

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 1 <sup>re</sup> éd. 2011	<b>Mise à jour</b> Andreas Bucher 8.9.2022
--	--

## Chapitre 13 Dispositions finales

### Art. 195

#### 1

In fine, ajouter : Formellement, l'abrogation des textes de lois cités dans l'annexe n'est jamais périmée. Une loi abrogée, telle la LRDC, peut d'ailleurs néanmoins s'appliquer encore, mais alors en vertu de l'art. 59 al. 1 Tf CCS.

### Art. 196-199

#### 1

5<sup>e</sup> ligne, lire Dutoit/Bonomi, p. 1110-1124; Geiser/Jametti, BSK-IPRG, p. 2348-2379

6<sup>e</sup> ligne, remplacer Volken par Trüten, ZK-IPRG, p. 1995-2024

In fine, ajouter : et celles relatives au sort de la prévoyance professionnelle en cas de divorce.

#### 2

In fine, ajouter : L'art 197 est applicable, par analogie, en cas de modification ultérieure d'une règle de compétence, tels l'art. 109 al. 2 (ATF 7.11.2013, 4A\_224/2013, c. 2.3), l'art. 113 (ATF 21.10.2013, 4A\_686/2012, c. 3.1) et les alinéas 1<sup>bis</sup> des art. 63 et 64 (contra : ATF 14.7.2021, 5A\_710/2020, c. 3.2). Cela implique que des faits intervenus antérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle règle de compétence doivent être pris en compte (ATF cité du 7.11.2013, c. 2.3).

#### 3

4<sup>e</sup> ligne, ajouter : la même solution s'applique à la reconnaissance de décisions de faillite depuis la révision du chapitre 11 (ATF 7.7.2020, 5A\_87/2020, c. 2.1).

In fine, ajouter : Inversement, les décisions antérieures qui pouvaient être reconnues alors que tel n'était plus le cas depuis l'entrée en vigueur de la LDIP, ne pouvaient plus être reconnues depuis ce moment-là, même si la demande avait déjà été déposée antérieurement. Le même rejet aurait dû frapper les décisions étrangères tranchant le sort de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, en raison de l'exclusivité de la compétence suisse dès le 1.1.2017 (art. 63 al. 1<sup>bis</sup>). Cela s'applique également aux décisions étrangères que l'on voudrait convertir en rente viagère, qui, faute d'être reconnues, ne peuvent être ainsi modifiées, contrairement à ce que le renvoi de l'art. 64 fait croire à l'art. 7e al. 2 Tf CCS. Le Tribunal fédéral en a décidé autrement, écartant l'art. 199 (réservé aux seuls cas où le nouveau droit est plus favorable), en référence à la volonté du législateur de la réforme entrée en vigueur le 1.1.2017, hostile à la rétroactivité (cf. ATF 145 III 109 ss ; 147 III 491 ss, 496).

#### 4

4<sup>e</sup> ligne, insérer après la mention de l'al. 1 : tels que la responsabilité pour la gestion des biens d'enfants alors encore mineurs et la prescription des créances en découlant (ATF 24.2.2012, 5A\_30/2009, c. 4).

In fine, ajouter : Il en va de même de l'application exclusive du droit suisse au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce (art. 61 et 63 al. 2), alors qu'au niveau du droit matériel, le changement vers le nouveau droit intervient encore en instance cantonale (art. 7d al. 2 TfCCS).

#### 6

Lignes 6-8 : Remplacer la phrase par : Les suggestions en faveur de l'application immédiate de la LDIP pour toute la durée du mariage ne semblent plus être d'actualité (cf. Dutoit/Bonomi, art. 199 n° 9).

#### 7

In fine, ajouter : En revanche, il est sans pertinence en matière de compétence, régie par l'art. 197 (ATF cité du 7.11.2013, c. 2.3).

