

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ
DANS LES SUCCESSIONS
INTERNATIONALES

Étude comparative de droit interne et de droit international

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

ANDREA EGGER

1982

GEORG – LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ – GENÈVE

Monsieur Andrea Egger est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée *Le transfert de la propriété dans les successions internationales (Étude comparative de droit interne et de droit international)*.

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 15 juin 1981

Le doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques
Roland RUEDIN

**LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ DANS LES SUCCESSIONS
INTERNATIONALES**

A mes parents

Il ne me reste qu'à remercier

Remercier Monsieur François Knoepfler, professeur à l'Université de Neuchâtel, qui avait attiré mon attention sur les problèmes posés par les successions internationales et qui a toujours été pour moi un interlocuteur intéressé et patient. Son soutien m'a été d'autant plus valable que mon éloignement de Neuchâtel n'a pas manqué de créer maintes difficultés pratiques.

Remercier Monsieur Paul Lagarde, professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), qui a guidé mes recherches à l'Université de Paris alors qu'il me fallait encore préciser le sujet de mon travail.

Remercier Mademoiselle Christine Piatti, docteur en droit, qui a assumé la tâche ingrate d'éliminer de mon manuscrit les exemples les plus flagrants de phrases nées de la plume d'un Suisse allemand de coeur et d'esprit.

Remercier le Gouvernement Français, Ministère des Affaires Etrangères, qui a rendu possible, par une bourse d'étude, mes recherches à l'Université de Paris et l'Etat de Neuchâtel qui a facilité la publication de cette thèse par une contribution aux frais d'impression.

Remercier tout particulièrement ma mère qui n'a jamais perdu le courage et l'énergie nécessaires pour revoir et "taper et retaper" mes manuscrits, des premières versions aux dernières épreuves.

New York, le 10 mars 1982

TABLE DES MATIERES

Introduction générale		I
I	Importance du droit des successions	I
II	Les intérêts en cause et les fonctions essentielles du règlement successoral	2
III	Idée directrice et plan	4
IV	Méthode	7

Titre Ier

LES DONNEES DE BASE POUR LA MISE EN OEUVRE DU REGLEMENT SUCCESSORAL AU PLAN INTERNATIONAL	11
------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Introduction

LE CONCOURS NECESSAIRE DE LA LOI SUCCESSORALE ET DE LA LOI REELLE	13
------------------------------------------------------------------------------	----

Sous-titre Ier:	Les fonctions essentielles du règlement successoral	15
I	Mesures provisoires et conservatoires	15
II	La liquidation du passif	17
A	L'assiette du gage	18

VIII

1	Couverture des dettes par le seul actif successoral (responsabilité cum viribus)	18
2	Assiette du gage englobant la fortune personnelle du bénéficiaire (responsabilité ultra vires et pro viribus)	19
B	Le sujet passif de l'obligation	19
C	La procédure de règlement	22
III	La distribution de l'actif	23
A	La nature des droits à conférer	23
1	Transfert de tous les droits ayant appartenu au de cujus	24
2	Transfert des droits restant après la liquidation des dettes héréditaires	25
3	Attribution du produit net de distribution	25
B	La voie d'acquisition	26
1	Transmission des biens comme universalité et transmission des biens ut singuli	26
a.	L'objet du transfert: Les biens ut singuli ou une universalité de biens	27
b.	Conséquences de la qualification de succession à titre particulier ou à titre universel sur le mécanisme de transfert	28
2	Le mécanisme d'acquisition	29
a.	Protection des successeurs véritables par la vérification de la qualité de quiconque se prétendant successeur	30
b.	Protection des créanciers successoraux contre une dilapidation de la masse successorale	31
IV	Conclusion	31
Sous-titre 2e: Les domaines d'application de la loi personnelle et de la loi réelle		32
I	La loi personnelle	33
A	Définition	33
B	Fonctions des lois personnelles	33
C	Domaine d'application de la loi personnelle	34
D	Détermination de la loi personnelle	35
II	La loi réelle	35
A	Définition	35

B	Fonctions des lois réelles	36
C	Domaine d'application de la loi réelle	39
D	Détermination de la loi réelle	43
Sous-titre 3e: Les mécanismes de transmission en droit interne		44
I	Titre et mode de transfert en droit interne	45
A	Les dispositions régissant l'acte causal	45
1	Généralités	45
2	Les diverses étapes de l'acquisition	46
a.	La dissolution du lien entre le sujet et l'objet de droit	46
b.	L'acquisition de la qualité d'héritier	47
c.	Le transfert de la propriété	47
d.	Le transfert du droit de disposition	48
B	Les dispositions régissant la réalisation du transfert	50
1	Les modalités du transfert de la propriété en droit suisse	51
2	Les modalités du transfert de la propriété en droit français	52
3	Les modalités du transfert de la propriété en droit autrichien	52
II	Institutions de différents droits internes	53
A	L'administration de la succession par l'héritier légal ou l'autorité selon l'art. 556 al. 3 CCS	54
1	Nature et fonction des décisions statuant sur l'attribution du pouvoir de fait	55
2	La situation juridique des intéressés	56
B	L'envoi en possession de l'art. 1008 CCiv	57
C	La Einantwortung du droit autrichien	57
D	La séparation des patrimoines selon les art. 878–881 CCiv	59
E	L'acceptation sous bénéfice d'inventaire selon les art. 739 ss CCiv	59
F	La liquidation officielle selon les art. 593 ss CCS	61
G	La procédure d'administration du droit américain	62

Titre IIe

LA LOI PERSONNELLE ET LA LOI REELLE
EN MATIERE DE TRANSMISSION DE
SUCCESSIONS INTERNATIONALES

65

Introduction
au titre IIe

LA NATURE DU CONCOURS ENTRE
LA LOI PERSONNELLE ET LA LOI REELLE

67

I	Les rôles de la <i>lex causae</i> et de la <i>lex rei sitae</i> dans le transfert de la propriété	69
II	Les rôles de la <i>lex causae</i> et de la <i>lex rei sitae</i> dans l'attribution du pouvoir de disposition sur les droits dévolus à un successeur	70
Sous-titre Ier: La loi applicable à l'acte causal du transfert successoral		
I	Position du problème	74
II	L'unité du règlement	76
A	Les avantages	76
1	Motifs d'ordre théorique	76
2	Motifs d'ordre pratique	77
B	Les inconvénients de l'unité de la loi applicable	78
1	Les incompatibilités entre la loi successorale et la loi procédurale du for	79
2	Les incompatibilités entre la loi successorale et la loi réelle du lieu de situation	80
III	Les deux rôles de la règle de conflit: La détermination du champ d'application de la loi successorale interne et la reconnaissance de l'effet extraterritorial des lois successorales étrangères	83

Sous-titre 2e:	La réalité juridique d'aujourd'hui	85
I	Généralités	85
II	La jurisprudence française	86
	A Le transfert de la propriété	87
	B Le transfert de la possession	88
	1 L'application de la loi successorale française	89
	a. L'aspect abstrait	89
	b. L'aspect concret	90
	2 L'application d'une loi successorale étrangère	90
	a. L'aspect abstrait	90
	b. L'aspect concret	91
	C Le transfert du droit de disposition	92
	D L'exigence de l'exequatur de la décision étrangère	92
III	La jurisprudence suisse	96
	A Le principe de l'universalité du règlement successoral	97
	B Champ d'application et limites du principe de l'universalité du règlement successoral	99
	1 Le champ d'application	99
	2 Les limites	100
	a. Compétence de la loi et des autorités suisses	101
	b. Compétence de la loi et des autorités étrangères	102
IV	La jurisprudence et la doctrine autrichiennes	102
	A Le rôle de la jurisprudence	102
	B La loi successorale et la loi réelle dans l'étude de la transmission successorale	104
	1 La détermination de la loi successorale	104
	2 La qualification des institutions fondamentales de la transmission successorale	106
	a. La Einantwortung	106
	b. La Ausfolgung	107
	3 Les conclusions à tirer quant aux règles de conflits	108
	4 Le sort des biens étrangers exclus du règlement autrichien	109
V	Essai d'explication des différences des solutions nationales pour les successions internationales par les droits internes respectifs	111

XII

A	Opposition entre le système autrichien et les systèmes suisse et français	111
B	Opposition entre le système suisse et le système français	114
Sous-titre 3e:	Les difficultés de réalisation du principe de l'universalité du règlement successoral	115
I	Rupture de l'universalité du règlement par l'intervention indispensable des autorités du lieu de situation des éléments successoraux?	115
A	Les actes abstraits translatifs de droits	116
B	L'établissement de l'inventaire	117
C	L'apposition des scellés	117
D	Mesures de liquidation et de réalisation des biens à l'étranger	118
E	Conclusion	119
II	La mise en oeuvre de quelques institutions successorales sur des biens situés en dehors du pays de l'ouverture de la succession	119
A	L'effet de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire selon les art. 793 ss CCiv sur des biens sis en Suisse	120
B	L'effet de la séparation des patrimoines des art. 878 ss CCiv sur des biens sis en Suisse	121
C	L'effet de la réglementation de l'administration de la succession selon l'art. 556 al. 3 CCS sur des biens sis en France	122
D	L'effet de la liquidation officielle selon les art. 593 ss CCS sur des biens sis en France	124
	Conclusion générale	125

TABLE DES ABBREVIATIONS

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Art.	Article(s)
ASDI	Annuaire Suisse de Droit International
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
AussStrG.	Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten ausser Streitsachen du 9 août 1854/23 décembre 1923
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BIZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
CC	Cour de Cassation
CCit	Code civil italien
CCiv	Code civil français
CCS	Code civil suisse
Cf.	Conférer
Civ.	Chambre civile
Clunet	Journal du Droit International
CPC	Code de procédure civile
Crim.	Chambre criminelle
DC	Recueil Critique Dalloz
DIP	Droit international privé
DP	Recueil Périodique Dalloz
EvBl.	Evidenzblatt
JAAC	Jurisprudence des Autorités Administratives de la Confédération
JN	Journal des Notaires et des Avocats
JT	Journal des Tribunaux
loc.cit.	Endroit cité
LRDC	Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis et en séjour, du 25 juin 1891

XIV

NRDIP	Nouvelle Revue de Droit international Privé
OeJZ	Oesterreichische Juristenzeitung
P.Ex.	Par exemple
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht
RC	Revue Critique de Droit International Privé
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
Req.	Chambre des requêtes
RHEZiv.	Rechtshülfeerlass für bürgerliche Rechtssachen, du 29 octobre 1951
RNRF	Revue Suisse du Notariat et du Registre Foncier
RSJB	Revue de la Société des Juristes Bernois
S	Sirey
SJ	Semaine Judiciaire
TF	Tribunal fédéral
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung

BIBLIOGRAPHIE

Les ouvrages contenus dans cette bibliographie seront cités dans le texte par le seul nom de leur auteur. En cas de pluralité des publications d'un même auteur, la citation comprendra en outre un mot clef, en italique ci-dessous.

- ANLIKER (P), Die erbrechtlichen Verhältnisse der Schweizer im Ausland und der Ausländer in der Schweiz, Aarau 1933.
- AUBERT (Jean-François), Trust, Dalloz Encyclopédie juridique, Répertoire de droit international, II, Paris 1969.
- AUBRY et RAU, Droit civil français, 6e éd. par Esmein (Paul), IX, Paris 1953.
- v. BAR (Carl Ludwig), Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, réimpression de la 2e éd., Aalen 1966.
- BARTIN (E), *Principes* de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises, Paris 1935.
- BATIFFOL (Henri), Principes de droit international privé, RCADI 1959 II p. 431, Leyde 1959.
- Réflexions sur la loi applicable aux successions, *RebelsZ* 1959 p. 791.
- BATIFFOL/LAGARDE, Droit international privé, Paris 1975/76.
- BOEHM (Ferdinand), Handbuch der internationalen Nachlassbehandlung, Augsburg 1895.
- BOULANGER (François), Etude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne, Paris 1964.
- BRAAS (A), Procédures d'ouverture des successions, voies d'exécution, procédures de distributions, Bruxelles/Liège 1953.
- BRESLAUER (Walter), The private international law of succession in England, America and Germany, London 1937.
- BRÜGGER (Peter), Die Sicherungsmittel der Erbschaft, thèse, Bern 1941.

- CLAUX (Pierre-Jean), *La continuation de la personne par l'héritier*, thèse, Paris 1969.
- v. CRAUSHAAR (Götz), *Die rechtliche Anwendbarkeit deutscher Prozessnormen*, Karlsruhe 1961.
- DAGOT (Michel), *La preuve de la qualité d'héritier*, Paris 1974.
- DESBOIS (H), *Des conflits de lois en matière de transfert de propriété*, Clunet 1931 p. 281.
- DESPAGNET (Frantz), *Précis de droit international privé*, 5e éd. par Boeck (CH), Paris 1909.
- DICEY and MORRIS, *On the conflict of laws*, 9e éd. London 1973.
- DÖLLE (Hans), *Über einige Kernprobleme des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, *RabelsZ* 1962 p. 201.
- DROZ (Georges A.L.), *Saisine héréditaire et administration de la succession en droit international privé français et comparé*, *RC* 1970 p. 183.
- *Questionnaire* et commentaire sur le droit international privé des successions, Actes et Documents de la XII session de la Conférence de La Haye de droit international privé, II, La Haye 1974.
 - *Observations* sur quelques problèmes de conflits de lois en matière de successions et de régimes matrimoniaux, *Journal des notaires* 1961 art. 46237, p. 49.
 - *La codification* du droit international privé des successions, perspectives nouvelles, *Travaux du Comité Français de droit international privé 1966–1969*, Paris 1970, p. 319.
- DROZ (Georges A.L.) et LOUSSOUARN (Yvon), *Successions*, *Juris-Classeur* de droit international, Fasc. 557-A, Paris 1966.
- ESCHER (A), *Zürcher Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch*, III Das Erbrecht, 3e éd. Zürich 1959/60.
- ESCHER (Carl), *Das schweizerische interkantonale Privatrecht auf Grund des Bundesgesetzes betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter*, Zürich 1895.
- FERID (Murad), *Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé*, *RCADI* 1974 II, Leyde 1975, p. 106.
- FERID/FIRSCHING, *Internationales Erbrecht*, *Quellensammlung mit systematischen Darstellungen des materiellen Erbrechts sowie des Kollisionsrechts der wichtigsten Staaten*, München, état mars 1980.
- FILDERMANN (W), *La nature juridique de la transmission par décès et la succession des parents légitimes*, thèse, Paris 1909.
- FIRSCHING (Karl), *Überlegungen zu einer internationalen Mobilien-Nachlassverwaltung*, dans: *Multitudo legum – ius unum*, *Mélanges Wengler*, II, Berlin 1973, p. 32.
- FRÄFEL (Josef), *Die Durchführung der anglo-amerikanischen "administration" im Bereiche des schweizerischen Rechts*, thèse, Fribourg 1966.
- FRANKENSTEIN (Ernst), *Internationales Privatrecht*, I–IV, Berlin-Grünwald 1926–1935.

- GERWIG (Max), Über Wesen und Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit, BJM 1956, p. 197.
- GSCHNITZER (Franz), *Erbrecht*, Wien 1964.
– *Sachenrecht*, Wien/New York 1968.
- GULDENER (Max), Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951, supplément 1959.
- HELDRIICH (Andreas), Die Interessen bei der Regelung der internationalen Zuständigkeit, *Mélanges Ficker*, Frankfurt/Berlin 1967, p. 205.
- HOPKINS (Bert E), The extraterritorial effect of probate decree, dans: Selected reading on conflict of laws, St. Paul 1956.
- JALLU (Olivier), Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe des transmissions à titre universel, thèse, Paris 1902.
- JOUSSELIN (Pierre-Eugène), Des conflits de lois relatifs aux successions ab intestat et testamentaires, thèse, Paris 1899.
- DE JUGLART (Michel), Cf. Mazeaud (J., H. et L.)
- KEGEL (Gerhard), *Internationales Privatrecht*, 4e éd. München 1977.
- KIRCHHOFER (Hermann), Erbschaftserwerb, Verwaltung und Sicherung des Nachlasses vor der Erbannahme, Basel/Stuttgart 1968.
- KÖHLER (Hans), *Internationales Privatrecht*, 3e éd., Wien/New York 1966.
- KÜRY (Annelies), Die Universalsukzession bei der Fusion von Aktiengesellschaften, thèse, Basel 1962.
- LACHENAL (Jean-Adrian), *Registre foncier et droit international privé*, RNRF 1960 p. 2.
- LAGARDE (Paul), *Successions*, Dalloz, *Encyclopédie Juridique*, Répertoire de droit international, II, Paris 1969.
- LEPAULLE (Pierre), Quelle est la loi appliquée aux successions par la *jurisprudence*? *Clunet* 1933 p. 812.
– *Les successions ab intestat en droit international*, NRDIP 1943 p. 66 et 277.
- LEWALD (Hans), *Questions de droit international des successions*, RCADI 1925 IV, Paris 1926.
- LIGEROPOULOS (Alexandre), *La transmission héréditaire et le concept de succession à titre universel*, Athènes 1961.
- LOUSSOUARN (Yvon), *L'administration des successions en droit international privé*, *Clunet* 1970 p. 251.
- v. MANDACH (Theophil), *Die erbrechtlichen Klagen des ZGB in internationalen Erbfällen*, ASDI 1971 p. 65.
- MAYER (Pierre), *Droit international privé*, Paris 1977.
- MAZEAUD (Henri, Léon et Jean), *Leçons de droit civil*
– IV/2 *Successions et libéralités*, 2e éd. par de Juglart (Michel), Paris 1971, (cité: de Juglart, *Successions*).
– IV/2 *Successions et libéralités*, 3e éd. par Breton (André), Paris 1980.
– III/1 *Sûretés – Publicité foncière*, 4e éd. par de Juglart (Michel), Paris 1974, (cité: de Juglart, *Publicité*).

- MAZEAUD (Henri, Léon et Jean), 11/2 Biens, 5e éd. par de Juglart (Michel), Paris 1976, (cité: de Juglart, *Biens*).
- MEILL (F), Das internationale Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, Zürich 1902.
- MÖLICH (E), Die erbrechtliche Stellung der Schweizer in Deutschland und der Deutschen in der Schweiz, thèse Zürich/Aarau 1913.
- LE MONTAGNER (Y), La preuve de la qualité de successible, thèse dact., Paris 1950.
- MOTULSKY (Henri), Les actes de *jurisdiction gracieuse* en droit international privé, dans: Travaux du Comité Français de droit international privé 1948–1952, p. 13, Paris 1953.
- De l'impossibilité juridique de constituer un trust anglo-saxon sous l'empire de la loi française, RC 1948 p. 451.
- NECKER (Alfred), La mission de l'exécuteur testamentaire dans les successions internationales, étude de droit international privé suisse et comparé, thèse, Genève 1972.
- NIBOYET (J.P.), Traité de droit international privé français, I–IV, Paris 1938–1949.
- NUSSBAUM (Arthur), Deutsches internationales Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts, Tübingen 1932.
- v. OVERBECK (Alfred E), Divers aspects de l'unification du droit international privé, spécialement en matière de successions, RCADI 1961 III p. 529, Leyde 1962.
- PATTE (Henri), De la saisine héréditaire, thèse, Paris 1899.
- PETITJEAN (Henri), Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais, étude de droit comparé et de droit international privé, thèse, Paris 1959.
- PETITPIERRE (Max), Le droit applicable à la succession des étrangers domiciliés en Suisse, dans: Recueil de travaux offert par la Faculté de droit de l'université de Neuchâtel à la société suisse des juristes, p. 247, Neuchâtel 1929.
- PIOTET (Paul), Droit successoral, Traité de droit privé suisse, IV, Fribourg 1975
- PLAISANT (Robert), Les règles de conflit de lois dans les traités, Paris 1946.
- PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil, IV Successions 2e éd. avec le concours de Maury (J) et Viatellon (H), Paris 1956.
- RAAPE (Leo), Internationales Privatrecht, 5e éd., Berlin/Frankfurt a.M. 1961.
- RAAPE/STURM, Internationales Privatrecht, I, München 1977.
- RABEL (Ernst), The conflict of laws, a comparative study, I–IV, Ann Arbor 1945–1958.
- RAYMOND (Raoul), Les conflits de lois en matière de transmission et de partage des successions, rapport au 59e Congrès des notaires de France, p. 247, Nice 1960.

- REVILLARD (Marie-L.), La liquidation d'une succession internationale: Difficultés rencontrées dans la pratique notariale, RC 1978 p. 251.
- RIPERT (Georges) et BOULANGER (Jean), Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, IV, Paris 1959.
- RÜETSCHI (Eva), Die Anknüpfung und Abgrenzung der verschiedenen Statute im schweizerischen internationalen Erbrecht, thèse dact., Basel 1970.
- SCHLECHTRIEM (Peter), Ausländisches Erbrecht im deutschen Verfahren, Karlsruhe 1966.
- SCHNITZER (Adolf A.), Handbuch des internationalen Privatrechts, einschliesslich Prozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung, I et II, Basel 1957/58.
- SCHRÖDER (Jochen), Internationale Zuständigkeit, Opladen 1971.
- SCHUSTER (Micheline), Le principe de l'autonomie de la masse héréditaire, thèse dact., Paris 1956.
- SCHWIMANN (Michael), Internationale Zuständigkeit in Abhängigkeit von der lex causae, RabelsZ 1970 p. 201.
- SCHWIND (Fritz), *Handbuch* des österreichischen internationalen Privatrechts, Wien/New York 1975.
- Das IPR des *Haftungsübergangs* bei Vermögensübertragung, Mélanges Caemmerer, p. 757, Tübingen 1978.
- SIBER (Heinrich), Geschichtliches und Rechtsvergleichendes über die Haftung für Nachlassschulden, dans: *Academiae universalis jurisprudentiae comparativae*, I, Berlin/Paris/London 1928.
- SOUM (Henri), La transmission de la succession testamentaire, thèse, Paris 1956.
- STAUFFER (W), Das internationale Privatrecht der Schweiz auf Grund des BG betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891/10. Dez. 1907, Aarau 1925.
- THIBIERGE (Claude), Problèmes de transmission et de partage des successions en droit international privé, dans: *Travaux du Comité Français de droit international privé* 1960–1962, p. 67, Paris 1963.
- TUOR/PICENONI, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, III/2 Das Erbrecht, Bern 1964.
- TUOR/SCHNYDER, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9e éd., Zürich 1975, réimpression 1979.
- UNION DU NOTARIAT LATIN. Régimes matrimoniaux, successions et libéralités. Droit international privé et droit comparé, 1979, 2 vol.
- VACCHAREZZA (A), Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé, Rapport au 7e Congrès de l'Union Internationale du Notariat Latin, p. 423, Bruxelles 1963.
- VERWILGHEN (Michel), (dir.) Régimes matrimoniaux, Successions et Libéralités, I et II, Neuchâtel 1979.
- VILLELA (Anne-Marie), La transmission d'hérité en droit brésilien et en droit français, thèse, Paris 1971.

- VISCHER (Frank), Droit international privé, Traité de droit privé suisse I/4, Fribourg 1974, (cité *DIP*).
- Die rechtsvergleichenden *Tatbestände* im internationalen Privatrecht, Basel 1953.
- VOUMARD (Roger), Des conflits de lois en matière de transmission et de paiement des dettes héréditaires, spécialement en droit suisse, français et anglais, thèse, Lausanne 1940.
- WAHL (Edouard), Zum internationalen Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Personen- und Familiensachen, *RabelsZ* 1936 p. 40.
- WEISS (André), Traité théorique et pratique de droit international privé, I-VI, 2e éd. Paris 1907–1913.
- WETTSTEIN (Hans-Rudolf), Die Aufgabe der freiwilligen Gerichtsbarkeit als Teil des Zivilrechts, thèse, Zürich 1958.
- WINTER (L.I.), La nouvelle version du projet Benelux de loi uniforme de droit international privé, *RC* 1968 p. 577.
- WOLFF (Martin), Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3e éd. Berlin/Göttingen/Heidelberg 1954.

La bibliographie et la jurisprudence n'ont été suivies que jusqu'en décembre 1980.

INTRODUCTION GENERALE

I Importance du droit des successions

L'institution de la succession est "essentiellement l'organisation de la transmission des biens¹ d'une personne à d'autres personnes"². L'intérêt particulier du droit des successions résulte précisément de cette fonction essentielle.

En droit interne d'abord, il se situe à la lisière des deux droits: Celui du droit des personnes et de la famille d'une part — il s'agit de choisir des successeurs en fonction de leurs liens de parenté ou d'affectation avec le de cujus et en fonction de leurs qualités personnelles — et celui du droit des biens d'autre part — il a en effet pour fonction principale le règlement du sort des biens du défunt —³.

C'est un des domaines où l'intervention des autorités dans la création et la modification des rapports de droit est particulièrement importante et où droit de fond et droit de procédure se mêlent intimement.

En droit international privé ensuite, le droit des successions demeure, par sa double affinité avec le droit des personnes et de la famille et le droit des biens, un champ d'action privilégié de la contestation entre loi personnelle et loi réelle⁴. Les concepts de la personnalité ou de la réalité des lois successorales s'affrontèrent, en effet, pendant longtemps de manière radicale; tantôt les succes-

1 A proprement parler, les biens ne sont pas transmis en tant que tels mais en tant qu'objets d'un droit réel ou de la possession, cf. *Boehmer/Lehmann/Bold, Staudingers Kommentar zum BGB, V/1, Erbrecht, 11e éd., Berlin 1954, n. 178 ad 1922.*

2 *Petitjean*, n. 28 p. 17; dans tous les développements qui suivent, il sera fait abstraction de la possibilité d'existence de plusieurs successeurs dans une même catégorie de successeurs (des héritiers légaux ou testamentaires p.ex.) pour éviter tous les problèmes relatifs à l'indivision et au partage.

3 v. *Overbeck*, p. 555.

4 v. *Overbeck*, loc. cit.

sions se trouvaient soumises à la loi personnelle, tantôt c'était la loi réelle qui prévalait. Mais depuis, on a pris conscience des inconvénients qu'il y avait à un tel rattachement global et on s'est alors orienté vers des facteurs de rattachement plus nuancés. Ainsi le découpage entre dévolution et transmission est-il aujourd'hui largement accepté. Pourtant, il convient de souligner que la transmission reste encore le parent pauvre dans la discussion conflictuelle qui s'est instaurée. Un aspect de la transmission, qui prend une importance croissante avec la multiplication des successions à caractère international, a trait au droit procédural. Les multiples interventions des autorités dans la transmission de la succession permet de déterminer les limites territoriales dans lesquelles l'activité des autorités peut s'exercer et dans quelle mesure leurs effets ont un effet extraterritorial.

II Les intérêts en cause et les fonctions essentielles du règlement successoral

La transmission de la succession n'est autre que l'aspect technique de la réalisation des droits conférés par la loi successorale. Elle est toujours technique en ce qu'un choix doit être opéré quant au mécanisme de transmission; elle est technique, mais parfois seulement, en ce qu'elle implique une véritable procédure. Lorsqu'on évoque la transmission de la succession, on pense généralement au transfert de l'actif successoral en faveur de l'héritier, mais ce n'est là qu'un aspect de la transmission prise dans son ensemble. Définissant la transmission successorale, Droz⁵ s'exprime en ces termes: Elle englobe "tout ce qui se passe entre le moment du décès et le moment où les héritiers, les légataires ou les créanciers successoraux obtiennent définitivement leur dû." Nous utiliserons, pour circonscrire les problèmes qui nous occupent, le terme de "règlement successoral" qui est plus neutre que les notions proposées jusqu'alors par une doctrine nullement unanime dans le choix du terme approprié. Si nous inclinons davantage vers cette qualification, c'est qu'elle embrasse sans équivoque possible tous les mécanismes susceptibles d'intervenir lors de cette opération. Ceci n'est aucunement sous-jacent dans les autres expressions: la notion de liquidation⁶ ne tient pas compte du fondement moral du droit des successions. En effet, dans la plupart des législations, la succession n'a pas pour fonction de liquider le patrimoine du de cujus, mais de faire continuer la "privatrechtliche Stellung"⁷ du de cujus dans la personne du successeur. La notion de transmission⁸, quant à elle, laisse

5 Codification, p. 329.

6 Utilisée par Revillard, op. cité.

7 Schwager, p. 1 s.

8 Utilisée par Ferid, op. cité.

supposer que le règlement successoral a toujours comme fonction de transmettre des droits *in natura* du de cuius au bénéficiaire, ce qui n'est pas le cas. Elle restreint donc par trop l'objet des préoccupations du droit successoral. La notion d'administration⁹, en revanche, crée une fausse impression sur la nature de mécanisme. Elle sousentend un transfert qui serait automatique et accompagné seulement d'actes de gestion, non susceptibles de porter atteinte au principe du transfert *ipso iure* de l'intégralité de la succession. Cette sorte de mécanisme reste, en fait, assez exceptionnel. A tous ces termes, nous avons préféré celui de règlement successoral pour la raison invoquée ci-dessus, à savoir son aptitude à recouvrir indistinctement chaque type de mécanisme.

Le règlement successoral, ainsi défini, met en cause les intérêts de plusieurs catégories de personnes, intérêts reflétés d'ailleurs par les fonctions mêmes de ce règlement. Quelles sont ces personnes?

Le premier intéressé est le de cuius. On a tendance à l'oublier, puisqu'il n'est pas affecté par le déroulement du règlement successoral en tant que tel. Par le choix du mécanisme, le de cuius conserve cependant une plus ou moins grande liberté pour déterminer le sort qu'il entend réserver à ses biens. Son intérêt est donc d'ordre moral.

En second lieu, interviennent les bénéficiaires désignés par la loi ou la volonté du de cuius (question de dévolution). Ce qui leur importe, c'est la nature et le mécanisme du transfert de leurs droits. D'une part, ils tiennent à pouvoir disposer le plus vite possible de leurs droits¹⁰, d'autre part ils ont besoin d'une protection de leurs parts contre l'intervention des tiers ou d'autres prétendants à la succession¹¹.

Puis viennent les créanciers du de cuius qui, subissant passivement les événements déclenchés par la mort de leur débiteur, méritent évidemment une protection efficace de leurs droits contre les effets d'événements auxquels ils sont étrangers¹².

Un bon équilibre de tous ces intérêts est une condition pour le fonctionnement efficace et non litigieux du règlement. L'intérêt de l'Etat, garant de la paix publique, est donc également en jeu¹³. Chaque ordre juridique doit, dès lors, trouver un équilibre entre les différentes préoccupations; qu'il s'oriente plus vers les unes que vers les autres, les problèmes à résoudre restent les mêmes. Le règlement successoral peut se résumer par trois fonctions nécessaires et suffisantes¹⁴:

9 Utilisée par *Loussouarn*, op. cité et *Droz*, Codification, p. 329.

10 *Ferid*, p. 177 ss.

11 *Brügger*, p. 10.

12 *Plaisant*, p. 230.

13 *Plaisant*, loc. cit., *Ferid*, p. 179 ss.

14 La même classification est adoptée par *Parry*, *The law of succession testate and intestate*, 6e éd. London, 1972, p. 1.

1. Il doit assurer la conservation des biens du défunt qui, par le décès même de leur détenteur, se trouvent exposés à la mainmise de tiers n'ayant pas de droit sur eux.

2. Il doit veiller à ce que les créanciers du de cujus ne souffrent pas du décès de leur débiteur, en assurant la couverture des dettes par les biens héréditaires ou par le patrimoine personnel des successeurs.

3. Il doit créer un mécanisme qui transmet aux successeurs les droits qui doivent leur revenir.

Cette étude s'occupera principalement de ce dernier aspect, sans cependant négliger pour autant les autres aspects qui ne manqueront pas d'interférer.

III Idée directrice et plan

Le présent travail a pour objet la transmission des successions internationales¹⁵, matière qui a peu été traitée de manière systématique¹⁶. On constate notamment l'absence d'une analyse comparative approfondie des fonctions successorales. Aussi ne peut-on point parler d'un consensus sur les grandes questions qui se posent à ce sujet. Un tel consensus ne pouvait se développer parce que la majorité des études n'a examiné que quelques aspects du problème. Ces études n'ont pas recherché la question fondamentale qui aurait pu servir de base à la solution de tous les problèmes particuliers résultant du transfert des successions internationales. Le présent travail s'efforce de déterminer une telle question centrale. La réponse qu'on y aura apportée permettra de résoudre beaucoup de problèmes. Pour ce faire, on isolera la question décisive de l'ensemble des problèmes auxquels l'institution "succession" donne lieu. Ainsi on fera clairement abstraction du domaine de la dévolution qui se caractérise par des intérêts en cause tout différents. Une délimitation plus délicate doit encore être opérée. On devra

15 Est considérée ici comme internationale, toute succession qui englobe des biens situés dans plusieurs pays. *Ferid* (p. 189) considère que ces cas sont rares et ne devraient donc pas trop influencer la recherche du rattachement de la transmission successorale. D'autres critères seraient en effet envisageables, p. ex. le fait que le for et la situation des biens ne correspondent pas, bien que tous les biens se trouvent dans un seul pays. Cette hypothèse peut se produire en DIP allemand qui soumet la succession de citoyens allemands, où qu'ils soient domiciliés, à la loi et à la juridiction allemandes. Ces cas nous intéressent cependant moins, puisque des problèmes ne peuvent se poser que si le pays de la situation (qui sera le plus souvent celui du dernier domicile du de cujus) suit la même règle, parce qu'en cas de non-reconnaissance de leur compétence, un règlement mené par les autorités nationales serait parfaitement inefficace. Plus important encore, cette étude recherchant la réglementation optimale des successions internationales plutôt que les solutions de droit positif, il y a lieu de négliger les hypothèses où tous les biens se trouvent dans un seul pays puisqu'elles peuvent être résolues par l'attribution de la compétence législative et juridictionnelle au pays du dernier domicile du de cujus (cpr. infra p. 158).

16 Cf. néanmoins les ouvrages cités de *Petitjean*, *Necker* et *Ferid*.

éliminer de la discussion sur la loi applicable à la transmission successorale, toutes les normes et institutions traitant de la réalisation du transfert ut singuli des éléments successoraux. Ainsi le critère déterminant pour le rattachement de la transmission successorale ressort clairement: le rattachement de l'acte causal du transfert (infra p. 74 s).

Deux solutions s'offrent: On peut soumettre l'acte causal à la loi réelle de sorte qu'une loi unique gouverne le transfert de tout élément. Mais on peut le faire régir par la loi successorale pour réaliser l'unité de la loi applicable à l'ensemble de la succession et au règlement successoral. La loi personnelle ayant vocation naturelle à régir le patrimoine et donc aussi la succession (infra p. 34 s), et la loi réelle intervenant nécessairement au niveau de la réalisation du transfert successoral (infra p. 42 s), on partira de l'hypothèse de l'application de la loi personnelle. Cet approche ne tient pas compte de la soumission des immeubles héréditaires à la loi et à la juridiction du pays de leur situation, prévue p.ex. par le droit français et le droit autrichien (cf. infra p. 76)¹⁷. La restriction des préoccupations de cette étude se justifie pour deux raisons: D'une part, si la loi successorale et la loi réelle se confondent, les problèmes qu'on s'est proposé d'examiner ne se posent même plus. D'autre part, cette assimilation facilite la discussion et fait bien apparaître l'objectif de cette étude; il s'agit moins de décrire le droit positif actuel que de rechercher la solution optimale aux problèmes rencontrés, dans les seules limites posées par les principes du respect de la fonction indispensable de la *lex rei sitae* (infra p. 39 ss) et de la souveraineté étatique (infra p. 125). Dans cette optique, la scission territorialiste devrait être éliminée (cpr. p.ex. la discussion engagée en Autriche, infra p. 104 s).

L'analyse antérieure abstraite du mécanisme du concours de la loi personnelle et de la loi réelle, permettra d'apprécier si l'application d'une loi unique est apte à sauvegarder les intérêts généralement confiés à la *lex rei sitae* (infra p. 82). On recherchera aussi la nature véritable des actes procéduraux à accomplir par les autorités successorales dans le cadre de ce règlement. Ceci nous permettra de décider si leurs effets s'étendent aux biens sis à l'étranger et s'ils peuvent, le cas échéant, même être accomplis sur le territoire étranger par les autorités successorales. Ces considérations conduiront à un véritable plaidoyer pour l'acceptation de l'unité du règlement successoral et de sa condition préalable, l'admission de l'activité extraterritoriale des autorités chargées de ce règlement. Nous nous rallions ainsi à Necker¹⁸ qui conclut son ouvrage par le vœu que la perception d'un but commun, atteint par les techniques les plus diverses, aboutisse à admettre une administration unifiée de la succession.

17 L'étude des différents droits positifs sera utilisée en premier lieu pour trouver que le système envisagé peut se réaliser dans le cadre de tous les trois droits examinés.

18 P. 377 ss.

La nécessité de faire concourir la loi successorale et la loi réelle à la transmission de la succession déterminera la structure du présent travail: le plan se déroulera en deux étapes successives. La première présente les éléments d'analyse (titre Ier) et la deuxième examine le concours des deux lois, c'est-à-dire la réalisation des institutions successorales dans le cadre de la loi réelle (titre IIe).

Le titre Ier apparaît donc comme un liminaire destiné à déterminer le champ et les instruments de travail. Le sous-titre Ier fournira une description globale du règlement successoral tout en distinguant les diverses fonctions qu'il recouvre. D'un point de vue théorique, on procédera à l'observation des méthodes mises à la disposition d'une législation pour régler chacune de ces fonctions; on conservera alors le sentiment d'une forte interdépendance de ces fonctions. Le champ de travail ainsi défini, on déterminera les instruments de travail. Ce sont d'abord (sous-titre 2e) les notions mêmes de loi personnelle et de loi réelle qui doivent être précisées, puisqu'elles seront utilisées fréquemment et que les principes à la base de la théorie générale des conflits de lois guideront notre analyse conflictuelle. Enfin, un troisième sous-titre sera consacré aux deux aspects du transfert successoral, à savoir les normes de droit interne qui commandent l'acte causal d'une part, et celles qui régissent la réalisation de tout transfert de droits réels, d'autre part.

Dans le titre IIe, on mettra en application les connaissances acquises dans le titre Ier. On commencera (sous-titre 1er) par déterminer, selon les critères établis antérieurement, la loi qui devrait, d'un point de vue théorique, être appliquée à l'acte causal. Cette loi sera choisie sur la base d'une comparaison des avantages et inconvénients respectifs des deux solutions envisageables, à savoir l'unité législative et l'unité du règlement. La préférence adoptée pour l'application de la loi successorale justifiera, a posteriori, l'étude abstraite, entreprise dans l'introduction au titre IIe, du concours entre la loi personnelle et la loi réelle pour la réalisation du transfert des droits réels. Dans un sous-titre 2e, le système préconisé sera comparé à ceux établis par les jurisprudences suisse, française et autrichienne. Les solutions jurisprudentielles divergent plus ou moins fortement de l'universalité du règlement. On essaiera d'en trouver la cause dans les mécanismes de transmission prévus par les droits internes respectifs. Les résultats de l'analyse des droits internes montrent cependant qu'une appréciation juste des institutions successorales devrait aboutir à la réalisation de l'unité du règlement même par les ordres juridiques dont le droit interne semble à première vue appeler le système inverse du territorialisme. Pour terminer (sous-titre 3e), nous devons justifier notre plaidoyer pour l'unité du règlement par la preuve qu'elle est effectivement réalisable. Cette preuve sera apportée en deux étapes successives: d'abord, il sera montré de manière abstraite que les obstacles souvent avancés à l'unité n'existent pas; ensuite, on l'illustrera par la mise en oeuvre de quelques institutions successorales délicates sur des biens situés dans un pays étranger.

IV Méthode

Le but de ce travail est de trouver la solution pratique la meilleure aux problèmes posés par la transmission de la propriété par voie successorale sur le plan international. La transmission est un événement qui met en cause plusieurs lois: "Il faudra donc 'faire travailler ensemble' des lois différentes et s'assurer que cette coopération évite toute lacune et tout double emploi", c'est ainsi que le doyen Batiffol¹⁹ définit le rôle du juriste construisant des règles de conflits. Ceci implique une étude de plusieurs droits internes dont on examinera les modalités de combinaison l'un avec l'autre. En cela, il ne faut pas se borner aux dispositions qualifiées en droit interne de successorales, mais il faut englober toutes celles qui interviennent nécessairement²⁰ dans le transfert de la propriété par voie de succession.

Un sous-titre sera consacré à un bref exposé de quelques règles générales de conflits de lois²¹. Il nous permettra d'asseoir notre étude sur deux principes: celui du rattachement du patrimoine successoral à la loi personnelle du de cujus et celui du respect des règles adoptées dans un souci de protection du crédit public. Il appartiendra à une analyse des droits internes de déterminer quelles normes et institutions ont pour objet le patrimoine successoral comme partie de la personnalité juridique du de cujus et lesquelles remplissent en premier lieu une fonction protectrice du crédit public. Aux premières on accordera alors un effet extraterritorial, tandis qu'on reconnaîtra la validité absolue des dernières pour tout élément successoral situé sur leur territoire national.

Ce travail réserve ainsi une très large place à l'analyse et à la comparaison de droits internes. L'approche choisie est basée sur les considérations suivantes: une étude comparative répond à plusieurs intérêts, à la fois d'ordres pratique et théorique. Petitjean et Necker ont, chacun dans une étude sur des aspects de la transmission successorale en droits continentaux et anglo-saxons, suffisamment démontré l'intérêt du droit comparé. Necker²² relève ainsi que la méconnaissance par les juristes d'un système de droit foncièrement différent du leur²³, subsiste encore; ceci en dépit de la fréquence accrue des rapports entre les ordres juridiques. Cette méconnaissance soulève de grandes difficultés dans les affaires internationales qui exigent la collaboration étroite de juristes de plusieurs pays.

19 Principes, p. 443.

20 On n'examinera que les règles d'application générale, en faisant abstraction d'une multitude de dispositions influant sur le transfert des droits, comme p.ex. les règles bancaires ou postales sur la disposition des fonds d'un titulaire décédé.

21 On opte ici pour la première des approches distinguées par *Francescakis (Ph)* (Conflits de lois, Principes Généraux, Dalloz, Encyclopédie Juridique, Répertoire de droit international, II, 1968, n. 205 ss), à savoir la classification eu égard à la loi applicable.

