



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
UNIVERSITÄT FREIBURG

Journée de droit successoral 2021

Maryse Pradervand-Kernen
Michel Mooser
Antoine Eigenmann
(éd.)



Stämpfli Editions

Cet ouvrage rassemble les contributions qui ont été préparées en vue de la Journée de droit successoral 2021 qui n'a pas pu avoir lieu au vu de la situation sanitaire. Dans l'esprit d'une formation continue de caractère général en droit successoral, cet ouvrage s'adresse à l'ensemble des juristes intéressés par le droit des successions. Il s'inscrit dans le cadre de la formation continue des avocats spécialistes FSA en droit des successions, organisée par les Facultés de droit de Lausanne, Fribourg et Neuchâtel.

Au sommaire :

- J. Perrin : Le trust et le droit suisse des successions
- A. Eigenmann : Successions numériques
- D. Piotet : Clause arbitrale et prorogation de for en matière successorale
- I. Pretelli : Le droit des successions italien à la lumière du droit comparé
- M. Pradervand-Kernen : Réunions matrimoniales et droit des successions
- P.-H. Steinauer : Les nouveaux articles 16a et 16b de la loi fédérale sur les prestations complémentaires
- D. Regamey : Sélection d'arrêts du Tribunal fédéral rendus entre août 2019 et août 2020

Maryse Pradervand-Kernen
Michel Mooser
Antoine Eigenmann
(Editeurs)

Journée de droit successoral 2021

Contributions de

Julien Perrin
Antoine Eigenmann
Denis Piotet
Ilaria Pretelli
Maryse Pradervand-Kernen
Paul-Henri Steinauer
David Regamey



Stämpfli Editions

Ce livre est protégé par le droit d'auteur. Toute forme de distribution à des tiers (à titre onéreux ou gratuit) est interdite. Le fichier contient un filigrane caché dans lequel les données de téléchargement sont stockées.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2021
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-7805-1

Dans notre librairie en ligne www.staempflishop.com,
la version suivante est également disponible :

Print ISBN 978-3-7272-7804-4

printed in
switzerland



Avant-propos

Cet ouvrage rassemble les contributions qui ont été rédigées en vue de la Journée de droit successoral 2021 qui n'a pas pu avoir lieu au vu de la situation sanitaire. Dans l'esprit d'une formation continue de caractère général en droit successoral, cet ouvrage s'adresse à l'ensemble des juristes intéressés par le droit des successions. Il s'inscrit dans le cadre de la formation continue des avocats spécialistes FSA en droit des successions, organisée par les Facultés de droit de Lausanne, Fribourg et Neuchâtel.

Nous tenons à exprimer notre très vive reconnaissance à toutes celles et tous ceux qui ont contribué à la création de ce projet, en particulier :

- aux auteurs des articles qui composent le présent ouvrage ;
- à Mme Sophia Bondallaz et M. Louis Liogier de Sereys, assistants à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, et à Mme Myriam Sottas, secrétaire à cette même Faculté, qui ont assuré la mise en page du présent ouvrage ;
- à Mme Isabelle Clerc, responsable de la publication pour les Editions Stämpfli, qui a été une interlocutrice de confiance pendant de nombreuses années et qui a désormais pris sa retraite, et à Mme Fanny Weiss qui a pris sa suite ;
- à Mme Annette Enz et au Service de la formation continue de l'Université de Fribourg, qui ont déployé tant d'énergie pour l'organisation de la journée qui n'a finalement pas pu avoir lieu.