#### 8 n

En référence à la réforme du *chapitre 12* entrée en vigueur le 1.1.2021, la modification du facteur de rattachement dans le temps à l'art. 176 al. 1 peut provoquer dans quelques cas pendant au moment de l'entrée en vigueur de la réforme un transfert de la LDIP vers le CPC et inversement. S'agissant de l'effet d'un

arbitrage en cours, l'application de l'art. 196 al. 2 consiste à suivre le changement. Cependant, il conviendra, dans l'intérêt de la stabilité de la procédure arbitrale, de ne plus adopter un tel changement à partir du moment où la constitution du tribunal arbitral a consacré l'insertion dans la LDIP, respectivement du CPC, de manière à ce que la règle correspondante de la LDIP ou du CPC a épuisé ses effets.

#### **9 n**

Par ailleurs, on suivra le même principe tiré de l'art. 196 s'agissant d'un éventuel changement au niveau de la validité d'une clause arbitrale. Lorsque celle-ci n'était pas valable sous l'ancien droit, elle reste dans son état à la date de sa conclusion. Si elle était valable, ses effets sont régis par le nouveau droit. Les clauses arbitrales figurant dans des actes juridiques unilatéraux ou dans des statuts peuvent produire leurs effets selon le nouveau droit (préconisant à l'art. 178 al. 4 l'application par analogie des dispositions du chapitre 12), dès lors qu'il n'est pas certain qu'elles étaient invalides sous le régime du droit antérieur. En revanche, contrairement à l'avis du Message (FF 2018 p. 7191), leur validité ne relève pas du nouveau droit si l'on estime qu'elles n'avaient pas de validité sous le droit antérieur (cf. Tettamanti, ASA 2020 p. 830, qui corrige ce résultat en référence à l'art. 407 al. 1 CPC). Les art. 196 et 197 ne laissent pas de place pour un principe général de *favor validitatis* ; l'application par analogie de l'art. 407 al. 1 CPC (soutenue par Tettamanti, ASA 2020 p. 827-840) semble artificielle dès lors que le législateur a clairement pris position contre tout renvoi au CPC dans le chapitre 12 de la LDIP.

#### **10 n**

Des conventions de procédure qui n'ont pas produit d'effets depuis qu'elles ont été conclues jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2021 sont régies par le nouveau droit (art. 196 al. 2). Cela concerne les déclarations selon les art. 176 al. 2 et 192 al. 1. De même, le nouveau droit s'applique en matière de procédure, sauf s'il s'agit d'actes ayant épuisé leurs effets sous l'ancien droit.

#### **11 n**

Les nouvelles règles de la LDIP en matière d'arbitrage s'appliquent aux procédures introduites devant le Tribunal fédéral après leur entrée en vigueur (art. 132 LTF ; ATF 28.9.2021, 4A\_210/2021, c. 1 ; ATF 14.10.2021, 4A\_422/2021, c. 4.2).

### **Bibliographie**

#### *LDIP :*

FF 2020 p. 3250 s., 3261 ; RETO ANDREA TETTAMANTI, Intertemporales Schiedsrecht, ASA 38 (2020) p. 821-841.

*Droit international privé étranger et comparé*

### **Annexe – Projet de loi de réforme du Chapitre 6 sur les successions – art. 199a et 199b**

Dans le contexte de la *réforme du chapitre 6 sur les successions*, comprenant le Message du Conseil fédéral (n° 20.034, FF 2020 p. 3215-3256) et le texte du projet (FF 2020 p. 3257-3262), un changement porte également sur les règles de droit transitoire, dont voici le texte :

#### **Art. 199a**

##### *III. Modifications de la loi*

##### *1. Principe*

Les art. 196 à 199 s'appliquent par analogie aux modifications de la présente loi.

#### **Art. 199b**

##### *2. Successions*

Toute modification du chap. 6 concernant le droit applicable s'applique aux successions ouvertes après son entrée en vigueur. Les dispositions pour cause de mort prises avant l'entrée en vigueur de la modification qui seraient nulles selon les dispositions désignées par le nouveau droit sont régies par les dispositions désignées par l'ancien droit. La question de la quotité disponible reste toutefois régie par les dispositions désignées par le nouveau droit.

#### **Art. 199a**

##### *III. Änderungen dieses Gesetzes*

##### *1. Grundsatz*

Die Artikel 196–199 gelten für Änderungen dieses Gesetzes sinngemäss.