22 P. 11.

23 Décrite par *Petitjean*, n. 25 p. 12.

En outre, l'étude comparative des règles de droit interne permet d'obtenir des déductions nombreuses sur les règles de conflits et fournit une aide précieuse à la compréhension du DIP. Il est donc largement justifié de consacrer une part importante d'une étude de DIP au droit comparé. Le doyen Batiffol pouvait aller jusqu'à dire que "l'avenir du droit international privé est donc dans l'étude méthodique et persévérante du droit comparé"²⁴. Il se réfère en cela à la fonction primordiale du DIP, qui est de régler le concours des lois dans le souci d'éviter des incohérences, donc, de promouvoir une solution juste²⁵. Eviter les incohérences, c'est trouver la combinaison appropriée des droits en conflit – et c'est bien le but que nous nous sommes fixé. Déjà Bartin a constaté la dépendance des règles de conflits d'un ordre juridique à l'égard de ses institutions de droit interne, en disant que le droit interne "se projette" dans le droit international privé²⁶. Dans la mesure où le DIP n'est que le "reflet, le prolongement du droit interne"²⁷, l'importance privilégiée accordée à l'étude du droit interne s'entend aisément.

L'étude comparative peut se fixer deux buts:

- Comparer deux ou plusieurs grandes catégories de droits formant un groupe, en opposant les traits respectifs qui sont caractéristiques d'un groupe à ceux de l'autre ou des autres. Pour nos besoins, la distinction opérée par Petitjean²⁸ entre un groupe français et un groupe anglo-américain semble intéressante.
- Comparer les différentes législations, qui composent un seul et même groupe entre-elles, pour voir si elles sont vraiment identiques, ou tout au moins semblables, ou au contraire pour établir entre elles certains points de divergences.

Pour notre part, nous nous rallierons à cette seconde conception, en procédant à une analyse détaillée des droits qui composent le groupe auquel le nôtre appartient. Cette préférence s'explique, non seulement parce que la doctrine a beaucoup écrit déjà sur l'opposition entre les deux grands groupes²⁹, mais surtout parce que la négligence de la doctrine, en ce qui concerne l'étude du particularisme des droits du groupe français, a laissé échapper des différences subtiles entre les divers droits continentaux-européens. Les différences entre groupe français et groupe anglo-saxon étant si accusées, les divergences du DIP s'expliquent sans peine³⁰, du moins lorsqu'on s'en tient aux cas typiques³¹. Tous

24 Principes, p. 443.

25 Batiffol, Principes, p. 443, v. *Overbeck*, p. 539.

26 Bartin (*E*), La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des règles de conflits de lois, RCADI 1930 1 p. 565 ss, Paris 1930, cité par Petitjean, n. 12 p. 6 et n. 26 p. 13.

27 Petitjean, n. 467 p. 223.

28 N. 17 p. 9.

29 Cf. les ouvrages cités de Petitjean et Necker.

30 Petitjean, n. 17 p. 9, Necker, p. 10, Droz, Saisine, p. 185.

31 L'opposition entre les systèmes dits inorganisés et ceux dits organisés n'est pas absolue, ainsi que le démontre l'étude du droit autrichien, cf. infra p. 85 n. 41).

les droits continentaux ne sont pas identiques, et tant s'en faut, quant à la transmission successorale³². Cela est évident, si on compare le droit autrichien aux droits français et suisse. Mais la remarque vaut aussi pour la juxtaposition du droit français et du droit suisse: certes, ils partent tous deux du même principe, celui de la transmission au moment du décès de l'ensemble de la succession, mais ce n'est qu'une règle générale, loin d'englober tous les détails du transfert effectif des éléments successoraux.

La comparaison de plusieurs droits au sein d'un même groupe, dit groupe continental, a en outre l'avantage sur la méthode de comparaison de groupe à groupe, de faire clairement ressortir les deux aspects, abstrait et procédural, de la "projection" d'un ordre juridique dans l'espace (infra p. 83 s).

Enfin, une pareille approche recueille notre préférence pour la raison suivante: l'étude de la "réception" (infra p. 83 s) par une loi réelle de normes et institutions successorales étrangères est plus intéressante lorsqu'elle se concentre sur les droits du groupe continental que lorsqu'elle concerne les relations entre droits de deux groupes différents. En effet, les droits continentaux permettent tous de réaliser, d'une manière ou d'une autre, un règlement successoral étranger, tandis que la procédure des droits anglo-saxons exclut toute réception d'institutions successorales continentales.

L'étude des différents droits internes dévoilera un large éventail de mécanismes de transmission. Compte tenu de la dépendance des règles de conflits du droit interne, la question s'impose de savoir quel est le reflet sur le plan du DIP de cette multitude en droit interne. On peut être tenté de vouloir résoudre tous les problèmes conflictuels posés par les successions internationales par une règle de conflit globale. La démonstration d'une grande variété de mécanismes de transmission rencontrés au sein d'un même ordre juridique donné laisse présenter l'échec d'une telle entreprise. Ainsi une règle comme "la transmission successorale est régie par la loi successorale" n'explique pas vraiment comment les autorités successorales se comporteront sur le plan international, si une administration ou liquidation officielle doit être organisée. Elle ne permet pas non plus des conclusions sûres quant à l'attitude des autorités et quant à la réaction de la *lex rei sitae* face à une telle procédure.

32 Cf. *Ferid*, p. 120 ss, *Droz*, *Saisine*, p. 185.

TITRE Ier

**Les données de base pour la mise en oeuvre du
règlement successoral sur le plan international**

INTRODUCTION AU TITRE I^{er}

Le concours nécessaire de la loi personnelle et de la loi réelle

Ce premier titre est destiné à déterminer le champ et les instruments de travail. Il fournira les éléments d'analyse des successions internationales, analyse qui ne sera entreprise qu'au titre II.

Cette étude est basée (infra p. 68) sur l'hypothèse du concours nécessaire de la loi personnelle et de la loi réelle dans la transmission successorale. Cette hypothèse trouve son fondement dans les constatations suivantes:

- Quelque soit le mécanisme de transmission de la succession adopté, c'est bien du sort des biens du de cuius qu'il s'agit, sans compter que dans maints ordres juridiques, les successions sont une cause de transfert des droits dans leur intégralité. Ainsi sont-elles directement liées au régime des biens. L'intervention de la *lex rei sitae* est donc fort probable.
- En outre, les droits internes¹ considérant le patrimoine héréditaire comme une unité, c'est bien, dans la mesure du possible, comme une unité qu'il doit être traité. Puisque le règlement successoral concerne également le passif héréditaire, il vise donc aussi les dettes qui n'ont pas de situation dans l'espace. L'intérêt d'une loi unique apparaît clairement. Le rattachement à la personne s'impose alors, puisqu'il est le seul moyen d'assurer l'unité recherchée.

Il ressort de ces deux remarques la nécessaire double intervention de la loi personnelle et de la loi réelle. Il convient, maintenant que le problème est posé, d'étudier la nature et les modalités de la combinaison de ces deux lois. A cette fin, on commencera en considérant le règlement successoral comme unité. L'interdépendance des fonctions que nous constaterons, indiquera que la ques-

¹ Ainsi p.ex. les droits suisse, français et autrichien qui sont au centre de cette étude.

tion du transfert des droits englobés dans la succession devra s'aligner sur celle du transfert et du règlement des dettes, qui nous a servi comme indice pour exiger l'intervention de la loi successorale. Ensuite il importe de préciser les notions de loi personnelle et de loi réelle. Le rôle et la justification respectifs dégagés de chacune de ces deux lois permettront d'asseoir notre étude du règlement successoral. Mais nous rechercherons l'essentiel aux réponses escomptées dans l'analyse approfondie des droits internes. Il s'agira de distinguer les normes et institutions des droits internes selon qu'elles intéressent directement la personne et la qualité de successible ou, au contraire, qu'elles visent les conséquences réelles qui en découlent.

Sous-titre Ier Les fonctions essentielles du règlement successoral

I Mesures provisoires et conservatoires

Quelque soit la solution en droit, le patrimoine laissé par le de cujus se trouve après son décès très souvent sans gardien; il en est ainsi, s'il n'y a personne qui peut ou veut s'en charger en fait, ou s'il n'y a personne qui peut prouver les pouvoirs nécessaires. Il est donc indispensable que les autorités interviennent en lieu et place des ayants droit en prenant des mesures provisoires et conservatoires; le but de ces mesures est de maintenir les choses en l'état².

Généralement, on range dans cette rubrique toutes les mesures qui ont pour but la détermination et la conservation de la succession de son ouverture jusqu'à son acceptation, ainsi que la recherche des bénéficiaires³. On y englobe aussi toutes les mesures prises par les autorités jusqu'à la prise en possession définitive⁴ par le successeur. L'intervention des autorités peut être nécessaire malgré le transfert automatique au moment du décès qui prévaut en droit suisse et en droit français. Ceci est notamment le cas lorsqu'il n'existe pas de successeur ayant, sans contestation possible, assumé la responsabilité pour les dettes de la succession⁵.

Les mesures provisoires et conservatoires sont en droit suisse énumérées de manière non exhaustive⁶ à l'art. 551 al. 2. Entre notamment en ligne de compte, parallèlement à l'administration d'office de la succession selon l'art. 554 CCS,

2 *Boulangier*, n. 148 p. 164, *Voumard*, p. 23.

3 *Escher*, n. 3 rem. prél. avant 551 ss.

4 "Bis zur vollen Besitznahme", *Brügger*, p. 10.

5 *Kirchhofer*, p. 8 ss.

6 *Escher*, n. 4 ad 551, *Tuor/Pictoni*, n. 5 ad 551; Cet article contient un renvoi important à la législation cantonale, cf. *Escher*, n. 7 ad 551; pour d'autres exemples cf. *Tuor/Pictoni*, loc. cit.

l'attribution du pouvoir de fait aux héritiers légaux dans le cadre de l'art. 556 al. 3⁷.

Jusqu'ici, nous avons parlé de mesures conservatoires prévues par une législation dans le cadre du règlement successoral du droit interne. Il s'agissait donc de mesures à prendre par l'autorité compétente pour le règlement global. Il est important de noter que l'art. 551 CCS vaut en principe seulement pour les successions ouvertes en Suisse⁸. Si cela n'exclut pas d'emblée l'intervention des autorités suisses dans des successions ouvertes à l'étranger, on peut néanmoins en déduire que dans ces cas le régime sera différent: le besoin de mesures conservatoires peut surgir dans un pays dont les autorités ne sont point compétentes pour le règlement global de la succession. La question se pose, alors, de savoir dans quelle fonction et par quelles mesures les autorités peuvent intervenir.

Sont visées ici les mesures conservatoires au sens strict, c'est-à-dire les mesures à prendre jusqu'à ce que le règlement successoral proprement dit, puisse devenir effectif. Ces mesures sont donc à prendre par les autorités du lieu où le besoin se fait sentir. Aussi, s'agit-il le plus souvent du lieu de situation des éléments du patrimoine héréditaire. Toute question de compétence pour le règlement successoral reste, pour l'heure, étrangère à ces mesures. Ce sont toujours les autorités du lieu de situation qui les prennent, si elles les jugent nécessaires selon leur propre droit, et cela indépendamment de la procédure de règlement éventuellement suivie par une autorité étrangère. Sont, bien entendu, exclues toutes les mesures prises par les autorités du lieu de situation sur demande d'entraide de l'autorité dirigeant la procédure successorale; par définition, ces mesures font partie du règlement successoral.

En résumé, il s'agit d'une "administration de la succession" au sens le plus strict, qui n'englobe que les mesures absolument nécessaires au maintien de l'état de la succession, ou tout au plus, de sa valeur. Au plan international, seule importe cette distinction: mesures de règlement global – mesures conservatoires. L'autre dichotomie, fondée en droit interne, plus traditionnelle, est sans grandes incidences au niveau international. On ne voit guère de raisons de soumettre des mesures conservatoires ordonnées par les autorités du lieu d'ouverture de la succession à un autre régime que celui de liquidation. Ce découpage ainsi proposé s'impose, puisque, à notre sens, les mesures provisoires ou conservatoires, au sens large, ne devraient être prises que par les autorités compétentes pour l'ouverture de la succession – ou par les autorités *rei sitae*, mais seulement s'il y avait demande de collaboration des premières –. En revanche, les mesures conservatoires, au sens strict cette fois, ne seront prises par les autorités du lieu de situation que si aucune autorité étrangère compétente n'intervient, ou jusqu'à ce qu'elle le fasse. Il en va de même lorsque les mesures ordonnées sont jugées absolument insuffisantes pour la sauvegarde des intérêts des créanciers ou ayants

⁷ *Kirchhofer*, p. 53.

⁸ *Escher*, n. 3 ad 551.

droit: ce serait le cas p.ex., si la non-intervention des autorités locales conduisait, en fait, à l'abandon de la succession à un héritier non tenu personnellement⁹. En l'occurrence cependant, les autorités locales pourraient même entamer une procédure de liquidation des biens situés sur leur territoire (infra p. 120).

De là, il résulte manifestement une tendance à restreindre le domaine d'intervention des autorités *rei sitae* au strict minimum nécessaire à la conservation de la succession. Bien que l'autorité du lieu de situation aura à appliquer, le cas échéant, les mesures prévues dans le cadre de sa compétence d'ouverture, elle le fera en choisissant celles qui ne créent pas de complications pour la procédure menée, ou à mener, par les autorités étrangères. Elle s'abstiendra notamment, en fonction de son propre droit interne, de régler les pouvoirs de fait en faveur de certains prétendants, comme le préconise Kirchhofer¹⁰. L'opinion du département fédéral de justice et de police¹¹ qu'il cite, pour démontrer que cet avis constitue du droit international coutumier, ne va du reste pas en ce sens; au contraire, selon le Département, les autorités suisses se borneraient à conserver les biens sis en Suisse pour les remettre aux ayants droit (héritier ou exécuteur testamentaire), désignés par le droit et les autorités étrangers. Ce faisant, il oppose clairement cette situation à celle d'une succession ouverte en Suisse, où les autorités pourraient prendre des mesures beaucoup plus extensives. Le bien-fondé de cette attitude ressort, notamment, de la jurisprudence actuelle en Suisse et en Allemagne qui permet à un héritier provisoire d'accomplir, non seulement les actes réclamés par la simple administration et la continuation des affaires du de cujus (ainsi le code, art. 571 al. 2 CCS), mais encore tous ceux qualifiés de "notwendig", "ordnungsgemäss", "sorgsam", "fürsorglich", "vernünftig" ou "klug"¹². Il est en effet inacceptable que les autorités du lieu de situation accordent des pouvoirs aussi larges à une personne choisie (par la loi du for) parmi plusieurs prétendants à la succession, mais qui peut être exclue du règlement successoral, voire même de la succession, par le droit désignant les bénéficiaires de la succession.

II La liquidation du passif

Par le décès de leur débiteur, les créanciers du de cujus se trouvent sensiblement atteints dans leurs droits. Si le gage principal était bien le patrimoine de leur débiteur, leur confiance est, en général, également née de la personne même du débiteur¹³. Avec le décès du débiteur, c'est le deuxième élément de garantie

⁹ Ou, à la connaissance de l'autorité du lieu de situation, insolvable.

¹⁰ p. 53.

¹¹ RNRF 1941 p. 237.

¹² Kirchhofer, p. 95, avec les références à la jurisprudence.

¹³ C'est pourquoi la reprise de dette entre vifs nécessite le consentement du créancier.

qui disparaît irrévocablement, quand bien même les successeurs prendraient la place du de cujus. Il importe alors de sauvegarder le premier élément de la garantie des débiteurs: la substance du patrimoine. Si un ordre juridique peut, pour des raisons d'ordre politique ou sociale, exclure le transfert de l'actif, en quelque forme que ce soit, il n'est par contre guère concevable qu'il ne pourvoie au règlement des dettes du défunt. Toute société, quelque peu développée, dépend du crédit public, assuré par la responsabilité du patrimoine du contractant pour les obligations qu'il assume¹⁴. Si tout ordre juridique semble assurer au moins la conservation de l'actif héréditaire pour la couverture du passif, il n'en demeure pas moins, pour y parvenir, une grande variété dans les méthodes. Des différences se manifestent, qui interviennent à trois niveaux successifs:

1. quant à l'assiette du gage et à l'étendue de la responsabilité
2. quant à la personne qui est sujet passif de cette obligation
3. quant à la procédure de règlement.

A) L'assiette du gage

La première question à résoudre est bien celle de savoir sur quels biens les créanciers peuvent compter pour la satisfaction de leurs créances. Leur créance porte-t-elle seulement sur l'actif héréditaire ou aussi sur le patrimoine personnel du bénéficiaire incluant alors les biens successoraux? Une discussion sur le mérite de l'une ou l'autre des solutions sortirait du cadre de ce travail¹⁵. Seules leurs conséquences au plan de la procédure du règlement importent. Reprenons ces deux possibilités:

1) Couverture des dettes par le seul actif successoral (responsabilité cum viribus)

Si les créanciers successoraux ne peuvent s'en tenir qu'aux biens du défunt, il faut assurer que ceux-ci soient vraiment consacrés à la satisfaction des créanciers; cela implique nécessairement l'intervention d'une autorité, seule à même d'éviter que leur situation ne soit préjudicialement atteinte du fait du décès de leur débiteur.

14 Si dans les temps anciens les créances s'éteignaient par la mort du débiteur original (*Ligeropoulos*, p. 42) l'ordre juridique, ou plutôt l'ordre social, assurait leur survie par d'autres moyens, p.ex. le droit de la famille (*Küry*, p. 9).

15 Pour une prise de position, cf. *de Juglart*, Successions, n. 1207 ss p. 421 ss.

2) Assiette du gage englobant la fortune personnelle du bénéficiaire (responsabilité *ultra vires* ou *pro viribus*)

Dans un souci de protection des créanciers successoraux, mais plus encore pour marquer des valeurs sociales¹⁶, telle que la solidarité familiale, une législation peut imposer au bénéficiaire une responsabilité portant sur son patrimoine personnel. D'ordinaire, cela fournit une protection suffisante aux créanciers, de sorte qu'on peut renoncer à toute procédure de règlement par l'autorité. Tous les droits prévoient une procédure adaptée aux circonstances particulières tenant à la personne du bénéficiaire. Ces procédures tiennent compte de ce que la responsabilité personnelle ne peut précisément plus jouer le rôle de garantie qui lui est généralement attribué.

L'élément de distinction le plus important moralement, réside dans l'étendue de cette obligation aux dettes: porte-t-elle sur toutes les dettes ou se limite-t-elle à l'actif dévolu au bénéficiaire? C'est là la question discutée d'une responsabilité *intra* ou *ultra vires*. Sans nier l'importance, tant théorique¹⁷ que pratique de la question, la distinction n'apparaît pas fondamentale pour le seul examen du transfert de la propriété et du pouvoir de disposition des éléments de l'actif successoral. En effet, le patrimoine personnel du successeur répondant des dettes du de cujus — responsabilité *pro viribus* — devrait suffire à éliminer ce souci de conserver l'actif successoral. Mais une procédure devrait officiellement constater la valeur de la succession, ce qui ne mettrait pas obstacle au pouvoir de disposition des éléments de l'actif par les successeurs, bien que l'exercice de ce pouvoir soit temporairement exclu du fait de cette procédure.

L'éviction, ou la limitation, de la responsabilité personnelle du successeur est intéressante dans la mesure où elle exerce une influence certaine sur le pouvoir de liquidation de la succession. Cette influence variant d'intensité selon la législation empruntée, il faut donc savoir si c'est la loi successorale ou la loi réelle qui détermine les modalités applicables (*infra* p. 119 ss.).

3) Le sujet passif de l'obligation

Entre les hypothèses des successeurs tenus sur leur propre patrimoine (*ultra vires* ou *pro viribus*) et les autres, il existe un véritable clivage qu'on retrouve dans plusieurs droits internes:

16 Cf. de Juglart, Successions, n. 1208 p. 422.

17 L'étendue de la responsabilité est considérée par la doctrine comme la conséquence la plus importante du principe de la continuité par la personne (par opposition à la continuité par les biens) (de Juglart, Successions, n. 1221 p. 429) et se trouve au coeur de la controverse sur le fondement de la transmission successorale, cf. de Juglart, Successions, n. 1211 p. 422 ss, Petitjean, n. 286 ss, p. 144 ss.

Lorsque le patrimoine personnel du bénéficiaire est engagé, la réponse à la question de savoir qui devient sujet passif des obligations du de cuius semble claire: c'est naturellement lui qui assumera cette qualité. Aussi la responsabilité personnelle du bénéficiaire est-elle, en règle générale, considérée comme garantie suffisante pour les créanciers successoraux, de sorte qu'on peut lui abandonner le règlement des dettes successorales qui sont devenues les siennes. Une exception intervient parfois pour les successions internationales. C'est le cas de quelques droits internes, comme le droit américain ou le droit autrichien, qui sont mus par le souci particulier de protection des créanciers locaux (infra p. 107).

Par contre, la situation est moins claire lorsque l'exclusion de toute responsabilité personnelle nécessite l'intervention de l'autorité. Lorsque tel est le cas, il faut déterminer les rôles propres du bénéficiaire d'un côté, ceux de l'autorité de l'autre:

- Le successeur conserve-t-il toujours la qualité de débiteur personnel des créanciers du de cuius ou perd-il cette qualité¹⁸? Dans la première hypothèse, puisqu'il ne répond que sur les biens qui lui sont dévolus, il s'agit d'une "Sachhaftung"¹⁹. Dans cette même hypothèse il se peut qu'il soit chargé de payer les dettes avec l'actif, selon les règles particulières et sous la surveillance de l'autorité²⁰, ou qu'il soit complètement évincé du règlement des dettes au profit de l'autorité²¹.
- Quelle est la fonction de l'autorité? Devient-elle, elle-même, débitrice des créanciers successoraux²²? Liquide-t-elle des dettes dont le bénéficiaire est le sujet passif²³, ou des dettes qui n'ont pas du tout de sujet passif²⁴? L'importance de ces questions est peut-être moins évidente, mais néanmoins elle existe, notamment sur le plan de la qualité pour défendre aux actions contre la succession. Ainsi, il est en principe clair que le successeur n'ayant pas la qualité de débiteur, ne peut pas défendre, ni être forcé de défendre aux actions contre la succession. Mais la situation est plus compliquée, lorsque le

18 Ainsi dans le cas de la liquidation de la succession par l'office des faillites selon l'art. 573 CCS.

19 *Escher*, n. 16 ad 593.

20 Ainsi pour le cas de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire du droit français, art. 793 ss CCiv, notamment art. 803 CCiv; cf. *Siber*, p. 1007; en ce qui concerne les pouvoirs de règlement larges laissés au bénéficiaire, et sa critique, *de Juglart*, n. 1296 p. 489.

21 Ainsi dans le cas de la liquidation officielle, art. 593 ss CCS, et dans le cas de la *Nachlassverwaltung* du droit allemand, art. 1984 BGB.

22 Ainsi pour le *personal representative* des droits anglais et américain.

23 Ainsi dans le cas de la liquidation officielle, art. 593 CCS, cf. *Escher*, n. 16 ad 593 et n. 16 ad 594.

24 Ainsi dans le cas de la liquidation par l'office des faillites, art. 573 CCS, et dans le cas du *ruhende Nachlass* du droit autrichien, art. 547 phrase 3 ABGB, si un créancier successoral fait valoir ses droits contre la masse successorale avant la *Erbserklärung* d'un héritier et demande la nomination d'un curateur pour représenter la masse, cf. *Siber*, p. 1004.

successeur n'a pas encore acquis définitivement cette qualité, faute d'avoir accepté la succession; est-ce qu'il a quand même la légitimation passive ou pas? Ici, il faut distinguer entre droit matériel et droit procédural:

Ainsi le successeur n'ayant pas encore accepté la succession soumise au droit allemand, ne peut pas être poursuivi pour les dettes successorales (art. 1958 BGB), puisque, tout en possédant la légitimation passive, il manque de "*passive Prozessführungsbefugnis*"²⁵. L'art. 1961 BGB prévoit que les créanciers peuvent demander la nomination d'un *Nachlasspfleger* pour défendre à une action contre la succession.

En droit suisse, la question est moins claire: Escher²⁶ constate d'une part que le droit suisse ne protège pas le successeur provisoire contre la poursuite devant les tribunaux, mais seulement contre l'exécution d'un jugement éventuel, art. 59 LP. D'autre part, il estime qu'un tel successeur ne peut être forcé (sauf si le droit cantonal de la procédure le prévoit) de défendre à une telle action²⁷. Dans la mesure où il défend sans y être contraint par le droit procédural, il encourt le risque que cette attitude soit considérée comme acceptation tacite. En droit français, l'héritier provisoire dispose d'une exception dilatoire pendant un certain délai, art. 795 CCiv²⁸. Si le successeur n'invoque pas cette exception et ne déclare pas la renonciation ou l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, il sera considéré comme acceptant²⁹.

Il est clair qu'une divergence de solution entre le droit successoral et le droit procédural du for peut rendre nécessaire une délimitation précise des domaines des deux lois. Prenons l'exemple d'une personne domiciliée en Suisse, appelée à une succession soumise au droit français, qui serait poursuivie devant son juge naturel pour une dette successorale. Est-ce qu'elle pourrait invoquer cette exception dilatoire de droit matériel? Ou, dans la même situation, la succession étant cependant soumise au droit allemand, le successeur pourrait-il défendre, ou les créanciers successoraux pourraient-ils exiger qu'un *Nachlasspfleger* soit nommé (par les autorités suisses ou allemandes)? Nous ne pouvons ici que soulever les questions; la recherche des réponses dépasserait le cadre de ce travail.

25 *Schlechtriem*, n. 30 p. 50.

26 N. 15 rem. pré. avant 566 ss.

27 N. 14 rem. pré. avant 566 ss.

28 *de Juglart*, Successions, n. 1085 p. 340.

29 *de Juglart*, Successions, n. 1084 p. 339 s.

C) La procédure de règlement

Cette question est étroitement liée aux deux précédentes. On a déjà indiqué auparavant (supra p. 20) qu'une procédure est généralement tenue pour inutile, si le successeur assume personnellement les dettes du de cujus, sa fortune personnelle répondant de ces dettes comme des siennes propres. Il en va ainsi, même si sa responsabilité est limitée à la seule valeur de la succession. Mais des dangers peuvent tenir à la personne de l'héritier, qu'il soit insolvable ou malhonnête; aussi toutes les législations prévoient des parades³⁰. Les mesures consistent en l'exclusion ou la limitation des droits d'administration et de disposition du successeur sur les biens et autres droits successoraux. En d'autres termes, ces mesures ont pour but d'éviter que le successeur porte atteinte à l'intégralité ou à la valeur de la succession. Elles peuvent consister en une simple décision en droit ou se doubler de dispositions de fait, telles que l'apposition des scellés ou la prise en main de tous les éléments de la succession par l'autorité. Ce qui est intéressant, c'est la réaction de la *lex rei sitae* face aux restrictions apportées par la loi successorale aux effets découlant, généralement, de la qualité de successeur. Ces restrictions surgissent au niveau des pouvoirs d'administration et de disposition.

Que penser p.ex. de l'hypothèse où la loi successorale prévoirait pour la responsabilité *cum viribus* une procédure différente de celle qu'envisagerait la *lex rei sitae* pour cette même responsabilité? L'hypothèse n'est point fictive: ainsi, le droit français ne prévoit qu'une surveillance limitée du successeur ayant accepté sous bénéfice d'inventaire et qui dispose ainsi de larges pouvoirs de liquidation (infra p. 60). Le droit suisse, quant à lui, ne permet à un successible de limiter sa responsabilité à l'actif reçu, que par le biais de la demande de liquidation officielle qui exclut le successeur du règlement. A quelle procédure obéir? Est-ce que le principe de l'unité du règlement successoral s'impose, ou est-ce que l'intérêt des créanciers entraîne l'application de la procédure locale qui leur offre plus de garanties?

C'est la manière dont les ordres juridiques concernés qualifient la modification apportée à la situation ordinaire du successeur qui détermine la réponse adéquate: les restrictions aux pouvoirs de liquidation seront mises en oeuvre par la *lex rei sitae*, si elles concernent effectivement la qualité du successeur, ce qui ne saurait pas se passer, si on y percevait des variantes dans les effets réels provoqués par la qualité de successeur.

30 Ligeropoulos, p. 42.

III Distribution de l'actif

C'est cette troisième fonction qu'on a le plus communément en vue quand on parle de transmission des successions. Historiquement, c'est le transfert de l'actif qui était l'aspect primordial. Il signifiait le transfert des moyens assurant la survie de la communauté familiale. Parfois même, la responsabilité des dettes résultait, non pas du transfert d'un patrimoine par succession, mais des règles du droit de la famille.

Les mécanismes de distribution envisageables correspondent, dans une certaine mesure au moins, aux diverses méthodes de liquidation. Exclure la responsabilité personnelle des ayants droit, c'est-à-dire, limiter l'assiette du gage dont bénéficient les créanciers aux éléments du patrimoine héréditaire, sans prévoir la garantie corrolaire d'une consécration effective de ces éléments à la liquidation des dettes, est inacceptable. En revanche, une meilleure protection des créanciers successoraux peut être assurée par la combinaison de cette procédure avec la responsabilité personnelle illimitée des ayants droit. Cela ne se justifierait cependant guère. L'intérêt qu'a le successeur à pouvoir disposer de la succession dans les meilleurs délais doit aussi être pris en considération. Le principe de l'économie des moyens procédurax³¹ s'oppose également à un tel cumul de garantie en faveur des créanciers³².

Deux interrogations naissent alors, la première portant sur la nature des droits accordés aux ayants-droit par le droit successoral, la seconde sur le mode d'acquisition de ces droits. Il va sans dire que ces questions sont liées; les réponses possibles à la deuxième question dépendent de la solution qui aura été retenue au niveau de la première.

- Quelle est la nature des droits accordés par le droit successoral aux successibles? (A)
- Quelle est la manière d'acquisition de ces droits? (B)

A) La nature des droits à conférer

Cette étude, comme la plupart des travaux consacrés aussi bien au droit successoral interne qu'au DIP des successions, est basée sur la fonction du droit successoral, consistant dans la transmission des biens de la tête du de cujus sur celle de son successeur³³. Mais à parler d'un quelconque mécanisme de transfert,

31 *Ligeropoulos*, p. 33.

32 Aussi la demande par un créancier d'une procédure de liquidation par l'autorité, entraîne-t-elle automatiquement exclusion de la responsabilité personnelle du successeur, cf. *Escher*, n. 16 ad 594.

33 Cf. p.ex. la définition du terme succession chez *de Juglart*, Successions n. 657 p. 3.

encore convient-il de s'assurer de l'existence d'un tel transfert de droits de la tête du de cujus sur celle du bénéficiaire. Ce transfert n'est pas une caractéristique indispensable du règlement successoral, même si cela semble implicitement admis par la doctrine. Il s'agit d'un "a priori" fort compréhensible sur le continent, où le facteur de continuité, par la personne notamment³⁴, non seulement joue un rôle technique important, mais correspond aussi parfaitement au fondement moral du droit successoral³⁵. Mais on la trouve même chez des auteurs anglo-saxons, comme Parry³⁶, pour qui "the law of succession is the law governing the transmission of property vested in a person at his death to some other person or persons". On verra que cette définition ne correspond pas rigoureusement à la finalité du mécanisme de transfert anglo-saxon (infra p. 63).

Il faut tenir compte de l'hypothèse où cet élément de continuité, par la personne ou par les biens, fait défaut. Cette hypothèse se caractérise par l'absence de *successio*³⁷, à savoir par le défaut de rapport juridique basé sur les biens entre le de cujus et l'ayant droit. Dans la succession communément entendue, les biens sont par contre bel et bien un élément constitutif du rapport juridique existant entre le de cujus et l'ayant droit³⁸. Cette distinction retrouve toute son importance en matière de successions internationales, lorsque tant un pareil ordre successoral qu'un ordre réel continental doivent intervenir.

1) *Transfert de tous les droits ayant appartenu au de cujus*

"Les héritiers acquièrent de plein droit l'universalité de la succession dès que celle-ci est ouverte", dispose l'art. 560 al. 1 CCS. Ainsi, le CCS exprime, en termes particulièrement clairs, un principe largement répandu dans les droits continentaux.

Cet axiome trouve écho dans le droit suisse, dans deux propositions:

1. Les ayants droit du défunt acquièrent tous les droits transmissibles à cause de mort.
2. Ils les acquièrent en tant qu'universalité.

L'ayant droit devient donc titulaire de chacun des droits du défunt. Ceci est fondamental. Ces droits, transmis dans leur intégralité, devraient offrir à l'ayant droit toutes les prérogatives qui appartenaient au de cujus, notamment la possibilité de les faire valoir et la possibilité d'en disposer. Malgré le transfert du droit

34 *Petitjean*, n. 287 ss p. 144 ss.

35 *de Juglart*, Successions, n. 662 p. 5.

36 *Op. cité* (supra p. 3 n. 14) p. 1.

37 *Küry*, p. 3.

38 *Küry*, p. 5.

lui-même, des restrictions à ces prérogatives peuvent exister. Elles résultent alors d'incidences procédurales tenant à la nature particulière de la transmission d'un ensemble composé de biens et de dettes. Il conviendra donc de distinguer le transfert du droit du transfert du pouvoir d'administration et de disposition sur ce droit (*infra* p. 47 ss.).

2) Transfert des droits restant après la liquidation des dettes héréditaires

La loi successorale peut se borner à attribuer au successible les droits qui ne devront pas être consacrés au dégrèvement de la succession. Ceci implique qu'au cours du processus de liquidation des dettes, tous les autres droits soient transférés du de cuius aux acquéreurs à titre singulier. Peu importe d'ailleurs la construction juridique utilisée pour expliquer ce fait physiquement impossible d'un transfert opéré par un mort³⁹. Les acquéreurs *ut singuli* ne deviennent pas les ayants droit des héritiers⁴⁰. La prétention des héritiers, elle, porterait encore sur des éléments de la succession en tant que tels. Ces droits ne sont cependant pas encore déterminés au moment du transfert, pas même en droit. Ils dépendent du résultat de la liquidation. L'héritier n'a qu'un droit virtuel sur chaque élément d'actif et donc un droit définitif sur aucun pris individuellement. Une intervention de l'autorité est nécessaire pour assurer que ces éléments d'actif, qui ont tous vocation à servir à dégrever la succession, ne soient pas soustraits à leur destination.

3) Attribution du produit net de distribution

Sur un plan fondamentalement différent, se situe l'hypothèse suivante: il n'y a plus de *successio*; l'héritier n'acquiert aucun droit directement de la tête du de cuius; tous les éléments d'actif sont liquidés par une autorité⁴¹ et le

39 Cf. *Küry*, p. 24, qui pose la question sans toutefois y répondre, et *Escher*, n. 13 ad 573; aussi *Gloor (A)*, *Der aussergrundbuchliche Eigentumserwerb nach schweizerischem Recht*, Thèse, Zurich 1928, p. 62 ss., *Schwager (P)*, *Die Nachfolge in den Zivilprozess infolge Erbganges*, Thèse, Zurich 1957, p. 28 s.

40 Il résulte de la combinaison des propos de *Küry* avec ceux de *Escher* que l'hypothèse visée ici est exactement celle que le droit suisse connaît dans le cas de la liquidation officielle de la succession, art. 573 CCS.

41 Peu importe dans ce contexte, qui assume en définitive cette fonction d'autorité, que ce soit un organe ordinaire ou une personne privée (même le bénéficiaire lui-même), agissant sous la surveillance de l'autorité qui lui reconnaît une qualité officielle.

montant en espèce de la réalisation qui n'a pas été utilisé pour payer les dettes, est transféré à l'héritier⁴². Peu importe, pour notre analyse, la construction juridique du transfert à l'acquéreur à titre particulier, des droits constituant la masse successorale. La différence déterminante par rapport aux autres hypothèses envisagées se trouve dans le fait que le bénéficiaire ne succède pas dans les droits du de cujus.

B) La voie d'acquisition

Ayant déterminé la nature des droits qui, au terme du règlement successoral, doivent être acquis par les bénéficiaires, il s'agit maintenant d'examiner par quel mécanisme ils le sont. La question n'a évidemment d'intérêt, que pour les cas où des droits préexistant sur la tête du de cujus doivent être transmis aux bénéficiaires. D'une part, le versement d'une somme d'argent en fin de procédure de liquidation, dite d'*administration* en droit anglo-saxon, ne pose pas de problèmes particuliers, puisqu'elle les absorbe tous. D'autre part, il ne peut s'agir ici d'étudier les questions techniques fort délicates, engendrées par la procédure de liquidation.

Dans un premier temps, on examinera l'influence qu'exerce la qualification de la transmission successorale de transfert à titre universel sur les modalités d'acquisition des droits⁴². Dans un second temps, divers mécanismes de transfert seront envisagés.

1) *Transmission des biens comme universalité et transmission des biens ut singuli*

Dans toutes les hypothèses que nous examinerons, exception faite de la liquidation pure et simple, ce sont les droits dont le de cujus a été titulaire qui sont transférés au bénéficiaire. Mais ils peuvent l'être à titre particulier, c'est-à-dire, pris *ut singuli* comme objets indépendants, ou à titre universel, c'est-à-dire comme éléments d'une masse dont ils partagent le sort. Donc le premier élément distinctif entre le transfert à titre particulier et le transfert à titre universel, c'est l'objet même du transfert. Ce sera le premier point de notre analyse.

42 C'est exactement le cas du "*express trust for sale*" institué impérativement par l'*Administration of Estates Act* anglais de 1925, qui dans les cas de *total ou partial intestacy* (et sauf les droits du conjoint survivant sur les effets mobiliers) oblige le *personal representative* à convertir en espèce les biens mobiliers et immobiliers, pour procéder à la distribution du produit de vente aux bénéficiaires, *Petitjean*, n. 170 p. 90.

Mais il y a encore un deuxième critère distinctif⁴³, le mécanisme de transfert, qui dépend du premier. On l'évoquera dans un second point.

a) *L'objet du transfert: Les biens ut singuli ou une universalité de biens*

Dans la succession à titre universel, les droits sont transférés en tant qu'éléments de ce patrimoine, général ou spécial. Dans la succession à titre particulier, ils le sont en tant qu'objets indépendants⁴⁴. La transmission à titre universel pré suppose que l'ordre juridique ait développé un concept de "patrimoine", universalité de droit la plus facile à concevoir; c'est dire que le droit ait atteint un certain degré d'abstraction⁴⁵. Plus encore, il faut que cette construction soit considérée comme si fondamentale qu'on soit amené à subordonner l'aspect réel – les biens – à ce concept de patrimoine et à la personne qui en est au centre – son titulaire⁴⁶. La succession à titre particulier d'un ensemble de biens n'est pas, quant à elle, une succession à proprement parler. Il y a, en fait, autant de successions que de biens, chacune portant sur un bien déterminé⁴⁷.

L'institution de la succession à titre particulier peut avoir deux significations:

- Elle est le mode de transfert qui résulte d'un régime réel où les biens sont appréciés et traités comme une réalité concrète. Dans ce cas, ils échappent à l'influence d'une construction juridique les subordonnant à un concept abstrait d'universalité de droit⁴⁸. A vrai dire, c'est de cette conception naturelle qu'on devrait partir pour éviter de nous laisser trop guider par le système juridique qui nous est propre sur le continent.
- A l'opposé, elle peut être conçue comme une dérogation au transfert à titre universel, accepté en droit interne comme principe général pour le transfert de l'hérédité. Comment expliquer cette dérogation à la règle générale? Les raisons sont de deux sortes:

Le transfert successoral est considéré, dans certaines circonstances, comme un transfert à titre particulier: Il en va ainsi, lorsque les éléments jugés constitutifs de l'institution "succession à titre universel" ne sont pas réunis. Ainsi, la doctrine suisse dominante exclut la succession universelle, lorsque seul

43 *Piotet*, p. 11, *Küry*, p. 39.

44 *Piotet*, p. 11.

45 *Petitjean*, n. 630 p. 327, n. 51 p. 29 s; *Frankenstein*, IV p. 283: "Das [le transfert à titre universel] ist begrifflich weniger einfach als der ideenarme Positivismus uns glauben machen will".

46 *Petitjean*, n. 56 p. 32 et n. 630 p. 327.

47 C'est l'état du droit anglais dans la description de *Petitjean*, n. 35 ss p. 21 ss.

48 *Frankenstein*, IV p. 284.

l'actif est transféré au successeur⁴⁹. Cette attitude est, à notre avis, justifiée, tout au moins dans le cas de la liquidation par l'office des faillites (art. 573 CCS), puisque le successible a perdu la qualité d'héritier, alors qu'il récupère l'actif net. Elle est confirmée par l'absence de responsabilité, même *cum viribus*, des bénéficiaires ayant reçu le solde net pour les dettes non couvertes dans la procédure de liquidation⁵⁰.

Il se peut aussi qu'on tienne compte du fait que les raisons, ayant mené à accorder le privilège que constitue l'absence de formalités du transfert à titre universel, fassent défaut dans certaines circonstances. Ce privilège ne se justifierait donc plus. Ainsi, dans le cas de la liquidation par l'autorité successorale ou l'office des faillites, l'exemption des formalités de transmission n'est pas vraiment utile, la remise aux ayants droit par l'autorité ayant pris en charge la succession transmettant la propriété de l'actif net selon le droit commun.

Avec la distinction entre acte causal et acte de disposition (réalisation), éléments nécessaires pour le transfert de droits réels⁵¹, on est jusqu'ici dans le domaine de l'acte causal: la succession à titre universel procède au transfert de tous les droits "Kraft eines aus dem Erbrecht fliessenden Gesamtanspruches"⁵². Dans la succession à titre particulier l'acte causal concerne un bien pris isolément. Dans les deux cas, la réalisation du transfert s'opère nécessairement pour chaque bien considéré *ut singuli*⁵³. Par la suite, on examinera dans quelle mesure le caractère d'universalité peut avoir une influence sur la réalisation du transfert.

b) Conséquences de la qualification de succession à titre particulier ou titre universel sur le mécanisme de transfert

La succession, *mortis causa*, à titre particulier ne pose pas de problèmes supplémentaires par rapport à ceux que soulève le transfert entre vifs, puisque la situation est assez semblable. La loi régissant l'acte causal peut donc très bien stipuler que les modalités de transfert soient identiques à celles du transfert entre vifs. Il en va ainsi, p.ex. en droit suisse et en droit français. Evidemment, elle peut toujours en décider autrement, jugeant p.ex. que la nature du transfert à cause de mort justifie une exemption des modalités ordinaires. C'est le cas du droit grec⁵⁴.

