



***Professio juris* : un outil de planification successorale pour les ressortissants étrangers domiciliés en Suisse**

Daniel Gatenby

[LL.M. Tax, avocat à Pully-Lausanne et Genève, Python]

Philippe Kenel

[Docteur en droit, avocat à Pully-Lausanne, Genève et Bruxelles, Python]

Une des premières questions à résoudre en matière de planification successorale est de déterminer quel sera le droit applicable à la succession du *de cujus*. Cela permet notamment dans le cadre de la rédaction d'un testament ou d'un pacte successoral de définir la part qui doit être obligatoirement attribuée à certains membres de la famille dont le conjoint survivant et les enfants, appelée la réserve ou la part réservataire, et celle dont le disposant peut faire ce qu'il souhaite, qualifiée de quotité disponible. La *professio juris* est une institution qui a été introduite en Suisse pour régler des conflits intercantonaux, puis internationaux, et qui a été reprise dans un grand nombre de pays, notamment par l'Union européenne, qui permet au *de cujus* de choisir dans certaines limites et à certaines conditions le droit auquel il souhaite soumettre sa succession.

Deux remarques importantes doivent être faites d'emblée concernant la portée d'une *professio juris*. D'une part, elle concerne uniquement le droit civil à l'exclusion du droit fiscal. Cela signifie qu'un contribuable ne peut pas choisir librement le droit fiscal auquel il souhaite soumettre sa succession et que le fait d'opter pour un droit civil étranger n'a pas comme conséquence de soumettre également sa succession au droit fiscal du pays choisi pour le droit civil. Cela peut être, selon les cas, une bonne ou une mauvaise nouvelle. D'autre part, sans entrer dans des détails trop techniques qui dépasseraient le cadre de cette contribution, la *professio juris* concerne

uniquement ce que l'on qualifie de statut successoral, par exemple, comme mentionné ci-dessus, le montant des parts réservataires et de la quotité disponible, mais non pas les autorités ou les tribunaux compétents, respectivement pour l'ouverture de la succession ou pour d'éventuelles actions judiciaires, ou le droit applicable pour déterminer la forme d'un testament ou d'un pacte successoral.

Dans un premier temps, nous présenterons les règles actuellement en vigueur en Suisse figurant dans la Loi fédérale du 18 septembre 1987 sur le droit international

privé (LDIP). Puis, nous étudierons succinctement celles prévues par le Règlement de l'Union européenne N°650/212 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des actes authentiques en matière de succession et à la création d'un certificat successoral européen (Règlement UE) entré en vigueur le 17 août 2015 qui s'applique dans tous les Etats membres à l'exception du Danemark et de l'Irlande. Enfin, nous dresserons l'état des lieux, dans son état actuel, de la réforme en cours des principes prévus par la LDIP concernant la *professio juris* en raison, notamment, de l'entrée en vigueur du Règlement UE.

Le droit suisse actuel

L'article 90 al. 1 LDIP consacre le principe que lorsqu'une personne qui décède avait son dernier domicile en Suisse sa succession est régie par le droit suisse. Cependant, le législateur a prévu qu'un ressortissant étranger pouvait à certaines conditions soumettre sa succession au droit de l'un de ses Etats nationaux (art. 90 al. 2 LDIP). Les conditions et les limites légales, précisées par la doctrine et la jurisprudence, peuvent être résumées de la manière suivante:

- a) La *professio juris* doit être faite en la forme requise pour un testament ou un pacte successoral. En vertu de l'article 93 al. 1 LDIP, la validité des testaments est régie quant à la forme par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires. Le législateur a précisé que cette convention s'appliquait par analogie à la forme d'autres dispositions pour cause de mort (art. 93 al. 2 LDIP), soit au pacte successoral. L'étude de la Convention de La Haye précitée dépassant le cadre de notre contribution, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à son texte. Selon le Tribunal fédéral, la *professio juris* peut être expresse ou tacite (ATF 125 III 35).
- b) Un ressortissant étranger domicilié en Suisse n'est pas libre de soumettre sa succession à n'importe quel droit. Il ne peut la soumettre qu'au droit de l'Etat dont il a la nationalité. S'il dispose de plusieurs nationalités, il est libre de soumettre sa succession au droit de l'Etat de l'une d'entre elles. Ce principe a été consacré par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Hirsch c. Cohen (ATF 102 II 136) sur lequel nous reviendrons ci-dessous. Le fait que le *de cuius* ait entretenu des relations ou non avec cet Etat n'importe pas.