## **Art. 199b**

### *2. Erbrecht*

Änderungen der Bestimmungen des 6. Kapitels über das anwendbare Recht gelten für Erbfälle, die nach ihrem Inkrafttreten eingetreten sind. Verfügungen von Todes wegen, die vor Inkrafttreten der jeweiligen Änderung errichtet worden sind und nach den vom neuen Recht bezeichneten Bestimmungen ungültig wären, unterstehen den vom bisherigen Recht bezeichneten Bestimmungen. Die Verfügungsfreiheit bestimmt sich jedoch stets nach den vom neuen Recht bezeichneten Bestimmungen.

## **Art. 199a**

### *III. Modifiche della presente legge*

#### *1. Principio*

Gli articoli 196–199 si applicano per analogia alle modifiche della presente legge.

## **Art. 199b**

### *2. Diritto successorio*

Le modifiche delle disposizioni del capitolo 6 sul diritto applicabile si applicano alle successioni aperte dopo la loro entrata in vigore. Le disposizioni a causa di morte stilate prima dell'entrata in vigore della modifica e che sarebbero nulle secondo le disposizioni contemplate dal nuovo diritto, sottostanno alle disposizioni contemplate dal diritto previgente. La porzione disponibile è tuttavia sempre retta dalle disposizioni designate dal nuovo diritto.

**1**

La *règle générale* de l'art. 199a sert de tremplin à la règle spéciale de l'art. 199b. L'art. 199a est indifférent pour le fonctionnement du régime de droit transitoire, puisque son contenu a toujours été implicite aux art. 196-199, comme on l'a pu observer lors d'autres réformes de la LDIP comportant des « modifications ». A vrai dire, le terme « modification » couvre la totalité des changements survenus dans la LDIP depuis son adoption en 1987.

**2**

L'art. 199c porte uniquement sur le *droit applicable*. Les art. 197 et 199 continuent donc à déterminer le régime transitoire en matière de compétence, respectivement sur la reconnaissance de décisions étrangères.

**3**

Le principe consacré à l'art. 199b, première phrase, s'articule en référence au *moment de l'ouverture des successions* après l'entrée en vigueur de chacune des modifications du texte de réforme, que l'on peut estimer se situer pour le ou proche du 1.1.2024, compte tenu du temps pris pour les délibérations parlementaires, le délai référendaire, et les nécessités pratiques de disposer du temps pour s'adapter progressivement au nouveau droit.

**4**

La notion d'ouverture de la succession n'est pas définie. Dans certains pays étrangers, notamment ceux connaissant un régime d'administration de la liquidation de la succession, l'ouverture formelle peut se situer au terme des démarches à entreprendre pour mettre sur pied le processus de distribution du patrimoine successoral. Néanmoins, au sens de l'ouverture de la succession en tant que critère de solution du conflit dans le temps, ce moment doit être retenu de manière uniforme la date du décès, comme le consacre la loi suisse (art. 537 CCS).

**5**

En ce qui a trait aux *dispositions pour cause de mort* prises avant l'entrée en vigueur de chacune des modifications pertinentes en l'espèce, elles sont régies par les nouvelles règles dès leur entrée en vigueur, sauf dans l'hypothèse dans laquelle la loi désignée par une nouvelle règle de conflit conduirait à les priver de leur validité (acquise sous le droit antérieurement applicable). Cette règle transitoire correspond largement aux dispositions de l'art. 196, si ce n'est que le facteur temps est défini au moyen du jour de l'ouverture de la succession.

**6**

Le point critique est l'*exception* dans la troisième phrase : Le champ de liberté de disposer de son patrimoine à l'égard des héritiers réservataires relève du nouveau droit en toute hypothèse. La disposition du défunt qui aurait dépassé ses pouvoirs à cet égard avant l'entrée en vigueur du nouveau droit sera donc corrigée même si sa volonté a été formée correctement par rapport au droit alors applicable.