49 Cf. Küry, p. 41, qui exprime des doutes sur le bien-fondé de cette attitude.

50 Escher, n. 13 ad 573, cpr. par contre Tuor/Pictoni, n. 9 ad 573.

51 Meier-Hayoz (A), Berner Kommentar zum schweizerischen ZGB, Sachenrecht 1ère partie Eigentum, Syst. Teil, n. 42 ss.

52 Escher, n. 2 rem. prélim. avant 560 ss.

53 Petitjean, n. 815 p. 429.

54 Ligeropoulos, p. 46; cf. infra p. 70.

Si cette loi reconnaît aux biens à transférer le caractère juridique d'universalité, elle doit pour les transférer en tant que telle tenir compte de ce caractère également au niveau des modalités. En effet, le transfert en tant qu'universalité exclut l'accomplissement des formalités pour chaque élément isolé⁵⁵, ce qui aurait été nécessaire pour le transfert entre vifs. Rien n'empêche, cependant, de soumettre le transfert à une formalité globale, comme cela se passe en droit autrichien, où le transfert universel s'effectue par la *Einantwortung*.

2) Le mécanisme d'acquisition

Il existe différents mécanismes d'acquisition. On se bornera ici, à l'examen global du processus par lequel la loi successorale confère au successeur les prérogatives résultant des droits qui lui sont dévolus. La distinction entre transfert immédiat et transfert non-immédiat permet d'expliquer toutes les nuances existant entre les divers mécanismes de transfert. Aussi, il est logique de recourir à cette distinction comme base de notre analyse.

Les droits appartenant au *de cuius* peuvent être transférés immédiatement aux bénéficiaires, dès le décès. Il n'y a donc pas de hiatus entre les deux titularités. L'ouverture de la succession, du fait du décès, constitue à elle seule, la cause juridique du transfert des droits concernés. Un transfert immédiat signifie aussi nécessairement transfert automatique, ou transfert de par la loi. Si une condition supplémentaire était requise pour déclencher ce transfert, elle excluerait du même coup le transfert au moment précis du décès.

Le principe du transfert immédiat risque de se heurter à cet autre principe du droit coutumier qui l'emporte sur toute considération⁵⁶: "Nul n'est héritier qui ne veut." C'est pourquoi la loi prévoit une faculté de répudiation, sous forme d'une répudiation annihilant, avec effet rétroactif, un transfert qui aurait eu lieu au moment du décès (art. 506 al. 1 CCS) ou en soumettant le transfert à une condition suspensive avec effet rétroactif (art. 784 ss CCiv)⁵⁷. Ce dernier cas n'est pas en contradiction avec le principe du transfert *ipso iure*, même si l'expression le laisse entendre. L'acceptation constitue une renonciation à la faculté de répudiation⁵⁸. Par l'acceptation, l'héritier rend définitive sa situation, sa titularité sur les droits et sa responsabilité⁵⁹. Il est donc permis de fonder notre

55 Gloor, op. cit., p. 44.

56 Kirchhofer, p. 25.

57 Art. 784 ss CCiv; si le droit d'accepter n'est pas exercé dans le délai légal de 30 ans, la jurisprudence considère l'héritier comme renonçant. Cet avis est cependant controversé en doctrine, cf. de Juglart, Successions, n. 1082 p. 338 s.

58 Kirchhofer, p. 23.

59 de Juglart, Successions, n. 1102 p. 352 s.

analyse sur l'acquisition des droits au moment du décès, en négligeant l'effet d'une acceptation ou d'une renonciation quelconque, sauf à considérer les pouvoirs effectifs des héritiers sur la succession. La possibilité de répudiation entraîne une restriction du pouvoir d'administration et de disposition et provoque ainsi une dissociation entre titularité et pouvoir d'exercer les droits.

Ce qui importe dans notre contexte, c'est que le transfert se réalise sans intervention d'une autorité, "dass sich der Erwerb von selbst vollendet"⁶⁰. Tel est le cas, même en droit italien où, malgré la *hereditas jacens*⁶¹, le successeur peut à tout moment⁶² entrer en possession des éléments successoraux et en disposer, tout comme dans les droits suisse et français. Mais ces actes peuvent être considérés comme l'acceptation tacite de la succession et entraîner la responsabilité personnelle de l'héritier⁶³. Sa situation est alors la même que celle du successeur suisse (art. 571 al. 2 CCS) ou français (art. 778 CCiv).

Plus complexe est l'autre hypothèse, celle où il n'y a pas de transfert immédiat des droits revenant au bénéficiaire. La définition du transfert immédiat, admis dès que le transfert ne dépend que de la loi ou d'un acte du bénéficiaire, explique qu'on va trouver maintenant tous les cas, mais les cas seulement, dans lesquels les autorités interviennent d'une façon quelconque. On discerne deux préoccupations dans une telle intervention:

- La protection des successeurs véritables contre des successeurs apparents et
- la protection des créanciers successoraux.

Ces préoccupations ont pour corrolaire d'une part, la vérification de la qualité des prétendus successeurs et d'autre part, la protection de la masse successorale en tant que gage général des créanciers. L'incidence de ces interventions sur le transfert des droits et sur les modalités sera examinée par la suite.

a. Protection des successeurs véritables par vérification de la qualité de quiconque se prétendant successeur

En l'espèce, la mise en possession du successeur véritable est empêchée jusqu'à preuve suffisante de sa qualité. Pendant la phase d'incertitude, une autorité peut prendre en charge les éléments successoraux. Mais elle peut aussi les abandonner à un successeur qui a une qualité certaine⁶⁴: le successeur légal. Celui-

60 *Kirchhofer*, p. 60.

61 Art. 459 CCit.; la succession s'acquiert par l'acceptation, les effets de l'acceptation remontent au jour de l'ouverture de la succession, *Ferid/Firsching*, Italien, n. 197 ss.

62 Sauf dans les cas où un curateur de la succession a été nommé selon l'art. 528 CCit. (art. 460 al. 3 CCit.).

63 *Ferid/Firsching*, Italien, n. 203.

64 Sauf s'il est évincé par le successeur testamentaire.

ci ne pourra disposer des éléments avant que le défaut de légitimation du premier ne soit établi (*infra* p. 55).

b. Protection des créanciers successoraux contre une dilapidation de la masse successorale

Ici l'autorité intervient pour assurer que l'actif successoral est effectivement réservé à sa fonction de garantie des dettes du de cujus. Elle peut le faire en s'interposant en qualité de titulaire des droits du de cujus entre le de cujus lui-même et le bénéficiaire. Avant de transférer le reliquat au successeur, elle éteint toutes les dettes et charges grevant la succession. Ce reliquat peut consister dans les droits n'ayant pas été aliénés pour épurer la succession, donc des droits ayant appartenu au de cujus, ou dans un produit de liquidation en espèce. Ce qui est caractéristique dans cette hypothèse, c'est que le bénéficiaire n'est pas ayant droit direct du de cujus, même si des droits lui sont transférés en nature. Elle peut, et ce serait un moyen efficace bien que moins fort, prendre tout le règlement des dettes en ses mains, sans pour autant devenir titulaire des droits en question. Par ce biais, elle paie les dettes en liquidant un patrimoine qui appartient à autrui, c'est-à-dire au successeur.

IV. Conclusion

Cette analyse nous a montré le rapport étroit qui existe entre les différentes fonctions du règlement successoral. Le rôle de l'héritier varie fortement en fonction des droits qui lui sont attribués: la succession en son intégralité ou le reliquat d'une procédure de liquidation de la succession. Dans la première de ces hypothèses — qui nous intéresse le plus — on a notamment remarqué que l'attribution du pouvoir de fait sur la succession dépend nécessairement de l'acceptation par le successeur d'une responsabilité personnelle pour les dettes héréditaires. Cette corrélation se révélera comme un des éléments les plus importants dans l'analyse de la mise en oeuvre du règlement international des successions (*infra* p. 70 ss).

Sous-titre 2e Les domaines d'application de la loi personnelle
et de la loi réelle

Déterminer les modalités permettant un concours idéal des lois personnelle et réelle dans la mise en oeuvre du transfert de propriété prévu par la loi successorale, telle est la préoccupation majeure de ce travail. On a déjà indiqué (supra p. 5) que la présente étude est basée sur le principe de la soumission de l'acte causal du transfert successoral à la loi personnelle (supra p. 4 s) de sorte que les deux termes, loi personnelle et loi successorale, se confondent pour les besoins de ce travail.

Les expressions loi successorale et loi réelle ont ici une acception concrète. Elles visent des normes et institutions des différents droits internes. Est successorale ou réelle une norme qui répond à des critères qu'il s'agit de préciser ici.

Les deux règles qu'on développera, l'une précisant la fonction et le domaine de la loi personnelle, l'autre ceux de la loi réelle fourniront une assise théorique à notre étude. Les deux grands principes suffiront pour qualifier toutes les institutions qui intéressent. On n'aura donc pas à se préoccuper des divergences qui existent entre les différentes législations et dans la doctrine au sujet de la délimitation exacte des deux lois.

D'autres classifications des lois sont possibles⁶⁵; on en fera abstraction. A notre avis, le recours au statut des actes et faits juridiques⁶⁶ notamment, ne nous avance pas; il ne suffit pas pour déterminer le rattachement des institutions relatives au transfert successoral (infra p. 74 ss). Encore s'agit-il de déterminer la fonction d'une telle institution et les intérêts en cause. Cette décision fondamentale sera alors faite sur la base des développements qui suivent (cf. titre Ier, sous-titre 3e, IV et titre IIe sous-titre 3e II). Ainsi, la détermination de la loi applicable à l'attribution du pouvoir effectif sur une chose, comme p.ex. l'envoi en possession, art. 1008 CCiv, ou la décision prévue à l'art. 556 al. 3 CCS, tous

65 Cf. p.ex. *Batiffol/Lagarde*, n. 266 ss I p. 340 ss, *Francescakis*, op. cit. (supra p. 8 n 3), n. 213 ss.

66 *Batiffol/Lagarde*, n. 634 II p. 334, cf. infra p. 74.

deux exemples d'actes juridiques, implique l'analyse de la nature et de la fonction de ces actes.

Par la suite, on examinera la définition, la fonction, le domaine des deux lois successorale et réelle.

I La loi personnelle

A) Définition

L'expression "loi personnelle" a la même double signification que celle de "*statuta personalia*" utilisée par l'école des statuts. Elle désigne d'abord les normes de droit matériel qui régissent la personne, objet du rattachement⁶⁷. Elle vise aussi les normes du droit domiciliaire, par opposition au droit du situs, remplaçant ainsi l'objet du rattachement par le facteur de rattachement⁶⁸.

C'est dans sa première acception que l'expression sera ici utilisée. Il importe, dans un souci de clarté, d'éviter d'englober des institutions rattachées à la personne pour des motifs étrangers à ceux qui justifieront plus loin l'application de la loi personnelle⁶⁹. Ce qui caractérise les lois personnelles par rapport aux autres lois, c'est qu'elles visent la personne, non à travers un acte juridique ou une chose, mais en la prenant comme objet⁷⁰.

B) Fonction des lois personnelles et justification de leur application extraterritoriale

Les lois personnelles régissent la personne en tant que telle, elles définissent l'état de cette personne, représentant "la condition de la personne dans la famille ou dans la société à laquelle elle appartient"⁷¹. L'état constitue, comme on le voit, "la somme des droits et devoirs attachés à la condition sociale de l'individu"⁷¹.

67 *Kegel*, p. 195.

68 *Kegel*, loc. cit.

69 Ainsi le Tribunal fédéral suisse est arrivé à rattacher le contrat à la loi du domicile de la partie fournissant la prestation typique, cf. *Vischer*, p. 173.

70 *Batiffol/Lagarde*, n. 279 I p. 354.

71 *Pillet (A)*, Traité pratique de droit international privé, Grenoble/Paris 1923. n. 238 p. 501.

Le besoin de stabilité des normes définissant la situation juridique d'un individu a pour conséquence leur valeur extraterritoriale⁷². Cette extraterritorialité empêche l'individu de se soustraire aux effets de sa propre loi par un simple déplacement à l'étranger, l'autorité de la loi (personnelle) se trouve ainsi consacrée⁷³.

C) Domaine de la loi personnelle

La loi personnelle détermine les qualités essentielles à une participation de l'individu à la vie juridique, sa situation dans la collectivité où il vit⁷⁴. Elle régit la capacité de jouissance des droits civils⁷⁵ et de "toutes les institutions du droit qui constituent et servent à déterminer la personnalité"⁷⁶. Le rattachement de la capacité civile n'est pas uniforme. Les droits continentaux optent pour la loi personnelle⁷⁷, les droits anglo-saxons pour la loi du contrat⁷⁸.

Les attributs décisifs de la personne ne se cantonnent pas à ces seules qualités personnelles que sont son état et sa situation familiale. L'aspect patrimonial a, lui aussi, une grande importance. Tout individu est titulaire d'un patrimoine qui peut être considéré "comme le prolongement et l'expression de la personnalité de l'homme"⁷⁹. "Le patrimoine est un corollaire de la personnalité de l'homme: il est cette personnalité-même, envisagée sous un aspect particulier"⁸⁰. Donc, il est justifié de considérer le patrimoine et, partant, aussi la succession, comme partie de la personnalité de son titulaire et de la soumettre au même statut personnel. Le patrimoine est constitué par tous les droits et devoirs dont l'individu est titulaire. Le sort du patrimoine affecte alors nécessairement les droits sur les biens qui en dépendent. D'autre part, la soumission des biens patrimoniaux au statut personnel, en leur qualité d'éléments de ce patrimoine, ne peut les soustraire à l'emprise de la loi réelle qui les régit ut singuli⁸¹ (infra p. 39).

72 *Batiffol/Lagarde*, n. 269 I p. 344.

73 *Batiffol/Lagarde*, n. 269 I p. 345.

74 *Batiffol/Lagarde*, loc. cit.

75 Sous réserve de l'ordre public qui ferait échec à une loi étrangère qui la dénierait à un individu. Sur le début et la fin de la personnalité, cf. *Vischer*, DIP, p. 51 s.

76 *Vischer*, DIP, p. 44, citant l'ATF 33 I 776, JT 1908 I 348. Cette clause générale inclut le nom, l'état civil et les relations de famille.

77 *Vischer*, DIP, p. 57 s; pour les exceptions, cf. p. 59 s.

78 *Dacey and Morris*, rule 130 p. 744 ss.

79 *Petitjean*, n. 58 p. 33.

80 *Petitjean*, n. 59 p. 34, avec une citation de *Aubry et Rau*.

81 *Frankenstein*, I p. 509 s, *Vischer*, p. 162.

D) La détermination de la loi personnelle

La définition même des lois personnelles d'une part, les fonctions qui impliquent la nécessité de leur extraterritorialité d'autre part, limitent les rattachements possibles à ceux qui ont la personne pour support direct. Il s'agira donc, par ordre de stabilité décroissant, de la nationalité, du domicile ou de la résidence habituelle⁸².

II La loi réelle

A) Définition

Dans leur définition des lois réelles, Batiffol et Lagarde englobent "l'ensemble des règles juridiques déterminées par la loi de la situation du bien qu'elles ont pour objet"⁸³. On s'aperçoit qu'il s'agit de la définition basée sur le facteur de rattachement. On pourrait évoquer la seconde approche déjà vue lors de la description du statut personnel et basée sur l'objet du rattachement (cpr. supra p. 33): Nous trouverions alors "les règles qui définissent le régime des biens". Ici encore, comme pour la définition du statut personnel, nous préférons cette version qui s'attache à l'objet des lois. Il est préférable d'utiliser une définition qui met clairement en lumière l'élément décisif de la définition, à savoir la fonction attribuée à la loi réelle⁸⁴.

Ce qui distingue les lois réelles des autres lois, c'est qu'elles ont pour objet les biens, en tant que tels, indépendamment de tout rapport entre les sujets de droit. Cette constatation n'est aucunement une prise de position sur la question de savoir dans quelle mesure on veut soumettre également des rapports entre personnes à la loi réelle. Ceci est même le problème principal à résoudre dans cette étude basée sur la scission stricte entre l'acte causal et la réalisation de ses effets réels. Les raisons qui justifient l'intervention de la *lex rei sitae* serviront de guide dans la détermination des normes et institutions à soumettre directement à la *lex rei sitae*, car faisant partie du statut réel. Bien plus, elles seront décisives lorsqu'il s'agira d'examiner si l'acte causal, c'est-à-dire le cas successoral en tant que tel, doit être soumis à la *lex rei sitae* (infra p. 74 ss).

82 *Batiffol/Lagarde*, n. 381 II p. 5.

83 N. 503 II p. 145.

84 Ainsi on élimine les domaines rattachés à la *lex rei sitae* pour d'autres motifs, comme p.ex. les contrats de vente portant sur des immeubles, qui sont, en jurisprudence suisse, soumis à la *lex rei sitae* en application du principe général du rattachement des obligations contractuelles à la prestation la plus caractéristique, cf. *Vischer*, DIP, p. 183.

B) Fonctions des lois réelles et justifications de leur rattachement

Les lois réelles régissent, on vient de le dire, les biens en tant que tels. Elles leur confient des qualités déterminées dont il faut tenir compte chaque fois qu'un bien est mis en cause dans une relation juridique. L'application impérative de la *lex rei sitae* à toute question touchant le régime d'un bien est destinée à assurer la sécurité du droit. Dans cette mesure elle sert l'intérêt de toutes les personnes concernées⁸⁵ :

1. Les parties ont intérêt à voir la *lex rei sitae* s'appliquer, parce que c'est bien au lieu de situation de son objet matériel que se concrétise le rapport juridique qui les lie⁸⁶. Elles ont intérêt à savoir à quelle loi il faut se référer pour connaître les prérogatives attachées au droit qu'elles entendent créer ou transférer. La situation du bien leur offre une loi aisément déterminable et de plus, "impartiale", un bon compromis entre leurs lois nationales.

2. Mais d'une manière encore plus nette, ce principe a pour but fondamental la sauvegarde des intérêts des tiers. Il leur permet de déterminer la loi qu'ils doivent consulter pour tirer des conclusions juridiques d'un certain état de fait. La "sécurité dans les transactions"⁸⁷ basée sur l'apparence exige donc l'application de la *lex rei sitae* au régime des biens⁸⁸.

3. L'Etat en tant que détenteur de la puissance publique a évidemment intérêt à ce que la sécurité dans les transactions se réalise sur son territoire, puisqu'elle est nécessaire pour éviter des conflits qui risqueraient de venir troubler l'ordre public.

Le régime juridique qui détermine la situation d'un sujet ou d'un objet de droit dans la vie juridique, doit se dégager de toutes les influences extérieures au lien entre l'élément concerné et l'ordre juridique. C'est la stabilité du régime qu'il s'agit d'assurer. Nous avons déjà évoqué les conséquences d'un tel principe lors de l'étude des lois définissant le statut des personnes (*supra* p. 33 s). Le raisonnement est ici analogue :

Pour trouver pleine efficacité, le régime du bien doit s'imposer chaque fois que ce bien est mis en cause par un acte juridique et il doit aussi s'opposer à tout tiers. C'est le principe de la validité *erga omnes* des droits réels. Celle-ci entraîne une conséquence importante: il faut trouver un système qui permette aux tiers de connaître l'existence et la nature de tels droits. C'est en d'autres termes, le problème de la publicité des droits réels⁸⁹. Cette publicité ne peut remplir son rôle que si tout bien situé sur le territoire lui est soumis. C'est dans cette nécessité que réside la justification de l'application de la *lex rei sitae* à toute question

85 *Batiffol/Lagarde*, n. 267 I p. 342 s.

86 *Batiffol/Lagarde*, n. 267 I p. 342.

87 *Verkehrssicherheit*.

88 *Kegel*, p. 327, *Vischer*, DIP, p. 160; cpr. cependant *Batiffol/Lagarde*, n. 283 I p. 358 s.

89 Cpr. *Batiffol/Lagarde*, n. 283 I p. 358.

d'ordre réel. Principe de publicité et application de la *lex rei sitae* sont donc les conséquences, l'une sur le plan interne, l'autre sur le plan international, d'une même préoccupation.

A un niveau plus abstrait, l'application de la loi de la situation correspond à la règle de conflit générale qui recherche la loi ayant avec la situation les liens les plus étroits, ou qui se réfère au contenu caractéristique d'un tel rapport juridique⁹⁰. Elle correspond à l'idée que "la localisation la meilleure pour un rapport juridique est celle qu'indique son objet matériel, s'il en a un"⁹¹.

La justification de l'application de la *lex rei sitae* par le besoin de la sécurité des transactions, pose un problème fondamental: Si les mesures imposées par la loi de la situation ne sont pas à même de préserver, ou ne sont pas nécessaires pour sauvegarder ces intérêts, est-ce qu'il convient de maintenir l'exigence de leur respect au plan international par la soumission de l'effet translatif à la *lex rei sitae*? Cette interrogation s'impose en considération d'une certaine opposition au principe de la dualité du transfert de la propriété. En effet, ce transfert se compose, en droit suisse et en droit autrichien p.ex., d'un acte abstrait conventionnel et d'un acte réel de publicité. Ainsi, Süss essaie de démontrer que le système de publicité ne peut plus remplir sa fonction de protection de la sécurité des transactions⁹². Pour lui, le système de publicité a toléré un trop grand nombre d'exceptions et de substitutions pour être encore efficace. Le traitement spécial qui est réservé au transfert de la propriété par rapport à celui d'autres droits, de créance p.ex., ne se justifie du reste pas⁹³.

Ligeropoulos, quant à lui, essaie de réduire, voire d'éliminer, l'importance du concept de l'universalité de la succession dans la réglementation de la transmission successorale⁹⁴. Il le considère comme une construction juridique dénuée d'intérêt, puisque le droit positif règle suffisamment les questions pratiques. Il explique l'exemption pour le transfert successoral des modalités qui sont exigées pour le transfert entre vifs, exemption qui est généralement déduite du caractère de transfert à titre universel⁹⁵, par des considérations pratiques, comme p.ex. l'"économie des moyens"⁹⁶. Il insiste notamment sur l'inutilité qu'il y a de vouloir protéger les tiers en exigeant, pour chaque chose mobilière, une prise de possession particulière, puisque le *de cuius* ne peut pas mettre en danger les droits acquis par un tiers en aliénant le même bien une deuxième fois⁹⁷. En résumé, il prétend que l'exemption de la transmission successorale des formalités de transfert de la propriété ordinaire n'est pas une conséquence du principe de

90 Schnitzer, II p. 562.

91 Batiffol/Lagarde, n. 267 I p. 342.

92 Das Traditionsprinzip – ein Atavismus des Sachenrechts, dans *Mélanges Wolff*, Tübingen 1952, p. 141 ss, notamment p. 162 s.

93 Op. cité p. 162 s.

94 Op. cité.

95 Escher, n. 3 rem. prél. ad 560 ss.

96 Op. cité p. 10 et p. 33.

97 Op. cité p. 48

l'universalité, mais la conséquence logique de la situation des intérêts en cause, c'est-à-dire de l'absence de besoin de protection des tiers, acquéreurs éventuels d'éléments de la succession⁹⁸.

A vrai dire, ces réflexions, présentées dans une étude circonscrite au seul droit interne, trouvent leur véritable importance au niveau international: Si la justification générale de l'application de la *lex rei sitae* aux effets réels ne se vérifie pas⁹⁹, faut-il pour autant maintenir la soumission du transfert des droits de la *lex rei sitae* ou bien faut-il l'abandonner? La deuxième opinion semble être défendue par Kegel¹⁰⁰ qui veut soustraire le transfert d'une universalité de droit à l'emprise de la *lex rei sitae*. Le contenu de cette affirmation n'est cependant pas clair: Est-elle perçue dans le sens d'une restriction générale du champ d'application de la *lex rei sitae* ou dans celui d'un strict cantonnement au DIP allemand – où la règle s'explique par le transfert automatique de la succession prévu en droit interne? Au demeurant, il se peut aussi que l'intervention de la *lex rei sitae* soit visée par la réserve expresse de la "sachenrechtliche Ordnung"¹⁰¹.

Les problèmes que soulève une telle affirmation s'avèrent encore plus importants en matière de transfert par effet des régimes matrimoniaux. La soumission du transfert aux mesures de publicité est amplement justifiée, puisque le danger de dispositions multiples sur un même droit est réel. Mais plus important encore, le transfert par l'effet des régimes matrimoniaux pose deux problèmes, relatifs à l'application du principe selon lequel le transfert à titre universel est exempté des formalités locales¹⁰².

1) Quand s'agit-il d'une succession universelle? Interrogation légitime si l'on veut bien se rappeler que ce n'est pas toujours tout le patrimoine, dans son aspect d'universalité, qui est visé? C'est là une question fort délicate.

2) Quel effet faut-il attendre d'un transfert qualifié "à titre universel"? Sera-ce vraiment l'exemption de toute formalité du transfert, quant à ses effets entre les parties et envers les tiers? Ne pourrait-on pas néanmoins envisager la soumission de ces effets à une formalité qui pourrait être la modalité ordinaire du transfert ou un mode de publicité spécial¹⁰³?

Ces hésitations en droit interne laissent mal augurer de solutions harmonieuses au niveau international. Aussi, ce pressentiment permet-il d'opter pour une subordination du transfert des droits *ut singuli* à la *lex rei sitae*, indépendamment de leur appartenance à une universalité transférée automatiquement

98 Op. cité p. 33

99 Comme c'est, selon ces auteurs, le cas en l'espèce.

100 p. 329: "Der Uebergang dinglicher Rechte und Pflichten durch Gesamtnachfolge (insbesondere durch Erbgang, im Ehe- und Kindesgüterrecht, durch gesellschaftsrechtliche Tatbestände) geschieht unabhängig von der *lex rei sitae*"; cf. infra p. 105.

101 p. 329.

102 Cf. sur ces questions Kury, p. 30 en ce qui concerne l'art. 215 CCS, et p. 31 ss en ce qui concerne l'art. 199 CCS.

103 P.ex. l'inscription dans un registre (des régimes matrimoniaux p.ex.), cf. Kury, p. 31 et les références.

par la loi causale. Il y va de la sécurité des affaires que les modalités du transfert soient respectées, même si elles devaient se révéler en droit interne quelque peu inefficaces. Seule la loi réelle pourra apprécier l'efficacité des modalités de transfert¹⁰⁴.

La fonction principale de l'intervention de la *lex rei sitae* est la sauvegarde de la sécurité juridique. La *lex rei sitae* remplit cette fonction de deux manières :
 — D'abord, le principe d'application de la *lex rei sitae* élimine les doutes quant à la loi applicable et assure donc une situation juridique claire (*Rechtssicherheit*). C'est ce qu'on peut appeler son effet indirect qui intervient, en premier lieu, pour justifier la soumission du transfert de la propriété à la *lex rei sitae*¹⁰⁵.

— Mais l'intervention de la *lex rei sitae* a un effet protecteur plus direct encore, dans la mesure où elle régit le pouvoir de fait sur les droits. C'est en réglant les questions du pouvoir de disposition qu'elle sauvegarde directement les intérêts des créanciers du titulaire du droit. C'est le cas non seulement en matière de privilèges, hypothécaires ou autres, et de droits de réserve de propriété, mais encore dans tous les cas où le transfert de l'actif implique également le transfert d'un passif correspondant, c'est-à-dire, dans les cas de transfert d'une universalité.

C) Domaine d'application de la loi réelle

Le statut réel est appelé à régir deux groupes de questions :

1. D'une part, la loi réelle circonscrit le cercle des droits réels opposables à un tiers, aux seuls droits énumérés par la loi. C'est une conséquence naturelle du principe du *numerus clausus* des droits réels¹⁰⁶ en droit interne. Il est impossible de créer de nouveaux droits, et donc de faire varier le contenu de ceux qui existent, puisque la *lex rei sitae* a défini le contenu admissible de ces droits.

2. D'autre part, la loi réelle décide de la création et de tout changement qui affecte ces droits¹⁰⁷. Avant de reconnaître qu'une loi étrangère entraîne des effets sur un droit, encore convient-il de vérifier d'abord que la *lex rei sitae* estime que ce droit y soit soumis. C'est le problème de la reconnaissance du statut patrimonial (*Gesamtstatut*) par le statut réel (*Einzelstatut*).

104 *Batiffol/Lagarde*, n. 658 II p. 368.

105 L'étude de l'intervention de la *lex rei sitae* dans la transmission successorale montrera que ce rôle indirect peut s'effacer presque complètement. En effet le règlement successoral n'est qu'une phase intermédiaire, de transition, où ces considérations d'ordre n'ont qu'une importance fort réduite, cf. *infra* p. 81.

106 *Batiffol/Lagarde*, n. 513 ss II p. 157 ss, *Vischer*, DIP, p. 160.

107 *Schnitzer*, II p. 568, *Vischer*, DIP, p. 160.

Puisque l'intérêt de ce travail réside dans la transmission d'un patrimoine, c'est plus l'intervention de la *lex rei sitae* en matière de transfert, que la détermination ou le contenu des droits réels, qui nous préoccupe. Aussi notre attention porte-t-elle surtout sur ce premier aspect.

Etant donné que la *lex rei sitae* exerce le pouvoir effectif sur un bien¹⁰⁸ situé sur le territoire de l'Etat qui l'a édictée, c'est elle qui décide si ce bien peut être propriété d'une personne privée, d'un étranger etc., ou s'il peut appartenir à un patrimoine, universalité de droit¹⁰⁹, régi par un droit étranger¹¹⁰. Elle décide donc, si un droit est affecté ou non par le fait causal commandé par une loi étrangère, qui peut être p.ex. une loi successorale. La non-reconnaissance de l'appartenance à cette universalité doit être distinguée de l'exclusion de la réalisation des effets réels, due à une incompatibilité avec l'ordre réel du lieu de situation¹¹¹. Dans le premier cas, la propriété ne passe pas du tout aux successeurs désignés par la loi causale, tandis que dans le deuxième elle leur sera acquise, sous condition toutefois de l'adaptation aux impératifs de la *lex rei sitae*.

L'hypothèse de la "non-reconnaissance" déborde le cadre de ce travail; il convient néanmoins de s'y arrêter brièvement pour la raison qu'elle met très clairement en exergue la différence entre l'aspect abstrait, purement numérique, du transfert successoral, et son aspect réel. La question se pose dans les relations entre les pays qui soumettent la dévolution des immeubles, non à la loi personnelle, mais à la loi réelle comme la France, l'Autriche, les Etats-Unis etc. et les pays qui, eux, connaissent l'unité de la succession; ainsi la LRDC (art. 22) soumet toute la succession à la loi du dernier domicile. La pratique reste embarrassée quant à l'application de ce principe, notamment, à cause du défaut d'une jurisprudence probante¹¹² en la matière. Les notaires renoncent, en général, à un prélèvement sur les biens sis en Suisse pour compenser la dévolution effective divergente des immeubles étrangers, sauf en ce qui concerne le calcul de la réserve qui se fait sur la base de toute la masse¹¹³. Si l'attitude de la pratique est compréhensible dans ces circonstances, il est étonnant de constater que le pro-

108 *Batiffol/Lagarde*, n. 267 1 p. 342.

109 Cf. p.ex. *Batiffol/Lagarde*, n. 535 II p. 187.

110 *Frankenstein*, 1 p. 509 s.

111 Cf. p.ex. *Vischer*, DIP, p. 162.

112 Cf. néanmoins un arrêt ancien du Tribunal de district de Zurich du 12 décembre 1913 (BIZR 1916 n. 41 p. 66), qui jugeait que la succession d'une défunte domiciliée en Suisse était régie exclusivement par le droit suisse, et que le partage de cette succession, à opérer selon le droit suisse, devait englober tous les biens héréditaires où qu'ils soient situés.

113 Réponse suisse au questionnaire établi par *Droz* pour la 12^e Conférence de La Haye, op. cité II-110.

jet de codification du DIP (art. 87 al. 2) instaure formellement cette entorse au principe de l'unité¹¹⁴. Trois raisons principales furent invoquées:

1. D'abord celle de la *Näherberechtigung*: La situation d'un immeuble serait un rattachement assez fort pour évincer la loi successorale, même en ce qui concerne la dévolution.

2. Ensuite, en termes de justice, la valeur de chaque ordre successoral est relative; aussi ne doit-on pas préférer le sien aux autres.

3. L'argument décisif était cependant l'inefficacité d'un jugement suisse sur un immeuble sis dans un pays scissionniste¹¹⁵.

Le maintien du principe d'unité nous paraît cependant préférable pour deux raisons:

1. La détermination de la masse de calcul pour la dévolution n'implique pas un pouvoir de fait sur les objets; elle ne dit rien sur la question de savoir si la répartition ainsi calculée peut être réalisée. Il s'agit là de déterminer la répartition d'un ensemble de biens — selon une idée de justice et de considérations familiales — ce qui devrait se faire sans égard aux normes étrangères, quitte à constater après que la réserve p.ex., ne peut pas être pratiquement attribuée avec les biens, meubles ou immeubles, situés en dehors des pays scissionnistes.

2. La raison pratique appelée à justifier cette solution contestable, est la possibilité, pour les autorités du lieu de situation des immeubles, de corriger à leur tour à titre de rétorsion le résultat par une répartition compensatoire des immeubles sis sur leur territoire. Personnellement, un tel danger nous échappe. En effet, la justification même de la distribution des immeubles par la loi locale, pour autant qu'on est prêt à l'accepter, s'énonce ainsi: "Chaque Etat doit rester libre de régler comme il l'entend la situation réelle et successorale des biens, en particulier des immeubles situés sur son territoire"¹¹⁶. Il s'ensuit que l'intérêt de la *lex rei sitae* ne porte que sur le sort des immeubles sis dans le pays et considérés comme éléments de l'économie.

114 Schlussbericht der *Expertenkommission* zum Gesetzesentwurf, Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Zurich 1979, p. 173.

115 Op. cité, p. 176.

116 *Vischer*, DIP, p. 145.

Cette parenthèse fermée, il s'agit d'examiner le rôle que joue la *lex rei sitae* pour le transfert de la propriété. La loi réelle énumère les titres d'acquisition reconnus, c'est-à-dire, les faits et les actes juridiques qui sont acceptés comme "causes" de transfert¹¹⁷. Elle détermine aussi les modalités de transfert, absence de formalités, transfert de la possession ou substitut, inscription dans un registre, nécessaires pour donner effet au transfert entre les parties ou envers les tiers. La relation qui existe entre les titres et les modalités de transfert sera étudiée ultérieurement (infra p. 67 ss).

Cette intervention de la loi réelle dans la réalisation du transfert de la propriété n'est, dans son fonctionnement, pas singulière en soi; de même, le transfert d'autres droits¹¹⁸ nécessite la participation de la loi à laquelle chacun d'entre eux est soumis. Ainsi, il est incontestable que les modalités auxquelles est soumis le transfert d'un brevet — selon la loi qui l'a créé et qui le protège — doivent être respectées¹¹⁹. Il en est de même encore, si le transfert de la qualité de sociétaire est subordonné à l'accomplissement de certaines formalités. Il peut s'agir p.ex. de l'inscription dans le registre des actionnaires pour les actions nominatives du droit suisse. Le transfert par succession d'une créance dépend également de l'accord de la loi qui le gouverne, que ce soit la loi de sa source ou "la loi de la créance" déterminée par sa localisation fictive au domicile du débiteur. Ces questions-ci dépassent cependant le cadre de ce travail.

La loi réelle est également déterminante pour le régime de la possession¹²⁰: D'abord, la possession joue un rôle important dans le transfert de la propriété. Mais surtout, la soumission du régime de la possession s'explique par le rôle de sauvegarde de la sécurité des transactions que la *lex rei sitae* doit remplir. En effet, c'est bien la possession, en tant que rapport matériel¹²¹, qui fait connaître les droits réels aux tiers.

La notion et les éléments constitutifs de la possession varient dans les droits internes et font apparaître l'influence, soit du droit romain, soit du droit germanique¹²². Notons qu'ils sont aussi marqués par les besoins de la vie de tous les jours et des transactions¹²³. Ainsi le droit français, fidèle au droit romain, exige l'*animus domini*¹²⁴ et ne connaît pas la possession dérivée¹²⁵ comme p.ex. celle du locataire d'une chose. Les droits suisse et allemand, par contre, sont moins

117 Cf. p.ex. *Tuor/Schnyder*, p. 570.

118 P.ex. de droits de propriété intellectuelle, droits de créance etc.

119 *Raymond*, p. 259.

120 *Batiffol/Lagarde*, n. 522 II p. 167, *Kegel*, p. 328.

121 Ou, par une extension due aux besoins de la vie des affaires, idéal.

122 *Tuor/Schnyder*, p. 501.

123 *Seufert (G), Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III Sachenrecht, 11e éd., Berlin 1956, n. 1 rem prélim. avant 854 ss.

124 *de Juglart*, Biens, n. 1426 p. 158.

125 *Böhmer/Lehmann/Bold*, op. cité (supra p. I n. 1) n. 186 ad 1922.

stricts, quant à cet élément de l'*animus*¹²⁶, et admettent la possession dérivée. Avant la révision du CCiv en 1975 qui conférait les actions possessoires au simple détenteur¹²⁷, comment pouvait-on admettre que le locataire d'une chose située en France invoque devant les tribunaux français le droit suisse régissant le contrat de bail, pour demander protection de sa possession? L'exigence de *corpus*, maîtrise effective de la chose, deuxième élément constitutif de la possession, peut également se voir qualifiée de diverses manières¹²⁸. Il en est de même pour les effets de la possession qui varient selon les législations. Il n'est que de penser au rôle de protection du droit, rempli par la possession¹²⁹. Elle ne pourra être efficacement assurée que par les tribunaux du lieu de situation, selon la *lex rei sitae*.

Pour ces raisons on peut même dire que la possession, c'est-à-dire la détermination de ses formes et de ses effets, est le domaine d'application privilégié de la *lex rei sitae*.

D) Détermination de la loi réelle

Il va de soi que la loi régissant le régime d'un bien est déterminée par la localisation dans l'espace de ce bien.

126 *Tuor/Schnyder*, p. 503 s, *Seufert*, op. cité n. 3 ad 854.

127 *de Juglart*, Biens, n. 1426 p. 158.

128 Cf. *Seufert*, op. cité n. 2 ad 854.

129 Cpr. sur ce point le droit suisse, *Tuor/Schnyder*, p. 514 ss et le droit français, *de Juglart*, Biens, n. 1457 ss p. 179 ss.

Sous-titre 3e Les mécanismes de transmission en droit interne

La transmission successorale pose une multitude de questions juridiques qui découlent de la disparition d'un sujet de droits et d'obligations, et que nous avons englobées dans la formule générale "règlement successoral" (cf. le sous-titre Ier). Plusieurs branches de l'ordre juridique vont intervenir au cours du règlement, aussi une parfaite cohérence doit-elle exister entre les différentes branches d'un même droit interne (infra p. 52).

Au plan international cependant, l'application d'une loi successorale étrangère aux biens soumis à la loi réelle interne peut rendre nécessaire l'application combinée de deux lois basées sur des principes différents. La combinaison de deux lois, en vue d'une répartition déterminée des fonctions de chacune d'elles, nécessite une qualification préalable des normes et institutions de droit interne. On ne pourra pas se fier à leur classement formel dans les rubriques respectives du droit des biens et droit des successions¹³⁰. Ce qui compte, c'est leur caractère véritable.

Telle sera la préoccupation d'un premier chapitre. Fidèle à la ligne directrice de ce travail, on examinera :

- D'une part, les dispositions des droits internes qui régissent le fait causal ;
- d'autre part, les dispositions qui déterminent l'incidence de ce fait causal sur les biens¹³¹.

Le deuxième chapitre, quant à lui, sera consacré à l'étude plus approfondie de quelques institutions de transmission successorale complexes. Toutes étant caractérisées par l'intervention de l'autorité dans le transfert de la propriété et de

130 Non seulement parce que ces rubriques ne correspondent pas nécessairement l'une à l'autre dans les différents ordres juridiques, mais encore parce que la distinction n'est faite de manière nette, cf. infra p. 105.

131 Pour la distinction, cf. *Frankenstein*, IV p. 322.

la possession effective, il conviendra de définir la fonction véritable de la procédure. Ce sera là une base pour la discussion sur la prétention ou la non-prétention d'extraterritorialité des institutions successorales et des actes des autorités.

I Titre et mode de transfert en droit interne

Tout transfert d'un droit réel est déclenché par un certain fait juridique qui peut être de nature matérielle¹³², ou un acte juridique¹³³. C'est la cause du transfert. L'ouverture de la succession constitue une telle cause. C'est une cause qui caractérise une réglementation particulière dictée par sa nature propre de transmission de tout un patrimoine. Dans un premier temps, nous étudierons cette réglementation dans divers droits internes et dans un second temps, nous analyserons l'autre aspect du transfert, à savoir les modalités de sa réalisation.

A Les dispositions régissant l'acte causal

1) Généralités

Chaque ordre juridique qui connaît l'institution "succession" attache des effets bien précis à un fait déterminé. Si en droit interne il n'y a pas de difficultés à définir ce fait, constitué par le décès, les choses se compliquent en droit international. A vrai dire, il ne s'agit ici que de soulever la question; la réponse sera propre à chaque ordre juridique; elle se confond avec celle du rattachement de la transmission de la succession dans le droit international privé de l'ordre juridique concerné. En effet, le DIP peut prescrire que les règles de transmission¹³⁴ du droit interne s'appliquent à toutes les successions d'un national ou d'une personne domiciliée sur le territoire national. Le fait causal est alors la disparition d'un sujet de droit (ou titulaire d'un patrimoine) soumis, pour sa succession, à ce droit; c'est le sort de tout un patrimoine qui est en cause. Mais le DIP peut aussi prescrire que ces règles s'appliquent à tous les éléments du patrimoine d'une personne défunte quelconque, située sur le territoire national; c'est dire que le fait causal est la disparition du sujet d'un droit quelconque situé, corporellement ou non, sur le territoire; c'est le sort d'éléments du patrimoine du défunt pris isolément — *ut singuli* — qui est en cause.

132 P.ex. l'écoulement du temps pour la prescription acquisitive.

133 P.ex. un contrat de vente.

134 La même remarque vaut aussi pour les dispositions sur la dévolution.

2) Les diverses étapes de l'acquisition

Il est rare que l'acquisition des droits laissés par le défunt soit un processus parfaitement automatique. Si tel est le cas, en fait, dans l'hypothèse d'un héritier légal unique (en l'absence d'un successeur institué) ayant vécu avec le défunt et se trouvant donc déjà en possession des éléments de la succession, une analyse théorique montre, néanmoins, que ce fait "unique" se découpe juridiquement en plusieurs étapes¹³⁵ :

- La dissolution du lien entre l'ancien sujet et l'objet de droit,
- L'attribution de la qualité de bénéficiaire,
- L'acquisition de la propriété des éléments de la succession,
- L'acquisition du droit de disposition sur les droits attribués.