Maryse Pradervand-Kernen
Michel Mooser
Antoine Eigenmann

Sommaire

Avant-propos	5
Liste des abréviations	9
Julien Perrin , <i>docteur en droit, Registered Trust and Estate Practitioner, avocat, spécialiste FSA en droit des successions</i> Le trust et le droit suisse des successions. Quelques éléments de réflexion sur la distinction entre actes entre vifs et actes à cause de mort et sur l'admissibilité du trust testamentaire	17
Antoine Eigenmann , <i>docteur en droit, avocat, spécialiste FSA en droit des successions, professeur titulaire à l'Université de Fribourg</i> Successions numériques	41
Denis Piotet , <i>professeur ordinaire à l'Université de Lausanne</i> Clause arbitrale et prorogation de for en matière successorale. Spécialement après la révision du 19 juin 2020.....	87
Ilaria Pretelli , <i>dr. habil. (MIUR, Italie), collaboratrice scientifique à l'Institut suisse de droit comparé</i> Le droit des successions italien à la lumière du droit comparé.....	125
Maryse Pradervand-Kernen , <i>professeure ordinaire à l'Université de Fribourg</i> Réunions matrimoniales et droit des successions	155
Paul-Henri Steinauer , <i>professeur émérite de l'Université de Fribourg</i> Les nouveaux articles 16a et 16b de la loi fédérale sur les prestations complémentaires	207
David Regamey , <i>avocat, spécialiste FSA en droit des successions, LLM en droit européen et international économique</i> Sélection d'arrêtés du Tribunal fédéral rendus entre août 2019 et août 2020	227

Liste des abréviations

a	ancien(ne)
Abs.	<i>Absatz</i> (= al.)
AFC	Administration fédérale des contributions
AG	canton d'Argovie
AI	assurance-invalidité
al.	alinéa(s)
AP	Avant-projet
AP-CC	Avant-projet de révision du code civil (droit des successions)
art.	article(s)
Art.	<i>Artikel(n)/Articolo(i)</i> (= art.)
ASA	Association suisse de l'arbitrage
ATF	<i>Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse</i>
AVS	assurance-vieillesse et survivants
BE	canton de Berne
BGE	<i>Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts</i> (= ATF)
BGS	<i>Bereinigte Gesetzesammlung</i> (Soleure)
BK	<i>Berner Kommentar</i> (Commentaire bernois)
BL	canton de Bâle-Campagne
BO	Bulletin officiel
BS	canton de Bâle-Ville
BSK	<i>Basler Kommentar</i> (Commentaire bâlois)
c.	considérant(s)
CACI	Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Vaud
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
cc/c. c.	<i>Codice civile italiano du 16 mars 1942</i>
CE	Communauté européenne
cf.	<i>confer</i>

ch.	chiffre(s)
CHK	<i>Handkommentar zum Schweizer Privatrecht</i>
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CL	Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.12)
CLaH-1985	Convention de La Haye du 1 ^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (RS 0.221.371)
CO	LF du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Code des obligations) (RS 220)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (RS 272)
<i>cpc</i>	<i>Codice di procedura civile italiano</i> du 28 octobre 1940
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
cpr	comparer
CR	Commentaire romand
CS	Commentaire Stämpfli
CSIAS	Conférence suisse des institutions d'action sociale
Cst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101)
Cst.-GE	Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (RSGE A 2 00)
(D)	allemand
DikeK	<i>Dike Kommentar</i>
DRM	<i>Digital Rights Management</i>
e. g.	<i>exempli gratia</i>
éd.	édition/éditeurs(s)
EF	<i>Expert Focus</i>
EMS	établissements médico-sociaux
et al.	<i>et alii</i>
etc.	<i>et caetera</i>

env.	environ
(F)	français
FamKomm	<i>Kommentar zum Familienrecht</i>
FamPra	<i>Die Praxis des Familienrechts</i>
FF	Feuille fédérale
f./ff.	<i>und folgende(n)</i> (= ss)
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FMH	Fédération des médecins suisses
FR	canton de Fribourg
FSA	Fédération Suisse des Avocats
GE	canton de Genève
GesKR	<i>Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht</i>
GR	canton des Grisons
i.e.	<i>id est</i>
InfoDG-SO	<i>Informations- und Datenschutzgesetz</i> (Soleure) (BGS 114.1)
IPRG	<i>Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht</i> (= LDIP)
ISDC	Institut suisse de droit comparé
(IT)	italien
JdT	<i>Journal des Tribunaux</i>
JOCE	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
JU	canton du Jura
KUKO	<i>Kurzkommentar</i>
L.	<i>Legge</i>
LAS	LF du 24 juin 1977 sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin (RS 851.1)
LCA	LF du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LCD	LF du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LCP-GE	Loi genevoise du 9 novembre 1887 sur les contributions publiques (RSGE D 3 05)