**7**

Le législateur a choisi d'exprimer son idée en visant la « quotité disponible » (« Verfügungsfreiheit »),

« porzione disponibile »). La détermination de cette partie du patrimoine laissée à la libre disposition de son auteur sera donc régie par la loi désignée par la nouvelle règle de conflit (à supposer que celle-ci ait été modifiée). Ce nouveau droit peut être le droit suisse (telle qu'amendée par la récente réforme du droit successoral du Code civil) ou une loi étrangère, toujours à la condition qu'une telle législation ait été désignée par une règle de conflit nouvellement modifiée. La règle de droit transitoire citée est en revanche neutre, respectivement sans impact dans l'hypothèse où la loi applicable est restée la même du fait qu'elle résulte d'une règle de conflit non modifiée lors de la réforme du chapitre 6. Afin d'éviter des confusions, on relèvera que l'art. 199b ne porte que sur les règles de conflit du chapitre 6. Il ne s'applique point par rapport à un changement des règles de droit successoral matériel dans la loi régissant la succession.

**8**

Alors que l'exception définie à l'art. 199b semble limpide, on doit se rendre compte qu'elle révèle une lacune béante : quel droit, l'ancien ou le nouveau (selon une règle de conflit modifiée), régit la *part réservataire des héritiers*, dont l'addition résulte dans la fraction dont le de cuius ne peut disposer ? Le législateur n'en dit rien. On ne peut supputer que cela serait implicite au texte, étant donné que celui-ci est libellé clairement en référence à la seule « quotité disponible », dont on sait qu'elle se compose à travers la soustraction de l'ensemble des réserves. Le législateur n'a pas visé les « réserves héréditaires », ce qui aurait résulté nécessairement dans un solde correspondant à la quotité disponible.

**9**

De nombreux exemples pourraient être cités. On se bornera à n'en mentionner que deux qui caractérisent le problème. Que faire lorsque le nouveau droit attribue aux enfants une réserve de la moitié de la succession, laissant au conjoint survivant un quart, alors que l'ancien droit protège ce conjoint à la hauteur de la moitié, laissant aux enfants un quart uniquement – la quotité disponible étant la même dans les deux cas ? Plus complexe est l'exemple de réservataires dont l'addition de leur part selon l'ancien droit aboutit à une part du patrimoine qui ne correspond pas à la quotité disponible selon le nouveau droit, étant soit plus élevée, soit inférieure à celle-ci ?

**10**

Dans le premier des exemples cités, en prenant l'art. 199b à la lettre, les réserves seraient régies par l'ancien droit, ce qui aboutit au respect de la quotité disponible sur la base du nouveau droit. Dans la seconde hypothèse, il n'y a pas de solution autre qu'artificielle étant donné que l'ancien droit, en soi applicable aux réserves, ne correspond pas au montant parallèle de la quotité disponible selon le nouveau droit. Le texte de l'art. 199b, deuxième phrase, ne peut aider, car les réserves dont on voudrait penser qu'elles seraient « nulles » selon le nouveau droit, dès lors qu'elles ne respectent pas la quotité disponible selon ce droit, seraient précisément régies par l'ancien droit, incompatibles avec le nouveau.

**11**

Il semble donc indiqué de s'inspirer de ce que l'on peut supposer comme la volonté du législateur, en dépit d'une rédaction maladroite comme on en voit souvent. La seule solution raisonnable qui permet d'éviter des incompatibilités dans le calcul des réserves et de la quotité disponible consiste en l'application du nouveau droit dont l'art. 199b dit clairement qu'il régit la quotité disponible. Celle-ci étant, d'après la *ratio legis*, le corollaire de l'ensemble des réserves, il en résulte une force d'attraction qui doit ramener celles-ci également sous la gouverne du nouveau droit. Afin d'assurer la meilleure cohérence, on appliquerait la même solution dans le cas où l'addition des réserves aboutit au même résultat, la quotité disponible selon le nouveau droit étant préservée (exemple 1).

**Art. 200**

**1**

2<sup>e</sup> ligne, préciser : Volken, ZK-IPRG, 2<sup>e</sup> éd., art. 200 n° 1-7