Dans des systèmes dits inorganisés, une complication supplémentaire apparaît, du fait que ces opérations sont souvent simultanées¹³⁶ ou que leurs effets le sont¹³⁷. Ces distinctions ne sont pas seulement d'intérêt théorique; au contraire, chaque étape de l'acquisition peut appeler la participation de la loi successorale et de la loi réelle. On essaiera de démontrer si la *lex rei sitae* doit intervenir, et si tel est le cas, alors dans quelle mesure elle devra prêter son concours pour réaliser les étapes successives de l'acquisition.

a) La dissolution du lien entre sujet et objet de droit

Le décès d'une personne constitue, juridiquement, la disparition d'un sujet de droit. Il entraîne la destruction du double lien matériel et intellectuel qui unissait le propriétaire et la chose¹³⁸. Mais qu'arrive-t-il aux biens détachés de leur sujet, quel est le sort des droits affectés par la disparition du *de cuius*?

- Les biens du *de cuius* restent-ils sans maître¹³⁹ ou sont-ils immédiatement transmis à une autre personne¹⁴⁰?
- Constituent-ils une masse personnifiée par leur fonction commune qui se substituerait au sujet de droit¹⁴¹?
- La personnalité se prolonge-t-elle, grâce à une fiction de la loi, au-delà de la mort physique de la personne¹⁴²?

135 *Kirchhofer*, p. 54 ss, *Gschnitzer*, *Erbrecht*, p. 56 s.

136 Pour celles résultant de la loi, en vertu d'une pure abstraction juridique.

137 Pour les opérations concrètes, par la fiction de la rétroactivité, *Petitjean*, n. 776 p. 408 s.

138 *Verdier (L)*, De la transmission de la propriété mortis causa, en droit français et étranger, Bordeaux 1899, p. 10.

139 Ainsi en droit romain, en l'absence d'*heredes sui*, avant la *aditio*.

140 Ainsi dans les droits ayant adopté la maxime "le mort saisit le vif".

141 Cpr. l'institution anglo-saxonne du *trust*, dont la transmission successorale n'est qu'une application.

142 Ainsi en droit autrichien, art. 547 ABGB.

Dans les trois premières hypothèses, il y a dissolution du lien entre sujet et objet de droit. La quatrième hypothèse ignore une telle dissolution. Elle soulève le problème particulier de la réaction de la *lex rei sitae* face à l'absence d'un sujet de droit véritable.

b) L'acquisition de la qualité d'héritier

C'est la loi régissant l'acte causal qui désigne les personnes qui sont appelées à bénéficier de la succession. Elle doit, naturellement, préciser à quel moment celles-ci acquièrent la qualité de successeur de manière définitive¹⁴³, de sorte que cette qualité devienne transmissible à cause de mort. Ce n'est pas de l'acceptation de la succession au sens traditionnel dont il s'agit ici. Ce qui importe, c'est de savoir quand le successible acquiert le droit irrévocable d'accepter la succession. La réglementation la plus logique fixe cette acquisition au moment même du décès. Tel est, p.ex., le cas en droits suisse et français¹⁴⁴, mais aussi en droit italien, où une acceptation positive est exigée¹⁴⁵. Mais il est possible que cette acquisition ne devienne définitive que par un fait propre au successible ou par un acte de celui-ci, une sorte d'acceptation. C'est la solution du droit autrichien, art. 809 ABGB: les successeurs de l'héritier décédé avant son *Antretung*, ne succèdent dans sa qualité d'héritier que si le de cuius n'a pas prévu des *Nach-erben* et n'a pas exclu cette succession. Ceci démontre que l'héritier désigné n'acquiert irrévocablement la qualité d'héritier qu'au moment de son *Antretung*¹⁴⁶. La position du mineur bénéficiaire légal d'une succession anglaise est semblable. Il ne vient à profiter des biens qui lui sont destinés, que s'il atteint l'âge de majorité ou se marie avant. S'il meurt avant de remplir une de ces conditions, les biens ne sont pas attribués à ses héritiers à lui, mais aux bénéficiaires qui, en son absence, auraient profité de la succession¹⁴⁷.

c) Le transfert de la propriété

L'acquisition de la qualité d'héritier était uniquement un problème de droit personnel. Le transfert de la propriété met par contre le régime des biens en jeu. Le transfert de la propriété est déclenché, selon les législations, par différents faits juridiques:

143 *Frankenstein*, IV p. 544.

144 Où, à vrai dire, le problème ne se pose pas puisqu'ils admettent le principe "le mort saisit le vif" qui a des conséquences beaucoup plus importantes que l'acquisition au moment du décès de la qualité d'héritier.

145 *Ferid/Firsching*, Italien, n. 196.

146 *Ligeropoulos*, p. 31.

147 *Ferid/Firsching*, Grossbritannien, n. 109; la situation des bénéficiaires légaux améri-

1. L'acquisition de la propriété des éléments de la succession peut être la conséquence automatique de l'acquisition de la qualité de successeur. Tel est le cas en droit suisse, art. 560 CCS et en droit français, art. 711 CCiv¹⁴⁸.

2. Elle peut aussi résulter de l'acceptation de la succession par le bénéficiaire, donc d'un acte privé de sa part, que ce soit une manifestation de volonté expresse ou implicite. C'est la solution du droit italien, art. 459 CCit.

3. L'acquisition de la propriété peut également être l'effet d'un acte de l'autorité. C'est le cas en droit autrichien pour la *Einantwortung*, art. 797 ABGB, par laquelle l'autorité fait un choix provisoire parmi les prétendants, afin de rendre celui à qui elle aura reconnu la qualité d'héritier titulaire de tous les droits du de cujus et de lui transmettre la possession.

4. La situation est semblable en droit américain ou anglais, en ce qui concerne la remise au bénéficiaire du reliquat après règlement de toutes les dettes par le *personal representative*. Une différence importante réside, néanmoins, dans la fonction de cette intervention: celle-ci n'a pas seulement pour but de vérifier la légitimation des différents prétendants à la succession, mais beaucoup plus, de pourvoir au règlement des dettes successorales. Dans le cas où l'autorité renonce à une administration, le transfert au bénéficiaire est opéré par cette décision-même.

d) *Le transfert du droit de disposition*

L'acquisition du droit de la propriété, en tant que tel, est en général le but final du transfert, puisqu'elle confère toutes les prérogatives résultant de la propriété. Le caractère particulier de la transmission à cause de mort d'une universalité d'actif et de passif justifie, cependant, la dissociation entre le transfert du droit de propriété, droit abstrait, et l'attribution du pouvoir de disposer¹⁴⁹. C'est seulement cette dernière étape qui achève le transfert de la position dont avait joui le de cujus.

En droit suisse, le pouvoir de disposition est subordonné à l'acceptation entraînant la responsabilité personnelle de l'acceptant. L'acceptation peut cependant aussi résulter d'un acte de disposition sortant du cadre de l'administration courante (art. 571 al. 2 CCS). Mais l'acceptation par un quelconque prétendu héritier ne suffit pas; encore faut-il que sa qualité d'héritier soit reconnue avec certitude, ce qui implique une procédure destinée à constater cette qualité dans tous les cas où l'existence d'un testament met en doute la légitimation de l'héri-

cains est différente: C'est le moment du décès et non celui de la répartition effective qui est décisif, *Ferid/Firsching*, USA, n.106.

148 Selon l'interprétation unanime de la doctrine, cf. *Ferid*, p. 121 s.

149 *Planiol et Ripert*, IV p. 322.

tier légal. Pendant cette phase d'incertitude, le droit de disposition de l'héritier définitif peut être exclu par l'institution de l'administration officielle de la succession ou par l'abandon de la succession à l'héritier légal, plus tard évincé par l'héritier institué. Dans les deux cas, il s'agit d'une restriction, en droit et en fait, des droits du successeur.

Une question de pur droit se pose encore: celle de savoir si l'héritier légal peut, quand l'autorité lui abandonne la succession, en disposer, malgré la possibilité de se voir ultérieurement évincé par l'héritier institué¹⁵⁰. Une réponse négative s'impose¹⁵¹, dictée par l'intérêt de l'héritier institué. La subrogation réelle dans les valeurs de remplacement¹⁵² ne peut, en effet, pas toujours satisfaire l'intérêt de l'héritier effectif. En plus, l'intérêt des créanciers est en jeu (infra p. 55). Pour l'héritier institué, le droit de disposition n'existe pas pendant cette phase, pour la simple raison que l'autorité ne lui abandonne jamais le pouvoir de fait sur la succession¹⁵³.

En droit français, le problème se pose de manière semblable, la différence la plus importante résidant dans l'absence d'intervention des autorités dans l'administration de la succession. L'acceptation, et donc la responsabilité personnelle du successeur, est la condition du transfert du pouvoir de disposition¹⁵⁴. Elle peut aussi résulter d'un acte de disposition sur un élément de la succession¹⁵⁵. La question est liée à celle de la saisine qui détermine les personnes autorisées à exercer le pouvoir de fait sur la succession. L'héritier légal, réservataire ou non, est saisi, même en face d'un légataire universel (art. 724 CCiv). Le légataire universel, en face d'un héritier réservataire, ne peut entrer en possession de la succession que par la délivrance, c'est-à-dire avec l'accord de l'héritier réservataire, ou par une décision de justice (art. 1004 CCiv). Si un légataire universel se trouve en face d'un héritier légal non réservataire, il est en principe saisi. Mais l'exercice de la saisine est subordonné à l'envoi en possession spécial de l'art. 1008 CCiv. Cet envoi, qui a pour fonction de vérifier la régularité du titre, n'est pas exigé lorsque le légataire fonde son droit sur un testament authentique. Un éventuel légataire à titre particulier¹⁵⁶ est tenu de demander la délivrance, afin d'entrer en possession des biens et d'en disposer (art. 1014 CCiv). Lorsque l'héritier légal et le légataire universel sont saisis, chacun peut exercer la saisine à l'égard de toute la succession¹⁵⁷. Le légataire universel, faisant face à un héritier non réser-

150 Cette question n'est pas expressément tranchée par *Escher*, n. 19 ad 560.

151 Cpr. v. *Tuhr/Peter*, Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechts, 3e éd., Zurich 1979, par. V 28 III p. 216: "Verfügungen über fremdes Recht erfordern eine auf besonderem Grund beruhende Verfügungsmacht". En l'espèce la loi ne confère pas un tel pouvoir spécial.

152 Solution préconisée par *Kirchhofer*, p. 13.

153 *Escher*, n. 10 ad 556.

154 Cpr. avec la position de l'héritier accepteur sous bénéfice d'inventaire, infra p. 74.

155 *de Juglart*, Successions, n. 1090 p. 346.

156 Ou à titre universel, s'il y en a plusieurs, art. 1011 CCiv. cf. *Petitjean*, n. 343 p. 172.

157 *de Juglart*, Successions, n. 1163 p. 391.

vataire, peut alors avoir intérêt à protéger la succession contre l'héritier qui sera évincé, en demandant l'apposition des scellés.

Même s'il y a unanimité, quant à la plupart des effets de la saisine¹⁵⁸, il y a doute sur la question de savoir si elle entraîne également le droit de disposition. Tel est l'avis défendu dans le Répertoire de droit civil¹⁵⁹. La saisine aurait comme conséquence le droit d'exercer les "actes matériels d'usage et de disposition, actes juridiques d'administration et de disposition ...". De Juglart¹⁶⁰ défend l'avis contraire en insistant sur le fait que l'héritier saisi n'est pas nécessairement propriétaire des biens qu'il appréhende. Il ne "pourrait disposer des biens qu'il a appréhendés, mais qui sont dévolus à d'autres successeurs". Cette deuxième opinion est préférable pour les raisons indiquées pour le droit suisse.

Cette interdiction de disposer risque cependant d'être moins efficace, puisqu'elle ne peut pas être renforcée par l'institution d'une administration officielle de la succession. La seule mesure prévue est l'apposition des scellés (art. 909 CPC), mais elle n'intervient que sur demande de créanciers ayant un titre exécutoire ou la permission du juge, ou de toute personne prétendant avoir un droit universel ou particulier sur la succession¹⁶¹. Lorsque l'héritier demande la levée des scellés, le requérant peut demander qu'un inventaire soit dressé.

En droit autrichien, la question est absorbée par celle du transfert de la propriété qui coïncide généralement avec l'attribution du pouvoir de disposition. La *Einantwortung* ne peut avoir lieu que si le successeur accepte au moins sous bénéfice d'inventaire et engage donc sa responsabilité *pro viribus*¹⁶². Dans le cas où la succession est insolvable et où il n'y a pas de *Nachlasskonkurs*, le successeur est néanmoins tenu de respecter les principes du droit de la faillite, de sorte que sa liberté de liquidation est fortement compromise.

B) Les dispositions régissant la réalisation du transfert

Chaque ordre juridique contient un ensemble de normes qui régissent les droits réels portant sur des biens situés sur le territoire national. Ces normes déterminent toutes les qualités dont on doit tenir compte chaque fois qu'un bien est mis en cause dans une relation juridique. Ces normes réelles créent un cadre

158 de Juglart, Successions, n. 1157 p. 388 s: "Le successeur saisi a le pouvoir d'appréhender matériellement les biens de la succession et d'en percevoir les fruits. Il a également le pouvoir d'exercer les actions réelles pétitoires ou les actions personnelles du défunt et d'y défendre".

159 Encyclopédie Dalloz, Répertoire de Droit civil, 2e éd., Paris 1976, VII Successions, n. 964

160 Successions, n. 1157 p. 389; même avis: Alexandre (D), Jurisclasseur civil, art. 711-881, Paris 1965, n. 19 ad 724.

161 de Juglart, Successions, n. 1158 p. 389.

162 Gschnitzer, Erbrecht, p. 62.

d'existence des biens, comparable à l'état civil et familial des personnes physiques. Ainsi, le transfert de la propriété, commandé par le même droit interne ou un droit étranger, doit se réaliser dans ce cadre. On pourrait alors partir de l'idée que, dans les limites de ce cadre, tout effet réel, commandé par un droit étranger quelconque, puisse être mis en oeuvre. Mais comme nous le verrons (*infra* p. 67 s), ce point est assez compliqué: Pour déterminer si une institution étrangère peut être mise en oeuvre, et sous quelles conditions de forme, on doit appliquer des critères généraux qu'il s'agit de définir ici. La réalisation d'un effet réel commandé par un droit étranger dépend de deux impératifs:

1. Le respect des formalités de transfert prévues par le droit des biens interne et
2. La réalisation des conditions matérielles à la base d'un effet réel déterminé.

En recherchant ici les formalités à accomplir, nous n'allons faire qu'un premier pas seulement dans la détermination des exigences de la *lex rei sitae* eu égard à la réalisation du transfert. On examinera plus tard (*infra* p. 69 ss) la question plus importante de savoir quelles sont les conditions matérielles auxquelles le droit des biens soumet la réalisation du transfert. Elle a, en effet, trait au problème fondamental de la nature du concours entre la loi successorale et la loi réelle. A ce premier stade, la distinction entre transfert du droit et transfert du pouvoir de disposition ne joue pas encore un rôle particulier. En effet, en droit des biens le transfert de la propriété inclut également celui de toutes les prérogatives qui découlent de ce droit. Les droits d'administration et de disposition font évidemment partie de ces prérogatives¹⁶³. Les restrictions sont apportées par le droit causal, en l'espèce, la loi successorale.

1) Les modalités du transfert de la propriété en droit suisse

Le transfert de la propriété se réalise, selon l'art. 714 CCS, par celui de la possession. Celui-ci peut prendre la forme (ordinaire) de la tradition corporelle de la chose ou des moyens qui font passer la chose en la puissance de l'acquéreur (art. 922 CCS) ou encore la forme d'un des substituts autorisés par la loi¹⁶⁴. La propriété immobilière est transférée par l'effet de l'inscription au registre foncier (art. 656 al. 1 CCS). L'art. 560 al. 2 CCS contient une exception à ces deux règles générales, en prévoyant le transfert immédiat de la propriété de tous les éléments d'une succession aux héritiers. Ce transfert a donc lieu indépendamment

163 *v. Tuhr/Peter, op. cit.*, par. 28 II p. 215: "... ist die Verfügungsmacht eine Grundlage unserer Rechtsordnung und kann nur durch gesetzliche Vorschrift beschränkt werden"; cf. également *Planio et Ripert, IV* p. 322; cf. néanmoins l'art. 656 al. 2 CCS.

164 Tradition de brève main, constitut possessoire, délégation de possession, cf. *Tuor/Schnyder, p. 475 ss.*

de toute formalité. Cette norme successorale trouve son correspondant réel, en ce qui concerne les immeubles, à l'art. 656 al. 2 CCS qui exempte le transfert à titre universel de l'inscription au registre foncier. Si une telle disposition manque pour les meubles, c'est la norme successorale qui s'applique directement aussi comme norme réelle; cela pour le besoin de cohérence interne de tout système juridique¹⁶⁵. Cette exemption vaut ainsi pour tout transfert à titre universel, commandé par notre droit ou un droit étranger.

2) Les modalités du transfert de la propriété en droit français

Le transfert de la propriété se réalise en principe automatiquement. Il a lieu par le seul effet de la conclusion d'une convention en matière contractuelle ou par le seul effet du décès en matière successorale (art. 711 et 1138 al. 2 CCiv). Ceci vaut tant pour les transferts à titre particulier que pour les transferts à titre universel¹⁶⁶. D'importantes atténuations ont été apportées à ce principe, mais elles ne portent ni sur l'automatisme ni sur le moment de l'effet translatif entre les parties. Elles affectent, pour les transferts entre vifs, l'opposabilité du transfert aux tiers, art. 1141 CCiv et décret du 4 janvier 1955 et du 7 janvier 1959¹⁶⁷. En ce qui concerne les transferts à cause de mort, la non-publication a comme sanction l'inopposabilité du transfert à titre particulier¹⁶⁸; pour les transferts à titre universel, où l'inopposabilité est inefficace, la loi prévoit plusieurs sanctions: des amendes, la responsabilité de la personne tenue de publier envers des tiers qui auraient subi un dommage du fait de la non-publication et l'irrecevabilité des demandes en justice relatives à ces transferts¹⁶⁹.

3) Les modalités du transfert de la propriété en droit autrichien

Le transfert de la propriété mobilière s'effectue par le transfert de la possession (art. 425 ABGB), c'est-à-dire, par la tradition corporelle ou par un des substituts tolérés par la loi (art. 427 et 428 ABGB). Le transfert à titre universel par

165 Ainsi: Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweiz. Zivilgesetzbuches, Berne 1914, II p. 181: "Es ist im Sachenrecht nicht notwendig, alle Erwerbsarten aufzuführen und zu ordnen. Was hier nicht erwähnt wird, bleibt den Bestimmungen der einzelnen Institute überlassen".

166 Le transfert à titre universel ne peut avoir lieu qu'à cause de mort, *de Juglart*, Biens, n. 1475 p. 197.

167 *de Juglart*, Biens, n. 1621 ss p. 312 ss, et *de Juglart*, Publicité, n. 657 ss p. 614 ss.

168 *de Juglart*, Publicité, n. 673 p. 633.

169 *de Juglart*, Publicité, n. 712 ss p. 677 ss.

voie successorale constitue une exception à ce principe, puisque c'est une décision de l'autorité, la *Einantwortung*, qui transfère *uno acto* toute la succession¹⁷⁰.

Ce n'est donc pas une coïncidence, si une succession soumise à un droit étranger ne peut jamais être transférée à titre universel, et si pour les biens situés en Autriche une intervention de l'autorité est toujours nécessaire (infra p. 58). La propriété immobilière est transférée par l'inscription au registre foncier (art. 431 ss ABGB). La doctrine et, après des hésitations, la pratique admettent une exception à cette règle, en exemptant de cette formalité le transfert à titre universel par voie successorale, par la *Einantwortung*. C'est pour respecter le principe de l'universalité de la succession qu'elles s'opposent ainsi au texte clair de la loi (art. 819 al. 2 en combinaison avec art. 426 ABGB)¹⁷¹.

II Institutions de différents droits internes

Jusqu'à présent nous avons vu le rôle joué en théorie par la loi personnelle et la loi réelle et la signification des transferts de propriété et de pouvoir de disposition. On verra qu'il y a peu de problèmes au niveau des successions internationales dans la mesure où les deux lois en présence prévoient l'une et l'autre l'automatisme du transfert. Prenons l'exemple où des biens sont sis en France et dépendent d'une succession soumise au droit suisse, alors qu'aucun testament ne met en doute la légitimation de l'héritier légal unique. Il existe des cas intermédiaires: Ainsi en va-t-il, lorsqu'une des lois concernées prévoit l'intervention des autorités, limitée au seul transfert des droits, sans soumettre les autres fonctions du règlement successoral, comme p.ex. le règlement des dettes, à une procédure. Prenons cette fois l'exemple de la succession soumise au droit autrichien, alors que des éléments de la succession se trouvent en Suisse. Il y a davantage de complications lorsque l'autorité n'intervient pas seulement dans le transfert des droits, mais est encore chargée du règlement des dettes. C'est le cas de la succession soumise au droit américain avec des éléments se trouvant en Suisse. Ici, la distinction entre l'aspect successoral et l'aspect réel n'est pas évident du tout.

La question suivante se posera dans l'analyse de ces institutions: une norme ou institution procédurale porte-t-elle sur la qualité du successible ou concerne-t-elle les effets réels résultant de cette qualité? Cette question et celle de l'effet extraterritorial des normes et actes procéduraux qui en dépend, feront l'objet du titre IIe. Pour le moment, il s'agit seulement de décrire quelques-unes de ces ins-

170 *Gschnitzer*, *Erbrecht*, p. 57.

171 *Gschnitzer*, *Erbrecht*, p. 57, et *Gschnitzer*, *Sachenrecht*, p. 35.

titutions qui risquent de soulever des difficultés. On regroupera les procédures selon la fonction qu'assume l'autorité; tantôt elle se limite à la vérification du titre et de la mise en possession, tantôt elle englobe la liquidation de la succession. On suivra un ordre respectant l'importance de l'intervention de l'autorité.

A) L'administration de la succession par l'héritier légal ou l'autorité selon l'art. 556 al. 3 CCS

L'art. 560 CCS prévoit le transfert immédiat de la propriété et de la possession¹⁷². C'est donc la personne qui se révèle être l'héritier qui devrait bénéficier de la situation engendrée par le transfert¹⁷³. Très souvent cependant, cette personne n'est pas connue au moment de l'ouverture de la succession, en tout cas pas avec certitude. Il suffit d'évoquer l'hypothèse où, à côté de l'héritier légal non réservataire, existe un héritier testamentaire qui risque de l'exclure complètement. En l'espèce, il s'agit de faire un choix entre les différents prétendants à la succession, en attendant une première décision provisoire sur la légitimation des prétendants. Pendant cette période, le pouvoir de fait peut théoriquement être conféré à l'héritier légal ou à l'héritier institué, mais les deux peuvent aussi être exclus en faveur de l'autorité. Le CCS a opté en faveur de l'héritier légal au détriment de l'héritier institué qui ne peut jamais être mis en possession de fait sans l'accord de l'héritier légal et sans décision de justice. Mais l'héritier légal peut aussi, si on lui abandonne le pouvoir de fait, mettre en danger les droits de l'éventuel héritier testamentaire. Aussi l'art. 556 al. 3 prévoit-il dans cette hypothèse l'administration de la succession par l'autorité¹⁷⁴.

Deux questions nous intéressent alors:

- 1) Quelle est la nature et la fonction des décisions statuant sur l'attribution de ce pouvoir de fait?
- 2) Quelle est la situation juridique de tous les intéressés pendant cette phase?

Répondons successivement à ces deux interrogations.

172 Plus exactement la situation juridique qui découle de la possession, *Escher*, n. 4 ad 560.

173 *Escher*, n. 16 ad 560.

174 "Elle consiste dans la gestion conservatoire de la succession par une personne que l'autorité compétente désigne à cet effet, en paralysant ainsi le droit du ou des héritiers d'administrer la succession et d'en disposer", *Piotet*, p. 627.

1) *Nature et fonction des décisions statuant sur l'attribution du pouvoir de fait*

La première de ces décisions, prise dès qu'une disposition à cause de mort est remise à l'autorité¹⁷⁵, consiste à attribuer provisoirement le pouvoir de fait à l'héritier légal ou à ordonner l'administration d'office. Elle est prise en fonction des qualités personnelles de l'héritier légal – est-ce qu'il est digne de confiance¹⁷⁶ –, mais aussi en fonction de la plus ou moins grande probabilité qu'il a de prendre effectivement part à la succession¹⁷⁷.

Si l'administration d'office est ordonnée, cela affecte les droits de l'héritier légal. Il ne s'agit cependant pas d'une restriction aux effets découlant de la qualité d'"héritier". Bien plus, la loi ne lui confère qu'une qualité moindre de successeur: il n'a pas qualité de successeur saisi, c'est-à-dire chargé de l'administration de la succession. L'autorité est appelée à déterminer la qualité de l'héritier légal en procédant à une pesée de deux facteurs tenant l'un et l'autre à sa personne. Elle tiendra compte d'une part de la solidité de son titre, laquelle dépend d'une première appréciation du testament instituant l'héritier testamentaire. D'autre part, l'autorité se laissera guider par la plus ou moins grande confiance qu'il lui inspire.

La décision d'abandonner la succession à l'héritier légal n'affecte pas seulement les intérêts du prétendu héritier testamentaire, qui est exposé au risque de dilapidation de la succession, mais de la même façon aussi ceux des créanciers successoraux. En effet, l'héritier légal peut disposer des biens, sans que sa responsabilité personnelle soit engagée s'il est ultérieurement évincé par le successeur testamentaire. C'est pourquoi nous souscrivons à la règle proposée par Piotet, selon laquelle "chaque fois qu'un au moins des héritiers légaux – réservataires ou non – est exclu de la succession, et qu'il y a au moins un héritier institué, l'administration officielle doit être ordonnée"¹⁷⁸. On reprendra cette idée, lors de la discussion sur la nature du concours entre la loi personnelle et la loi réelle (infra p. 70 ss).

Cette période intermédiaire se termine¹⁷⁹ par une deuxième décision de justice qui peut être de deux sortes:

175 Avant, l'administration officielle ne peut être ordonnée que dans les cas des art. 554 et 604 al. 3 CCS, cf. *Piotet*, p. 656.

176 *Escher*, n. 13 ad 556.

177 L'autorité sera particulièrement encline à ordonner l'administration officielle, si l'héritier légal est complètement exclu de la succession par un testament à première vue valable. Cet avis est tout à fait compatible avec celui d'*Escher* (n. 3 rem. prélim. avant 556 ss), selon lequel l'autorité statue selon sa propre appréciation, la décision étant influencée (!) par le degré de confiance qu'on peut apporter à l'héritier légal. Il se justifie même si on admet que l'héritier légal ne peut pas disposer des éléments de la succession, si l'autorité lui abandonne le pouvoir de fait (supra p. 57); trop souvent, la bonne foi de l'acquéreur couvre ce défaut, cf. v. *Tuhr/Peter*, op. cité, par. 28 IV p. 217.

178 P. 657.

179 Exception faite des hypothèses de la consolidation/extinction des droits par le jeu de la prescription.

- Il peut s'agir d'une décision provisoire prise par l'autorité chargée du règlement successoral qui attribue par la délivrance du certificat d'hérédité, le pouvoir de fait à l'héritier institué, si pendant le délai d'un mois prévu par l'art. 559, l'héritier légal ne s'y est pas opposé¹⁸⁰. Cette décision n'est pas définitive au fond et l'héritier légal peut intenter une action en pétition d'hérédité soumise à prescription¹⁸¹.
- Dans le cas où l'héritier légal s'est opposé à la délivrance du certificat d'hérédité et où l'héritier institué ne renonce pas à ses droits, il faudra une décision au fond, de nature contentieuse. Celle-ci ne tranche pas seulement la question des légitimations, mais confère au successible qui l'emporte la pleine situation juridique du de cujus.

2) Situation juridique des intéressés

Selon l'art. 560 CCS, dès l'ouverture de la succession, l'héritier définitif aura été non seulement propriétaire, mais encore possesseur de tous les éléments de la succession. Mais on peut légitimement s'interroger sur les points suivants:

- Quelle est sa situation par rapport à l'héritier légal à qui l'autorité aurait abandonné la succession?
- Quelle est sa situation par rapport à l'autorité agissant en tant qu'administrateur de la succession?
- Quelle est la situation juridique de l'administrateur de la succession?

Dans le cas où l'administration d'office a été ordonnée, l'administrateur acquiert la possession dérivée, qui n'affecte pas celle, originaire, de l'héritier effectif¹⁸². Il dispose donc des actions possessoires à l'encontre des tiers¹⁸³ et pour ce qui est des biens déjà sous sa maîtrise à l'encontre de l'héritier légal. Pour se mettre en possession des biens se trouvant dans la maîtrise des héritiers il ne bénéficie pas des actions possessoires, mais doit utiliser les actions ordinaires¹⁸⁴. L'héritier effectif, possesseur originaire selon l'art. 560 al. 2, voit l'exercice de sa possession paralysé, mais il est protégé par l'administrateur officiel¹⁸⁵ qui doit agir en sa faveur. Lorsque la succession est abandonnée à l'héritier légal, celui-ci possède, comme l'administrateur, à titre éventuel pour l'héritier effectif¹⁸⁶.

180 *Escher*, n. 7 ad 559.

181 *Piotet*, p. 661, *Escher*, loc. cit.

182 *Piotet*, p. 658.

183 *Escher*, n. 11 ad 556.

184 Tribunal fédéral, du 13 juin 1951, ATF 77 II 122, pour l'exécution testamentaire où la situation est identique, cf. infra p. 75 s.

185 *Escher*, loc. cit.

186 *Piotet*, p. 659.

B) L'envoi en possession de l'art. 1008 CCiv

Le légataire universel qui n'est pas en concours avec un héritier réservataire est saisi (art. 1008 CCiv). Mais lorsqu'il tire sa qualité d'un testament olographe ou mystique, lesquels ont toujours un caractère aléatoire, il doit soumettre la régularité formelle du testament à un examen judiciaire¹⁸⁷. Le légataire soumis à l'envoi en possession de l'art. 1008 CCiv est donc saisi, mais il ne peut exercer les actions du de cujus ni obliger les héritiers à lui abandonner la succession¹⁸⁸. Malgré l'absence de toute procédure d'administration et malgré le fait que les héritiers légaux ne peuvent empêcher qu'il dispose des biens dont il a déjà la possession effective, il est partiellement exclu du pouvoir de fait, c'est-à-dire de la possession des biens dont il ne pourrait prendre possession qu'en faisant valoir sa qualité de successeur. Avant cet envoi en possession le légataire, quand bien même il serait saisi, ne peut exercer les droits qui lui sont conférés et sa situation est, en fait, largement semblable à celle d'un héritier non saisi¹⁸⁹.

L'envoi en possession de l'art. 1008, comme l'envoi ordinaire de l'art. 724 al. 2, consiste en la vérification du titre du prétendant et porte donc sur la qualité du successible. Cependant, l'existence d'un héritier légal non réservataire ne mettant pas d'obstacles à la prétention du légataire universel, il n'y a aucun appel aux héritiers légaux; la procédure est largement simplifiée puisque des mesures conservatoires en faveur d'autres ayants droit sont également inutiles. C'est le président du Tribunal de grande instance qui procède à cet examen purement formel; sa décision est provisoire et ne statue nullement sur la légitimation matérielle du prétendant¹⁹⁰.

C) La *Einantwortung* du droit autrichien

Le droit autrichien ne connaît pas le transfert automatique au moment de l'ouverture de la succession; la transmission de toute la succession est opérée par une décision de l'autorité, la *Einantwortung*. Entre temps, la succession est rattachée, par une fiction juridique, à la personnalité prolongée du de cujus¹⁹¹; sans être une personne morale, elle est considérée comme une réalité juridique, un sujet de droit¹⁹².

187 *de Juglart*, Successions, n. 1181 p. 400 s; le testament authentique, quant à lui, offre une garantie suffisante d'authenticité et constitue un titre exécutoire.

188 *de Juglart*, n. 1182 p. 401.

189 *de Juglart*, loc. cit.

190 *de Juglart*, n. 1183 p. 402.

191 *Gschnitzer*, Erbrecht, p. 56.

192 On l'appelle alors "*ruhender Nachlass*", *Ferid/Firsching*, Oesterreich, n. 108.

Le successeur ne peut appréhender la succession, mais il doit demander que l'autorité lui en confère la possession légale et de fait (art. 797 ABGB)¹⁹³. Bien que l'art. 797 ABGB interdise au successeur de se mettre en possession de la succession sans le concours de l'autorité, on lui laisse en règle générale la conservation des biens qu'il a déjà entre ses mains (art. 43 AussStrG). Si le successeur, ayant fait sa *Erbserklärung*, peut prouver sa qualité à la satisfaction du droit, le Tribunal doit – peut selon Ferid¹⁹⁴ – lui abandonner la conservation et l'administration de la succession, c'est-à-dire, le pouvoir de fait (art. 145 AussStrG). Le successeur peut alors appréhender les éléments successoraux et exercer une action au nom de la succession, en vue de la remise des éléments. Il ne peut, cependant, en disposer sans l'accord du Tribunal¹⁹⁵.

La procédure a pour fonction la vérification provisoire de la légitimation du ou des prétendants. Elle permet aussi de déterminer, si la succession est acceptée, si elle l'est "sous réserve" ou "purement et simplement". Elle sert aussi à assurer, avant toute prise en possession, l'accomplissement des charges testamentaires et à garantir la protection de personnes qui en ont particulièrement besoin comme les mineurs ou les pupils¹⁹⁶. La procédure doit être considérée dans le contexte du droit des biens autrichien, parce qu'elle constitue un des modes de transfert énumérés limitativement par la loi: L'art. 425 ABGB exige la tradition pour le transfert de la propriété mobilière, c'est-à-dire, en général le transfert de la possession; la *Einantwortung* n'est rien d'autre qu'un mode de transfert de la possession (art. 797 ABGB). Aussi, l'interdiction de prise en possession des biens laissés par un défunt (art. 797 ABGB), s'applique indépendamment de la compétence autrichienne pour le règlement successoral et indépendamment de la loi applicable.

Dans les cas, plutôt rares, où l'Autriche renonce à sa compétence pour le règlement successoral des biens sis sur son territoire, la *Einantwortung* est remplacée par la remise (*Ausfolgung*) des objets situés sur le territoire par les autorités autrichiennes, soit aux autorités étrangères, soit à des personnes légitimées par les autorités étrangères¹⁹⁷. Cette interdiction et cette procédure de *Ausfolgung* visent à garantir les droits des créanciers et ayants droit autrichiens, ou domiciliés en Autriche, par les valeurs qui y sont situées (infra p. 107).

193 Ferid/Firsching, Oesterreich, n. 111.

194 Ferid/Firsching, Oesterreich, n. 134.

195 Gschnitzer, Erbrecht, p. 57.

196 Gschnitzer, Erbrecht, p. 55.

197 Schwind, Handbuch, p. 254; cf. infra p. 103 s.

D) La séparation des patrimoines du droit français, art. 878–881 CCiv

Les droits des créanciers d'un débiteur parfaitement solvable peuvent être mis en danger par la mort de celui-ci, si un de ses successeurs est insolvable et si la confusion des deux patrimoines crée une masse globalement insolvable. Le droit français prévoit une institution destinée à remédier à ces risques: la séparation des patrimoines. Afin d'éviter tout malentendu, il faut tout de suite relever qu'il ne s'agit pas d'une véritable séparation des patrimoines, c'est-à-dire, de la création de deux patrimoines distincts¹⁹⁸. Cette institution ne fait que permettre aux créanciers du de cujus d'éviter le concours avec les créanciers de l'héritier, pour ce qui concerne le produit de la réalisation des éléments successoraux¹⁹⁹.

Ce privilège invoqué par un créancier n'affecte pas directement les pouvoirs d'administration et de disposition du successeur, puisque celui-ci, ayant accepté purement et simplement, est tenu *ultra vires*. Mais le successeur est soumis à quelques règles concernant le paiement des dettes²⁰⁰ et la jurisprudence permet aux créanciers de demander des mesures conservatoires²⁰¹ pour empêcher que leurs droits ne soient atteints par la mauvaise gestion du successeur. Ces mesures portent une atteinte sérieuse au pouvoir de disposition du successeur. Le privilège de la séparation des patrimoines ne profite qu'au successeur qui s'en réclame et ne porte que sur les biens désignés dans la demande²⁰². Cette dernière n'est soumise à aucune forme; il suffit de l'acte quelconque qui signifie au successeur la volonté du créancier de se prévaloir du privilège. Aucune intervention de l'autorité n'est nécessaire.

E) L'acceptation sous bénéfice d'inventaire du droit français, art. 793 ss CCiv

Un héritier peut avoir intérêt à ne pas accepter purement et simplement une succession qui lui échoirait. C'est le cas, lorsque la succession risque d'être insolvable. Le droit français organise dès lors une option intermédiaire entre l'acceptation pure et simple et la renonciation; c'est l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, par laquelle le successeur restreint sa responsabilité aux éléments

198 *de Juglart, Successions*, n. 1282 p. 477, *Ferid/Firsching*, Frankreich, n. 259.

199 *de Juglart, Successions*, n. 1275 p. 473.

200 D'autres règles concernent l'inscription du privilège sur les immeubles et le droit de suite qui y est attaché.

201 Il s'agit de l'apposition des scellés, de la rédaction d'un inventaire, des saisie-arrêts sur les créances et de la nomination d'un séquestre pour la conservation du mobilier de la succession, *de Juglart*, n. 1283 p. 477.

202 *de Juglart, Successions*, n. 1279 p. 476.

de la succession (*cum viribus*)²⁰³. Le successeur acceptant sous bénéfice d'inventaire garde sa qualité d'héritier; il devient titulaire de deux patrimoines distincts, le sien et le patrimoine héréditaire, puisque cette option provoque un véritable *separatio bonorum*, en droit sinon en fait²⁰⁴.

La particularité de ce mécanisme, par rapport à ce qu'on trouve dans d'autres droits, réside dans le fait que l'absence de responsabilité personnelle n'est pas accompagnée d'office de l'exclusion des pouvoirs de disposition sur les objets en question. Le successeur bénéficiaire peut administrer la succession, il y est même tenu²⁰⁵. Il est en principe libre dans son administration, sauf à devoir rendre compte de sa gestion aux créanciers et à devoir fournir caution pour le mobilier. Plus importante encore nous apparaît la grande liberté dont jouit le successeur bénéficiaire pour liquider la succession. En principe, il n'y est même pas tenu. Mais s'il ne le fait pas, les créanciers peuvent demander la nomination d'un administrateur provisoire disposant des pouvoirs nécessaires à cette fin, ou pratiquer les voies d'exécution forcée sur les biens de la succession²⁰⁶. Le successeur est libre dans l'exercice de son pouvoir de liquidation. A peine son pouvoir de disposition est-il atteint par l'exigence de certaines formes spéciales lors de ventes mobilières ou immobilières. Son pouvoir de disposition ne souffre d'aucune autre atteinte, ce qui est critiquable et critiqué d'ailleurs²⁰⁷. La violation de ces règles n'entraîne pas la nullité des ventes, mais la déchéance du bénéfice d'inventaire²⁰⁸. Un autre défaut grave réside dans la réglementation du paiement des créanciers et légataires, ou plutôt dans l'absence d'une telle réglementation pour les cas ordinaires. C'est seulement lorsqu'un créancier fait opposition, que le successeur bénéficiaire est tenu de suivre pour les paiements la procédure de distribution par contribution, garantie d'égalité entre les créanciers opposants²⁰⁹. Cette opposition n'a d'effets qu'ex nunc; la sanction est la responsabilité personnelle pour la dette en question. Mais ce qu'il y a de plus intéressant en ce qui concerne les successions internationales (cf. infra p. 121), c'est que la jurisprudence, soucieuse d'améliorer cette solution insatisfaisante, ne base plus l'opposition des créanciers sur un acte de ceux-ci, mais présume l'existence d'une telle opposition pour chaque dette dont le successeur a connaissance; l'opposition résulte donc d'un état d'esprit du successeur bénéficiaire²¹⁰.

203 *Ferid/Firsching*, Frankreich, n. 229, *de Juglart*, n. 1296 p. 489.

204 *de Juglart*, Successions, n. 1296 p. 489 et n. 1297 p. 490.

205 Sous sanction de sa responsabilité personnelle ou de son remplacement par un administrateur.

206 *de Juglart*, Successions, n. 1304 p. 493 s.

207 *de Juglart*, Successions, n. 1307 p. 495.

208 *de Juglart*, Successions, n. 1306 p. 494.

209 Les autres n'en profitent pas, *de Juglart*, Successions, n. 1311 p. 497.

210 *de Juglart*, Successions, n. 1310 p. 496.

F) La liquidation officielle du droit suisse, art. 593 ss CCS

La liquidation officielle a deux effets corrélatifs, qu'elle soit demandée tant par les successeurs pour se soustraire à la responsabilité personnelle qui découle de la qualité d'héritier (art. 593 al. 1 CCS), que par des créanciers du de cujus qui craindraient que les successeurs ne portent atteinte à leurs droits (art. 594 al. 1). La responsabilité personnelle du successeur pour les dettes du de cujus est exclue et le successeur est lui-même évincé du règlement successoral (art. 595 et 596). Le patrimoine héréditaire constitue pendant la procédure un patrimoine particulier qui, sans posséder les attributs d'une personne morale, tire son existence de la fonction spéciale qui lui est attribuée²¹¹.

L'ouverture de la procédure ne fait pas échec au transfert automatique de la propriété et de la possession de l'art. 560 CCS, mais elle exclut la faculté pour le successeur d'exercer ses droits²¹². Les actes de disposition passés par le successeur sont nuls²¹³, sous réserve des droits acquis par les tiers de bonne foi. La qualité d'héritier n'est pas affectée en tant que telle²¹⁴; cependant c'est une qualité moindre. Ce point a été abordé déjà précédemment: le terme "héritier" est un mauvais guide pour examiner les effets réels qui découlent de la qualité de successeur. C'est vers un critère intrinsèque qu'il convient de s'orienter pour appréhender correctement les conséquences réelles d'un fait juridique (supra p. 55 et infra p. 69 s). Ici, il n'y a pas lieu à succession dans une universalité de droits et d'obligations. L'héritier ne succède que dans les droits constituant le reliquat de la procédure de liquidation²¹⁵.