LDA	LF du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (RS 231.1)
LDFR	LF du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural (RS 211.412.11)
LDIP	LF du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LDS-GE	Loi genevoise du 26 novembre 1960 sur les droits de succession (RSGE D 3 25)
let.	lettre(s)
LF	Loi fédérale
LFAIE	LF du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (RS 211.412.41)
LHID	LF du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (RS 642.14)
LIASI (-GE)	Loi genevoise du 22 mars 2007 sur l'insertion et l'aide sociale individuelle (RSGE J 4 04)
LIFD	LF du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11)
LIPAD-GE	Loi genevoise du 5 octobre 2001 sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (RSGE A 2 08)
LLCA	LF du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (RS 935.61)
LP	LF du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LParl.	LF du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (RS 171.10)
LPC	LF du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (RS 831.30)
LPD	LF du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1)
LPGA	LF du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LPP	LF du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
LTF	LF du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)

LU	canton de Lucerne
Me	Maître
mios	millions
n.	<i>numero</i>
N/n°	numéro(s)
NB	<i>Le Notaire bernois</i>
nbp	note de bas de page
nda	note de l'auteur
NE	canton de Neuchâtel
not.	notamment
OEC	Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil (RS 211.112.2)
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFJ	Office fédéral de la justice
OFK	<i>Orell Füssli Kommentar</i>
OLPD	Ordonnance du 15 juin 1993 relative à la LPD (RS 235.11)
OPC-AVS/AI	Ordonnance du 15 janvier 1971 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.301)
OPGA	Ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.11)
ORF	Ordonnance du 23 septembre 2011 sur le registre foncier (RS 211.432.1)
ORFI	Ordonnance du Tribunal fédéral du 23 avril 1920 sur la réalisation forcée des immeubles (RS 281.42)
P	Projet
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
par.	paragraphe
PCF	LF du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (RS 273)
phr.	phrase
PJA	<i>Pratique juridique actuelle</i>

PraxK	<i>Praxiskommentar</i> (Commentaire pratique)
RDS	<i>Revue de droit suisse</i>
réf.	référence(s)
réimpr.	réimpression
resp.	respectivement
RFJ	<i>Revue fribourgeoises de jurisprudence</i>
RGPD	Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)
RNRF	<i>Revue suisse du notariat et du registre foncier</i>
ROM-I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
RPEC	Règlement du 15 juin 2007 de prévoyance pour les personnes employées et les bénéficiaires de rentes de la Caisse de prévoyance de la Confédération (RS 172.220.141.1)
RS	<i>Recueil systématique du droit fédéral</i>
RSAS	<i>Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle</i>
RSBE	<i>Recueil systématique du canton de Berne</i>
RSDA	<i>Revue suisse de droit des affaires et du marché financier</i>
RSFR	<i>Recueil systématique du canton de Fribourg</i>
RSGE	<i>Recueil systématique du canton de Genève</i>
RSJB	<i>Revue de la Société des juristes bernois</i>
RSJU	<i>Recueil systématique du canton du Jura</i>
RSNE	<i>Recueil systématique du canton de Neuchâtel</i>
RSPC	<i>Revue suisse de procédure civile</i>
RSTI	<i>Recueil systématique du canton du Tessin</i>
RSVD	<i>Recueil systématique du canton de Vaud</i>
RSVS	<i>Recueil systématique du canton du Valais</i>

S.	<i>Seite(n)</i> (= p.)
s.	et suivant(e)
SchlT	<i>Schlusstitel</i> (= Tit. fin.)
SG	canton de Saint-Gall
sic!	<i>Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence</i>
SJ	<i>La Semaine judiciaire</i>
SO	canton de Soleure
ss	et suivant(e)s
StGB	<i>Schweizerisches Strafgesetzbuch</i> (= CP)
SZ	canton de Schwyz
T.	tome
TDPS	<i>Traité de droit privé suisse</i>
TF	Tribunal fédéral
TG	canton de Thurgovie
TI	canton du Tessin
Tit. fin.	Titre final du Code civil suisse
TPI	Tribunal de première instance
TRD	Technologie des registres électroniques distribués <i>(Message du 27 novembre 2019 relatif à la loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués)</i>
TREX	<i>L'expert fiduciaire</i>
UE	Union européenne
URG	<i>Urheberrechtsgesetz</i> (= LDA)
UR	canton d'Uri
VD	canton de Vaud
Vol.	volume
Vorb.	<i>Vorbemerkungen</i>
VS	canton du Valais
ZEV	<i>Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge</i>