c) La *professio juris* est possible uniquement pour les ressortissants étrangers (art. 90 al. 2 LDIP), à l'exclusion des Suisses doubles nationaux. En d'autres termes, un ressortissant suisse possédant également la nationalité anglaise ne peut pas soumettre sa succession au droit anglais.

d) Une question importante est de savoir à quel moment le *de cuius* doit avoir eu la nationalité à laquelle il a soumis sa succession. En théorie, il existe quatre possibilités: au moment de la rédaction de l'acte contenant la *professio juris*; lors du décès; aussi bien au moment de la rédaction de l'acte qu'au décès; à l'un ou l'autre de ces moments. En vertu de l'article 90 al. 2 LDIP, le *de cuius* doit être titulaire de la nationalité de l'Etat auquel il a soumis sa succession au moment de son décès. Cependant, bien que le texte de cette disposition soit relativement clair sur le fait que le disposant doit également être titulaire de cette nationalité au moment de la rédaction de la *professio juris*, une partie de la doctrine estime néanmoins qu'il n'est pas nécessaire que le disposant soit titulaire de cette nationalité au moment où il rédige l'acte prévoyant cette élection de droit. Par souci de sécurité juridique, nous ne pouvons que recommander au lecteur de ne pas procéder à une *professio juris* en faveur du droit d'un Etat dont il n'a pas encore la nationalité.

e) Une vaste problématique est celle de la portée d'une *professio juris*. Vu l'ampleur de la matière, nous nous bornerons aux remarques suivantes. D'une part, il résulte du texte des articles 90 al. 2 et 95 al. 2 LDIP qu'il n'est pas possible de faire une *professio juris* partielle qu'elle soit contenue dans un testament ou un pacte successoral. Cela signifie qu'en vertu du principe de l'unité de la succession, un ressortissant étranger ne peut pas décider de soumettre uniquement certains biens de sa succession au droit de l'Etat dont il a la nationalité. D'autre part, la *professio juris* a comme conséquence de soumettre la succession du *de cuius* au droit matériel des successions de son Etat national. Cette élection de droit n'a d'effet ni sur la forme du testament ou du pacte successoral, ni sur les autorités et les tribunaux compétents pour, respectivement, ouvrir la succession et juger d'éventuelles actions judiciaires, ni sur les modalités d'exécution (art. 92 al. 2 LDIP). Enfin, une des questions fondamentales est de déterminer si le droit suisse admet que par une *professio juris* le disposant déroge aux règles suisses en

matière de réserve. A titre de rappel, les nouvelles règles successorales entrées en vigueur le 1er janvier 2023 prévoient que la part réservataire s'élève pour un couple marié avec enfants à 2/8 pour le conjoint survivant et à 2/8 pour les descendants. Dans l'arrêt Hirsch c. Cohen précité, le Tribunal fédéral a jugé que le fait de soumettre sa succession à un droit ne prévoyant pas de réserve, en l'espèce le droit anglais, n'était en principe pas abusif, ni contraire à l'ordre public suisse. En revanche, selon la jurisprudence et la doctrine, ce dernier ferait obstacle à des règles de droit étranger prévoyant des discriminations fondées par exemple sur le sexe de l'héritier ou la religion.

Pour conclure cette présentation du droit suisse actuel, nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que la Suisse a conclu un certain nombre de conventions bilatérales, soit avec les Etats-Unis, l'Empire de Perse, la Grèce et l'Italie, et que par conséquent les ressortissants étrangers souhaitant procéder à une *professio juris* en faveur de l'un de ces Etats doivent s'assurer qu'elle est conforme avec ces accords.

Le droit européen

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, l'Union européenne a introduit la *professio juris* alors que seuls certains Etats membres connaissaient cette institution aux articles 22, 24 al. 2 et 25 al. 3 du Règlement UE. Nous en présenterons succinctement les règles en les mettant en perspective avec le droit suisse actuel car cette législation européenne est à l'origine de la réforme de la législation helvétique que nous présenterons ci-dessous.

Alors que l'article 21, paragraphe 1 du Règlement UE consacre le principe selon lequel la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès, l'article 22 régit la *professio juris* dont les grands principes peuvent être résumés de la manière suivante.