L'autorité, agissant soit par un organe propre, soit par une personne qu'elle désigne, assume toutes les fonctions du règlement²¹⁶, y compris celles résultant de la précarité de la situation patrimoniale, comme p.ex. la rédaction d'un inventaire. Le liquidateur, désigné et surveillé par l'autorité, exerce une fonction privée, de sorte que l'Etat n'encourt aucune responsabilité pour ses fautes²¹⁷.

L'exécution testamentaire peut être, pour nos besoins, rapprochée de la liquidation officielle. Leurs effets sont fort semblables au sujet qui nous intéresse, à savoir la réglementation du pouvoir d'administration et de disposition. Dans l'un et l'autre cas, l'héritier est exclu du règlement au profit d'une personne désignée spécialement à cet effet²¹⁸. Peu importe alors que l'exécution testamentaire n'a pas pour but la réalisation la meilleure de l'actif successoral, mais de faire respecter la dernière volonté du de cujus²¹⁹.

211 *Escher*, n. 1 ad 596.

212 *Escher*, eodem loco.

213 *Escher*, n. 8 ad 596.

214 *Piotet*, p. 734.

215 *Escher*, n. 1 rem. prél. ad 593 ss.

216 *Escher*, n. 7 ss ad 596.

217 *Escher*, n. 21 ad 595.

218 *Escher*, n. 3 ad 518.

219 *Escher*, n. 6 ad 518.

Dans les deux cas, la personne chargée du règlement bénéficie de la possession dérivée, tandis que l'héritier, en conformité avec l'art. 560 CCS, reste possesseur originaire. Mais ce qui est décisif pour le règlement international des successions (infra p. 122), c'est que la loi successorale attribuée, dans les deux cas, le pouvoir d'administration et de disposition à une personne désignée et/ou surveillée par l'autorité. L'exécution testamentaire présente néanmoins une particularité: l'héritier est exclu du règlement bien qu'il soit tenu des dettes sur son patrimoine personnel. Mais on verra (infra p. 73) que cela ne fait pas obstacle à l'efficacité internationale de l'exécution testamentaire. Les intérêts de l'héritier sont du reste suffisamment sauvegardés: l'exécuteur encourt une responsabilité contractuelle (basée sur un mandat)²²⁰ envers l'héritier, garantissant la bonne gestion et celui-ci peut recourir auprès de l'autorité de surveillance contre des actes projetés par l'exécuteur.

G) La procédure d'*administration* du droit américain

Quelques droits américains²²¹ se caractérisent, par rapport aux droits continentaux, par le fait que la propriété mobilière, au contraire de la propriété immobilière, ne passe pas directement du de cujus aux bénéficiaires, mais d'abord à un intermédiaire, le *personal representative*, qu'on appelle *administrator* dans la succession ab intestat et *executor* dans la succession testamentaire. Le *personal representative* est nommé²²² par un tribunal, le *probate court*, dont il reçoit le *grant of probate* (succession testamentaire) ou les *letters of administration* (succession ab intestat)²²³.

La décision relatée dans ces documents remplit deux fonctions²²⁴:

1. Elle transfère, avec effet rétroactif au moment du décès, la propriété mobilière à l'*administrator* ou confirme le transfert automatique à l'*executor* à ce moment.
2. Elle fournit le moyen de preuve de la qualité de *personal representative* indispensable pour tout acte de disposition portant sur l'actif mobilier. C'est seulement à partir de cette décision que l'*executor* peut légalement agir en tant que *personal representative*; elle lui confère une qualité officielle (infra p. 91).

Le *personal representative* a pour mission de conserver et d'administrer la succession et, dans la mesure nécessaire pour le règlement des dettes²²⁵, de réa-

220 *Escher*, n. 14 ad 518.

221 Le droit civil des Etats Unis n'est pas unifié.

222 En conformité avec la clause testamentaire, s'il y en a une et si la personne désignée remplit les conditions requises par la loi du for pour cette fonction. Sur l'ordre légal de désignation, cf. *Ferid/Firsching*, USA n. 274.

223 Le tribunal se charge aussi de la conservation de la succession jusqu'à la nomination d'un *personal representative*, *Ferid/Firsching*, USA, n. 261.

224 *Ferid/Firsching*, USA, n. 71.

liser l'actif, afin de délivrer le reliquat aux bénéficiaires légaux ou testamentaires, les *distributees*. A cette fin, il doit lancer un appel aux créanciers du de cujus qui encourent un risque de forclusion²²⁶ et dresser un inventaire de tout l'actif. Selon que la succession risque d'être insolvable ou non, soit il suivra l'ordre de paiement prévu par le droit du for, soit il paiera les créanciers dans l'ordre dans lequel ils se présentent²²⁷. Il est intéressant de constater que la procédure d'*administration* n'a pas pour but de liquider la succession de la manière la plus avantageuse, mais de le faire le plus vite possible. Ce qui est déterminant, c'est l'intérêt pour les créanciers d'être payés le plus rapidement possible.

225 Le *personal representative* ne répond des dettes que *cum viribus*, *Ferid/Firsching, USA*, n. 77.

226 *Ferid/Firsching, USA*, n. 76.

227 *Ferid/Firsching, USA*, n. 77.

TITRE IIe

La loi personnelle et la loi réelle, en matière de transmission de successions internationales

INTRODUCTION AU TITRE IIe

La nature du concours entre la loi personnelle et la loi réelle

La nécessaire combinaison entre la loi successorale et la loi réelle ne va pas poser un problème au niveau du mécanisme de combinaison approprié. Il importe de préciser à quel titre et dans quel but chacune de ces lois intervient. La solution la plus simple qui vient à l'esprit, c'est de laisser la loi successorale régir toutes les modalités de transfert, pour autant que celles-ci ne heurtent pas l'ordre réel du lieu de situation. Ce serait donc une transposition des effets globaux commandés par la loi successorale dans le domaine de la loi réelle du lieu de situation. L'intervention de la *lex rei sitae* est purement passive, voire défensive. L'autre solution envisageable consiste à faire régir la cause par la loi successorale et la réalisation des effets réels en fonction du titre par la loi réelle. Cette distribution trouve un support dans quelques droits internes, comme p.ex. dans le droit suisse ou le droit autrichien qui distinguent strictement le titre du mode de transfert. Elle est d'application nettement plus complexe et pose des problèmes assez délicats de mise en oeuvre.

A proprement parler, c'est le rôle de la *lex rei sitae* qui est visé. Il est temps de répondre ici à la question soulevée lors de l'étude du domaine d'application de la loi réelle (supra p. 39 s), à savoir si la *lex rei sitae* se limite à régir les titres et les modes de transfert reconnus ou si elle détermine aussi la relation qui existe entre le titre et les modalités de transfert. Le domaine d'application de la *lex rei sitae* est déterminé par les exigences de la sécurité des affaires. Il conviendra donc de rechercher une solution qui respecte ce critère déterminant.

— Une première solution consiste à répertorier tous les modes de transfert connus du droit des biens du lieu de situation et à les mettre à la disposition de toute institution étrangère. Il est donc fait entièrement abstraction du titre de transfert qui en droit interne influe sur les formalités à accomplir. La loi causale

présente un règlement global qui régit toutes les modalités de transfert, non seulement du transfert de la propriété, mais encore de celui du droit de disposition. Ce règlement sera réalisé dans les limites de l'ordre réel de la *lex rei sitae*.

— La seconde solution part de l'idée que la *lex rei sitae* réagit par des effets d'ordre réel à des impulsions provenant de la loi causale. La question se pose alors de savoir quelle impulsion provoque quel effet.

A vrai dire, le choix de la deuxième solution s'impose, mais puisqu'elle a servi de base à cette étude, une vérification paraît opportune: Est-ce que le droit des biens suisse qui connaît l'institution du transfert automatique de la propriété (art. 560 CCS, supra p. 51 s) est prêt à absorber toute institution étrangère portant transfert automatique? Est-ce qu'il permet p.ex. la réalisation du transfert automatique du legs à titre particulier du droit français (art. 1014 CCiv) ou même le transfert de l'objet d'une vente par la seule conclusion du contrat (art. 711 CCiv)? Il est évident que la réponse est négative. L'intérêt des tiers serait, en effet, fort mal protégé, si on pouvait leur opposer le transfert à un acquéreur de la propriété d'un objet de valeur ayant appartenu à leur débiteur, transfert opéré par un contrat de vente dont ils n'auraient pas eu connaissance. Ce sont donc les exigences de la sécurité des affaires, raison même de l'intervention de la *lex rei sitae*, qui commandent la solution.

L'exemple du contrat de transfert est suffisamment clair pour justifier l'exclusion de la première hypothèse. Le choix de la deuxième solution laisse, cependant, subsister un certain nombre de questions. Etant donné la distribution des rôles entre la loi successorale et la loi réelle, il convient maintenant d'étudier la forme de leur coopération. Des difficultés résultent du fait que les différents droits internes n'utilisent pas les mêmes éléments pour définir l'acte causal et l'effet translatif de propriété. On procédera en deux étapes en recherchant les critères décisifs, d'abord en matière de transfert de propriété, ensuite en matière de transfert du pouvoir de disposition. Nous retrouvons donc ici la distinction établie en analysant les fonctions du règlement successoral (supra p. 46). Elle est importante puisque les intérêts en cause sont assez différents. Le transfert de la propriété, isolé du transfert du pouvoir d'administration et de disposition, est quelque chose d'abstrait, ne mettant pas directement en cause la sécurité des tiers, de sorte que l'intervention de la *lex rei sitae* a en premier lieu une fonction d'ordre. Pour le transfert du pouvoir effectif, en revanche, l'intérêt des tiers est directement affecté et l'intervention de la *lex rei sitae* a une fonction de protection proprement dite.

*I Les rôles de la lex causae et de la lex rei sitae
dans le transfert de la propriété*

Le droit des biens réagit à certaines impulsions provenant soit de circonstances de fait, soit d'un ordre juridique, interne ou étranger (supra p. 45 n. 132 et 133). Il serait vain de vouloir chercher à définir ces impulsions par des institutions de droit interne, comme p.ex. celle de l'"héritier", puisqu'il n'existe pas une terminologie uniforme dans les différentes législations¹. Il faut donc plutôt faire appel au caractère intrinsèque de l'institution susceptible de provoquer, en droit interne, un certain effet. Deux exemples simples (1 et 2, ci-dessous), empruntés à des droits internes différents, montrent ce qu'il faut entendre par ce caractère intrinsèque. Les critères qui définissent le fait ou l'institution qui déclencherait le transfert automatique de propriété en droit interne tiennent à :

1. La cause du transfert et
2. L'objet du transfert.

1. On a déjà dit (supra p. 67 s) qu'il ne fallait pas se borner à l'examen des modes de transfert prévus par un droit interne et admettre que ces modes sont à disposition de toute institution étrangère translatrice de droits réels. Mais de même, il ne faut pas non plus affirmer sans vérification que le privilège que constitue l'exemption des modalités de transfert ordinaires, doit être restreint aux institutions étrangères strictement identiques aux causes de transfert privilégiées en droit interne. Bien plus, il s'agit d'examiner si les raisons qui justifient l'intervention de la *lex rei sitae* (supra p. 36 ss) rendent impérative cette restriction. Le droit français ne connaît pas la distinction entre acte causal et acte translatif de propriété (infra p. 73 s). La conclusion du contrat d'aliénation aussi bien que l'ouverture de la succession transfèrent immédiatement la propriété (art. 711 CCiv). Le droit suisse connaît le transfert immédiat à titre universel, entre vifs et à cause de mort (art. 656 al. 2 CCS et supra p. 51 s). On a déjà constaté (supra p. 68) que cela n'impliquait pas que le droit réel fut prêt à admettre le transfert automatique à titre particulier. L'objet de transfert est donc le premier critère définissant le fait déclenchant le transfert immédiat.

2. Mais ce n'est pas tout; la cause peut également être déterminante pour la mise en oeuvre de l'effet prévu. Pour en faire la preuve, l'examen de certains droits s'avère inutile. Il en va ainsi p.ex. du droit français où coexistent le système de transmission de la propriété par la seule conclusion du contrat et le système de transfert automatique du legs à titre particulier. Il en est de même du droit suisse où chaque transfert à titre particulier est soumis aux formalités ordinaires. Il faut chercher un droit où les deux causes ne sont pas réglées de la même façon. C'est le cas p.ex. du droit grec qui connaît le transfert immédiat de la propriété

¹ L'héritier testamentaire du droit suisse p.ex. est appelé, en droit français, légataire universel ou à titre universel.

par le seul effet du legs à titre particulier, mais qui exige le recours à la tradition pour le transfert entre vifs². Le fait que le droit grec connaît l'institution du transfert de propriété automatique aussi à titre particulier suffit-il pour admettre que la propriété d'un objet sis en Grèce et faisant l'objet d'un contrat soumis au droit français, soit transféré sans tradition? Il semble qu'on doive répondre par la négative. La justification réside une fois de plus dans les exigences de la sécurité des transactions: comme on l'a déjà indiqué (supra p. 37 s), l'intérêt des tiers n'est pas mis en cause par le transfert automatique mortis causa, mais bien par le transfert entre vifs.

Les deux critères qui entrent en ligne de compte pour la réalisation du transfert automatique de la propriété sont donc:

- Le caractère de transfert à titre particulier ou à titre universel et
- Le caractère de transfert entre vifs ou à cause de mort.

C'est en fonction de ces critères qu'on devra dire si une institution d'un droit étranger peut provoquer le transfert automatique de la propriété d'un objet situé dans un de ces pays. Il va de soi que la *lex rei sitae* fournira la qualification de ces critères: si l'un des critères est le caractère d'universalité de l'objet, alors il s'agit d'une universalité selon la *lex rei sitae* et non selon la *lex causae*.

II Les rôles de la lex causae et la lex rei sitae dans l'attribution du pouvoir de disposition sur les droits dévolus à un successeur

Nous avons vu dans l'introduction que la distribution de l'actif ne se résume pas à l'attribution de la propriété des éléments de la succession aux appelés. La loi doit donc décider à qui elle veut attribuer le pouvoir d'administration et à quelles conditions elle veut soumettre la faculté de disposer des droits dévolus à un successeur. C'est sur le plan de l'attribution du pouvoir de disposition que l'intervention de la *lex rei sitae* est la plus prononcée et c'est à ce niveau précis qu'il importe d'examiner le concours de la loi successorale et de la loi réelle. Aussi nous rechercherons, par la suite, le critère décisif pour l'attribution du pouvoir de disposition. On excluera pour le moment les obstacles provisoires à l'exercice de ses droits pour un successeur remplissant les conditions énumérées. Néanmoins, nous devons toujours garder à l'esprit le problème connexe du pouvoir d'administration sur les objets de la succession qui influe, en fait, sur l'exercice du droit de disposition. Si pour l'instant, nous laissons de côté ces questions, c'est parce que la réglementation des pouvoirs d'administration est déterminée par des considérations d'ordre purement successoral tenant aux rapports entre les différentes catégories de successibles. Elle assure, notamment,

² Ligeropoulos, p. 46.

la protection des héritiers légaux contre des prétendus héritiers testamentaires, jusqu'à ce que la qualité de ceux-ci soit suffisamment bien établie. Parce que la justification de la *lex rei sitae* est de protéger les intérêts des tiers, son intervention ne s'impose pas au même titre pour la réglementation du pouvoir d'administration qui, en tant que tel, ne met pas en danger la substance de la succession, gage général des créanciers successoraux. Dans l'intérêt d'un règlement global de la succession, il est préférable que les questions de pouvoir d'administration soient régies par une loi unique: la loi successorale. Les interférences qui naissent de considérations purement successorales doivent être gouvernées par la loi successorale puisque l'intervention de la *lex rei sitae* ne s'impose point.

La *lex rei sitae* est, en revanche, évidemment compétente pour dire comment les personnes appelées à administrer et à disposer de la succession doivent prouver leur légitimation. Plus important encore, c'est la *lex rei sitae* qui détermine la manière dont elle entend protéger le véritable ayant droit et les créanciers successoraux contre des dispositions qui seraient passées sans droit par une personne exerçant le pouvoir de fait sur la succession. Il s'agit de la protection du crédit public qui relève toujours de la *lex rei sitae*.

Recherchons à présent, quelles sont pour les droits des biens français et suisse les impulsions propres à la loi successorale qui déterminent la faculté de disposition des droits conférés à un successeur. L'art. 560 al. 1 et al. 2 CCS consacre le principe de la transmission automatique de la succession. Mais il existe des exceptions. Ne sont visés ici, ni l'art. 656 al. 2 CCS qui subordonne la disposition d'immeubles héréditaires à l'inscription du propriétaire au registre foncier, ni l'art. 556 al. 3 CCS qui détermine la situation des héritiers testamentaires face aux héritiers légaux. Seules nous intéressent ici les hypothèses où le principe de la saisine est sacrifié dans l'intérêt des héritiers ou des créanciers successoraux. Il s'agit de la liquidation officielle (art. 593 ss CCS) de la succession avec sa modalité technique de liquidation par l'office des faillites (art. 573 et 597 CCS)³. Cette procédure se caractérise par deux éléments étroitement dépendants l'un de l'autre:

- L'absence de responsabilité personnelle
- L'exclusion du successeur concerné du règlement successoral.

En droit français la situation est semblable, mais non identique. L'art. 724 CCiv prévoit aussi le principe de la saisine; ici, cependant, elle est expressément réservée à certaines catégories d'héritiers choisis en fonction de leurs qualités personnelles. Mais le droit français, comme le droit suisse, prévoit une institution où la responsabilité personnelle illimitée est exclue et où, en contre-partie, le successeur est virtuellement exclu du règlement successoral. C'est l'acceptation sous

³ On fait ici abstraction du cas de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire qui, en tant que mesure intermédiaire, pose des problèmes particuliers.

bénéfice d'inventaire (supra p. 59 s). Mais ce qui est remarquable et critiquable, c'est qu'un tel successeur n'est exclu du règlement successoral que virtuellement à la suite d'une demande d'un créancier non satisfait.

Abstraction faite des considérations d'ordre purement successoral, qui concernent les rapports entre les différentes catégories de successibles, nous trouvons donc comme critère d'attribution du pouvoir de disposition la responsabilité personnelle *ultra vires*⁴. C'est une exigence minimale que l'ordre interne établit dans l'intérêt des créanciers successoraux, mais aussi pour des considérations d'équité. Cela n'est pas pour étonner, même si on oppose cette solution à celle prévue en matière de transfert de propriété. L'exigence plus stricte se justifie par le fait que le simple transfert de la propriété ne met nullement en danger les intérêts des créanciers du de cujus. En revanche, l'attribution du pouvoir de fait sur un droit met le bénéficiaire en état de disposer du droit, alors qu'il n'est pas en définitive appelé à en profiter. Le droit successoral, le cas échéant étranger, décidera dans quelles circonstances un successeur doit assumer cette responsabilité personnelle; la *lex rei sitae* constate cet état de fait et décide qu'il peut exercer le pouvoir de disposition que la loi successorale lui confère.

Le principe de droit qui subordonne à la responsabilité personnelle le pouvoir de disposition est suffisamment important pour être étendu à tout cas successoral touchant, par la situation d'un élément quelconque, l'ordre juridique interne⁵. Sa prétention à s'appliquer sur tout le territoire se justifie par l'intérêt des créanciers successoraux. Ce serait une infraction trop importante à la conception de l'ordre juridique ayant adopté ce principe en droit interne, que de permettre à une personne de disposer des biens qui lui sont dévolus, sans surveillance quelconque par une autorité et sans accepter aucune responsabilité personnelle pour les dettes qui correspondaient, du vivant du de cujus, à ces valeurs. L'intérêt des créanciers successoraux à la conservation de leur gage général, constitué de chaque élément du patrimoine, exige qu'il ne leur soit pas soustrait sans remplacement convenable. Certes, on peut objecter que le gage général du patrimoine est par définition aléatoire. Il n'en reste pas moins que l'ordre juridique doit assurer la conservation de l'actif existant, nécessaire au paiement des dettes, car avec le décès du débiteur la garantie la plus importante pour les créanciers non privilégiés disparaît. Ceci signifie que la loi de la situation peut subordonner le pouvoir de disposition des objets successoraux à la responsabilité personnelle du bénéficiaire.

Mais les droits suisse et français ne prévoient pas la responsabilité personnelle du bénéficiaire pour seule condition de l'attribution du pouvoir de fait. Ils font encore entrer en ligne de compte d'autres considérations qui tiennent aux rapports entre les différentes catégories d'héritiers. Ainsi, ils favorisent les héritiers légaux par rapport aux successeurs institués testamentairement. Le droit

4 La responsabilité *pro viribus* suffirait pour les besoins du raisonnement.

5 *Lagarde*, n. 150, *Planiol et Ripert*, IV n. 452 p. 641.

français prévoit même une discrimination fondée sur la nature et la garantie d'authenticité du titre sur lequel le successeur testamentaire s'appuie. Ce sont des raisons d'ordre successoral qui ne touchent pas à l'ordre interne du lieu de situation; aussi les restrictions qui en résultent, doivent-elles être déterminées par la loi successorale. Un héritier testamentaire qui, bien que ne s'opposant à aucun héritier réservataire et bien que se fondant sur un testament authentique, est exclu de l'administration de la succession en vertu de l'article 556 al. 3 CCS, l'est aussi pour les biens mobiliers sis en France, alors qu'en vertu de la *lex rei sitae* française il serait saisi. La raison en est simple: il s'agit d'une qualité personnelle, c'est-à-dire visant les rapports entre les différentes personnes appelées à succéder; le droit des biens ne fait qu'en déduire les effets réels.

Voilà le moment venu de préciser le point de départ de notre analyse du concours entre la loi successorale et la loi réelle. Nous avons constaté:

- Que le droit successoral régissait l'acte causal et le droit réel la réalisation du transfert et
- Que le droit réel réagissait à certaines impulsions provenant de la loi successorale.

Aussi avons nous essayé de définir le caractère intrinsèque de cette impulsion, en distinguant l'impulsion provoquant le transfert de la propriété et celle entraînant l'attribution du pouvoir de fait sur la chose. Nous avons ensuite vu que la loi successorale ne faisait pas seulement dépendre la situation du successeur de sa responsabilité personnelle, mais tenait encore compte, dans l'attribution du pouvoir de disposition, des rapports entre les différentes catégories de successibles. Si nous admettons que la loi successorale régit tout l'acte causal, c'est dire que la loi réelle doit tenir compte des nuances qu'y apporte la loi successorale. En d'autres termes, il importe de préciser le rattachement de l'effet réel à l'attribution de la qualité de successeur à titre universel ou de successeur personnellement tenu des dettes. Il s'agit là plutôt d'une exigence minimale, pour que cet effet soit atteint; encore faut-il une volonté de la loi qui gouverne cette impulsion pour qu'il se réalise.

Le problème posé ici est celui de la détermination exacte des rôles des deux lois, successorale et réelle: Est-ce que la *lex causae* ne détermine que la cause du transfert, abandonnant toute question des effets à la loi réelle concernée, ou est-ce qu'elle joue aussi un rôle dans la détermination des effets de la cause? Prenons l'exemple d'un bien sis en France et dépendant d'un contrat soumis au droit suisse: La propriété est-elle transférée par la seule conclusion du contrat comme le veut le droit français et malgré l'attitude du droit suisse exigeant la tradition⁶? A première vue oui, puisque c'est la *lex rei sitae* qui détermine les conditions nécessaires pour la constitution et pour le transfert des droits réels (*supra* p. 39).

6 Cf. l'argumentation et la solution proposée par *Frankenstein*, II p. 20 ss, qui nous semblent exactes.

Mais si on analyse le droit des biens, on voit qu'il n'en est pas ainsi. Le droit français n'exige pas pour le transfert automatique la conclusion d'un contrat quelconque, mais bien un contrat soumis au droit français ou, en tout cas, un contrat qui constitue, de par la loi ou la volonté des parties, cet acte de disposition qui caractérise le droit français⁷. Si le contrat, selon le droit applicable, ne contient pas cet aspect réel, les conditions posées par le droit des biens français ne sont pas remplies et l'effet ne peut donc pas se produire⁸.

Sous-titre 1er: La loi applicable à l'acte causal du transfert successoral

I Position du problème

L'introduction à ce deuxième titre avait pour objet de décrire le mécanisme abstrait de combinaison de la loi personnelle et de la loi réelle. Maintenant, il s'agit de vérifier que ce concours des lois est nécessaire pour réaliser la transmission de la succession.

On a admis dans l'étude de la fonction et du champ d'application de la *lex rei sitae* qu'elle devait nécessairement intervenir pour la réalisation du transfert de la propriété et du pouvoir de disposition (*supra* p. 36 ss). Le coeur du problème de la loi applicable à la transmission successorale réside dans le rattachement de l'acte causal du transfert des droits. Comment alors déterminer la loi applicable à cet acte causal? On a déjà dit que la théorie générale des conflits de lois ne permet pas à elle seule de résoudre cette question. D'une part, il s'agit d'un transfert d'une personne à des membres de sa famille, etc. (élément personnel), mais d'autre part, c'est aussi le sort des biens *ut singuli* qui est en cause (élément réel). Dire que la transmission successorale est régie par le statut des actes et faits juridiques ne nous avance pas non plus, parce que cela ne résoud pas la question de savoir quelle est cette loi. En effet, si on peut dire que ce fait, le décès, se localise en droit interne au dernier domicile du défunt, on peut, au contraire, faire valoir que ce fait déploie ses effets au lieu de situation de chaque élément successoral. Aussi, l'histoire a-t-elle montré qu'il est impossible de déterminer par des arguments de logique la loi applicable aux successions et,

7 Cf. *Desbois (H)*, Des conflits de lois en matière de transfert de propriété, *Clunet* 1931 p. 291: "La simultanéité du transfert de la propriété et de l'échange des consentements, telle qu'elle résulte de l'art. 1138, s'explique, en effet, par une présomption, par une clause sous-entendue du contrat, la clause héritée du droit germanique de désaisine-saisine".

8 De même les parties peuvent-elles introduire dans leur contrat une clause subordonnant expressément le transfert de la propriété à la tradition, cf. *Desbois*, *op. cit.*, p. 291.

notamment, à la transmission successorale. Il s'impose dès lors de chercher une approche différente qui sera basée sur des considérations principalement pratiques⁹. La question décisive est donc la suivante: quel est le rattachement qui assure le règlement le plus efficace de la succession¹⁰? Cette efficacité se caractérise par deux sortes de critères: des critères d'ordre concret et des critères d'ordre abstrait.

Les premiers concernent les intérêts des ayants droit successoraux d'une part, et ceux des créanciers héréditaires d'autre part. Les critères d'ordre abstrait ont trait aux impératifs découlant du régime des biens du pays de la situation effective mais également aux considérations de satisfaction intellectuelle.

L'intérêt des ayants droit vise un règlement simple, rapide et peu coûteux. On verra qu'il est le mieux satisfait par l'unité du règlement successoral, c'est-à-dire par le rattachement de l'acte causal à la loi successorale unique. Les créanciers successoraux, par contre, sont préoccupés en premier lieu de la conservation de l'actif pour la satisfaction de leurs créances, mais un règlement simple sert aussi leurs intérêts. Il est moins facile de dire par quel moyen, l'unité du règlement ou l'unité législative, ces intérêts sont le mieux sauvegardés. En ce qui concerne les motifs d'ordre abstrait, deux questions se posent: quelle est la solution logiquement la plus cohérente et cette solution déterminée est-elle réalisable dans le cadre de la théorie générale des conflits de lois? Parmi les alternatives offertes, il s'agit de choisir celle qui satisfait le mieux ces intérêts. Quelle est alors cette alternative? On peut consacrer l'unité du règlement en rattachant l'acte causal à la loi successorale ou, au contraire, assurer l'unité législative en la soumettant à la *lex rei sitae*. L'unité législative évite toutes les difficultés qui pourraient éventuellement résulter de la nécessité de combiner deux lois, la loi successorale et la loi réelle, pour la réalisation d'un effet réel. Elle élimine aussi les problèmes que peut provoquer la prétention de mise en oeuvre d'une procédure menée par les autorités successorales sur un territoire étranger ou le besoin d'intervention des autorités du lieu de situation dans le règlement successoral étranger. Le rattachement de l'acte causal à la *lex rei sitae* a, par contre, l'inconvénient de provoquer une scission de la succession en autant de masses, liquidées indépendamment l'une et l'autre, qu'il y a de pays dans lesquels se trouvent des biens successoraux.

Les avantages de l'unité du règlement sont concrets et assez évidents et se vérifient facilement. Les avantages de l'unité législative résident en ce qu'elle éviterait des inconvénients de l'unité du règlement. Encore faut-il vérifier si ces prétendus inconvénients sont réels ou s'ils peuvent être réduits ou éliminés par

9 Cf. aussi *Batiffol/Lagarde*, n. 637 II p. 339.

10 L'examen porte ici sur des droits qu'on pourrait classer parmi ceux dits d'administration inorganisée (*supra* p. 8), mais les résultats vaudront également pour les autres droits, puisque "la question posée revient ... à se demander si la "saisine" ou ce qui en est l'équivalent dans les systèmes "d'administration organisée" relève de la loi successorale ou de la loi de la situation des biens", *Necker*, p. 132.

une juste appréciation du mécanisme de l'unité du règlement. Aussi, est-il justifié de prendre l'unité du règlement comme point de départ. On passera d'abord en revue les avantages qu'il présente, et ensuite on soumettra les prétendus inconvénients à un examen critique.

II L'unité du règlement

A) Les avantages

1. Motifs d'ordre théorique

L'application d'une loi unique à la transmission successorale correspond à la conception de beaucoup de droits internes qui considèrent et traitent la succession comme une unité¹¹. Dans cette optique, l'unité de la loi applicable à la transmission de la succession est plus satisfaisante pour l'esprit¹².

Le rattachement de la transmission successorale à la loi qui régit la dévolution est aussi une exigence d'ordre technique: la cohérence du droit interne devrait être respectée sur le plan international. Lagarde l'exprime ainsi: "... le système adopté par chaque législation pour la mise en possession de l'héritier est lié étroitement à la conception que se fait cette législation de l'ensemble du règlement successoral"¹³. Ainsi, les règles françaises sur la saisine et l'envoi en possession sont établies en fonction de la certitude du titre d'un successible. Elles sont destinées à assurer la stricte application des règles de la dévolution, notamment de celles sur la réserve héréditaire. Ceci est capital. Il s'ensuit que les règles sur l'envoi en possession perdent beaucoup de leur valeur, si le droit successoral ne connaît pas l'institution de la saisine. Le choix des successibles appelés à administrer provisoirement la succession¹⁴ doit s'opérer en fonction de la loi successorale. L'intérêt des tiers, qui pourrait éventuellement appeler l'application de la *lex rei sitae*, n'est pas en jeu dans la mesure où le pouvoir de dispo-

11 Ce principe de l'unité de la succession se trouve consacré par les droits internes suisse, français, allemand, autrichien etc., indépendamment du fait qu'il est abandonné par plusieurs d'entre eux sur le plan international par la scission entre succession mobilière et succession immobilière. L'évolution des droits des Etats-Unis, basés sur la distinction de l'ancienne *Common Law* entre dévolution des meubles et dévolution des immeubles, montre une tendance nette vers une dévolution unique, donc vers l'unité de la succession en droit interne, cf. *Ferid/Firsching*, USA, n. 97. Le lien de dépendance entre le DIP et le droit interne qu'on a constaté (supra p. 8) rend appropriée l'acceptation de l'unité de la succession en DIP. Ainsi nous pouvons justifier d'assimiler, dans une optique d'un droit désirable, la loi successorale à la loi personnelle.

12 *Thibierge*, p. 72.

13 N. 147; dans le même sens, *Mayer*, n. 796, p. 580.

14 Ce sont les héritiers saisis.

sition n'est pas indistinctement lié à la saisine. Mais même si tel est le cas, l'intervention de la *lex rei sitae* comme loi d'ordre public peut éliminer ce danger en paralysant la loi successorale sur ce point.

Un argument pour l'unité de la loi applicable peut aussi être tiré de la fonction globale remplie par l'institution "succession" (supra p. 3). La succession a pour finalité le transfert du de *cujus* aux héritiers de tout le patrimoine englobant des valeurs d'actif et des dettes. Les dettes n'ont pas de situation dans l'espace, sinon une situation fictive au lieu d'exécution générale, le domicile du débiteur. Leur transmission doit donc être régie par une loi unique; la loi successorale est compétente pour la transmission de l'actif et du passif, du fait qu'elle ne se borne pas à transférer des droits isolés, mais qu'elle attribue à chaque successeur un émoulement déterminé, à savoir l'actif dévolu diminué de la participation aux dettes¹⁵.

2. Motifs d'ordre pratique

L'unité de la loi applicable à la transmission successorale présente aussi des avantages concrets sur le plan de la réalisation effective du règlement. Elle est seule à même de permettre une administration et liquidation centralisées. Une personne, un groupe de personnes ou une autorité unique est alors habilitée à prendre en possession tous les biens, où qu'ils soient situés, et à en disposer pour les besoins d'un règlement efficace. Même les tiers ont intérêt à un règlement unique. Il permet aux détenteurs d'objets successoraux et aux débiteurs héréditaires de se fier uniquement au titre de légitimation des ayants droit établi par les autorités du lieu d'ouverture de la succession, titre que les ayants droit présenteront probablement. La simplicité des transactions en ressort. Même les créanciers successoraux ont, on le verra (infra p. 78), intérêt à l'application d'une loi unique. L'application de la *lex rei sitae* à l'acte causal aboutit, par contre, à une "atomisation"¹⁶ du règlement successoral en autant de procédures qu'il y a de pays de situation des éléments successoraux. Aucune personne ne dispose des pouvoirs nécessaires pour procéder à une liquidation rapide et efficace de la succession et à la distribution aux ayants droit des émoulements calculés sur toute la succession.

Si la transmission de l'actif se limite à rendre l'application d'une loi unique souhaitable, la transmission du passif, par contre, l'exige impérativement, car la pluralité de lois provoque ici des difficultés inextricables¹⁷ sur deux points:

15 *Voumard*, p. 131; l'application de la loi au dernier domicile est recommandée par la localisation fictive des dettes du de *cujus* à son domicile.

16 *Droz*, Codification, p. 330.

17 Même *Ferid*, p. 168.

celui de la détermination de la responsabilité des héritiers pour les dettes successorales et celui de la procédure de règlement.

— La transmission du passif a deux aspects: celui de l'obligation aux dettes et celui de la contribution aux dettes¹⁸. La pluralité de lois rend impossible une solution cohérente quant à ce premier problème de la responsabilité *intra* ou *ultra vires*. Quelle serait p.ex. l'utilité d'une des lois applicables prévoyant la responsabilité *intra vires*, si le successeur est tenu *ultra vires* en vertu d'une autre loi également applicable et si cette loi lui impose une responsabilité illimitée pour tout le passif¹⁹? La pluralité de lois applicables fausse aussi le jeu des options entre les différentes modalités de responsabilité et de réglementation du pouvoir de disposition qui en dépend. Les difficultés qui résultent en droit français de la scission entre succession mobilière et successions immobilières²⁰ soulignent les avantages de l'application d'une loi unique.

— La supériorité de l'unité du règlement se vérifie également au niveau de la procédure. Elle permet à une personne unique de procéder aux paiements intégraux ou partiels²¹ de toutes les dettes de la succession. A cette fin, elle a aussi le pouvoir de se mettre en possession de tous les éléments héréditaires et d'en disposer. Les créanciers successoraux, eux aussi, ne peuvent que bénéficier de cette unité puisqu'elle leur assure de pouvoir s'adresser à une seule personne pour réclamer paiement intégral de leurs créances. Dans le système de la pluralité des lois et des règlements successoraux, par contre, les créanciers héréditaires ne peuvent s'adresser à chacune des personnes chargées du règlement en vertu d'une des lois applicables, que si chacune d'elles peut disposer des biens nécessaires à la satisfaction de tous les créanciers admis par cette loi. Si l'actif disponible ne suffit pas pour couvrir toutes les créances, ils devront se contenter d'un dividende et chercher satisfaction pour le surplus auprès d'autres liquidateurs.

B) Les inconvénients de l'unité de la loi applicable

Les avantages de l'unité du règlement ainsi décrits et prouvés, il s'agit de vérifier que celle-ci ne provoque pas d'inconvénients qui l'emportent sur ses avantages ou qui rendent le règlement unifié même impraticable. L'unité de la loi applicable au règlement de l'ensemble de la succession a pour effet de faire intervenir deux lois dans le transfert de tous les éléments successoraux situés en

18 Cf. *Raymond*, p. 247 ss.

19 La question se pose différemment, si cette deuxième loi prévoit, comme le fait p.ex. le droit français, la responsabilité *ultra vires*, mais limitée au pourcentage du passif qui correspond à la participation du successeur à l'actif, cf. *Batiffol/Lagarde*, n. 659 II p. 369, *Voumard*, p. 139.

20 *Batiffol/Lagarde*, n. 658 II p. 368.

21 En cas de surendettement de la succession.

dehors du pays de l'ouverture de la succession. Elle implique également soit une activité extraterritoriale des autorités chargées du règlement, soit l'application d'une loi étrangère par les autorités du lieu de situation. Pour ces motifs Ferid²² s'oppose vigoureusement au rattachement de la transmission à la loi successorale. Dans sa conception, des problèmes surgissent sur deux plans: il invoque d'abord les incompatibilités qui peuvent exister entre les règles de la loi successorale sur le transfert de la succession et le régime des biens du lieu de situation des éléments successoraux²³. Mais il insiste encore plus sur les incompatibilités qui peuvent exister entre la procédure de transmission prévue par la loi successorale et la loi procédurale du for. Le juge pourrait se voir incapable d'accomplir les mesures et formalités prévues par la loi successorale pour la transmission de la succession²².

1. Les incompatibilités entre la loi successorale et la loi procédurale du for

Cette critique du système de l'unité du règlement successoral est basée sur l'idée préconçue que la réalisation du règlement successoral nécessite impérativement l'intervention des autorités du lieu de situation²³. Ce travail a précisément pour objectif de montrer que l'unité du règlement successoral élimine le besoin d'intervention d'autorités autres que celles du lieu d'ouverture de la succession. Ce problème se révélerait alors comme un faux problème. Il reste évidemment à prouver que l'intervention des autorités du lieu de situation des divers éléments successoraux n'est pas nécessaire ou se limite à une pure assistance en faveur des autorités du lieu d'ouverture de la succession. C'est ce qu'on tentera de faire après l'examen de l'intervention des autorités dans la transmission successorale en droit suisse, français et autrichien. Soulignons néanmoins dès à présent que le mouvement actuel en doctrine et en jurisprudence en faveur de l'unité de la succession, qui a déjà abouti à la Convention de La Haye sur l'administration internationale des successions, a rendu plus réaliste la conception ici défendue. Les réticences qu'on doit constater actuellement s'expliquent en partie par les particularités du droit successoral interne, mais aussi du fait que la véritable nature des institutions de transmission successorale n'a, pendant longtemps, pas été soigneusement examinée et du fait que les idées de souveraineté et de territorialité n'ont pas encore été complètement dépassées.

22 Op. cit., notamment p. 157 ss.

23 Ferid, p. 177.

2. Les incompatibilités entre la loi successorale et la loi réelle du lieu de situation

On ne saurait nier que des différences peuvent exister entre les institutions successorales et l'ordre réel du lieu de situation des éléments successoraux et que cela peut poser des problèmes fort délicats. Nombre de ces divergences ne sont cependant pas de véritables incompatibilités. Elles s'éliminent par l'application cumulative des deux lois²⁴. C'est p.ex. le cas, lorsque la loi réelle impose l'accomplissement de certaines formalités non prévues par la loi successorale: prise de possession ou inscription au registre foncier pour le transfert de la propriété p.ex. Mais il existe de véritables incompatibilités. Ainsi, comme le relève Ferid²⁵, la loi successorale peut prévoir l'organisation de l'indivision par une forme de propriété collective différente de celle prévue par la *lex rei sitae* pour l'indivision ou même inconnue du droit des biens. On peut encore songer à l'institution du *trust* portant sur des biens héréditaires situés dans un pays qui ne connaît pas ce démembrement de la propriété²⁶. Les difficultés théoriques d'insertion du *trust* dans les régimes réels continentaux sont plus importants²⁷ que les problèmes pratiques. En effet, la particularité du *trust* réside dans la réglementation de la propriété des biens y englobés et cette question ne se pose en général pas dans la pratique. Plus importante est la détermination de la personne qui peut disposer des biens successoraux et rien n'empêche de reconnaître le pouvoir de disposition au *personal representative*, s'il dispose d'un titre lui reconnaissant ce pouvoir, et ceci indépendamment de la question de savoir à qui nous reconnaissons la propriété des biens en question²⁸. Cette remarque vaut pour des immeubles aussi bien que pour des meubles, bien que dans le premier cas la question de la propriété doive également être résolue. Bornons-nous à résumer les réflexions de Necker à ce sujet²⁹: Le dédoublement du droit de la propriété étant inconnu du droit suisse, il faut choisir comme propriétaire, soit le *personal representative*, soit le bénéficiaire. Il serait conforme au droit anglo-saxon d'inscrire le *personal representative* comme propriétaire au registre foncier. Cependant, la loi suisse n'offre pas de garantie réelle au bénéficiaire. Cette solution

24 Cf. Mayer, n. 797 p. 580.

25 P. 135 s.

26 Le *trust* se caractérise par le fait que le *trustee*, le *personal representative*, devient en principe propriétaire, "*owner at law*", mais que le bénéficiaire, le *cestui trust*, dispose d'une protection réelle par le droit de suite, cf. Necker, p. 212 s; Aubert, n. 1-11. *Motulsky* (Impossibilité) envisage un problème très différent de celui qui nous préoccupe, à savoir la création et non la reconnaissance du *trust* sous l'empire du droit français.

27 Pour la conversion du *trust* en une institution suisse équivalente, cf. p. 215 ss; Aubert, n. 38-40 pour le droit français.

28 Cpr. la distribution des pouvoirs dans le cas d'une administration officielle, supra p. 54 n. 174. C'est en tout cas l'attitude prévalente dans la pratique, cf. Necker, p. 206 ss. Les pouvoirs du *personal representative* sont aussi reconnus en Allemagne, cf. Boulanger, n. 138 ss p. 154 ss n. 139 p. 156.