ZG	canton de Zoug
ZGB	<i>Schweizerisches Zivilgesetzbuch</i> (= CC)
ZH	canton de Zurich
ZK	<i>Zürcher Kommentar</i> (Commentaire zurichois)
ZPO	<i>Schweizerisches Zivilprozessordnung</i> (= CPC)
ZR	<i>Blätter für Zürcherische Rechtsprechung</i>
ZZPInt.	<i>Zeitschrift für Zivilprozess international : Jahrbuch des internationalen Zivilprozessrechts</i>

Le trust et le droit suisse des successions

Quelques éléments de réflexion sur la distinction entre actes entre vifs et actes à cause de mort et sur l'admissibilité du trust testamentaire

JULIEN PERRIN

*Docteur en droit, Registered Trust and Estate Practitioner,
avocat, spécialiste FSA droit des successions*

Table des matières

I.	Introduction	18
II.	Bref rappel des règles suisses de conflits de lois en matière successorale	19
III.	Quelques réflexions sur la qualification des attributions effectuées par le biais d'un trust	20
	A. Distinction entre actes entre vifs et actes à cause de mort	20
	B. Legs de biens hors succession	22
	C. Application au trust	24
	1. S'agissant de l'acte constitutif de trust	25
	2. S'agissant des attributions aux bénéficiaires	26
	3. Influence sur le rang des réductions	29
IV.	Admissibilité du trust testamentaire	31
	A. <i>Numerus clausus</i> des dispositions à cause de mort et trust	32
	1. <i>Numerus clausus</i> des dispositions à cause de mort en droit successoral suisse	32
	2. Distinction entre acte de transfert des biens au trustee et constitution d'un trust	33
	B. Attribution de biens par disposition à cause de mort à un trust existant	35
	C. Caractère éminemment personnel des dispositions à cause de mort et trust	35
V.	Remarques conclusives	37
	Bibliographie	38

I. Introduction

- 1 A l'heure où sont écrites ces lignes, il n'existe pas de droit suisse des trusts¹. Les trusts de droit étranger sont toutefois très largement reconnus en Suisse et de nombreux trusts ont des rattachements avec notre pays.
- 2 Construction juridique issue des pays de tradition anglo-américaine, le trust est un instrument dont la souplesse d'utilisation en fait un outil de planification patrimoniale important, susceptible toutefois de se heurter à certaines limites posées notamment par le droit applicable en matière successorale.
- 3 Depuis de nombreuses années, les tribunaux suisses confrontés au trust ont généralement réussi, parfois au prix de transformations imaginatives, à reconnaître le trust et à l'articuler avec l'ordre juridique suisse². Cette reconnaissance a été sensiblement renforcée – surtout d'un point de vue de la sécurité du droit – par l'entrée en vigueur pour la Suisse, le 1^{er} juillet 2007, de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (ci-après : CLaH-1985), accompagnée notamment de l'introduction d'un nouveau chapitre 9a dans la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (ci-après : LDIP) et de nouvelles dispositions dans la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (ci-après : LP).
- 4 Si la CLaH-1985 contient des règles relatives à la reconnaissance des trusts par les Etats contractants, elle n'en réserve pas moins expressément, en particulier à son art. 15, l'application des dispositions impératives de la loi applicable à d'autres matières (déterminée selon les règles de droit international privé du for), soit notamment en matière successorale (let. c) ; la Convention ne s'applique pas non plus aux questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au trustee (art. 4 CLaH-1985).

¹ Dans le prolongement de la motion parlementaire 18.3383, un groupe d'experts mandaté par l'Office fédéral de la justice travaille depuis juin 2018 sur des propositions visant à introduire un trust de droit suisse, cf. à ce sujet <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/trustrecht.html> (visité le 20 novembre 2020).