- a) Comme en droit suisse, une *professio juris* peut être prévue de manière expresse ou tacite dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort (art. 22, par. 2 du Règlement UE).
- b) De même, le législateur européen a prévu qu'une personne peut choisir comme loi régissant sa succession la loi de n'importe quel Etat dont elle possède la nationalité (art. 22, par. 1 du Règlement UE).



c) En revanche, le droit européen diffère fondamentalement du droit suisse sur la question des binationaux. En effet, une personne binationale domiciliée dans un Etat dont il a la nationalité peut soumettre sa succession à son autre nationalité. A titre d'exemple, une personne de nationalité belge et portugaise domiciliée en Belgique peut faire une *professio juris* en faveur du droit portugais.

d) Le Règlement UE s'écarte également du droit suisse concernant la question de savoir à quel moment la personne qui fait une *professio juris* doit avoir la nationalité de l'Etat auquel elle soumet sa succession. En effet, elle doit avoir la nationalité de cet Etat soit au moment où elle fait la *professio juris*, soit au moment de son décès (art. 22, par. 1 du Règlement UE).

e) Concernant la portée de la *professio juris*, les grands principes sont les suivants. D'une part, le choix de la loi doit porter sur l'ensemble de la succession (art. 22, par. 1 du Règlement UE) ce qui exclut toute *professio juris* partielle. D'autre part, l'article 23 du Règlement UE prévoit de manière explicite les questions régies par la loi applicable. Enfin, le Règlement UE

ne contient aucune disposition destinée à protéger les héritiers réservataires en cas de *professio juris*. Cependant, vu que son article 35 prévoit que l'application d'une disposition de la loi d'un Etat désigné par le Règlement UE peut être écartée si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for, les Etats restent libres en la matière.

La révision du droit suisse

Le 13 mars 2020, le Conseil fédéral a publié son Message concernant la modification de la Loi fédérale sur le droit international privé (Successions) qui porte notamment sur les dispositions régissant la *professio juris*. L'objectif de cette réforme est de rapprocher les règles helvétiques de celles prévues dans le Règlement UE. Nous présentons ci-dessous les principales modifications contenues dans le projet du Conseil fédéral (P-LDIP) en insistant sur le fait que ce projet a déjà été soumis, conformément à la procédure législative, au Conseil national et au Conseil des Etats et qu'il est possible que la version définitive qui sera adoptée ne corresponde pas exactement à

celle du P-LDIP. Nous nous bornerons à procéder à une comparaison entre les règles contenues dans le P-LDIP et le droit suisse actuel en nous référant aux lettres mentionnées ci-dessus.

Les règles figurant aux lettres a, b et e resteront inchangées. En revanche, les modifications proposées sont les suivantes:

c) En vertu de l'article 91 al. 1 P-LDIP un Suisse binational aurait la possibilité de soumettre sa succession à un droit étranger. Par conséquent, un binational belgo-suisse domicilié en Suisse pourrait soumettre sa succession au droit belge. Il sied de souligner qu'au jour où nous rédigeons cette contribution le Conseil national a adopté et défend cette modification, alors que le Conseil des Etats souhaite que les Suisses binationaux puissent soumettre leur succession uniquement au droit suisse, ce qui en pratique ne modifierait pas la règle actuellement en vigueur.

d) Le P-LDIP s'aligne à son article 91 al.1 sur le Règlement UE concernant la question de savoir à quel moment le disposant doit avoir la nationalité de l'Etat auquel il soumet sa succession. En effet, cette disposition stipule qu'il « doit avoir eu la nationalité en question au moment de disposer ou au moment de son décès ». Cependant, nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que le Conseil national a accepté cette modification alors que le Conseil des Etats s'y est opposé. Il souhaite en effet que le disposant ait toujours la nationalité en question au moment de son décès.

Conclusion

Il résulte de ce qui précède que la *professio juris* est un outil intéressant de planification successorale. En effet, il peut permettre, selon la ou les nationalités du disposant, de soumettre sa succession à un droit plus favorable, notamment en matière de réserve. Nous tenons à souligner qu'une fois une élection de droit effectuée, il est important que le disposant suive l'évolution du droit pour lequel il a opté. Il est en effet possible que le contenu de ce droit change entre le moment où il a fait l'objet de la *professio juris* et le moment du décès du disposant. Or c'est bien le droit dans son état au moment du décès qui sera appliqué. A cela, s'ajoute une seconde incertitude due au droit suisse dans la mesure où on ne connaît pas encore quelles seront les règles définitives résultant de la réforme. Affaire à suivre...