29 P. 210 ss.

l'exposerait à des risques trop importants. C'est pourquoi la pratique considère le bénéficiaire comme propriétaire. Necker examine ensuite les méthodes adoptées par la pratique pour permettre au *personal representative* de remplir sa fonction, bien qu'il ne soit pas reconnu comme propriétaire³⁰. Si le droit actuel protège "négativement" l'institution du *trust* en permettant d'enlever le droit de disposition au bénéficiaire, il faudrait aller plus loin et assurer le droit exclusif de disposition du *personal representative*³¹. Ceci pourrait être accompli par l'introduction dans notre droit matériel d'une disposition permettant l'annotation au registre foncier de l'existence d'un exécuteur testamentaire³².

Nous n'avons pas pu examiner les modalités de réalisation du *trust* sur le territoire français et devons ainsi nous fier au jugement exprimé récemment par une juriste spécialisée en matière de notariat³³ qui n'y voit pas de difficultés insurmontables.

Puisqu'une des incompatibilités les plus fondamentales peut ainsi être contournée par une adaptation du *trust* et, le cas échéant, par des changements législatifs assez simples, il est permis de penser que les autres incompatibilités peuvent ainsi être éliminées ou contournées par une légère adaptation des deux lois. Ce serait trop, que de vouloir en apporter ici la preuve de manière systématique. Relevons, néanmoins, que le problème soulevé ci-dessus, posé par l'organisation de l'indivision, ne se manifestera point en pratique, si on admet l'unité du règlement successoral. En effet, la question des pouvoirs d'administration et de disposition peut être réglée sans préjudice pour la sécurité des transactions, indépendamment de la *lex rei sitae*, si leur exercice est soumis à la preuve de la légitimation de l'ayant droit par les moyens prévus par la loi successorale.

Le domaine d'intervention de la *lex rei sitae* peut et doit être restreint à ce qui est nécessaire pour l'accomplissement des deux fonctions distinguées dans le titre Ier (supra p. 39): fonction d'ordre et fonction de protection des créanciers et du crédit public. On tient suffisamment compte de ces préoccupations, si on fait intervenir la *lex rei sitae* pour retarder un effet réel par la loi successorale jusqu'à l'accomplissement des formalités locales ou pour paralyser une disposition successorale étrangère incompatible avec l'ordre réel ou les exigences du crédit public³⁴. Il n'est pas nécessaire de soumettre l'acte causal également à la *lex rei sitae*.

30 Necker, p. 214. Dans l'essentiel il s'agit d'empêcher que le bénéficiaire, inscrit en tant que propriétaire au registre foncier puisse disposer des immeubles sans la participation du *personal representative*, rendant ainsi échec à sa mission. Ainsi le nom du *personal representative*, et sa qualité convertie en celle d'un exécuteur testamentaire, est indiqué au grand livre entre parenthèses à côté de celui du bénéficiaire; cf. aussi JAAC 1973 n. 57 p. 64 ss, 68. En France, le *personal representative* et les bénéficiaires figurent ensemble dans les formalités de publicité, cf. Revillard, p. 286.

31 *De lege lata*, le *personal representative* ne peut disposer de l'immeuble sans l'accord du bénéficiaire, cf. Réponse suisse au Questionnaire cité, II-115.

32 Necker, p. 223. On pourrait également prévoir l'inscription de l'immeuble au nom du *trust* avec annotation indiquant que l'immeuble appartient au bénéficiaire dudit *trust*, Necker, eodem loco.

33 Revillard, p. 285.

34 On devra alors trouver une forme adaptée aux exigences de la loi réelle qui permet de

— La *lex rei sitae* intervient dans sa fonction d'ordre dans la mesure où elle soumet le transfert de la propriété à certaines formalités et dans la mesure où elle restreint le cercle de droits réels qui peuvent être constitués sur le territoire d'un pays. Mais la réalisation du règlement unique n'exige même pas que toutes les institutions et constructions juridiques puissent être reconnues par la *lex rei sitae*. Peu importe que telle ou telle institution ne soit pas reconnue par la *lex rei sitae* et qu'elle doive respecter les impératifs que la *lex rei sitae* lui impose. On peut admettre, sans sacrifier le principe de l'unité, que la *lex rei sitae* organise, selon ses propres normes, certains effets prévus par la loi successorale. Elle sera souvent amenée à les rapprocher d'une de ses institutions réelles s'apparentant à l'institution étrangère. Mais ceci n'est indiqué que si ce procédé est nécessaire pour la sauvegarde de la sécurité des transactions. Cette condition ne sera cependant que rarement remplie puisque cette sécurité est assurée aussi par la reconnaissance de l'unité du règlement. La ou les personnes habilitées à administrer et liquider la succession sont désignées par la loi successorale et ce sont les autorités du lieu d'ouverture qui établissent les titres qui légitiment ces ayants droit et indiquent l'étendue de leurs pouvoirs. Si ce titre est exigé dans la vie des affaires pour toute transaction, la sécurité de droit est largement assurée.

Des raisons importantes militent en faveur de cette manière de voir. Ce qui importe, c'est seulement de permettre la réalisation effective du but visé par la loi successorale. Le règlement successoral n'est qu'une phase de transition non destinée à durer³⁵. Cependant, l'état définitif devra évidemment être conforme à la *lex rei sitae*. Revillard, juriste familiarisée avec les problèmes de la pratique notariale, résume l'examen de la réalisation du trust sur le territoire français par la phrase suivante qui exprime bien notre pensée: "Peu importe alors que le trust institue un mode de propriété sans équivalent en droit français, car il s'agit au fond plus de pouvoir que de propriété"³⁶. La forme d'adaptation de l'institution étrangère inconnue de la loi réelle n'a pas de grandes incidences pratiques, à condition toutefois que les pouvoirs d'administration et de disposition soient bien déterminés.

Sur ce point, la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions rendra de grands services. En effet, elle prévoit la légitimation des ayants droit successoraux par un certificat international dont les modalités sont déterminées dans l'annexe à la Convention. Ce certificat désigne la ou les personnes habilitées à administrer la succession mobilière³⁷, et

remplir la fonction attribuée à cette institution étrangère; cf. supra p. 80 s l'exemple de l'adaptation du trust.

35 Il est vrai que l'indivision pose à ce sujet des problèmes particuliers, parce qu'en fait, elle dure souvent longtemps.

36 P. 285.

37 L'art. 30 réserve une réglementation spéciale aux pouvoirs sur des immeubles.

indique ses ou leurs pouvoirs³⁸. Si un ayant droit se présente dans un pays pour faire valoir des droits, on pourra se fier exclusivement à l'intitulé du certificat sans se soucier de savoir en vertu de quelle institution de la loi successorale ou de la loi réelle sa qualité est fondée.

— Mais la *lex rei sitae* assume une fonction plus importante encore. Elle protège les créanciers et sauvegarde le crédit public par son intervention dans l'administration et la liquidation de la succession. C'est ainsi qu'elle décide (*supra* p. 70 s) comment les personnes habilitées à administrer et à disposer de la succession doivent apporter la preuve de leur légitimation³⁹. Mais son intervention est plus marquée au plan du droit matériel. Les droits des biens suisse et français subordonnent le transfert du droit de disposition sur la succession à l'acceptation d'une responsabilité personnelle pour les dettes héréditaires (*supra* p. 72). Notre *lex rei sitae* s'opposerait donc à ce qu'une personne non tenue personnellement des dettes puisse, en vertu de la loi successorale étrangère, disposer des biens situés sur notre territoire. En face d'une telle situation, comment procéder? La *lex rei sitae* n'est pas compétente pour imposer une responsabilité personnelle au successeur qui ne devrait pas l'assumer en vertu de la loi successorale. Cette clause ne peut s'imposer que si on soumet le pouvoir de disposition au paiement ou à la garantie, à concurrence de la valeur des objets locaux, des prétentions des créanciers qui s'annoncent. La solution la plus simple serait cependant, en l'espèce, une liquidation séparée des biens sis dans ce pays, malgré la rupture du principe de l'unité du règlement qu'elle comporterait (*infra* p. 120).

On vient de démontrer que l'intervention de la *lex rei sitae* à titre cumulatif, suffit pour sauvegarder les intérêts qui lui sont généralement confiés. Les problèmes d'adaptation des deux lois à combiner ne sont pas insurmontables. Il est dès lors amplement justifié de soumettre l'acte causal à la loi successorale, pour ainsi profiter des avantages indiscutables que l'unité du règlement comporte.

III Les deux rôles de la règle de conflit:

La détermination du champ d'application de la loi successorale interne et la reconnaissance de l'effet extraterritorial de la loi successorale étrangère

La règle de conflit établie par la doctrine ou la jurisprudence peut être plus ou moins globale. Elle peut s'adresser à une institution successorale déterminée. C'est ainsi qu'on dit souvent que la saisine et l'envoi en possession sont soumis

38 Le certificat est établi par l'autorité compétente de l'Etat de la résidence habituelle du défunt, et en principe, en fonction de sa propre loi interne; pour les exceptions, cf. art. 3 ch. 1 et ch. 2; pour la réserve du paiement des dettes, cf. art. 21 al. 2.

39 Cf. *Necker*, p. 206 n. 42 et p. 216 ss, pour les documents exigés par les milieux bancaires et les conservateurs des registres fonciers.

à la loi successorale. Cette approche permet une application schématique de la règle de conflit, mais celle-ci est inefficace en ce qui concerne des institutions étrangères semblables, mais non identiques, ou tout à fait différentes. Pour le premier cas, on peut penser à la procédure de l'art. 556 al. 3 CCS, pour le deuxième à une procédure de liquidation officielle. Il est donc préférable de former une règle de conflit globale qui embrasse tout un domaine juridique, tel que la transmission successorale. Si elle semble alors résoudre toutes les questions⁴⁰ dans ce domaine, elle ne va pas sans poser quelques problèmes d'applications.

Cette règle de conflit a deux significations: D'un côté, elle détermine le champ d'application territoriale des normes régissant en son droit interne le transfert successoral. C'est ce qu'on peut appeler son aspect de *projection*. De l'autre côté, elle décide si l'acte causal du transfert d'objets sis sur le territoire national peut être régi par une loi successorale étrangère ou pas. Elle statue ainsi sur la reconnaissance de l'effet extraterritorial de la loi étrangère. Encore faut-il préciser de quelles institutions étrangères on admet, le cas échéant, l'effet extraterritorial. C'est un problème de qualification. Pour le résoudre, on déterminera la fonction que l'institution visée remplit dans l'ordre juridique étranger et on déterminera, d'après la *lex fori*, si c'est une fonction successorale. Si on arrive à cette conclusion, on accordera à cette institution effet sur les biens sis sur le territoire national. Sous réserve de l'admission du renvoi (*infra* p. 109 n. 136), on peut agir ainsi même à l'encontre de la volonté de la loi étrangère. Après s'être prononcé pour l'application de l'institution étrangère, on doit encore examiner si elle est réalisable sur le territoire national. Tous ces problèmes peuvent être rangés sous la notion de *réception* de la loi successorale étrangère.

Nous venons de constater que la règle de conflit régit les deux aspects des successions internationales: la projection des dispositions du droit interne dans l'espace et la réception des dispositions étrangères dans l'ordre réel. Les solutions effectives adoptées par quelques droits pour la projection de leur propre ordre successoral dans l'espace et pour la réception des ordres successoraux étrangers semblent indiquer qu'ils ne connaissent pas une règle de conflit unique pour les deux aspects. Ainsi, beaucoup d'États américains soumettent tous les biens situés sur leur territoire à des règles particulières de transmission successorale, la procédure d'*administration* (*supra* p. 62). On pourrait en déduire que l'acte causal est en DIP américain soumis à la *lex rei sitae*. Dans ce cas, la prétention d'effet extraterritorial que la procédure d'*administration* prévoit, après une période d'autolimitation, incontestablement, pourrait être considérée comme une rupture de ce parallélisme. Mais l'analyse de l'institution anglo-saxonne révèle qu'elle s'impose, puisqu'elle est destinée à protéger le crédit public. Ces remarques valent également pour le droit autrichien, qui est cependant plus clair en ce qu'il distingue entre la procédure successorale (*Einantwortung*) et celle destinée à la protection des créanciers locaux (*Ausfolgung*).

40 Pour les questions qui subsistent cf. notamment sous-titre 1er, II, B, et sous-titre 3e de ce titre.

Sous-titre 2e: La réalité juridique d'aujourd'hui

I Généralités

Nous venons d'établir le postulat de l'unité du règlement. Il convient dès lors d'examiner dans quelle mesure la jurisprudence et la pratique actuelles des pays envisagés consacrent ce principe. Nous constaterons que l'attitude des ordres juridiques varie allant de l'admission à l'état presque pur de l'unité du règlement (ainsi le droit suisse) jusqu'au territorialisme presque absolu (ainsi le droit autrichien). La question s'imposera alors de savoir comment on peut expliquer des divergences aussi importantes à l'intérieur du groupe des pays continentaux-européens⁴¹. On trouvera l'origine de cette diversité dans le rôle variable de l'intervention des autorités dans le mécanisme de transmission successorale ordinaire.

On verra aussi que les règles de conflits développées par la jurisprudence ou la doctrine pour un ordre juridique déterminé, ne suffisent pas à expliquer l'attitude précise adoptée au sujet d'une institution successorale interne (projection) ou étrangère (réception). Puisque dans une grande partie des cas le transfert successoral implique une intervention d'une autorité, la réalisation effective de la transmission successorale dépend largement de la question suivante: Quelles sont les limites territoriales qu'un ordre juridique met à l'activité de ses propres autorités et à celle des autorités successorales étrangères?

Par la suite, il sera procédé à une étude de la jurisprudence des trois pays dont on a examiné le droit interne, à savoir de la Suisse, de la France et de l'Autriche. Le schéma d'analyse ne sera pas le même pour les trois droits. On l'adap-

⁴¹ Le droit autrichien ne peut facilement être introduit dans la distinction de *Droz et Necker* entre systèmes organisés et systèmes inorganisés, cf. supra p. 8. On peut néanmoins admettre qu'il appartient plutôt au deuxième, puisque le transfert des droits est direct et que l'intervention de l'autorité ne concerne que la troisième fonction du règlement successoral, le transfert de l'actif, cf. supra titre Ier, sous-titre 1er.

tera aux particularités de chaque ordre juridique, afin de tirer de chacun les renseignements qu'il peut le plus facilement fournir.

— Ainsi, la jurisprudence française part de questions théoriques clairement posées et essaie de donner des réponses non seulement de cas en cas, mais encore de les appuyer sur un fondement théorique sûr. Le droit interne français connaît en plus la distinction établie dans le sous-titre 1^{er}, entre le transfert de la propriété et le transfert de la possession; cette distinction se répercute aussi sur le plan international. Le DIP français se prête donc particulièrement bien à un examen systématique des problèmes que pose la transmission successorale. Aussi convient-il de l'exposer en premier. L'approche choisie qui part d'un certain principe pour en rechercher les applications peut être qualifiée de déductive.

— La jurisprudence suisse en la matière est, par contre, pragmatique; elle se borne, dans la grande majorité des cas, à donner une solution au problème concret posé, sans essayer d'en élaborer la signification théorique. Elle est, au surplus, peu abondante. Il convient donc de suivre l'approche inductive, c'est-à-dire de formuler une règle générale à partir de ces quelques décisions d'espèce.

— Le droit autrichien pose un problème encore différent. Les tribunaux n'ont pu, pour les raisons qui seront exposées, se prononcer sur les questions qui nous intéressent que de façon très limitée. Aussi s'impose-t-il de se référer beaucoup à la doctrine.

Il ne s'agit pas de donner une vision complète de toute la jurisprudence en notre matière. Beaucoup plus convient-il d'essayer de trouver la solution qu'elle apporte aux deux grandes questions qui nous préoccupent, à savoir celle de la loi applicable à la transmission successorale et celle de l'attitude envers le principe de l'universalité du règlement successoral.

Après avoir dégagé cet aperçu des solutions nationales, on essaiera de trouver la source des divergences dans des particularités des droits internes respectifs.

II La jurisprudence française

La jurisprudence sur le rattachement de la transmission successorale est assez développée et a établi une règle générale claire. Droz l'exprime ainsi: "La jurisprudence, tout en reflétant les hésitations de la doctrine, peut être considérée aujourd'hui comme donnant compétence à la loi successorale"⁴². Bien qu'elle soit claire, elle n'a pas encore pu se prononcer sur toutes les questions qui se posent en matière de transmission successorale. On recherche en vain, notamment, des décisions statuant sur l'attitude adoptée en face de procédures de liquidation officielle. Du reste, l'étude des arrêts confirme (cpr. supra p. 68) que

42 Saisine, p. 190.

le transfert de la propriété ne pose généralement pas de problèmes, mais que ceux-ci se présentent au sujet du transfert de la possession.

A) Le transfert de la propriété

La Cour de Cassation, chambre des requêtes, a, dans un arrêt du 19 novembre 1941⁴³, jugé implicitement⁴⁴ que le transfert de la propriété est en principe régi par la loi successorale⁴⁵. Selon le commentaire de l'arrêt par le doyen Batiffol⁴⁶, la Cour aurait laissé ouverte la question de savoir si le droit français était applicable pour le transfert de la propriété ou si c'était la loi californienne du lieu de la situation⁴⁷. A notre avis, cependant, le texte cité permet de déduire la distinction entre le droit régissant la cause (la loi successorale française) et celui régissant la réalisation du transfert des biens *ut singuli* (la *lex rei sitae*, californienne). La question laissée ouverte serait alors celle de savoir si la loi californienne doit entrer en jeu et permettre ou non le transfert automatique aux bénéficiaires⁴⁸. Il n'en reste pas moins que cet arrêt n'élimine pas tous les doutes.

Une solution beaucoup plus nette résulte des arrêts qui traitent de la question des pouvoirs des exécuteurs testamentaires et administrateurs anglo-saxons sur des biens situés en France (infra p. 91 ss). Le *personal representative* devient, en effet, propriétaire légal des biens de la succession. L'attribution de la propriété et du pouvoir de disposition lui est nécessaire pour lui permettre de remplir sa mission. La question de ses droits, pouvoirs et devoirs se confond avec celle du transfert de la propriété qui a lieu en sa faveur. La soumission de la question des droits et devoirs du *personal representative* à la loi successorale entraîne aussi celle du transfert de la propriété⁴⁹.

43 S 1942 1. p. 129, note *Batiffol*; NRDIP 1943 p. 104, note *Perrin*. Il s'agissait de la succession d'un de cujus décédé domicilié en France et comprenant des valeurs mobilières déposées auprès d'une banque californienne. La question posée était celle de savoir si, pour l'application de la loi fiscale frappant le transfert de la propriété des biens successoraux, le transfert de la propriété de ces titres avait lieu au moment du décès ou seulement au moment où ils furent transférés aux bénéficiaires par le *personal representative*.

44 En ne critiquant pas la formule utilisée par le Tribunal de la Seine.

45 "Mais attendu que le tribunal, ... a constaté que les mesures spéciales édictées par la législation de l'Etat de Californie ... n'ont pour effet d'apporter de modification, ni aux droits que les légataires universels tenaient de la de cujus dès l'ouverture de la succession sur les biens qu'elle possédait dans cet Etat, ni au principe du droit français [sic!] de la transmission immédiat, dès le jour du décès, de la propriété des biens au profit des successibles, ..." (S. 1942, 1. p. 130).

46 Note précitée, p. 130.

47 Ce qu'elle pouvait se permettre, puisque le tribunal inférieur avait de manière erronée, mais liant la Cour de Cassation, constaté que la nomination d'un administrateur selon le droit californien, n'avait pas d'influence sur le transfert de la propriété aux bénéficiaires au moment même du décès de la de cujus.

48 Cf. également la note citée de *Perrin*, p. 110, et *Thibierge*, p. 70.

49 Cf. *Petitjean*, n. 810 p. 426 ss (au sujet de l'arrêt de 1924 du Tribunal civil de la Seine,

B) Le transfert de la possession: la saisine

Les décisions judiciaires concernant le rattachement de l'ensemble des problèmes compris dans les termes saisine et envoi en possession⁵⁰, ou de ce qui en est l'équivalent dans les systèmes d'administration organisés, sont nombreuses. Elles sont au centre de la discussion des conflits de lois et de juridictions en matière de transmission successorale. On peut classer les décisions rendues en deux catégories: elles avaient pour objet, soit un envoi en possession prononcé par un tribunal étranger, soit les pouvoirs des administrateurs d'une succession étrangère. Il convient de distinguer ces deux genres de décisions, bien qu'elles concernent toutes les deux le même problème, à savoir la désignation des personnes habilitées à prendre la succession en charge. La situation juridique des *personal representatives* anglo-saxons ne pose pas seulement le problème du droit d'appréhender la succession, mais encore celui du transfert de la propriété et, notamment, le problème de la personne qui en devient titulaire (infra p. 91). On s'aperçoit encore que ces deux groupes d'arrêts statuent les uns sur l'aspect abstrait du règlement successoral, la saisine ou l'envoi en possession – une décision qui n'implique pas d'acte matériel sur les biens –, les autres sur son aspect concret de réalisation de la procédure de règlement. On peut opérer encore une deuxième classification, selon que les décisions ont trait à l'application de la loi successorale française ou à l'application d'une loi successorale étrangère.

Un arrêt mérite d'être exposé à titre d'introduction, puisqu'il prend une position bien motivée sur la question de base. C'est la décision rendue le 8 décembre 1924 par le Tribunal civil de la Seine⁵¹. Il s'agissait de la succession mobilière d'une Espagnole, domiciliée en Espagne au moment de son décès. Elle avait laissé le reliquat, après versement de divers legs, à une fondation que les exécuteurs testamentaires institués étaient chargés de créer. Un héritier légal prétendait que cette clause était nulle, en ce qui concernait les biens sis en France, puisqu'elle se heurtait à l'art. 906 CCiv, d'après lequel le légataire doit vivre ou être conçu au moment de l'ouverture de la succession. Le Tribunal a "sauvé" cette clause, en disant que selon la loi successorale applicable, le droit espagnol⁵², ce n'était pas le bénéficiaire de la succession qui devenait propriétaire de la succession au moment de l'ouverture, mais les exécuteurs testamentaires qui avaient, en l'espèce, pour tâche de créer la fondation en question. C'était dire que le transfert de la propriété et de la possession était régi par la loi succes-

cité infra p. 88): "Le jugement rattache très judicieusement la question de la transmission de la propriété des biens à l'exécuteur testamentaire à la "situation juridique" de l'exécuteur testamentaire".

50 On verra (infra p. 122) quels problèmes résultent du fait que la doctrine et la jurisprudence françaises emploient en matière de successions internationales ce terme emprunté à leur propre droit interne.

51 RC 1925 p. 76 ss, note critique Niboyet.

52 Comme rapporté par les défendeurs.

sorale: "On soutiendrait en vain que les biens *"ut singuli"* étant régis par la loi réelle, il faut consulter la loi française relativement à la saisine des exécuteurs testamentaires parce qu'elle se rattacherait à la possession des biens ..." et de conclure: "Attendu que la saisine en matière de succession est d'ailleurs étrangère au régime de la possession et doit être régie par la loi qui gouverne le droit de succession, c'est-à-dire par la loi espagnole, si l'ordre public n'y est pas intéressé"⁵³.

1) L'application de la loi successorale française

a) L'aspect abstrait

C'est seulement en 1970⁵⁴ que la Cour de Cassation⁵⁵ a eu l'occasion de confirmer la jurisprudence consacrée par un grand nombre d'arrêts de juridictions inférieurs⁵⁶, selon laquelle la saisine, l'envoi en possession et la prise de possession sont régis par la loi successorale. Il s'agissait de la succession d'un Américain décédé domicilié à Paris. Le de cujus avait laissé une héritière réservataire qui saisit les juridictions françaises d'une demande tenant à faire dire qu'elle se trouvait saisie de plein droit des biens composant la succession. Cette demande était justifiée par le fait que deux personnes étaient intervenues auprès du notaire français pour empêcher la demanderesse d'entrer en possession de la succession de son père. Elles se prétendaient légataires universelles du de cujus en l'état d'un testament déposé selon elles auprès d'une banque américaine et dont elles auraient demandé l'homologation devant les juridictions compétentes. La Cour constata que la succession de caractère mobilier était régie par le droit français, "de sorte que ... [la demanderesse] était fondée à demander à appréhender les biens connus de la succession qui sont de nature mobilière ..." ⁵⁷. Le droit français était donc clairement déclaré applicable en tant que loi successorale et non pas en tant que loi réelle, et ceci à tous les biens connus de la succession où qu'ils se trouvent.

53 Avec *Niboyet* (note précitée, p. 88), on peut penser que le résultat désiré a guidé un peu le raisonnement juridique, puisque la réalisation de la propriété temporaire des exécuteurs testamentaires devrait en tout cas poser quelques problèmes; cf. notamment les réflexions sur l'introduction du *trust* dans les ordres juridiques continentaux, supra p. 98.

54 Un premier arrêt (CC req. du 9 mars 1853, S 1853 I. 269) n'est pas instructif, puisque, s'agissant d'immeubles français, la loi française était compétente en tant que loi successorale et en tant que loi réelle.

55 Civ. du 22 décembre 1970, JN 1971 p. 660, note *Droz*, RC 1972 p. 467, note A.P.

56 Cf. les arrêts cités ci-dessous et *Droz*, Saisine, p. 190 ss.

57 RC 1972 p. 468.

b) L'aspect concret

Une décision du Tribunal civil de la Seine du 13 juillet 1910⁵⁸ trancha la question de la loi applicable à la transmission successorale, en déclarant expressément que la procédure de règlement successoral français devait englober tous les biens et valeurs composant la succession d'un de cujus domicilié en France. Elle précisa que les exécuteurs testamentaires nommés pour disposer des biens, pouvaient intervenir dans le règlement "relativement aux biens possédés par lui [le de cujus] dans l'île de Porto Rico ou sur le territoire de la République du Brésil, avec sur lesdits biens, les pouvoirs admis et autorisés par la loi française [!] et par les lois locales qui, dans l'un et l'autre de ces pays, peuvent régir les immeubles qui y sont situés" (p. 929).

2) L'application d'une loi successorale étrangère

a) L'aspect abstrait

Dans une espèce du 28 février 1968, le Tribunal de grande instance de Paris⁵⁹ devait se prononcer sur la qualité des héritiers d'une succession soumise au droit du Paraguay pour notifier un commandement de payer à un débiteur français du de cujus. Il constata dans les termes les plus explicites⁶⁰ que la loi successorale paraguayenne déterminait aussi si les successeurs étaient saisis de plein droit ou s'ils avaient besoin d'être envoyés en possession. Il admit dès lors la légitimation pour notifier le commandement de payer des enfants du de cujus, saisis selon la loi successorale, mais nia celle du conjoint survivant qui n'avait pas encore demandé l'envoi en possession auquel il était soumis. La même solution résulte d'un jugement du Tribunal civil de la Seine de 18 novembre 1936⁶¹, dont il sera question ultérieurement (p. 123), puisqu'il a le mérite de prendre position sur le rôle de la procédure prévue par l'art. 556 al. 3 CCS.

58 Clunet 1911 p. 912 ss.

59 RC 1970 p. 261, cf. infra p. 93.

60 "Attendu que la loi successorale, compétente pour déterminer les successibles, est également qualifiée pour dire ceux qui sont saisi de leurs droits au décès du de cujus" (p. 264)

61 Clunet 1937 p. 768; en sens contraire: Cour d'appel de Paris du 24 avril 1913, Clunet 1913 p. 1276.

b) *L'aspect concret*

La décision la plus ancienne est celle de la Cour d'appel de Paris du 13 mars 1850⁶² qui souscrivait à l'opinion du Tribunal de la Seine soumettant les pouvoirs des exécuteurs testamentaires à la loi successorale. Ayant constaté que la succession était régie par le droit anglais, le Tribunal avait continué: "Attendu que ... l'exécuteur testamentaire a obtenu ..., des lettres qui lui confèrent l'administration la plus absolue des biens composant la succession de Lynch qui sont irlandaises; ... Attendu qu'au surplus, fussent-elles spéciales aux biens d'Irlande, elles seraient encore applicables aux valeurs de la succession de Lynch qui sont irlandaises puisqu'elles participent de la qualité du défunt en raison de leur nature mobilière; ... Attendu que lesdites lettres ne contiennent rien de contraire aux principes du droit français" (p. 792). Il faut citer ici encore le jugement du Tribunal civil de la Seine de 1924, examiné en introduction (*supra* p. 88).

En ce qui concerne l'autre effet de la saisine ou de l'envoi en possession, à savoir l'exercice des droits et actions personnelles du défunt, la Cour de Cassation confirma, dans le fameux arrêt du 4 juin 1941⁶³, l'application de la loi successorale à l'exécution testamentaire.

Les arrêts relatifs aux exécuteurs testamentaires anglo-saxons présentent un intérêt particulier, puisqu'ils posent deux questions distinctes qui se confondent dans ce contexte: La première concerne l'option offerte à la loi successorale entre transfert direct et transfert indirect par l'intermédiaire d'un tiers. La deuxième question porte sur le mécanisme de transfert qui a lieu au profit de la personne appelée à administrer ou à liquider la succession. Est-ce que le *personal representative* est saisi et donc habilité à remplir sa fonction dès le décès du *de cuius*⁶⁴ ou est-ce qu'il ne l'est qu'en vertu d'une décision judiciaire⁶⁵? Le premier aspect pose le problème de l'introduction du *trust* dans les ordres juridiques continentaux; on l'a déjà brièvement examiné (*supra* p. 80 s). Le deuxième aspect devrait se refléter dans la réaction de la *lex rei sitae* envers cette institution, notamment dans l'exigence, ou l'absence d'une telle exigence, d'exequatur de la décision nommant le *personal representative*. Aussi sera-t-il étudié à ce propos (*infra* p. 93).

62 S 1851 2. p. 791.

63 Crim. du 4 juin 1941, DC 1942 J. 4., note *Nast*, S 1944 I p. 133, note *Batiffol*; cf. aussi Cour de Cassation, civ., 6 juin 1967, RC 1969 p. 75, note *Deprez*, *Clunet* 1967 p. 890, note *Bredin*, cité *infra* p. 94.

64 Ainsi le *executor* anglais, cf. *Necker*, p. 60 n. 24.

65 Ainsi le *administrator* anglais, cf. *Necker*, eodem loco, et les *administrator* et *executor* américains, cf. *Ferid/Firsching*, USA, n. 74.

C) Le transfert du droit de disposition

Tous les arrêts rapportés s'occupent du transfert, soit de la propriété, soit de la possession. L'analyse de la transmission successorale nous a montré (titre Ier, sous-titre 3e) que celle-ci comportait encore un stade supplémentaire: l'attribution du pouvoir de disposition sur les éléments successoraux. Il semble bien que ce dernier aspect n'ait jamais donné lieu à des procès. La jurisprudence a ainsi été amenée à négliger le problème conflictuel du transfert du pouvoir de disposition et à admettre tacitement la même solution que pour le transfert de la possession. Le rattachement du transfert du pouvoir de disposition à la loi successorale s'explique par son lien de dépendance réciproque avec la question de l'obligation aux dettes qui est régie par la loi successorale⁶⁶. L'absorption de l'examen du transfert du pouvoir de disposition par celui du transfert de la possession semblerait justifiée, compte tenu de leur rattachement identique. Quelques arrêts relatifs aux pouvoirs des exécuteurs testamentaires anglo-saxons l'admettent ouvertement⁶⁷. Il convient en outre de relever qu'en cette matière la concentration, au plan des conflits de lois, des trois problèmes – transfert de la propriété, de la possession et du pouvoir de disposition – en un, s'explique du fait qu'elle existe aussi en droit interne, où elle s'exteriorise dans un acte, le *grant of probate*. Cette approche ne prêterait point le flanc à la critique, si les problèmes posés par les différents transferts et les intérêts en cause étaient vraiment les mêmes. Mais tel n'est pas le cas. Nous avons vu (supra p. 71) que les lois réelles suisse et française contenaient une condition implicite, subordonnant l'attribution du pouvoir de disposition à la responsabilité personnelle du bénéficiaire. Nous verrons plus loin (infra p. 119 ss) quelques cas, où ce problème se pose effectivement.

D) L'exigence de l'exequatur de la décision étrangère

La reconnaissance de la compétence de la loi et des autorités successorales étrangères pour la transmission successorale des biens sis en France n'exclut pas que l'intervention de la justice française soit jugée nécessaire pour sa réalisation. Il convient de distinguer deux hypothèses (cpr. supra p. 29 s): celle où le trans-

⁶⁶ *Batiffol/Lagarde*, n. 659 II p. 368, *Revallard*, p. 290.

⁶⁷ Cf. p.ex.: Cour d'appel de Paris, du 13 mars 1850, précité (p. 91): "... que le droit de disposer des valeurs de la succession n'appartient qu'à celui qui a obtenu les lettres d'administration susrelatées, – qu'il y est dit, en effet, que tous les pouvoirs lui sont conférés non seulement pour administrer les biens de Francis Lynch, mais encore pour en disposer" (S 1851 p. 792); cf. aussi Tribunal civil de la Seine, 8 décembre 1924, précité (p. 108).

fert se réalise sans l'intervention des autorités⁶⁸ et celle où ces dernières transfèrent par un acte juridictionnel la propriété ou la possession des biens à l'ayant droit⁶⁹.

Dans la mesure où le transfert se réalise sans intervention constitutive de droit des autorités, le principe de la compétence étrangère devrait pouvoir s'imposer à l'état pur. C'est ainsi que le Tribunal de grande instance de Paris a, dans une décision du 28 février 1968⁷⁰, déclaré que les enfants du de cujus, saisis en vertu de la loi successorale, étaient légitimés à délivrer un commandement de payer à un débiteur héréditaire domicilié en France. Ceux-ci avaient, pour démontrer leur qualité, produit un jugement de déclaration d'héritier. Ne devrait-il pas être soumis à l'exequatur en France? Le Tribunal a estimé que non: "Attendu que cette décision étrangère, destinée seulement à rapporter la preuve des qualités héréditaires, n'a qu'une portée limitée qui exclut le recours à l'exequatur" (p. 263), et plus loin: "Attendu que la décision précitée du Tribunal d'Asuncion ne s'est pas prononcée sur la saisine des héritiers ..." (p. 264). Il paraît alors inconséquent que la jurisprudence ne fasse pas toujours la même réflexion dans l'hypothèse du transfert automatique à l'*executor* anglais ou de celui, automatique lui-aussi, au successeur saisi mais soumis à l'envoi en possession de l'art. 1008 CCiv. Ainsi le Tribunal de grande instance de Paris a, dans des circonstances particulières, il est vrai, accordé l'exequatur à l'ordonnance de *grant of probate*, rendu par un juge anglais en faveur de l'*executor* désigné dans le testament (décision du 22 avril 1976⁷¹). La Cour d'appel de Paris, par contre, a bien senti la différence. Dans un arrêt du 29 novembre 1952⁷², elle a autorisé un *executor* anglais à vendre des immeubles français⁷³, sans que la décision qui l'avait confirmé dans sa fonction ait été soumise à l'exequatur: "... Que cette qualité d'exécuteur testamentaire et de *trustee* ... lui appartient en France, qu'il la tient, en effet, de la volonté du testateur; que la décision de la Haute Cour de Justice d'Angleterre qui s'est bornée à la lui reconnaître et à l'envoyer en possession et qui émane, d'ailleurs, de la Juridiction Gracieuse, n'avait pas à être revêtue de l'exequatur des tribunaux français, ..." (p. 142).

68 C'est le cas de l'héritier saisi du droit français et de l'héritier légal suisse ne faisant face à aucun héritier institué, et aussi de l'*executor* anglais qui devient titulaire des droits successoraux au moment du décès et qui peut agir en sa qualité dès ce moment, sauf dans la mesure où il doit prouver sa qualité, cf. *Necker*, p. 60 n. 24, et *Ferid/Firsching*, Grossbritannien, n. 234.

69 C'est le cas des successeurs non saisis des droits dérivés du Code Napoléon, de l'héritier autrichien, du *personal representative* américain et de l'*administrator* anglais, cf. *Ferid/Firsching*, USA, n. 74 et Grossbritannien, n. 234.

70 RC 1970 p. 261.

71 RC 1977 p. 324, note *Droz*; cf. aussi l'arrêt de la Cour de Cassation du 9 mars 1853, cité infra p. 94.

72 *Ciunet* 1953 p. 140.

Dans tous les cas, par contre, où une intervention constitutive de transfert des droits est prévue par la loi successorale, la question se pose de savoir s'il convient de la soumettre à l'exequatur. L'arrêt précité (supra p. 92), rendu le 13 mars 1850 par la Cour d'appel de Paris, a soumis à l'exequatur la décision conférant à l'exécuteur testamentaire les *letters of administration*. La Cour de Cassation, elle aussi, a, dans une décision de 1853⁷⁴, en principe exigé l'exequatur de l'envoi en possession selon l'art. 1008 Code Napoléon⁷⁵, prononcé par un juge de l'île Maurice, lieu d'ouverture de la succession. Elle l'a cependant refusée en tant qu'il concernait des immeubles français (S 1853 p. 270). Confirmée en 1967 par la Cour de Cassation⁷⁶ (avec le tempérament indiqué infra n. 80) l'exigence de l'exequatur doit être considérée comme étant de jurisprudence constante.

La soumission de l'effet en France d'une décision constitutive de transfert des droits à l'exequatur est conforme à la jurisprudence française en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers. En effet, tout jugement étranger doit être revêtu de l'exequatur pour avoir autorité de chose jugée et force exécutoire en France⁷⁷. La jurisprudence accorde néanmoins une exemption aux jugements en matière d'état et de capacité des personnes⁷⁸. Elle a étendu ce privilège aux décisions nommant un administrateur de la succession, un exécuteur testamentaire⁷⁹ ou, en matière de faillite, un syndic. Cette exemption n'est, cependant, accordée que dans la mesure où le jugement étranger n'est invoqué en France que pour justifier la qualité du bénéficiaire d'agir en justice en la qualité qu'il lui attribue⁸⁰. Dans tous les cas où la décision doit donner lieu à des actes d'exécution forcée, c'est-à-dire, où elle est invoquée en ce qu'elle a pour effet de transférer des droits réels, l'exequatur est nécessaire (cf. l'arrêt cité).

73 Cette décision est étonnante, en ce qu'elle déclare applicable aux immeubles français la loi du dernier domicile.

74 Req., 9 mars 1853, S 1853 I p. 269, DP 1853.1.59; cf. supra p. 89.

75 Dans notre optique ces cas devraient plutôt être classés dans la rubrique précédente.

76 Civ. du 6 juin 1967, RC 1969 p. 75, note *Deprez*; Clunet 1967 p. 890, note *Bredin*; cf. infra p. 95.

77 *Batiffol/Lagarde*, n. 735 ss II p. 508 ss; le motif en est que la force publique française ne peut être appelée à participer à l'exécution matérielle d'un jugement étranger, sans qu'elle n'en ait reçu l'ordre d'un organe de la Justice française, *Batiffol/Lagarde*, n. 713 II p. 468.

78 *Batiffol/Lagarde*, n. 742 ss II p. 518 ss.

79 *Batiffol/Lagarde*, n. 744 II p. 523 note (67-1). Cette décision vaut certainement aussi pour une décision d'envoi en possession.

80 Arrêt de la Cour de Cassation, civ. du 6 juin 1967, précité (p. 76): "Mais attendu que ... l'ordonnance étrangère qui a conféré à veuve Schapiro des pouvoirs d'administration en matière successorale produit ses effets en France indépendamment de toute décision d'exequatur, du moment qu'elle ne doit pas donner lieu à des actes d'exécution forcée dans ce pays; que dès lors que veuve Schapiro se prévalait de cette ordonnance uniquement pour ester en justice, ..., que son intervention au procès dirigé contre Terrail ne tendait nullement à l'appréhension d'un bien successoral à l'encontre des héritiers de Jakob Schapiro ..." (p. 76).

La jurisprudence a aussi accordé à tous les jugements étrangers certains effets indépendants de l'exequatur. Ainsi un tel jugement peut être invoqué sans exequatur pour prouver un fait⁸¹ ou pour servir de juste cause à une action en justice⁸². La jurisprudence estime cependant que ces exceptions ne peuvent être invoquées pour justifier l'exemption des décisions d'envoi en possession, de *grant of probate*, etc. On peut néanmoins se demander si cela ne devrait être possible. Nous l'admettons sans autre, avec une partie de la jurisprudence, dans les hypothèses où la loi successorale prévoit le transfert automatique et qu'un éventuel jugement étranger ne fait que fournir un titre de légitimation. En ce qui concerne les jugements constitutifs, les deux possibilités se défendent. Si on part du postulat de l'unité du règlement, on préfère voir cette exigence éliminée. En faveur de cette solution on peut dire qu'une discrimination selon le mécanisme de transmission adopté par la loi successorale étrangère n'est pas justifiée. Pourquoi admettre le transfert du pouvoir de fait sur un bien par l'effet de la loi successorale étrangère, si celle-ci prévoit l'automatisme, et être plus strict, lorsque cette même loi exige une formalité (l'envoi en possession) qui a comme fonction, au moins accessoire, de vérifier le titre du successible?

En ce qui concerne la jurisprudence actuelle, la question se pose de savoir quel est alors le véritable critère décisif. Ce serait le fait que le jugement "emporte en l'espèce exécution matérielle sur les biens ou coercition sur les personnes"⁸³. Cette condition demande des précisions et la doctrine n'est pas unanime à ce sujet⁸⁴. L'exequatur est aussi jugée nécessaire pour rendre licite l'appréhension d'un bien situé en France, alors même qu'elle est possible sans recours à la force publique⁸⁵. Il s'ensuit que l'explication de l'exigence de l'exequatur indiquée (supra n. 77) n'est pas suffisante. Elle serait conforme au jugement du Tribunal de grande instance de 1968 précité (p. 93) qui a exempté de l'exequatur le jugement de déclaration d'héritier, au motif qu'elle était "destinée seulement à rapporter la preuve des qualités héréditaires". Mais de deux choses l'une: ou bien on prend comme critère décisif la fonction du jugement étranger et on arrive à exempter aussi l'envoi en possession et le *grant of probate* de l'exequatur, puisqu'ils ont pour fonction de désigner la personne habilitée à administrer la succession et de "rapporter la preuve de ses qualités héréditaires". Ou alors, on se base sur le fait d'une intervention quelconque de la justice étrangère dans la transmission successorale, et on soumet alors aussi le jugement de déclaration d'héritier ou celui désignant un *executor* anglais à l'exequatur. La première des solutions est, évidemment, préférable du point de vue de l'unité du règlement.