² Cf. notamment ATF 62 II 140 et ATF 96 II 79 (rendus avant l'entrée en vigueur de la LDIP), de même que les arrêts du Tribunal fédéral du 3 septembre 1999 (SJ 2000 I 269) et du 19 novembre 2001, cause 5C.169/2001.

Dans l'hypothèse où le droit applicable à la succession est un droit qui, comme le droit suisse, ne connaît pas (ou du moins pas encore) l'institution du trust dans son droit interne, il peut en découler certaines difficultés. 5

La présente contribution n'entend pas revenir sur l'ensemble des problématiques susceptibles de surgir en lien avec l'articulation du trust et du droit suisse des successions, mais a pour objectif de mettre en lumière certaines questions liées à des attributions effectuées par le biais d'un trust, en particulier s'agissant de la qualification d'acte entre vifs ou à cause de mort de telles attributions ainsi que pour certains aspects relatifs au calcul de la réserve et à l'ordre des réductions (*infra* III). La présente contribution reviendra également sur la question du caractère admissible, du point de vue du droit successoral suisse, du trust testamentaire (*infra* IV). 6

Ces problématiques seront appréhendées du point de vue du droit suisse des successions, ce qui présuppose qu'il soit désigné par les règles de conflits applicables en matière successorale (*infra* II). 7

II. Bref rappel des règles suisses de conflits de lois en matière successorale

En droit international privé suisse des successions, le dernier domicile du défunt constitue le critère de rattachement principal. Le dernier domicile en Suisse du défunt fonde ainsi en principe une compétence des autorités suisses sur l'ensemble de la succession (art. 86 al. 1 LDIP) – sous réserve de l'éventuelle compétence exclusive susceptible d'être revendiquée par l'Etat du lieu de situation des immeubles (art. 86 al. 2 LDIP) – de même qu'un tel domicile constitue le premier critère de détermination du droit applicable (art. 90 al. 1 LDIP). 8

Ainsi, un défunt dont le dernier domicile était en Suisse verra en principe sa succession traitée par les autorités suisses (art. 86 al. 1 LDIP) et soumise au droit suisse (art. 90 al. 1 LDIP). S'agissant des personnes de nationalité étrangère ayant eu leur dernier domicile en Suisse, l'art. 90 al. 2 LDIP les autorise cependant à procéder à une *professio juris* en faveur de leur droit national. En l'état actuel et contrairement à la solution qui prévaut notamment dans le Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authen- 9

tiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (cf. art. 22 dudit Règlement), la LDIP n'ouvre un tel choix de droit qu'aux personnes ne disposant pas de la nationalité suisse³.

- 10 Aux termes de l'art. 91 al. 2 LDIP, le droit successoral suisse a également vocation à trouver application lorsque les autorités suisses sont compétentes pour traiter de la succession d'un citoyen suisse dont le dernier domicile se trouvait à l'étranger, que cette compétence soit fondée sur l'art. 87 al. 1 LDIP (autorités étrangères ne s'occupant pas de tout ou partie de la succession) ou sur l'art. 87 al. 2 LDIP (élection de compétence ou de droit par le *de cuius*), à moins que le *de cuius* n'ait réservé l'application du droit de son dernier domicile.
- 11 Rappelons encore que le droit successoral suisse peut avoir vocation à s'appliquer dans l'hypothèse où les règles de conflits appliquées par une autorité étrangère y renverraient. Une telle question dépend toutefois de règles étrangères de droit international privé et dépasse par conséquent le cadre de la présente contribution.

III. Quelques réflexions sur la qualification des attributions effectuées par le biais d'un trust

A. Distinction entre actes entre vifs et actes à cause de mort

- 12 Bien qu'elle ne soit pas toujours aisée à établir, la distinction entre actes entre vifs et actes à cause de mort n'en revêt pas moins une importance et une portée significatives, en particulier s'agissant des différences entre les règles qui leur sont applicables, notamment pour ce qui est des questions de forme ou de réduction⁴.

³ Voir à ce sujet notamment ZK IPRG-KÜNZLE, art. 90 LDIP N 12. Au vu du projet de modification de la LDIP du 13 mars 2020, la situation devrait toutefois évoluer vers une ouverture de la *professio juris* aux citoyens suisses disposant également d'une ou plusieurs nationalités étrangères, cf. FF 2020, p. 3257 ss (projet) et p. 3215 ss (Message du Conseil fédéral), en particulier le projet de nouvel art. 91 LDIP et les p. 3236 ss du Message.

