons fait part du souhait de procéder à une étude de droit international privé et droit comparé, en soulignant, d'une part, les liens entre le droit matériel et le droit international privé et, d'autre part, l'importance de l'approche comparative afin de saisir tous les enjeux pertinents pour notre analyse. Fidèles à ce projet, nous avons donc entamé notre 1285

---

<sup>1556</sup> RANOUIL (1980), p. 9.

travail par l'étude des solutions existantes en matière matrimoniale, d'abord dans les trois droits étudiés, et après dans les réglementations de droit international privé. Dans la deuxième partie du travail, nous avons suivi la même approche pour l'étude du principe d'autonomie en matière successorale.

- 1286 Dans la partie introductive, nous avons anticipé que l'expression du principe d'autonomie en droit familial se heurte à des difficultés liées à la nature même de l'institution que ce droit entend réguler, la famille. Dans ce domaine, les législateurs doivent trouver un équilibre entre le respect des valeurs contemporaines de liberté et indépendance et le besoin accru de protection sociale dans des domaines particulièrement sensibles. Nous avons pu confirmer qu'en droit international privé, ces préoccupations se traduisent, d'une part, par l'encadrement des possibilités de choix offertes aux parties, notamment par la mise en place de systèmes d'options de législations et, d'autre part, par la limitation du droit de désigner les juridictions par une prorogation de compétence. En droit matériel, nous avons relevé la volonté du législateur de maintenir un contrôle judiciaire dans des aspects qui sont considérés comme particulièrement sensibles, tels que les questions alimentaires ou le sort du logement familial. Cependant, nous avons remarqué que cette volonté se trouve parfois en contradiction avec les récentes révisions en matière de divorce, dont notamment l'introduction des procédures extra-judiciaires, dans lesquelles les parties jouissent d'une liberté de disposition presque complète s'agissant des conséquences patrimoniales de leur désunion.
- 1287 Les règles de droit international privé, dont l'un des objectifs est de garantir l'épanouissement des relations privées à l'échelle internationale, recherchent une coordination des solutions afin d'assurer un certain degré de sécurité juridique. Cette coordination est d'autant plus importante lorsqu'il s'agit de traiter de questions qui sont étroitement liées, comme l'entretien, les régimes matrimoniaux et les successions.
- 1288 Dans la partie introductive, nous avons posé l'hypothèse de travail qu'une meilleure coordination des solutions serait possible grâce à une admission plus large du principe d'autonomie de la volonté. L'enjeu, tant au niveau interne qu'international, est simple : quelle place peut ou doit tenir l'individu dans la réglementation juridique en matière familiale ?
- 1289 Afin de répondre à cette question, d'abord, nous nous sommes livrés à l'étude de la reconnaissance de l'autonomie en droit matériel. Cette analyse a fait ressortir les divergences des solutions consacrées par les différentes législations internes. Nous rappelons notamment, en matière matrimoniale, la possibilité pour les parties de conclure des conventions anticipées sur les effets du divorce, reconnue en Suisse mais encore niée en France et en Italie. En matière successorale, nous mentionnons les positions antinomiques de la Suisse,

d'une part, et de la France et de l'Italie, d'autre part, sur la question de l'admission des pactes successoraux.

De manière similaire, l'étude des règles de droit international privé suisses et européennes dans le domaine de la famille et des successions a fait ressortir plusieurs risques liés à un déficit de coordination entre matières connexes. Il convient de rappeler, notamment, l'éclatement des compétences et le risque de *forum shopping* qui en résulte en matière de divorce, provoqué par la multitude de chefs de compétence alternatifs prévus à l'article 3 du règlement Bruxelles II *ter*. Ce risque s'étend également aux aspects patrimoniaux par le biais des compétences dérivées prévues en matière d'aliments et de régimes matrimoniaux. Au niveau du droit applicable, l'examen des dispositions des règlements n° 2016/1103 et 650/2012 a montré que l'éventail de lois pouvant faire l'objet d'un choix est beaucoup plus restreint en matière de successions qu'en matière de régimes, ce qui peut créer des difficultés de coordination entre ces deux questions connexes, au détriment notamment des époux qui ne partagent pas une même nationalité. 1290

L'importance de garantir une coordination entre matière connexe ayant été, à notre avis, sous-estimée par les législateurs, un effort devrait être fait afin d'améliorer cette coordination. Dès lors, dans la troisième partie de ce travail, il a été question de proposer des solutions qui, grâce à une utilisation plus ample des instruments d'autonomie, seraient aptes à surmonter le manque de coordination. 1291

Sur le plan du droit international privé, la multiplicité des instruments adoptés et des règles de conflit applicables pour régler les questions familiales transfrontalières montrent que, pour l'instant, l'objectif de coordination en matière familiale s'en trouve frustré. Partant, il s'est agi, d'abord, de proposer des pistes de réflexion en mesure de garantir une meilleure coordination de la loi applicable au divorce et aux régimes matrimoniaux, ainsi qu'à des derniers et aux successions. Sur ce dernier aspect, nous avons évoqué, d'une part, la possibilité d'admettre la possibilité d'établir un lien direct entre le droit applicable aux régimes et aux successions et, d'autre part, d'élargir l'éventail des lois pouvant faire l'objet d'un choix en matière de successions. En matière de compétence internationale, nous avons notamment proposé une admission de la prorogation de compétence en matière de divorce, qui aurait l'avantage de garantir la concentration du contentieux, d'augmenter la prévisibilité juridique en matière de droit applicable et de parvenir à une coïncidence entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable. 1292

L'exigence de coordination au niveau du droit international privé trouve sa source dans la disparité des droits matériels. Dès lors, après avoir analysé les aspects relatifs au droit international privé, nous avons abordé la question 1293

d'une meilleure harmonisation des droits matériels dans une optique de coordination internationale. L'analyse des influences des systèmes supranationaux sur les ordres juridiques internes a mis en évidence le fait que le droit de la famille n'est plus une matière uniquement nationale : en effet, les sources européennes, y compris jurisprudentielles, jouent un rôle de plus en plus important dans son évolution. De surcroît, le droit de la famille se construit sur les échanges croisés entre les divers droits nationaux.

- 1294 L'interaction des diverses sources européennes a engendré un climat propice au rapprochement substantiel des droits internes de la famille. L'étude des interactions entre les systèmes nationaux a fait ressortir une tendance à la libéralisation du droit de la famille au sein des trois droits étudiés, sans qu'il ne soit pourtant possible de parler d'une vraie « harmonisation » des droits de la famille. En effet, celle-ci s'opère progressivement au gré de l'évolution des sensibilités et spécificités nationales, qui peuvent parfois faire échouer ou ralentir le rapprochement. Dans ce contexte, nous avons proposé des pistes pratiques visant à une reconnaissance élargie et harmonisée du principe d'autonomie dans les législations nationales, toujours dans le but de favoriser la coordination internationale.
- 1295 Notre analyse nous a permis de prouver qu'il est possible d'utiliser le principe d'autonomie comme vecteur de coordination en droit patrimonial de la famille. À la lumière de ce qui précède, nous pouvons conclure que notre hypothèse de travail initiale est bel et bien vraie : le principe d'autonomie peut se révéler un précieux outil de coordination en droit patrimonial de la famille, tant au niveau interne qu'international.