81 *Batiffol/Lagarde*, n. 741 II p. 516.

82 *Batiffol/Lagarde*, n. 740 II p. 515.

83 *Weser*, Jugement étranger (matière civile et commerciale), Dalloz, Encyclopédie Juridique, Répertoire de droit international, II, Paris 1968, n. 50 ss.

84 Cpr. les notes citées (supra p. 94) de *Bredin et Deprez*, et *Weser*, op. cité, n. 52.

85 *Batiffol/Lagarde*, n. 741 p. 527, note (72), se référant à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 février 1869, S 69.2.103.

III *La jurisprudence suisse*

“Il semble bien que la pratique suisse ne tienne pas l’administration de la succession pour régie par la seule loi successorale, mais qu’elle admette l’applicabilité de différentes lois, selon les domaines en jeu. Il est au demeurant difficile – faute de jurisprudence et vu les opinions très diverses dans la doctrine – de dégager des règles absolues”. C’est ainsi que la délégation suisse résume, dans le questionnaire établi par Droz pour la deuxième Conférence de La Haye⁸⁶, les problèmes principaux qui se posent en notre matière. Mais il nous semble que, pour rares qu’elles soient, les décisions permettent de développer un système assez cohérent, malgré le fait qu’elles n’aient jamais prétendu avoir trouvé une règle de conflit d’application générale.

Le droit interne suisse ignore la distinction entre successeurs saisis et successeurs non saisis, soumis à une formalité d’envoi en possession. Le transfert de la propriété et le transfert de la possession se confondent. Il est dès lors compréhensible que la coupure entre les deux transferts ne se retrouve pas non plus en DIP suisse. On a par contre vu (supra p. 54 s) que le droit suisse établit une discrimination entre les différentes catégories de successibles, comparable à celle qui s’exprime en droit français par la saisine et l’envoi en possession: c’est la réglementation de l’administration provisoire, art. 556 al. 3 CCS. Des problèmes ne se sont posés que dans l’hypothèse procédurale, c’est-à-dire dans la mesure où l’administration d’office a été ordonnée. L’aspect projection du droit suisse des successions internationales se manifeste ainsi par des questions de procédure; qu’en est-il de l’aspect réception? Nous n’avons trouvé aucune décision statuant sur la situation d’un légataire non saisi ou soumis à l’envoi en possession de l’art. 1008 CCiv. La situation est donc la même que pour la projection: c’est au sujet de la réalisation sur notre territoire des règlements procéduraux étrangers que les problèmes se posent. La méthode d’analyse de la jurisprudence suisse s’impose pour ces raisons: l’examen de la prétention de nos autorités d’agir à l’étranger et la réaction de nos tribunaux en face de la prétention d’autorités étrangères d’agir sur notre territoire, devra fournir les renseignements sur la loi applicable à la transmission successorale.

Ces quelques décisions démontrent que notre jurisprudence respecte dans la plus large mesure possible l’unité de la transmission successorale, et cela que le règlement dépende du droit suisse ou d’un droit étranger. Le raisonnement est pragmatique, des réflexions dogmatiques font quasiment défaut. Mais ce pragmatisme a son importance sur un autre plan encore, en ce qu’il évite des conflits à naître. Le nombre insignifiant de décisions judiciaires en la matière montre que les milieux intéressés parviennent à résoudre les problèmes à l’amiable. Deux décisions se prononcent de manière incontestable sur les deux aspects, de

la projection et de la réception des lois successorales et permettent ainsi d'établir un principe général (A). Après la présentation de ce principe, il conviendra d'étudier les précisions et les limites qui y ont été apportées (B).

A) Le principe de l'universalité du règlement successoral

Une décision de la commission administrative du Tribunal supérieur de Zurich du 27 février 1978⁸⁷ détermine la prétention d'extraterritorialité du règlement successoral suisse. Son énoncé est simple: une administration officielle ordonnée par un juge suisse englobe en principe aussi les éléments héréditaires situés en dehors de notre territoire. Le raisonnement est le suivant: l'ouverture de la succession d'un de cujus domicilié en Suisse a lieu à son dernier domicile et cela pour l'ensemble du patrimoine héréditaire, art. 23 LRDC. L'expression "ouverture de la succession" englobe selon l'interprétation qu'en donne le TF "l'ensemble des règles ... destinées à assurer la conservation de la masse successorale et le déroulement de la dévolution, i.e. toutes les mesures formelles relatives à la succession" ... "ou tout ce que le code civil suisse range sous la rubrique dévolution"⁸⁸. On arrive à soumettre la transmission de la succession à la loi du dernier domicile, qui est généralement la loi successorale, et à étendre le règlement successoral au delà de nos frontières, par le biais de la compétence du juge suisse pour l'ensemble de la succession et l'application générale de la *lex fori*⁸⁹.

La commission administrative poursuit le raisonnement en disant que notre principe trouve sa limite dans une réglementation différente de la loi du lieu de la situation. La précision qu'elle apporte à cette réserve est décisive: "Unter entgegenstehender Ordnung ist indessen nicht die Ordnung für die innerstaatlichen Verhältnisse verstanden, sondern eine der schweizerischen entgegenstehende Regelung des internationalen Privatrechts dieses Staates" (p. 5). La seule exception réside dans le principe de l'effectivité. La réglementation suisse ne s'efface que dans la mesure où l'Etat de la situation n'admet pas la réalisation effective de notre règlement⁹⁰, puisque p. ex. il considère ses propres autorités comme compétentes. Le critère déterminant est que "das Recht dieser Staaten dem An-

87 BIZR 1979 n. 4 p. 6: Il s'agissait de la réponse à une demande de renseignements d'un notaire.

88 Tribunal fédéral, 20 novembre 1906, ATF 32 I 489, traduction par *Vischer*, DIP, p. 148. Cf. aussi Tribunal fédéral, 14 juillet 1955, ATF 81 II 319.

89 Le Tribunal cantonal de Vaud admet également que l'administration d'office suisse englobe des biens situés à l'étranger: "Que ... et l'administration d'office ordonnée par le juge de paix paraissant porter sur tous les objets de la succession, ..." (p. 75) arrêt du 15 novembre 1960, JT 1961 p. 72. Cpr. aussi l'avis de la Division de justice du 19 avril 1977, JAAC 1979 n. 12 p. 52 ss.

90 Dans le même sens, *Anliker*, p. 227.

spruch des schweizerischen Rechts auf die formelle Nachlassbehandlung für das gesamte Vermögen der Erblasserin im Wege stehe" (p. 7). Cette règle vaut, par identité de motifs, pour toutes les interventions des autorités suisses dans le règlement successoral.

Si le Tribunal supérieur de Zurich a formulé une très large prétention d'extraterritorialité de notre règlement successoral, il pouvait le justifier par son attitude très ouverte quant aux effets en Suisse d'un règlement successoral étranger. Dans un arrêt du 10 octobre 1951⁹¹, le Tribunal avait à connaître d'un séquestre effectué⁹² par un créancier du de cuius décédé domicilié au Danemark, sur une créance du de cuius contre une débitrice suisse. La question à résoudre était celle de l'admissibilité de la poursuite après séquestre. Le demandeur invoquait l'art. 49 LP, selon lequel la succession peut être poursuivie au lieu où le débiteur pouvait lui-même être poursuivi⁹³ aussi longtemps qu'une liquidation officielle n'a pas été ordonnée. Or la défenderesse fit valoir que les autorités du dernier domicile avaient ordonné une liquidation officielle. Le Tribunal admis que ce fait excluait l'application de l'art. 49 LP. "Die Anerkennung des dänischen materiellen und formellen Erbrechts durch Art. 28 NAG hätte in der Tat zur Folge, dass die Betreuung der Erbschaft als solcher nach Art. 49 SchKG dann ausgeschlossen wäre, wenn von einer dänischen Behörde eine der amtlichen Liquidation entsprechende Massnahme des dänischen Rechts angeordnet worden wäre" (p. 139). Constatant que selon le droit danois, l'autorité successorale était seule compétente pour disposer des éléments héréditaires qu'elle distribuait parmi les créanciers successoraux et les héritiers, le Tribunal estima que cette procédure était assimilable à la liquidation officielle du droit suisse; l'application de l'art. 49 LP était dès lors exclue et le for du séquestre ne fut pas admis.

Par cette décision une autorité judiciaire suisse importante a admis la prétention d'extraterritorialité d'une institution successorale étrangère. Cette sentence ne concerne pas seulement l'aspect abstrait (restriction du pouvoir de disposition), mais encore, nécessairement même si implicitement seulement, l'activité en Suisse des autorités étrangères chargées de ce règlement⁹⁴.

91 BIZR 1952 n. 81 p. 139.

92 En vertu de l'art. 271 ch. 4 LP: Débiteur non domicilié en Suisse.

93 En l'espèce le lieu du séquestre selon l'art. 271 ch. 4 LP.

94 La question a été laissée ouverte dans un arrêt du même Tribunal du 6 juin 1935 (BIZR 1935 N. 179 p. 364 ss), cité infra p. 100.

B) Champ d'application et limites du principe de l'universalité du règlement successoral

Le principe de l'universalité du règlement successoral étant clairement affirmé, encore faut-il déterminer son champ d'application (1) et s'interroger pour savoir s'il est réalisable tel quel ou s'il faut y apporter des dérogations (2).

1) Le champ d'application

1. Une première question résulte de l'art. 28 ch. 1 LRDC qui soumet les immeubles suisses des de cujus suisses décédés domiciliés à l'étranger à la loi et à la juridiction de leur canton d'origine. On considère en général que cette disposition constitue une rupture du principe de l'unité⁹⁵. Ce principe peut cependant être maintenu malgré la compétence incontestée de la loi suisse et des autorités du lieu d'origine pour la juridiction contentieuse. Sans vouloir nier les rapports entre juridiction gracieuse et juridiction contentieuse en matière de transmission successorale, on peut admettre que les difficultés résultant de la scission entre ces deux compétences ne sont pas insurmontables et qu'elles ne contrebalancent point les avantages de l'unité du règlement. C'est en ce sens que statua le 28 février 1924⁹⁶ la commission administrative du Tribunal supérieur de Zurich. Celle-ci décida en effet que l'art. 28 ch. 1 LRDC n'empêchait point les autorités du lieu du dernier domicile d'un de cujus suisse d'englober un immeuble suisse dans leur règlement successoral, à condition qu'elles appliquassent le droit suisse.

2. La deuxième question est celle de savoir si ce principe s'applique aussi impérativement pour les successions ouvertes à l'étranger ou s'il se limite aux seules successions ouvertes en Suisse (art. 23 LRDC). La cour de Justice civile de Genève opta, dans une décision du 15 septembre 1972⁹⁷, pour la deuxième solution. Elle constate d'abord que la question n'est pas régie par le droit fédéral (LRDC et CCS) en ce qui concerne les étrangers domiciliés à l'étranger. Les cantons sont donc seuls compétents et "ils ne violeraient donc le droit fédéral, ni s'ils déclarent leurs tribunaux incompétents à raison du domicile du de cujus à l'étranger et du principe de l'unité de la succession, ni si, au contraire, ils les déclarent compétents à raison p.ex. de ce qu'il existerait dans le canton des biens compris dans la succession ..." (p. 300). Puis, sur la base du droit cantonal, la Cour poursuit: "... la Cour, malgré le caractère éminemment successoral du litige, n'est pas tenue de faire application de l'art. 538 CCS, encore qu'il ne lui

95 Expressément *Necker*, p. 93, *Voumard*, p. 87. La question n'est pas clairement tranchée dans la réponse suisse au questionnaire cité, II-115 (cpr. IIIa et IIb).

96 BIZR 1925 n. 101 p. 208, 209; aussi *Anliker*, p. 237.

97 SJ 1974 p. 295 ss.

paraît pas négligeable de sauvegarder le principe qui veut, sous réserve de certaines exceptions, que chaque cas de dévolution ne donne ouverture qu'à une seule et unique succession et que ce soit, dès lors, une seule loi successorale qui s'applique à toute l'hérédité peu importe où se trouvent les objets qui la composent" (p. 301)⁹⁸. Il nous semble cependant que le principe de l'unité est si fondamental que les cantons devraient le respecter, c'est-à-dire l'ériger en principe de droit cantonal. Tout au moins doit-on s'interroger, avec Stauffer⁹⁹, pour savoir si on ne devrait admettre la compétence des autorités du lieu de situation suisse que dans la mesure où la loi du dernier domicile, ou celle qu'elle désigne, renonce à la compétence de ses autorités pour les éléments successoraux sis en Suisse et renvoie au droit suisse. Cette attitude s'impose puisque l'attribution de la compétence aux autorités du lieu de situation entraîne, d'après l'avis largement répandu selon lequel "les tribunaux et les autorités administratives suisses devront toujours appliquer leurs propres règles de procédure"¹⁰⁰, l'application du droit suisse à l'ensemble des problèmes de transmission. Ainsi, on arrive à l'atomisation de la succession, qui crée de grands problèmes dans le règlement global. Dans un avis du 10 mai 1974, la Division de Justice va encore plus loin en exigeant que les héritiers d'un de cujus domicilié à l'étranger établissent leur qualité selon les modalités instituées par la loi du lieu d'ouverture de la succession¹⁰¹. Ceci peut être difficile pour les héritiers, si les autorités étrangères ne veulent pas s'occuper des éléments successoraux situés en Suisse. Aussi la Division de Justice examine-t-elle par quels moyens cette preuve peut être rapportée, si les autorités françaises ne veulent pas s'occuper d'un immeuble suisse dépendant d'une succession française (p. 39 ss).

2) Les limites

Le principe de l'universalité du règlement successoral implique la soumission de la transmission successorale à une loi personnelle. La question de savoir si ce principe est réalisable à l'état pur doit être examinée sous l'angle des conflits de lois et des conflits de juridictions. Il convient, en outre, de distinguer les hypothèses où le droit suisse est applicable en tant que loi successorale de celles où la loi réelle suisse est confrontée à une loi successorale étrangère.

98 Dans le même sens: Cour d'appel de Berne, du 21 juin 1940 (ZBJV 1941 p. 425) qui affirma que le principe de l'unité ne valait pas impérativement en ce qui concernait la succession d'un italien décédé domicilié en Italie. Cf. aussi la décision du Tribunal supérieur de Zurich du 6 juin 1935 (BIZR 1935 n. 179 p. 364 ss, supra p. 98) qui, tout en reconnaissant la valeur du principe de l'unité, a nié son caractère impératif.

99 Praxis zum NAG, réimpression corrigée de la 1ère éd., Zurich 1975, p. 77.

100 Vischer, DIP, p. 148.

101 JAAC 1975 n. 11 p. 32.

a) *Compétence de la loi et des autorités suisses*

1. "Quant à la mutation de la propriété des biens à l'étranger dépendant d'une succession soumise au droit suisse (selon la *lex situs* et selon la loi suisse), le droit suisse laisse, à notre avis, la *lex situs* décider de sa propre application ou de l'applicabilité de la loi suisse", tel est l'avis exprimé dans la réponse suisse au questionnaire cité¹⁰². Il serait préférable de dire que nous reconnaissons la compétence de la *lex rei sitae* pour le transfert *ut singuli* des éléments successoraux et respectons l'éventuelle exigence de formalités prévue par la *lex rei sitae*.

2. Un deuxième problème est posé par la prétention d'extraterritorialité de notre règlement successoral. Est-ce qu'il peut englober des biens sis à l'étranger, même s'il implique une activité matérielle des autorités successorales dans ces pays? Dans un avis de droit du 7 novembre 1903¹⁰³, le Tribunal supérieur de Zurich, chambres réunies, décida comment procéder, suite à la répudiation de la succession d'un Suisse décédé domicilié en Corse, alors que la succession était soumise au droit et à la juridiction suisse en vertu du traité franco-suisse du 15 juin 1869. Ce Tribunal décida que les autorités de l'ouverture de la succession étaient compétentes pour décider de l'acceptation ou de la répudiation de la succession. Le traité ne s'appliquerait cependant pas aux autres mesures qu'entraînerait le transfert du patrimoine et, le cas échéant, son surendettement. Le Tribunal visait notamment l'apposition des scellés, l'établissement d'un inventaire, la réception de la déclaration de répudiation¹⁰⁴, la publication de l'ouverture de la faillite. En vertu des principes généraux, l'autorité compétente pour de tels actes de juridiction gracieuse serait celle du lieu de situation de la succession.

Cette décision devrait cependant être dépassée par l'avis précité (supra p. 97) du 27 février 1978 rendu par la même autorité. Celle-ci a admis que l'administration officielle d'une succession suisse englobait aussi les biens sis à l'étranger; et comment pourrait-elle le faire, si on ne permettait pas l'activité matérielle de nos autorités en dehors de notre territoire? On examinera plus loin (infra p. 115 s), pour quels actes du règlement l'idée de souveraineté territoriale doit nécessairement empêcher l'activité à l'étranger et rendre nécessaire l'intervention, par l'entraide judiciaire, des autorités du pays de la situation effective.

102 II-115.

103 BIZR 1904 n. 101 p. 168 ss.

104 Cpr. à ce sujet la décision précitée (p. 98) du même Tribunal du 6 juin 1935 (BIZR 1935 n. 179 p. 364 ss) qui est en sens contraire.

b) Compétence de la loi et des autorités étrangères

1. "La mutation de la propriété des biens sis en Suisse dépendant d'une succession internationale paraît régie, dans tous les cas, par la loi réelle, ..." ¹⁰⁵. Le transfert automatique d'une universalité étant reconnu en droit suisse, cette constatation n'a de signification que pour les successions à titre particulier. Mais même dans ces cas, la question est subordonnée à celle du droit de prendre possession de la succession, puisque la réalisation du transfert de la propriété est soumise à la prise de possession, ou l'inscription au registre foncier pour les immeubles. Un problème difficile se pose néanmoins: comment admettre la réalisation du règlement anglo-saxon, c'est-à-dire du trust qui prévoit une modalité de propriété inconnue du droit suisse? Mais on a déjà vu (supra p. 80) que ce problème pouvait être résolu de manière assez satisfaisante par le processus de l'adaptation.

2. Quant à l'aspect procédural, rien ne s'oppose à ce que les autorités étrangères agissent comme de simples particuliers sur notre territoire (infra p. 143 s). Ceci a aussi été implicitement admis par le Tribunal supérieur dans sa décision de 1951 précitée (supra p. 98). Il n'est pas question d'une éventuelle exigence d'exequatur ¹⁰⁶.

IV La jurisprudence et la doctrine autrichiennes

A) Le rôle de la jurisprudence

En Autriche, la jurisprudence ne peut jouer le rôle important qui est le sien dans d'autres ordres juridiques. Un système jurisprudentiel de règles de conflits de lois n'a pu se développer parce que des règles de procédure ont empêché la discussion des problèmes de conflits de lois devant les tribunaux ¹⁰⁷. Compte tenu de cette situation, même une étude doctrinale approfondie est apparue comme dénuée d'intérêt pratique. Sont visés ici les art. 21-23 AussStrG. Comment cette loi, destinée à régler la procédure, parvient-elle à élaborer des règles de conflits sur la dévolution et la transmission des successions? L'art. 22 al. 1 déclare la *lex fori* applicable aux interventions des autorités dans le règlement successoral. Puisque, en droit autrichien, le transfert de la succession n'est pas

105 Réponse suisse au questionnaire, II-115.

106 Cf. l'arrêt du Tribunal fédéral du 8 février 1917 (ATF 43 I 77) cité infra p. 118.

107 Cf. *Ungerer (S)*, System des oesterreichischen Privatrechts, 3e éd., Leipzig 1894, VI, p. 204: "Durch jene Bestimmungen wird der richtige Standpunkt gänzlich verrückt, und die Frage, welches materielle örtliche Recht über die Erbfolge zu entscheiden habe, von dem an sich gänzlich gleichgültigen Umstand abhängig gemacht, ob das inländische Gericht oder ausländische Gericht einschreite".

automatique mais opéré par des actes judiciaires, on est amené à soumettre tout le domaine de la transmission successorale à la *lex fori*. La dévolution, quant à elle, est soumise à la même loi par la règle qui dispose que les "Rechte aller Beteiligten" sont régis par le même droit du for¹⁰⁸. C'est le principe du "Gleichlauf von Jus und Forum".

Un autre fait explique encore pourquoi la jurisprudence autrichienne n'a pas pu beaucoup contribuer à l'étude des conflits de lois en matière successorale. Les règles de compétence de la *AussStrG.* aboutissent dans la plupart des cas à la confusion des lois successorales, réelle et du for: la compétence des autorités et de la loi autrichienne pour les éléments successoraux sis dans ce pays est presque générale et dans une large mesure circonscrite à ces mêmes éléments. C'est dans les dérogations à ce principe que les perspectives de renseignements sur la loi applicable sont les meilleures:

1. L'art. 21 contient une dérogation à cette autolimitation des compétences législative et juridictionnelle autrichiennes, en leur soumettant l'intégralité de la succession mobilière d'un Autrichien où qu'elle soit située. La pratique l'a cependant fortement affaiblie, en soumettant l'incorporation des biens étrangers dans le règlement successoral autrichien à l'attitude du pays de la situation. Selon une tendance, défendue en doctrine, le règlement successoral autrichien engloberait les biens mobiliers étrangers, s'il n'impliquait pas d'activité effective des autorités autrichiennes à l'étranger. Tel est p.ex. le cas, lorsqu'on peut abandonner la succession aux héritiers ou lorsque l'entraide judiciaire est accordée par le pays de la situation¹⁰⁹. Une deuxième tendance, qui prévaut dans la pratique, se réfère à un critère formel. Des biens étrangers ne sont incorporés dans le règlement autrichien que si les autorités du pays de la situation remettent les biens aux autorités autrichiennes (*Ausfolgung*)¹¹⁰. La distinction entre ces deux tendances n'est pas seulement formelle, mais une véritable distinction tenant à la nature et aux raisons mêmes de cette autolimitation (cf. infra p. 108 s).

2. L'art. 23 al. 2 et 3 contient une dérogation au principe de la compétence territoriale exclusive des autorités autrichiennes. Dans deux situations, les autorités autrichiennes abandonnent les meubles d'un de *cujus* étranger aux personnes chargées du règlement successoral par sa loi nationale. C'est d'abord le cas, lorsque le de *cujus* étranger n'avait en Autriche, ni domicile, ni siège social. Mais c'est encore le cas si, bien qu'il fût domicilié en Autriche, son pays national est parmi les pays qui abandonnent la succession d'un Autrichien domicilié chez

108 Art. 22 al. 1 *AussStrG.* Cette règle est d'application générale, *Schwind*, Handbuch, p. 255. Elle est aussi consacrée par l'art. 28 al. 2 *IPR-Gesetz* (loi sur le DIP), cf. *Duchek/Schwind*, Internationales Privatrecht, Wien 1979, p. 73 ss.

109 Cf. p.ex. *Ferid/Firsching*, Oesterreich, n. 13, avec référence à *Koehler*, Internationales Privatrecht, 2e éd., Wien 1961, p. 104.

110 Cf. p.ex. Cour suprême (OGH) du 28 avril 1955, *OeJZ* 1955, *EvBl.* n. 114, p. 678. Cpr. cependant infra p. 108.

eux aux autorités autrichiennes¹¹¹. Dans ces situations les autorités reconnaissent¹¹² le règlement successoral dans toutes ses modalités. En effet, elles remettent les biens sis dans leur pays soit aux autorités étrangères, si celles-ci sont chargées de l'administration ou de la liquidation de la succession, soit aux personnes légitimées par l'autorité étrangère, si le règlement leur incombe¹¹³.

B) La loi successorale et la loi réelle dans l'étude de la transmission successorale

La doctrine, elle non plus, ne s'est pas livrée à une étude approfondie des questions qui nous occupent. Si on essaie de déterminer le champ d'application des lois personnelle et réelle en notre matière, on rencontre deux questions qui ne sont pas encore entièrement élucidées: il s'agit de la détermination de la loi successorale et de la qualification des institutions intervenant dans la transmission successorale.

1) La détermination de la loi successorale¹¹⁴

Il existe une tradition assez ancienne consistant à soumettre la succession à la loi personnelle du de cuius. Cette théorie est défendue p.ex. par Walker¹¹⁵ et Bolla¹¹⁶. Ce qui a longtemps fait défaut, c'est une véritable motivation de cette prise de position. D'autres auteurs se sont bornés à répéter, avec plus ou moins de développements, le contenu de la AussStrG.¹¹⁷. Dans tous les cas, la question se pose de savoir si la règle procédurale, disant que les droits de toutes les personnes intéressées sont déterminés par la lex fori (art. 22 AussStrG.) doit être considérée comme norme matérielle ou pas. Une réponse affirmative amènerait les tribunaux à en tenir compte au plan du renvoi. Elle pro-

111 Il n'y a pas d'accord de réciprocité entre la Suisse et l'Autriche, ni entre la France et l'Autriche, *Schwind*, p. 263, *Ferid/Firsching*, Oesterreich, n. 17 alpha. Pour les dispositions applicables aux successions austro-suisse, cf. *Ferid/Firsching*, Oesterreich, Texte I n. 2 (19), appendice à l'art. 58 al. 2 lit. b RHEZiv.

112 Réserve faite de la procédure destinée à protéger les créanciers et ayants droit successoraux autrichiens ou domiciliés en Autriche, art. 137-139 AussStrG., cf. infra p. 107.

113 *Schwind*, Handbuch, p. 154.

114 Nous examinons ici une question négligée dans l'étude des droits suisse et français où elle est clairement résolue. La solution envisagée est aussi consacrée par l'art. 28 al. 2 IPR-Gesetz, cf. *Duchek/Schwind*, p. 72 s.

115 *Internationales Privatrecht*, 5e éd., Wien 1934, p. 894.

116 *Grundriss des oesterreichischen Internationalen Privatrechts*, Wien 1952, p. 71.

117 P.ex. *Koehler*, p. 142 ss.

voquerait un conflit avec la théorie citée plus haut¹¹⁸. On peut au contraire, et en conformité aux travaux préparatoires de la loi¹¹⁹, dénier aux dispositions de la AussStrG. le caractère de règles de conflits. Où peut-on alors trouver des véritables règles de conflits¹²⁰?

Schwind¹²¹ fait appel aux dispositions du code civil autrichien: selon l'art. 308 ABGB le "*Erbrecht*", le droit à la succession est un droit réel. On doit donc chercher les règles de conflits applicables dans les dispositions sur les droits réels. L'art. 300 soumet les immeubles à la *lex rei sitae*, les autres biens à la loi de leur propriétaire. Cette règle vaut en tout cas pour les modes de transfert, mais aussi pour le titre de transfert¹²². Le *Erbrecht* est un droit réel mobilier, et le reste même s'il porte sur un immeuble, art. 298 ABGB. L'art. 300, deuxième phrase, est donc applicable et le droit personnel du *de cuius*¹²³ est appelé à régir les successions. La première phrase de cet article ne concerne que le mode de transfert¹²⁴. La doctrine dominante maintient par contre toujours la soumission du titre de transmission des immeubles à la *lex rei sitae*. Les tribunaux étrangers qui doivent décider si le droit autrichien contient un renvoi à la *lex rei sitae* sont amenés à se référer à cette théorie traditionnelle¹²⁵.

Le rattachement de la succession mobilière trouve cependant son fondement théorique dans ces explications de Schwind et c'est bien ce qui nous importe. Comment la loi personnelle se combine-t-elle alors avec la loi réelle quand elle n'est pas évincée par la règle procédurale citée? Est-ce qu'on peut en rendre compte par une règle de conflit applicable à la transmission successorale? La solution implique, au préalable, la qualification des institutions constitutives du transfert successoral.

118 Cf. *Reichelt (G)*, *Bemerkungen zum erbrechtlichen Kollisionsrecht Oesterreichs*, ZfRV 1973 p. 132 ss, 135.

119 *Reichelt*, op. cité, p. 134.

120 Le simple fait que les solutions aux problèmes pratiques de DIP se trouvent dans des règles de procédure ne met pas obstacle à ce qu'on y voie un système de règles de conflits. Mais dans la AussStrG. la compétence des autorités n'est pas fondée sur un critère unique bien défini, mais sur un mélange de critères tenant à la nature et à la situation des biens héréditaires, à la nationalité et au domicile du *de cuius* et des héritiers et à la réciprocité de la part de l'Etat d'origine du *de cuius*, art. 21-25.

121 *Beitrag zur Theorie des internationalen Erbrechts in Oesterreich*, ZfRV 1971, p. 98.

122 Cette conclusion s'impose puisque l'application de la *lex rei sitae* au mode de transfert allait de soi et qu'on était conscient du fait qu'il manquait une disposition pour régler le titre du transfert, *Schwind*, op. cit. p. 100.

123 La loi ne précise pas de quelle personne, mais la soumission à la loi personnelle des successeurs aboutirait à des conséquences inacceptables, cf. *Schwind*, op. cité p. 102.

124 L'art. 300 ABGB soumet aussi le mode de transfert des meubles à la loi personnelle, mais la pratique a changé le sens de la disposition en son contraire. Ceci est critiqué par *Schwind*, op. cité p. 101, qui ferait donc abstraction de la *lex rei sitae* pour le transfert par voie successorale d'objets mobiliers (Cpr. supra p. 37).

125 Cf. *Bay Olg.* du 15 février 1971 (ZfRV 1972 p. 190 ss) et *Bay Olg.* du 10 avril 1975 (ZfRV 1975 p. 237 ss); cpr. *Ogh*, du 11 juillet 1968 (ZfRV 1969 p. 220 ss) qui tranchait, à titre préalable, la question de la dévolution d'un immeuble allemand. Elle la

2) La qualification des institutions fondamentales de la transmission successorale

Le mécanisme de transmission successorale autrichien se caractérise par son institution centrale, la *Einantwortung*. Sa qualification correcte est importante pour la compréhension des problèmes et solutions du DIP autrichien. Une autre procédure, la *Ausfolgung*, peut, dans certaines circonstances, remplacer la *Einantwortung*. Il convient dès lors de s'interroger sur sa nature et son rôle précis.

a) La *Einantwortung*

Beaucoup d'auteurs décrivent la *Einantwortung* sans se prononcer sur sa qualification¹²⁶. Pour Schwind, elle est, en premier lieu, une institution du droit des biens¹²⁷. Cette vue est justifiée puisqu'elle constitue un des modes reconnus de transfert de la propriété et de la possession¹²⁸. Comment peut-on alors expliquer que la *Einantwortung* n'est point nécessaire dans les hypothèses où les biens mobiliers autrichiens d'un de cujus étranger sont abandonnés à ses autorités nationales?

Est-ce que cela ne signifie pas que la *Einantwortung* est une institution successorale? La réponse doit être nuancée: la *Einantwortung* n'est qu'une manière parmi d'autres de transférer la propriété. Dans les cas visés ci-dessus la *Ausfolgung* remplace la *Einantwortung* dans sa fonction de mécanisme de transfert.

Cela étant admis, faut-il en conclure que la *Einantwortung* n'ait qu'une valeur strictement territoriale? Est-ce que cette constatation peut justifier la réticence des tribunaux autrichiens à inclure des éléments sis à l'étranger dans leur règlement? Certes pas, car le fait que la *Einantwortung* constitue un mode de transfert de la propriété ne doit pas nous faire perdre de vue qu'elle remplit aussi un rôle successoral. Non seulement, elle rend le bénéficiaire titulaire de tous les droits de la succession, mais encore elle est la clôture d'une procédure purement successorale. Celle-ci a pour but, entre autre, la légitimation de toutes

soumettait à la *lex rei sitae*, en disant qu'elle devait juger comme l'aurait fait le tribunal de lieu de la situation.

126 Cf. p.ex. *Gschnitzer*, *Erbrecht*, p. 57; *Koehler*, p. 122 s.

127 Op. cit., p. 99: "Für das Erbrecht spiegelt sich diese Lehre [de la coupure entre le titre et le mode de transfert] ja auch in der Zweiaktigkeit von Berufung und Einantwortung ...".

128 Si, malgré la compétence des autorités autrichiennes, celles-ci renoncent à une procédure (petites successions, art. 72 *AussStrG.*) et ne prononcent pas la *Einantwortung*, l'acquisition des droits ne peut se faire que par la prescription acquisitive — donc un autre mode de transfert, cf. *Ogh*, du 17 février 1950, *OeZ* 1954 *EvBl.* n. 95; critique: *Gschnitzer*, *Erbrecht*, p. 52.

les personnes qui font valoir un titre successoral et la détermination de la procédure à suivre, en fonction de l'attitude prise¹²⁹ par les personnes dont la qualité de successeur a été établie. La *Einantwortung* confère aux bénéficiaires un titre constatant leur qualité¹³⁰. C'est reconnaître le caractère hybride de l'institution. Les problèmes qu'elle soulève résultent du fait qu'elle remplit des fonctions successorales et réelles tout à la fois.

b) *La Ausfolgung*

L'art. 797 ABGB interdit aux successeurs d'appréhender les biens de la succession sans le concours de l'autorité. Cette disposition est rangée parmi les règles successorales, mais sa validité dépasse le champ d'application de la loi successorale autrichienne. En effet, dans les cas où la *AussStrG.* abandonne la compétence de règlement aux autorités nationales d'un étranger, art. 23 al. 2, les héritiers appelés par le droit successoral étranger ne peuvent pas se mettre en possession des biens autrichiens, même s'ils sont "saisis" en vertu de ce droit étranger. Ils doivent attendre que les autorités autrichiennes leur remettent ces biens après accomplissement des mesures prévues aux art. 137-139. On constate que l'art. 797 ABGB est d'application territoriale immédiate, puisqu'il remplit une fonction de protection des créanciers et ayants droit autrichiens. La *Ausfolgung* s'insère dans ce cadre. Elle est une décision judiciaire par laquelle le tribunal rend le bénéficiaire propriétaire et lui confère le libre pouvoir de disposition. Le tribunal répartira les biens selon les quotes-parts indiquées dans le document établi par les autorités nationales que les bénéficiaires doivent produire pour demander la *Ausfolgung*. Comme Köhler l'affirma à juste titre¹³¹, cette remise ne vaut pas exécution d'une décision étrangère, déclarative ou même constitutive de droits héréditaires. Il ne s'agit que de reconnaissance des héritiers désignés par la loi nationale du de cujus.

129 Acceptation, acceptation sous bénéfice d'inventaire, répudiation.

130 Cpr. p.ex. *Ogh.* du 10 décembre 1969 (ZfRV 1972 p. 190): "Die Bestätigung des tschechischen staatlichen Notariats, dass eine bestimmte Person die Erbschaft nach dem tschechischen Erblasser erworben hat, steht für den inländischen Rechtsbereich hinsichtlich des beweglichen Nachlasses eines tschechischen Staatsangehörigen einer Einantwortung gleich", (rés.). Cf. aussi *Ferid/Firsching*, Oesterreich, n. 142 (Legitimationswirkung der Einantwortung).

131 P. 130; cpr. l'attitude différente des tribunaux français, supra p. 93.

3) Les conclusions à tirer quant aux règles de conflits

La pratique actuelle des tribunaux autrichiens nous permet-elle de dégager une règle de conflit applicable à la transmission successorale? Quelle est, le cas échéant, cette règle de conflit?

1. Une soumission de la transmission successorale à la *lex rei sitae* ne peut être déduite du fait que tout bien situé en Autriche, bien que dépendant d'une succession soumise à un droit étranger, soit soumis à la procédure d'*Ausfolgung*. Il s'agit de dispositions destinées à protéger les créanciers et ayants droit successoraux autrichiens. Au contraire, l'abandon des biens aux personnes désignées comme administrateurs par la loi successorale, montre qu'on respecte le règlement successoral étranger et qu'on reconnaît la compétence de la loi successorale.

2. La solution peut aussi être cherchée dans l'attitude des autorités successorales chargées du règlement d'une succession d'un de *cujus* autrichien. On se heurte cependant à un obstacle tenant au fait qu'il n'existe pas une pratique cohérente qui permettrait des déductions d'une règle de conflit sous-jacente. Il est en effet impossible de déterminer le champ d'application territorial de la *Einantwortung*. Des indices existent aussi bien pour la prétention d'effet extraterritorial que pour l'autolimitation territoriale.

a. Le texte de l'art. 21 *AussStrG*. parle en faveur de l'extraterritorialité. La solution d'un des deux conflits mobiles qui peuvent se présenter, va dans le même sens: c'est la situation locale au moment du décès qui est déterminante pour la qualification des biens d'Autrichiens ou d'étrangers¹³². Aussi, si des biens autrichiens ont, après l'ouverture de la succession, été sortis du territoire autrichien sans l'autorisation du tribunal compétent, ils sont néanmoins inclus dans le règlement successoral, indépendamment du fait que les décisions soient reconnues ou pas dans le pays de la nouvelle situation¹³³. Il est fait abstraction des raisons invoquées pour justifier l'autolimitation générale du règlement. Cela ne peut que signifier que les actes pris par les autorités autrichiennes ont une prétention potentielle d'effet extraterritorial.

b. De sérieux indices existent, cependant, aussi en faveur de l'autolimitation du règlement au territoire autrichien. C'est le cas de l'autre conflit mobile, celui où un bien sis à l'étranger au moment du décès est transféré en Autriche avant la *Einantwortung*. Ces biens ne sont soumis à la procédure du règlement que si, en vertu de la *lex rei sitae*, les ayants droit n'ont pas acquis de droit sur ces biens¹³⁴. Ceci implique que, du point de vue des autorités autrichiennes, la propriété des meubles étrangers peut passer aux ayants droit sans la *Einantwortung* qui ne les

132 *Koehler*, p. 122 s.

133 *Koehler*, p. 127.

134 *Koehler*, p. 127, cf. néanmoins p. 123.

concerne pas. En d'autres termes, la *Einantwortung* a un effet strictement territorial. On arrive à la même conclusion, si on se réfère à la pratique des tribunaux autrichiens qui consiste à liquider, faute d'actifs, la succession d'un Autrichien ne comprenant pas de biens en Autriche. Même si l'existence de biens à l'étranger est connue, les tribunaux renoncent à la *Einantwortung*¹³⁵.

Tout bien considéré, on arrive à la constatation qu'aucune théorie cohérente ne peut être déduite de l'attitude de la pratique qui se laisse guider, de cas en cas, par des considérations purement pratiques. On ne peut qu'espérer une évolution de la pratique qui aboutisse à développer un système cohérent pouvant servir de base à une théorie conflictuelle.

4. Le sort des biens étrangers exclus du règlement autrichien

Considérant l'attitude des autorités autrichiennes relative aux biens étrangers, il convient de s'interroger sur la manière dont les tribunaux du lieu de situation vont régler le sort de ces biens. Est-ce qu'ils doivent néanmoins les soumettre à la *Einantwortung*? La première réponse possible serait négative, au motif que la *Einantwortung* est une institution de nature réelle qui ne peut avoir qu'un champ d'application territorial. Ceci signifierait que ces transferts se réalisent par le seul accomplissement des formalités de la *lex rei sitae*¹³⁶. Mais il convient de tenir compte du caractère hybride, successoral et réel, de la *Einantwortung* pour lui reconnaître un effet limité sur la situation juridique des biens étrangers.

Ceci étant admis, il reste encore à déterminer la nature de cet effet; est-ce qu'il a trait au transfert de la propriété, à celui de la possession ou à celui des deux à la fois? On peut, par une analogie avec le droit interne, soumettre le transfert de la propriété à la *Einantwortung*. Le raisonnement serait alors le suivant: la *lex rei sitae* régit le transfert de la propriété, mais c'est la *lex causae* qui détermine les modalités du titre. En l'espèce, le titre ne devient parfait, selon la *lex causae*, que par cette décision judiciaire. Au contraire, on ne peut soumettre que le transfert de la possession à cette décision en disant que la vérification provisoire de la légitimation des successibles¹³⁷ a pour seule fonction la détermination des personnes habilitées à administrer la succession; en ce qui concerne le transfert de la succession, la *Einantwortung* joue seulement le rôle d'une institution à caractère réel. Cette attitude a l'avantage d'éliminer tous les problèmes qui résulteraient de la réalisation de l'institution du *ruhende Nachlass* dans notre ordre réel.

135 *Ferid/Firsching*, Oesterreich, n. 13.

136 On arrive au même résultat si on admet le caractère hybride de la *Einantwortung*, mais qu'on considère l'abstention des autorités autrichiennes d'agir à l'étranger, comme l'expression d'un renvoi à la *lex rei sitae*.

137 Ce qui est de rôle principal de la procédure dont la *Einantwortung* est la clôture, cf. supra p. 107 n. 130.

Cette question s'est posée au Bayrisches Oberlandesgericht, qui, dans une décision du 15 février 1971¹³⁸, a opté pour la première solution. Il s'agissait du sort des biens mobiliers, sis en Allemagne, dépendant d'une succession d'un Autrichien domicilié à Munich. La loi successorale était, du point de vue allemand aussi bien qu'autrichien, la loi autrichienne. La question était de savoir si les autorités allemandes pouvaient délivrer un certificat d'héritier limité aux seuls biens allemands et ainsi attribuer le pouvoir de disposition aux héritiers malgré l'absence d'une *Einantwortung* par les autorités autrichiennes¹³⁹. Dans la motivation de sa décision, le Tribunal avança l'argument que la succession ne pouvait être traitée indéfiniment comme *ruhender Nachlass*, ce qui implique qu'il subordonna, en principe, le transfert de la propriété à la *Einantwortung*. Il estima encore qu'on pouvait admettre, par voie d'adaptation, que la délivrance d'un certificat d'héritier déploierait les mêmes effets que la *Einantwortung*. Cette décision révèle, par la réponse qu'elle apporta à la question principale, une approche intéressante, caractérisée par un pragmatisme sage, aux problèmes posés par la procédure successorale autrichienne.

La Cour d'appel de Berne, elle aussi, devait se prononcer sur le sort de biens en Suisse qui faisaient partie d'une succession tchèque se présentant sous la forme d'un *ruhenden Nachlasses*. Elle a basé sa décision du 1er juin 1949¹⁴⁰ plus sur la fonction de l'institution que sur son mécanisme technique. La Cour devait décider de la personne dont la situation financière devait être prise en considération pour admettre ou refuser la demande d'assistance judiciaire introduite dans un procès de la succession contre un débiteur du de cujus: s'agissait-il de la succession en tant que telle ou de l'héritier ayant accepté la succession? La Cour constata qu'avant la *Einantwortung* l'héritier n'avait, selon le droit tchèque, qu'une fonction de curateur de la succession qui était considérée comme appartenant au de cujus. Pour se prononcer sur la demande elle ne prit cependant pas en considération ce droit selon lequel le *ruhende Nachlass* en tant que tel avait qualité pour agir. Elle estima que c'était plutôt la situation financière de l'héritier-accepteur, personnellement tenu des dettes, qui était décisive¹⁴¹. Elle fit ainsi prévaloir le critère de la responsabilité pour les dettes, qui relève du droit matériel, sur celui du pouvoir d'administration, qui relève du droit formel.