⁴ Cf. STEINAUER, N 282.

Selon la jurisprudence, le critère de distinction est celui du moment à partir duquel l'acte considéré doit déployer ses effets⁵, la délimitation devant se faire non pas de manière schématique, mais en fonction d'une appréciation de toutes les circonstances du cas concret⁶. Pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, il faut ainsi « *examiner spécialement au regard de ce que voulaient les contractants si l'acte était destiné à grever le patrimoine de l'obligé ou sa succession, soit à quel moment il devait sortir ses effets selon la volonté des contractants* »⁷. Par conséquent, si l'acte déploie des effets juridiques déjà du vivant du disposant, il doit être considéré comme un acte entre vifs, même si l'acte déploie également des effets après le décès⁸. En revanche, si les obligations découlant de l'acte ne naissent qu'avec le décès, il y a acte à cause de mort⁹.

Le Tribunal fédéral estime en outre que le principe du *favor negotii* doit plaidier en faveur d'une qualification d'acte entre vifs valable plutôt que d'une qualification comme acte à cause de mort non valable lorsque les deux qualifications apparaissent possibles¹⁰.

Parmi les avis exprimés par la doctrine, on rappellera que, pour Paul PIOTET, la question de la distinction ne se pose que pour les actes bilatéraux ou multilatéraux, un acte unilatéral étant toujours à cause de mort, dans la mesure où une exécution entre vifs nécessiterait l'acceptation de l'autre partie¹¹. Paul-Henri STEINAUER paraît avoir un avis proche puisqu'il écrit que « [I]es déclarations de volonté unilatérale *par lesquelles une personne fait une attribution à sa mort sont toujours des dispositions pour cause de mort* »¹². Il considère toutefois, s'agissant de la stipulation d'une clause bénéficiaire d'une assurance de personne, qu'il s'agit toujours d'une libéralité entre vifs, la créance contre l'assureur ne figurant pas dans les actifs du *de cuius* ; en cas de révocabilité de la clause, il estime ainsi que celle-ci « *prend effet au moment où elle ne peut plus être révoquée, soit 'à la dernière seconde' avant la mort* »,

⁵ ATF 113 II 270, c. 2b ; ATF 93 II 223, c. 1.

⁶ ATF 110 II 156, c. 2a ; ATF 99 II 268, c. 2b et c. 4 ; voir également BSK ZGB II-BREITSCHMID, Vor Art. 467-536 CC N 29.

⁷ ATF 110 II 156, c. 2a ; voir également le c. 2a de l'arrêt du Tribunal fédéral du 13 décembre 1988, *in* SJ 1989, p. 231.

⁸ ATF 113 II 270, c. 2b ; ATF 110 II 156, c. 2a ; voir également ATF 69 II 305, c. c).

⁹ ATF 113 II 270, c. 2b.

¹⁰ ATF 99 II 268, c. 3 ; cf. à ce sujet P. PIOTET, De la distinction, p. 358, ainsi que BSK ZGB II-BREITSCHMID, Vor Art. 467-536 CC N 30.

¹¹ P. PIOTET, De la distinction, p. 356 ; P. PIOTET, TDPS IV, p. 177.

¹² STEINAUER, N 285a.

tout en précisant que la question est controversée¹³. Jean Nicolas DRUEY adopte quant à lui comme premier critère de distinction celui de la fonction des dispositions à cause de mort, qui est de régler la succession¹⁴, en soulignant qu'une relation formant une unité doit être qualifiée de manière unique¹⁵.

- 16 Il découle des différents critères rappelés ci-dessus que le bénéficiaire d'un acte à cause de mort n'acquiert aucun droit du vivant du disposant, mais une simple expectative¹⁶, qui ne peut notamment pas être saisie¹⁷. L'acte à cause de mort a ainsi pour effet de grever uniquement la succession du disposant et non son patrimoine de son vivant¹⁸ ; il ne confère aucun droit, même à terme ou conditionnel, à son bénéficiaire sur le patrimoine du disposant du vivant de celui-ci¹⁹. Relevons encore que, bien qu'il devrait en principe s'agir d'un acte entre vifs grevant le patrimoine du donateur et non sa seule succession, la donation dont l'exécution est fixée au décès du donateur doit, compte tenu de la règle spéciale de l'art. 245 al. 2 CO, être considérée comme une disposition à cause de mort²⁰. Il semble largement admis que cette disposition doive trouver application non seulement à l'acte bilatéral qu'est la donation, mais plus généralement à tous les actes gratuits dont l'exécution est fixée au décès²¹. En revanche, les actes dont certains effets se déploient d'ores et déjà du vivant du donateur ne tombent pas sous le coup de l'art. 245 al. 2 CO²².

B. Legs de biens hors succession

- 17 De manière générale, qu'il dispose entre vifs ou à cause de mort, le disposant le fait sur des éléments de son propre patrimoine. En matière de dispositions à cause de mort, l'art. 484 al. 3 CC permet toutefois au testateur de procéder au legs d'une chose qui ne se trouve pas dans sa (future) succession, le débiteur du legs devant alors se procurer l'objet du legs (sauf s'il en est déjà propriétaire lui-même), ou, si cela n'est pas possible, en verser la valeur vénale au

¹³ STEINAUER, N 285f, et les références citées, en particulier ATF 112 II 157.

¹⁴ DRUEY, §8 N 34.

¹⁵ DRUEY, §8 N 39.

¹⁶ Cf. not. BSK ZGB II-BREITSCHMID, Vor Art. 467-536 CC N 29.

¹⁷ Cf. P. PIOTET, De la distinction, p. 355.

¹⁸ ATF 113 II 270, c. 2b ; STEINAUER, N 283.

¹⁹ P. PIOTET, TDPS IV, p. 75.

²⁰ Cf. CR CO I-BADDELEY, art. 245 CO N 51 ss, et les références citées.

²¹ Cf. CR CO I-BADDELEY, art. 245 CO N 44, et les références citées.

²² Cf. CR CO I-BADDELEY, art. 245 CO N 48.

bénéficiaire du legs²³. Le débiteur du legs (soit, sauf précision contraire, l'ensemble des héritiers) peut toutefois éviter d'avoir à délivrer le legs en répudiant la succession ; si le débiteur du legs est réservataire, il pourra en outre faire valoir son droit à la réserve pour s'opposer à la délivrance d'un legs qui y porterait atteinte²⁴. Il s'agit là d'un mécanisme de succession à titre particulier (et non à titre universel) portant sur un bien ne se trouvant pas dans le patrimoine du disposant à son décès²⁵ et emportant acquisition à cause de mort par le légataire²⁶.

Entre vifs, sous réserve des cas de représentation, il n'est en principe pas possible pour une personne de disposer valablement sans autre du patrimoine d'autrui. Des mécanismes tels que la stipulation pour autrui ainsi que l'assignation permettent toutefois de faire bénéficier un tiers de l'exécution d'une obligation. 18

Lorsque le disposant entend qu'un bien soit transmis au moment de son décès par un tiers à un gratifié, il peut chercher à obtenir de son vivant l'assurance que le tiers aura l'obligation de procéder à un tel transfert. Il y a dans une telle situation un mécanisme susceptible d'être rapproché de la stipulation pour autrui²⁷. Dans l'hypothèse où l'obligation du tiers de procéder au transfert en faveur du bénéficiaire naît au moment du décès du disposant, il nous semble juste, comme le relève Denis PIOTET, d'y voir une stipulation pour autrui à cause de mort, avec comme conséquence que le bénéficiaire, s'il acquiert certes entre vifs de la part du tiers (rapport d'exécution), ne peut justifier de son acquisition vis-à-vis du disposant que sur la base d'un rapport de provision (ou de valeur) à cause de mort²⁸. La question de savoir si une telle qualification doit avoir pour conséquence que les règles, notamment de forme, des actes à cause de mort sont susceptibles de trouver application, sous peine d'annulabilité selon le mécanisme des art. 520 al. 1 et 521 CC, est controversée²⁹. Le Tribunal fédéral avait toutefois estimé, dans un raisonnement subsidiaire, qu'une stipulation pour autrui *mortis causa* était soumise aux exi- 19

²³ Cf. STEINAUER, N 538 ss. Voir également D. PIOTET, Le legs de valeurs hors succession, N 2.