138 ZfRV 1971 p. 124 ss.

139 Le Tribunal constata qu'il était exclu de délivrer un certificat d'héritier à un héritier qui n'avait pas encore accepté la succession. Il affirma ainsi le lien entre la responsabilité personnelle du successeur et l'attribution du pouvoir de disposition (supra p. 72). Il laisse ouverte la question de savoir si on pouvait le faire avant la *Einantwortung*, puisqu'en l'espèce les héritiers ne pouvaient pas compter sur une décision autrichienne ultérieure, du fait de l'absence de biens sis en Autriche.

140 RSJB 1950 p. 537.

141 Cette décision n'est pas tout à fait concluante, la demande ayant été rejetée pour des motifs matériels.

Il faut toutefois rappeler que ces exemples de solutions adoptées pour assurer le règlement des successions internationales ne sont que des pis-aller nécessités par l'attitude critiquable des autorités autrichiennes. Il serait de loin préférable, et sans doute facilement réalisable, que les autorités autrichiennes englobent les biens mobiliers étrangers dans leur règlement.

V Essai d'explication des différences des solutions nationales pour les successions internationales par les droits internes respectifs

Nous venons de constater des divergences plus ou moins importantes dans l'attitude des trois ordres juridiques examinés quant à la réalisation du règlement des successions internationales. Il convient naturellement de rechercher les raisons qui provoquent ces divergences. Puisqu'on a dit (*supra* p. 8) que le DIP d'un ordre juridique était déterminé par son droit interne, il est logique de les chercher dans les différences qui existent entre ces trois législations internes. Les différences entre le DIP autrichien d'une part, et les DIP suisse et français d'autre part, étant très accusées, c'est cette comparaison qui sera entreprise en premier lieu. Mais malgré une règle de conflit identique, on a constaté des particularités dans la réalisation effective du règlement des successions internationales selon le DIP suisse et le DIP français. Aussi essaiera-t-on d'en trouver le fondement.

A) Opposition entre le système autrichien et les systèmes suisse et français

La comparaison entre la solution de droit international privé autrichien d'un côté, et celle des droits suisse et français de l'autre, fournit un exemple type de la projection du droit interne sur le plan international. Les droits suisse et français prévoient, comme principe fondamental du transfert successoral, la transmission automatique de l'universalité de la succession. Par le fait de cet automatisme la transmission se trouve subordonnée à la dévolution, voire presque absorbée par elle. Son rattachement à la loi qui régit la dévolution va presque de soi. La discussion sur la loi applicable à la transmission successorale s'est concentrée précisément sur l'intervention de l'autorité dans le transfert du pouvoir d'administration, qui constitue une rupture du principe de l'automatisme. La solution à la question soulevée fut déterminée en fonction de la qualification de l'envoi en possession: alors qu'on y voyait une institution du droit des biens, le

transfert de la possession fut soumis à la *lex rei sitae*¹⁴². Même dans la mesure où on reconnaissait que l'envoi en possession était aussi une institution successorale, on pouvait estimer qu'en ce qu'il transférait la possession, il était trop étroitement lié au régime des biens pour être soustrait à l'emprise de la *lex rei sitae*. Le doyen Batiffol a ainsi été amené, dans les premières éditions de son traité, à distinguer selon que la saisine concernait le transfert de la possession ou celui des droits et actions personnels¹⁴³. On peut par contre, et c'est l'avis qui s'est imposé, considérer la saisine et l'envoi en possession comme institutions successorales élaborées par le législateur "dans l'intérêt des cosuccessibles ou des successibles préférables"¹⁴⁴. Le rattachement à la loi successorale en est la conséquence naturelle. Une interrogation subsiste néanmoins: l'intérêt des tiers n'exige-t-il pas un contrôle de la *lex rei sitae* sur l'attribution de la saisine? Mais comme Planiol et Ripert l'ont fort bien remarqué, la saisine ne concerne point les rapports des successeurs avec les tiers¹⁴⁵. "La saisine" fut-il constaté, "n'est plus qu'un règlement provisoire du droit de succession"¹⁴⁶. Qualifier l'envoi en possession d'institution successorale amena la doctrine et la jurisprudence françaises à soumettre sa réglementation, et par suite celle de la transmission successorale en générale, à la loi successorale.

En droit suisse le rattachement de la transmission à la loi successorale résulte de réflexions identiques, même par un raisonnement a fortiori. En effet, la transmission successorale est considérée comme parfaitement automatique, ce qui est juste au regard de l'art. 560 CCS. C'est sur la base de ce principe que s'est formé notre DIP en la matière. Ainsi la réglementation fort importante de l'administration provisoire de la succession (art. 556 al. 3 CCS), qui remplit un rôle semblable à l'institution de la saisine et de l'envoi en possession, est passée presque inaperçue¹⁴⁷. La règle de conflit basée sur le transfert purement automatique est alors aussi appliquée à la réglementation du pouvoir d'administration. Celle-ci implique l'intervention de l'autorité; aussi est-ce une attitude cohérente et logique d'avoir conclu également à la vocation extraterritoriale du règlement par l'autorité¹⁴⁸.

142 *Lerebours-Pigeonnière*, Droit international privé, 7e éd. par *Loussouarn*, Paris 1959, n. 481 p. 601: "... la transmission de la propriété et de la possession des biens (comprenant l'attribution et les effets de la saisine, l'envoi en possession ...) dépend de la loi de leur situation réelle, parce qu'elle affecte le régime juridique du bien lui-même".

143 *Traité élémentaire de droit international privé*, 1ère éd., Paris 1949, n. 671 p. 675.

144 *Planiol et Ripert*, IV n. 222 p. 352.

145 Cela ne serait le cas que si le droit de disposition était indistinctement lié à la saisine.

146 *Lambert (E)*, De l'exhérédation, par. 156 p. 124, cité chez *Niboyet*, IV n. 1349 p. 864 note 1.

147 Cf. *Schnitzer*, II p. 539, *Meili*, II p. 167 s.

148 Cf. l'arrêt cité (supra p. 97) de la commission administrative du Tribunal supérieur de Zurich du 27 février 1978.

La situation se présente de manière exactement inverse en droit autrichien. Le droit successoral interne est dominé par l'institution procédurale *Einantwortung* et le droit international par la question de la compétence juridictionnelle pour cette *Einantwortung*. Celle-ci est une institution hybride (supra p. 57 s). Elle constitue un des modes de transfert de la propriété et de la possession reconnus par la loi réelle qui n'admet pas le transfert automatique. Compte tenu de cette fonction réelle de la *Einantwortung*, la jurisprudence autrichienne a été amenée à lui attribuer un effet purement territorial. En effet, même dans le cas où la réalisation effective du règlement successoral autrichien serait possible grâce à l'attitude des autorités du lieu de situation, les biens étrangers ne sont pas inclus dans la procédure. Ils ne sont soumis à la *Einantwortung* que si les autorités étrangères les remettent (*ausfolgen*) aux autorités autrichiennes. L'aspect successoral de la *Einantwortung*, qui tient à la vérification de la légitimation des successibles, est négligé. Dans ces circonstances, on dit que la transmission successorale est régie par la *lex fori*¹⁴⁹; on pourrait aussi dire qu'elle est régie par la loi successorale, puisqu'en fait la compétence législative suit la compétence juridictionnelle, y compris la question de la dévolution (art. 22 *AussStrG.*). La disposition qui interdit aux ayants droit d'une succession étrangère, c'est-à-dire d'une succession non soumise à la compétence autrichienne, de se mettre en possession des biens autrichiens ne devrait pas avoir d'influence sur la position à prendre sur le rattachement de l'acte causal de la transmission. C'est une norme sur la réalisation du transfert, destinée à protéger le crédit public. Au contraire, les autorités autrichiennes suivent le système de règlement étranger en remettant, après la clôture de la procédure interne, les biens aux personnes ou autorités désignées par la loi successorale pour l'administration de la succession¹⁵⁰.

Comment pourrait-on éliminer les conséquences résultant du mécanisme de droit interne qui créent les problèmes rencontrés au niveau international? Il faudrait d'abord réexaminer la nature de l'institution *Einantwortung* pour percevoir l'élément successoral de légitimation des successeurs (supra p. 107). Ceci permettrait d'englober les biens sis à l'étranger au moins dans la décision abstraite conférant la propriété et la possession. Ensuite, il s'agirait de déterminer dans quelle mesure l'activité effective des autorités autrichiennes est possible, que ce soit par leurs propres organes ou par l'entraide judiciaire accordée par les autorités du lieu de la situation des biens.

149 Cf. la réponse autrichienne au questionnaire précité, II-73.

150 Cf. Questionnaire, II-73: La loi successorale régit la transmission successorale, "à condition que le règlement de la succession ne tombe pas sous la compétence d'un tribunal autrichien".

B) Opposition entre le système suisse et le système français

Il est nettement plus difficile de trouver le fondement de la différence plus subtile qui existe entre l'attitude suisse et l'attitude française envers les successions internationales. Elle ne se manifeste point dans les règles de conflits respectives, mais intervient seulement sur le plan procédural, à savoir dans l'exigence de l'exequatur d'une décision étrangère de transfert successoral ou dans l'absence d'une telle exigence. L'origine de cette différence peut résider dans la divergence, déjà soulevée (supra p. 48 ss), entre les deux droits internes. En droit français, on a toujours à l'esprit que le transfert de la possession dépend, dans certaines hypothèses, d'une décision judiciaire. Bien que cet envoi en possession de l'art. 724 al. 2 CCiv ait perdu presque tout intérêt pratique depuis que le conjoint survivant et les enfants naturels bénéficient également de la saisine¹⁵¹, il domine encore la doctrine et la jurisprudence françaises. Le fait qu'on admet aujourd'hui que la saisine est étrangère au régime des biens¹⁵², n'empêche pas qu'on y voie quand même tant l'effet sur les biens que l'effet de détermination et de légitimation des successeurs. C'est seulement de cette manière qu'on peut justifier l'exigence d'exequatur, si la décision étrangère est invoquée pour démontrer les pouvoirs du bénéficiaire sur des biens sis en France. Si on considérait par contre, l'envoi en possession comme une décision sur la détermination des successibles préférables, on verrait que la reconnaissance de la qualité de successeur-administrateur et de ses pouvoirs, ne revient nullement à admettre "l'exécution sur les biens"¹⁵³ du jugement étranger. En effet, si un tel successeur veut demander la remise des biens héréditaires, il doit procéder contre un débiteur récalcitrant de la même manière que l'héritier saisi en vertu du droit français devrait le faire¹⁵⁴. On devrait alors permettre à un successeur bénéficiant d'un tel jugement de se mettre en possession des biens sis en France sans exequatur, ce qui n'est pas le cas¹⁵⁵ (supra p. 95).

Le DIP suisse, par contre, n'est pas soumis à une telle influence, mais est basé sur l'automatisme du transfert. Aussi considère-t-il une décision étrangère d'envoi en possession ou une décision semblable comme un instrument de vérification de la qualité du successeur. Il est logique qu'elle ne soit pas soumise à l'exequatur (supra p. 102 n. 106).

151 *de Juglart*, Successions, n. 1174 p. 397.

152 Ainsi l'arrêt cité (supra p. 88) du Tribunal civil de la Seine du 8 décembre 1924.

153 Cf. supra p. 95. Cpr. aussi la jurisprudence autrichienne en la matière, supra p. 107.

154 Cpr. la question analogue tranchée dans l'arrêt du Tribunal fédéral du 8 février 1917 (ATF 43 I 77), cité infra p. 118.

155 *Batiffol/Lagarde*, n. 747 p. 527 note (72).

Sous-titre 3e: Les difficultés de réalisation du principe
de l'universalité du règlement successoral

Nous venons d'apprécier les avantages de l'unité du règlement successoral et nous avons vu que, d'un point de vue théorique, la combinaison de la loi successorale et de la loi réelle ne pose pas de problèmes insurmontables. Puisque la jurisprudence n'a pas fourni d'exemples illustrant la mise en oeuvre de la plupart des procédures successorales, il s'agit de démontrer ici que le principe de l'unité permet leur réalisation. On passera en revue quelques institutions prévues par une loi successorale pour observer le sort que sa mise en oeuvre réserve aux biens situés dans un pays étranger (II). L'admission du principe de l'universalité du règlement implique que les autorités successorales puissent agir, en vue de sa réalisation, à l'étranger. Il convient d'en faire la démonstration tout de suite (I).

*I Rupture de l'universalité du règlement par l'intervention
indispensable des autorités du lieu de situation des
éléments successoraux?*

Notre plaidoyer en faveur de l'unité du règlement successoral s'appuie fortement sur la présomption que l'intervention des autorités du lieu de situation des éléments successoraux n'est en principe pas nécessaire pour la réalisation du règlement successoral. Ceci voudrait dire que sa mise en oeuvre ne pose nullement les difficultés invoquées par les partisans de la territorialité des règlements, notamment par Ferid (*supra* p. 79). La preuve du bien-fondé de cette présomption implique une analyse de la nature même des actes procéduraux. Cette analyse révélera les limites concrètes de l'influence des autorités en dehors de leur territoire. Il y a, à notre avis, un seul critère pour distinguer les actes que les autorités successorales peuvent accomplir à l'étranger, des actes pour lesquels

elles doivent faire appel à l'entraide judiciaire des autorités du pays où se trouvent les biens héréditaires; il réside dans la qualité dans laquelle elles agissent: les autorités successorales ne peuvent certainement pas agir à l'étranger en tant qu'organe de l'Etat, détenteur de la puissance publique; en revanche, rien ne devrait les empêcher d'accomplir des actes qu'un simple particulier pourrait effectuer.

L'application de ce critère aux différentes interventions des autorités dans le règlement successoral montrera que le principe de l'unité devrait être réalisable dans une très large mesure. Nous proposons l'observation de quelques fonctions des autorités prévues par les droits internes examinés. Préalablement il convient cependant d'apporter une précision importante: dans notre optique (supra p. 16) la réserve universellement reconnue de la compétence des autorités locales pour les actes conservatoires ne fait point échec au principe de l'unité du règlement. Ces actes n'ont de raison d'être que si ce règlement n'est pas (encore) devenu effectif¹⁵⁶. Le Tribunal supérieur de Zurich a bien cerné le caractère subsidiaire de ces mesures conservatoires par rapport au règlement principal: "Die Sicherung des Nachlasses hat jedoch nur für so lange zu erfolgen, bis die Berechtigten — Erben, Testamentvollstrecker, im zuständigen Staat¹⁵⁷ amtlich bestellte Nachlassverwalter — sich über ihre Rechte und Befugnisse ausgewiesen haben und selber über das Vermögen verfügen können"¹⁵⁸.

A) Les actes abstraits translatifs de droits

La *Einantwortung* de l'art. 797 ABGB et l'envoi en possession de l'art. 724 al. 2 CCiv, qui transfèrent la propriété et/ou la possession aux ayants droit, sont des actes abstraits qui n'impliquent point un pouvoir de fait sur les biens visés. Ce sont des "ordres" émanant d'un ordre juridique et destinés à produire certains effets de droit. Ils sont, à cet égard, comparables aux normes abstraites contenues dans une loi successorale, comme p.ex. l'art. 560 CCS, ou encore à un contrat d'aliénation d'un objet, conclu sur la base d'une loi contractuelle donnée. L'envoi en possession de l'art. 1008 CCiv, quant à lui, est un acte abstrait qui se prononce seulement sur la qualité des successibles et n'a en lui-même aucun effet direct sur les biens. Rien n'empêche d'accepter l'influence de tels actes sur des biens sis à l'étranger.

156 Cf. aussi *Anliker*, p. 236 s.

157 La compétence sera déterminée par la *lex fori* du juge procédant à ces mesures conservatoires, cf. Cour d'appel de Bâle-Ville, 11 septembre 1973, BJM 1974 p. 93 ss.

158 Tribunal supérieur de Zurich du 14 janvier 1966, BIZR 1966 n. 134, p. 334.

B) L'établissement de l'inventaire

Les trois droits examinés prévoient qu'un inventaire peut ou doit être dressé dans certaines circonstances. En ce qui concerne la procédure, qui seule nous intéresse ici, il y a lieu de distinguer la réalisation effective de l'acte et les actes préparatifs. Dresser un inventaire, c'est d'abord l'activité consistant à répertorier les éléments d'actif et de passif. Dans cette mesure, elle ne saurait se heurter à une souveraineté étrangère. Encore faut-il cependant découvrir les éléments à inventorier. La recherche des biens peut rendre nécessaire une activité matérielle de l'autorité aux lieux de situation. Mais cela se heurterait-il à la souveraineté de l'Etat de la situation? Non en ce qui concerne la recherche en tant que telle, qui pourrait aussi être le fait d'un simple particulier. Mais les organes de l'Etat d'ouverture de la succession ne sauraient évidemment recourir à la coercition pour forcer des ayants droit ou des tiers à prêter leur concours. Une recherche efficace peut ainsi rendre nécessaire la collaboration des autorités des pays de situation.

L'inventaire contient également un état du passif dont l'établissement implique un appel aux créanciers. Si l'autorité peut ou doit s'attendre à l'existence de créanciers domiciliés à l'étranger, il peut être nécessaire de procéder aux publications usuelles dans ces pays¹⁵⁹. Ceci ne devrait, cependant, pas poser de problèmes. A notre avis, on devrait même pouvoir opposer aux créanciers étrangers les délais de forclusion prévus par la loi successorale, à condition toutefois qu'un éventuel reliquat ne soit pas soustrait à l'emprise des créanciers non satisfaits pendant la procédure.

C) L'apposition des scellés et d'autres mesures conservatoires

L'apposition des scellés est une mesure destinée à mettre les biens à l'abri de la mainmise de personnes non autorisées. C'est un acte de souveraineté, qui ne saurait être effectué par des personnes privées et qui est réservé aux organes de l'Etat, détenteur de la puissance publique. Puisque les autorités successorales ne peuvent jamais procéder *iure imperii* en dehors de leur territoire, elles doivent, pour l'apposition des scellés, demander l'entraide judiciaire des autorités locales.

La situation est moins claire en ce qui concerne cette autre mesure conservatoire qu'est l'administration officielle. Considérant que les autorités successorales ne sauraient agir en leur qualité d'organe de l'Etat, ne devrait-on pas leur permettre d'agir sur le territoire étranger en tant qu'ayant droit particulier?

159 Cf. p. ex. l'art. 18 de la convention scandinave relative à l'héritage et à la liquidation des successions, du 19 novembre 1934.

L'analyse de cette mesure en droit interne (supra p. 55) indique que la réponse doit être positive: en effet, l'éviction des ayants droit successoraux en faveur d'une administration par un organe d'Etat est un signe que la qualité de la personne évincée n'apparaît pas suffisamment certaine. L'autorité se substitue au successeur parce que la loi successorale ne reconnaît pas encore son titre. La *lex rei sitae* doit prendre acte de ce jugement opéré par la loi dont elle reconnaît la compétence pour le règlement successoral. Il s'ensuit que l'autorité successorale pourra prendre possession des biens sis à l'étranger et les administrer. Si elle se heurte à des obstacles de la part des tiers ou des ayants droit, elle ne peut cependant pas faire valoir sa qualité d'organe de la force publique, mais doit poursuivre sa fonction par les moyens ouverts à toute personne privée¹⁶⁰. Face à ces difficultés potentielles, l'autorité successorale peut évidemment préférer demander l'entraide judiciaire.

D) Mesures de liquidation et de réalisation des biens à l'étranger

Dans quelques cas, l'intervention des autorités ne se limite pas à des actes abstraits ou à des mesures conservatoires et d'administration, mais englobe aussi la liquidation de la succession. Il en est ainsi p.ex. de la liquidation officielle prévue par le droit suisse, art. 593 CCS, et de la liquidation par voie de la faillite d'une succession surendettée, art. 74 AussStrG. et art. 69 KO (loi sur les faillites). Les remarques faites ci-dessus relativement à l'administration de la succession s'appliquent par analogie à la restriction du pouvoir de disposition du successeur (cf. aussi infra p. 124).

Ces procédures impliquent la réalisation de la portion de l'actif successoral nécessaire au paiement des dettes. Souvent, il sera possible de rapatrier les biens et de les réaliser dans le cadre du règlement global effectué dans le pays d'ouverture de la succession. Ce procédé peut néanmoins être impossible ou inefficace, de sorte que la réalisation dans le pays de situation s'impose. Si la loi successorale prévoit la vente de gré à gré, ceci ne pose pas de problèmes particuliers. Mais même si cette loi prévoit des modalités spéciales, comme p.ex. la vente aux enchères publiques, elles pourront souvent être respectées, au besoin, au moyen d'une légère adaptation (infra p. 120). L'Etat de la situation, quant à lui, n'a pas de motifs de s'opposer à une telle activité d'autorités étrangères, de même qu'il n'en aurait pas non plus, si c'était des particuliers qui agissaient.

160 Cf. l'arrêt du Tribunal fédéral du 8 février 1917 (ATF 43 I 177) au sujet du traité américano-suisse de 1850/1855 qui détermine la loi applicable et le for en matière de succession (art. VI: dernier domicile du de cujus). En vertu de ce traité la Suisse reconnaît les pouvoirs que le droit américain confère à un *personal representative*. Dans l'exercice de ces pouvoirs, celui-ci est néanmoins soumis à la loi de procédure du lieu d'activité:

E) Conclusion

Nous venons de réunir suffisamment d'indications pour pouvoir répéter notre assertion selon laquelle l'intervention des autorités locales dans le règlement mené par les autorités du lieu d'ouverture de la succession n'est, en principe, pas indispensable. Tous les actes qui influent sur les droits et obligations de tous les intéressés peuvent être accomplis par les autorités centrales. Il en est de même de la plupart des actes d'exécution matérielle. L'intervention des autorités locales peut néanmoins rendre plus efficace la réalisation de certaines fonctions du règlement. Elle est indispensable pour d'autres. Dans les deux cas, il ne s'agit cependant que d'actes de pure assistance, à accomplir dans le cadre de l'entraide judiciaire.

Il va de soi que cette approche ne permet pas de résoudre directement les problèmes qui résultent des conflits de compétence juridictionnelle négatifs¹⁶¹. Le principe ici défendu ne s'oppose cependant pas non plus à ce que les autorités locales prennent le règlement d'éléments successoraux sis sur leur territoire en charge, si l'autorité du lieu d'ouverture de la succession (selon la *lex fori*) ne veut pas s'en occuper. Mais il devrait aboutir à éliminer ces conflits négatifs.

II La mise en oeuvre de quelques institutions successorales sur des biens situés en dehors du pays de l'ouverture de la succession

Les quelques exemples qui suivent ont pour but de démontrer comment quelques institutions successorales délicates doivent être maniées pour permettre la réalisation de l'universalité du règlement successoral. Deux critères seront déterminants: les intérêts légitimes de toutes les personnes intéressées par le règlement successoral doivent être protégés, et la souveraineté des Etats de la situation doit être respectée.

“Wenn daher der Erbschaftsverwalter in Amerika nach dem dortigen Recht ohne weiteres zur tatsächlichen Einziehung und Inbesitznahme der Erbschaftssachen befugt sein sollte, so wäre damit noch keineswegs gesagt, dass dies auch in der Schweiz der Fall sein müsse. Vielmehr hat er sich hier an die nach schweizerischem Recht gegebenen prozessualen Massnahmen zur Erreichung seines Sicherungszwecks zu halten” (p. 88 s).

161 Ces problèmes sont au centre des préoccupations de *Ferid*. Cela s'explique du fait que son DIP national, allemand, qui soumet la succession à la loi et à la compétence nationale et s'attache assez strictement au *Gleichlaufsprinzip*, est particulièrement susceptible de produire de tels conflits négatifs.

A) L'effet de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire selon les art. 793 ss CCiv sur des biens sis en Suisse

Si le successible appelé par le droit français a opté pour l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, quelle est l'influence de ce choix sur les biens sis en Suisse? Selon le droit français l'accepteur bénéficiaire, tout en ne répondant des dettes que *cum viribus*, peut disposer des valeurs successorales – abstraction faite des modalités de vente des biens corporels auxquelles il est soumis. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire est une institution successorale et, en tant que telle, régie par une loi unique, la loi successorale¹⁶². Elle est d'effet extraterritorial¹⁶³; c'est donc la loi française qui détermine les pouvoirs et la mesure des obligations du successeur bénéficiaire. Face à la réglementation libérale prévue par le droit français, on doit néanmoins vérifier si le principe d'universalité peut jouer sans restriction. Une réponse négative s'impose. Ce pouvoir de disposition en l'absence de responsabilité personnelle du bénéficiaire se heurte à la règle implicite du droit suisse soumettant le pouvoir de disposition à la responsabilité personnelle du bénéficiaire (*supra* p. 71). On doit alors trouver un moyen d'imposer cette norme suisse au regard des biens situés dans notre pays. Il semble bien que la manière la plus efficace consiste à soumettre ces biens à une procédure équivalente à la liquidation officielle des art. 593 ss CCS. C'est une rupture du principe de l'universalité qu'il faut accepter pour sauvegarder les exigences du crédit public suisse¹⁶⁴.

La forme des ventes peut aussi être respectée en ce qui concerne les biens sis à l'étranger, même si l'on ne peut pas les rapatrier pour les réaliser dans la liquidation globale. La forme imposée a pour but l'aliénation au meilleur prix et implique la surveillance par une autorité judiciaire ou par un officier public¹⁶⁵. Cet officier public peut, même à l'étranger, organiser les ventes aux enchères et procéder aux mesures de publicité destinées à inviter le plus grand public possible aux enchères. Ainsi le but de cette procédure est atteint, même si de légères adaptations de la procédure se révélaient nécessaires¹⁶⁶. Peu importe du reste que le droit suisse ne prévoit pas de registre pour inscrire une telle accep-

162 *Planiol et Ripert*, IV n. 452 p. 639 s, *Voumard*, p. 148.

163 *Niboyet* (IV, n. 1372 p. 923): Les effets de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire relèvent de la loi successorale. Il voit un seul problème: Si les conditions nombreuses auxquelles est soumis ce bénéfice ne peuvent être réalisées dans le pays de la situation effective des biens, l'héritier serait tenu des dettes dans la mesure établie par la loi successorale pour le successeur accepteur.

164 *Voumard* (p. 148) motive l'application exclusive de la loi successorale par le fait qu'il n'y a pas lieu, ..., de considérer le bénéfice d'inventaire du droit français, ..., comme une institution de crédit public". Mais il oublie que la réglementation française peut toucher au crédit public suisse.

165 *de Juglart*, Successions, n. 1306 p. 494.

166 *Planiol et Ripert*, IV n. 452 p. 640 s.

tation bénéficiaire, puisqu'il ignore une institution de cette forme. Le successeur devra prouver sa qualité d'ayant droit par un titre établi en France pour entrer en possession des biens ou pour disposer des immeubles p.ex. Ce titre de légitimation, s'il est délivré à un accepteur-bénéficiaire, mentionnera la restriction des pouvoirs du successeur¹⁶⁷. Une deuxième particularité de l'acceptation bénéficiaire risque de se heurter aux conceptions suisses: le successeur peut, en principe, satisfaire les créanciers dans l'ordre qui lui convient; il peut notamment commencer par payer par compensation une créance qu'il avait lui-même contre le défunt. Il n'est tenu de suivre la procédure de distribution par contribution que si, et dans la mesure où, un ou plusieurs créanciers font opposition. Cette liberté se heurte au principe du traitement égal des créanciers, qui est consacré par l'art. 594 CCS¹⁶⁸. La jurisprudence a cependant remédié à cette situation insatisfaisante, en établissant la présomption d'opposition pour chaque dette dont le successeur a connaissance. Est-ce que cette amélioration suffit pour admettre la réalisation de cette institution sur les biens suisses? On peut hésiter. Si on ne l'admet pas, on devra organiser une procédure de réalisation de ces biens, suivie d'un appel aux créanciers. Le produit de réalisation sera distribué parmi les créanciers ayant produit leurs créances.

B) L'effet de la séparation des patrimoines des art. 878 ss CCiv sur des biens sis en Suisse

La séparation des patrimoines est une institution du droit français mise à la disposition des créanciers successoraux soucieux de sauvegarder leurs droits contre les suites de la dévolution de l'actif à un successeur insolvable. L'institution correspondante du droit suisse est la liquidation officielle¹⁶⁹. En tant qu'institution successorale, la séparation des patrimoines est en principe régie par la loi successorale; encore convient-il de vérifier si elle satisfait aux exigences de la protection des créanciers successoraux, c'est-à-dire au crédit public suisse. Le droit français répond aux exigences du droit suisse en ce qui concerne la sauvegarde des droits des créanciers successoraux, exprimée en droit suisse, par la faculté qu'ils ont de demander la liquidation officielle. En effet, la jurisprudence permet aux créanciers successoraux de faire nommer un séquestre pour la conservation de la succession¹⁷⁰. Celui-ci pourrait sans doute déployer son activité en

167 Cf. au sujet des titres de légitimation français admis en Suisse: Division de la Justice, avis du 10 mai 1974, JAAC 1975 n. 11 p. 40 ss.

168 Selon lequel chaque créancier peut, sous certaines conditions, demander la liquidation officielle de la succession.

169 *Voumard*, p. 34.

170 Les créanciers peuvent aussi faire inscrire leur privilège, en ce qu'il porte sur un immeuble, au bureau des hypothèques, art. 2103 et 2111 CCiv. Si les conditions de l'art. 2111 sont remplies, ils bénéficient alors d'un droit de suite sur cet immeuble (*de Jug-*

Suisse. Les créanciers peuvent aussi procéder à des séquestres sur des biens suisses. Ceci ne constituerait même pas une rupture du principe de l'universalité du règlement, puisque c'est une mesure expressément prévue par le droit français jurisprudentiel. Si les créanciers n'estiment pas nécessaire de demander pareilles mesures, la réglementation ordinaire française s'applique aussi aux biens et aux héritiers suisses¹⁷¹.

C) L'effet de la réglementation de l'administration de la succession selon l'art. 556 al. 3 CCS sur des biens sis en France

Quel est l'effet de la décision prise par le juge du dernier domicile suisse, d'abandonner l'administration de la succession à l'héritier légal évincé par un testament, jusqu'à une première décision sur la légitimation d'un héritier testamentaire? On se rappelle que selon l'art. 560 al. 2 CCS l'héritier définitif est saisi de plein droit, c'est-à-dire qu'il est censé être, dès l'ouverture de la succession, dans la situation possessoire de *de cuius*. La doctrine suisse insiste sur le fait que la réglementation de l'art. 556 al. 3 CCS n'affecte en rien cette position, mais qu'elle ne fait qu'apporter une restriction de fait aux pouvoirs résultant de la situation possessoire de l'héritier¹⁷². En droit français par contre, la discrimination entre les différentes catégories de successeurs intervient au niveau de la saisine. L'héritier saisi peut aussi administrer la succession. En face de cette divergence, qui sera alors appelé, selon le DIP français, à administrer les biens situés en France? Est-ce que ce sera l'héritier testamentaire saisi selon le droit suisse, et, par hypothèse aussi selon le droit français, ou l'héritier légal auquel le juge suisse aurait confié l'administration de la succession selon l'art. 556 al. 3 CCS? La réponse dépend du choix du fait déterminant pour l'attribution du pouvoir d'administration sur les éléments successoraux.

Si le DIP prend en considération la construction juridique, c'est-à-dire qu'il juge déterminant pour l'attribution du pouvoir de fait sur les biens français que, selon le droit étranger, le successeur est censé continuer la situation possessoire de *de cuius*, on devra reconnaître ce pouvoir à l'héritier institué. Si, par contre, il se réfère à la fonction des diverses institutions successorales, c'est-à-dire s'il

lart, Successions, n. 1281 p. 476 s). Ces règles ne sont évidemment pas applicables aux immeubles suisses. Mais les créanciers peuvent aboutir au même résultat en procédant à une saisie sur l'immeuble et en faisant inscrire la restriction du pouvoir de disposition du successeur au registre foncier, art. 960 al. 2 CCS.

171 Si le droit étranger ne connaissait aucun moyen à la disposition des créanciers successoraux pour éviter la confusion des patrimoines du défunt et de l'héritier, la *lex rei sitae* interviendrait en mettant à la disposition des créanciers successoraux, l'institution prévue par son droit successoral, cf. *Voumard*, p. 285.

172 *Escher*, n. 5 ad 560.

se base sur le fait que, selon le droit étranger, un successeur a ou non le pouvoir d'administrer la succession même avant la vérification de son titre, il arrive à la solution contraire. La deuxième solution est préférable: elle est seule conforme à la théorie développée au sujet des rôles respectifs de la loi successorale et de la loi réelle (supra p. 76 s) et elle assure le mieux l'universalité du règlement prévue par les deux droits successoraux. La complexité et la diversité des institutions successorales peut exiger une certaine souplesse afin de coordonner les lois en présence dans l'optique de l'efficacité optimale¹⁷³.

C'est en ce sens qu'a statué le Tribunal civil de la Seine dans une décision du 18 novembre 1936¹⁷⁴. Il s'agissait de la succession d'un de cujus suisse décédé domicilié en France qui était, selon le traité franco-suisse du 15 juin 1869, régie par le droit suisse et devait être liquidée par les autorités suisses. Le légataire universel (héritier testamentaire) introduisit une action en remboursement d'un prêt consenti par le de cujus au défendeur. Celui-ci souleva une exception d'irrecevabilité fondée sur l'inobservation par le légataire des formalités prévues par les art. 556 ss CCS. Le Tribunal procéda à une analyse exacte des dispositions successorales du CCS. Il constata que le légataire universel était saisi de plein droit et avait qualité pour recueillir la succession sans être soumis à un envoi en possession ou à une autre formalité. Il poursuivit en disant que, par contre, le CCS prévoyait des formalités à accomplir par le légataire en vue d'obtenir une attestation de sa qualité. Celle-ci fournirait aussi la preuve que le testament sur lequel il s'appuyait n'était pas contesté par les héritiers légaux. Le motif déterminant résidait pour le Tribunal dans l'intérêt du débiteur à se libérer valablement par son paiement. Cela veut dire que, du point de vue français, la procédure prévue par le droit successoral devait être respectée.

Cette solution seule assure la protection de l'héritier légal contre des héritiers testamentaires prétendus, protection qui est une préoccupation des deux lois en cause. Elle sauvegarde aussi le principe de l'universalité du règlement et mérite ainsi notre préférence. Elle ne viole pas des droits définitivement acquis du successeur saisi, pas plus que ne le fait l'ouverture d'une procédure de liquidation officielle (infra p. 124). L'abandon de la succession à l'héritier légal ou l'ouverture d'une procédure d'administration officielle signifient seulement que la loi successorale ne reconnaît pas encore le titre du successeur testamentaire (supra p. 55).

173 Cpr. l'attitude de *Niboyet* (IV n. 1336 p. 821) (dans un autre contexte, il est vrai): "... On peut se demander si la convergence de la loi de la succession et de la loi de la situation doit consister en une identité de construction juridique ou si l'on ne doit se satisfaire d'une identité de leurs résultats, bien que chacune y parvienne par une construction qui lui soit propre. Cette dernière solution, plus libérale, nous paraît suffisante".

174 *Clunet* 1937 p. 768.

D) L'effet de la liquidation officielle selon les art. 593 ss CCS
sur des biens situés en France

Si le juge suisse ordonne la liquidation officielle de la succession, celle-ci englobe, comme mesure successorale, tous les biens successoraux où qu'ils soient situés¹⁷⁵. La Suisse ne voit pas non plus d'obstacle dans la réalisation effective devant intervenir à l'étranger¹⁷⁶. Mais quelle sera la réaction des autorités et du droit français en face de cette institution? Les fortes ressemblances de cette procédure, et notamment celle menée par l'office des faillites, art. 573 CCS, avec celle de la faillite, soulèvent une hésitation: peut-on encore la qualifier d'institution successorale? Cette interrogation s'explique notamment par le fait que le droit successoral français ne connaît pas une telle institution. Si on arrivait à assimiler cette procédure à une procédure de faillite, elle ne pourrait, en tant qu'institution de droit public, déployer que les effets limités reconnus en France à une faillite étrangère¹⁷⁷. A notre avis, cette attitude ne se justifierait cependant pas, en dépit de la forte ressemblance des procédures. Il existe en effet une différence fondamentale entre les deux matières¹⁷⁸.

La faillite affecte, par une décision judiciaire, des droits valablement constitués en vertu de la *lex rei sitae* en enlevant au titulaire les prérogatives essentielles d'administrer et de disposer de ses droits. En matière de succession par contre, le transfert des droits sur un nouveau titulaire est régi, selon l'ordre juridique du lieu de la situation des biens, par une loi étrangère. Sous réserve d'une violation de l'ordre public, la *lex rei sitae* abandonne le sort de ces droits à la loi successorale étrangère qui pourra décider de l'attribuer à une personne quelconque, que ce soit comme bénéficiaire ou comme administrateur remplissant une fonction déterminée par cette même loi. Il ne s'agit donc pas de porter atteinte aux droits déjà valablement acquis par le bénéficiaire évincé du règlement successoral. Le droit d'administration et de disposition qui, dans les systèmes dits "inorganisés" (supra p. 8), est attribué directement au bénéficiaire, n'est en l'espèce, et par l'effet de cette loi, pas transféré au successeur; s'il l'était, le transfert serait anéanti avec effet rétroactif. On ne voit donc guère sur quelle base le successeur évincé fonderait sa prétention à disposer de son droit. La liquidation officielle n'est qu'un cas particulier de ce transfert successoral, établie dans l'intérêt du crédit public, art. 594 CCS. Elle s'apparente beaucoup plus à la

175 *Escher*, n. 1 rem. prélim. avant 593 ss: "Klar ist, dass die amtliche Liquidation die ganze Erbschaft umfasst."

176 Cf. l'arrêt précité (supra p. 101) de la Commission administrative du Tribunal supérieur de Zurich du 27 février 1978.

177 Cf. *Batiffol/Lagarde*, n. 745 II p. 523 ss.

178 *Ferid*, p. 194 s, essaie de démontrer que l'idée d'une administration unifiée de la succession est irréalisable en renvoyant au fait qu'il n'existe jusqu'à présent pas de faillite internationale. Il présuppose de fortes analogies entre les deux procédures. Qu'il soit montré ici qu'il existe aussi des différences théoriques importantes entre les deux matières.

procédure d'administration des droits anglo-saxons dont on reconnaît, sous condition de l'exequatur, les effets en France. La fonction des deux procédures est identique, et la seule différence technique réside dans le fait que le droit anglo-saxon retarde aussi le transfert du droit de la propriété, tandis que le droit suisse ne restreint que le transfert du droit d'administration et de disposition. Il s'ensuit qu'on devrait reconnaître l'effet de la liquidation officielle en ce qu'elle enlève le pouvoir de disposition au successeur pour l'attribuer à une autorité chargée du règlement successoral.

CONCLUSION

Ce travail avait pour objectif de chercher la solution la plus efficace aux problèmes posés par le transfert des successions internationales. Il présentait en premier lieu une vision théorique. Il possède néanmoins un aspect pratique important en ce que l'argumentation théorique nous a prouvé que d'importants obstacles, dits pratiques, à l'universalité du règlement successoral sont basés sur une analyse inexacte ou incomplète de la matière.

La présente étude repose sur une présomption qui nous a suggéré le plan retenu, présomption selon laquelle l'universalité du règlement est le principe permettant le mieux d'atteindre l'efficacité souhaitée. Il s'agissait de prouver que cette présomption était bien fondée. On a tenté de le faire en démontrant les avantages que procure un règlement centralisé pour tous les intéressés. Encore fallait-il réfuter les arguments tendant à nier qu'un tel règlement était effectivement réalisable. On a essayé de prouver que l'universalité du règlement ne se heurtait à aucun principe fondamental de droit interne ou de DIP. Il permet de respecter la fonction généralement confiée à la *lex rei sitae*, à savoir son rôle protecteur du crédit public. Son exécution est possible dans les limites imposées par la souveraineté bien comprise des Etats de situation des éléments successoraux. Cette démonstration accomplie on a pu prétendre que l'essentiel des raisons invoquées contre le principe préconisé se réduisait à très peu de choses. L'analyse des mécanismes de transmission successorale nous a permis de justifier une distinction claire et nette entre toutes les procédures successorales — y compris la plus complète: la liquidation officielle — et celle de la faillite. Ainsi on peut éviter des analogies trop importantes entre notre matière et les faillites internationales où l'idée de la territorialité est encore très forte.

Il serait vain de prétendre que tous les problèmes posés par les successions internationales sont pour autant résolus. Certaines difficultés sont quasi — irréductibles; elles résultent d'une problématique tout à fait générale: vouloir rendre justice à tout le monde est une tâche délicate sur le plan interne, mais presque irréalisable sur le plan international. L'admission de l'universalité peut cepen-

dant faciliter le règlement. Nous avons surtout essayé de prouver que ceci est vrai même pour les règlements par l'autorité. Mais à plus forte raison, cela vaut-il pour tous les cas où l'intervention matérielle de l'autorité dans l'administration ou la liquidation de la succession n'est pas nécessaire et où ce sont les successibles qui procèdent eux-mêmes au règlement.

Un point nous semble revêtir une importance capitale: la question du rattachement de la transmission successorale doit être perçue dans le contexte global des conflits de lois et de juridictions en matière successorale. Ce sont les autorités du pays où sont situés la plupart des biens héréditaires qui procèdent de la manière la plus efficace possible au règlement. Ce seront donc le plus souvent les autorités du dernier domicile du de cujus, qui, de plus, préféreront appliquer leur propre droit procédural. Compte tenu du lien entre la dévolution et la transmission de la succession, ce sera un argument déterminant en faveur du rattachement de l'ensemble du domaine successoral à la loi du dernier domicile. Si un nombre croissant d'Etats reconnaissent l'universalité du règlement, cela ne pourra constituer qu'un bon stimulant pour tous les pays à s'aligner sur le rattachement au domicile. En effet, l'universalité ne peut entièrement déployer ses effets positifs que si tous les Etats concernés reconnaissent la compétence des autorités d'un même pays. Toutes ces préoccupations forment un tout. Il faut encourager chaque apport à cette construction.