²⁴ STEINAUER, N 541.

²⁵ Cf. à ce sujet D. PIOTET, Le legs de valeurs hors succession, N 1.

²⁶ D. PIOTET, Le legs de valeurs hors succession, N 4.

²⁷ Cf. KRAUSKOPF, N 1676 ss.

²⁸ Cf. D. PIOTET, Le legs de valeurs hors succession, N 8 ss, et les références citées ; voir également ATF 89 II 87.

²⁹ KRAUSKOPF, N 1678 ss ; D. PIOTET, Le legs de valeurs hors succession, N 21 s., et les références citées.

gences de forme requises pour une donation à cause de mort et donc aux règles de forme concernant les dispositions pour cause de mort³⁰.

- 20 Une telle situation doit à notre sens être distinguée de celle dans laquelle le gratifié acquiert son droit déjà du vivant du disposant, bien que sa prétention ne puisse s'exercer qu'au moment du décès de ce dernier. En effet, si le décès du disposant ne constitue que le terme ou la condition à partir de quand le gratifié pourra jouir du bien en question, il ne doit pas en découler une qualification d'acte à cause de mort, pour autant que le droit (à terme ou conditionnel) existe déjà avant le décès. Ainsi, la personne qui se voit gratifier de la nue-propriété d'un bien du vivant du disposant qui en conserve l'usufruit doit être considérée comme ayant acquis entre vifs. Il convient toutefois de réserver dans ce contexte l'application de l'art. 245 al. 2 CO qui soumet les donations dont l'exécution est fixée au décès du donateur – qui devraient *a priori* être des actes entre vifs – aux règles concernant les dispositions testamentaires, à tout le moins pour ce qui est de certaines questions, dont celle de la forme³¹. Même si elle constitue une exception en matière de distinction entre actes entre vifs et actes à cause de mort, on a vu que la règle de l'art. 245 al. 2 CO était considérée comme trouvant application à toute libéralité dont l'exécution est fixée au décès, y compris celles effectuées de manière indirecte.

C. Application au trust

- 21 La distinction entre actes entre vifs et actes pour cause de mort décrite ci-dessus, outre qu'elle n'est pas exempte de certaines incertitudes, n'est pas aisée à appliquer en matière de trust, instrument dont la souplesse autorise une multitude de possibles articulations et utilisations, notamment en lien avec le décès du constituant. Dans ce contexte, une distinction nous paraît devoir être opérée entre la qualification de l'acte constitutif de trust (*infra* 1) et celle des attributions aux bénéficiaires (*infra* 2). La potentielle influence de cette problématique sur le rang des réductions paraît mériter également quelques réflexions (*infra* 3).

³⁰ ATF 127 III 390, c. 2f.

³¹ PERRIN, N 373, et les références citées.

1. S'agissant de l'acte constitutif de trust

Le trust étant créé par un acte unilatéral du settlor, il paraît évident qu'un trust 22
 établi par le biais d'une disposition testamentaire, ne déployant ainsi aucun
 effet du vivant du settlor, doit être qualifié de disposition à cause de mort³². A
 l'opposé, on ne voit pas que l'on puisse qualifier autrement que d'acte entre
 vifs le trust constitué par le settlor de son vivant et dont l'existence et le
 cercle des bénéficiaires (y compris l'acquisition de droits par ces derniers) ne
 seraient aucunement influencés par le décès de ce dernier³³. Il en va de même
 pour le trust sur lequel le settlor perdrait toute prérogative avant son décès,
 lequel serait sans influence sur les droits ou expectatives des bénéficiaires³⁴.

Paul EITEL et Silvia BRAUCHLI estiment à cet égard qu'il ne fait pas de doute 23
 que constitue un acte entre vifs un *inter vivos* trust, « *sofern es sich um einen
 Irrevocable Trust handelt, denn bei ihm scheidet das dem Trustee übertrage-
 ne Vermögen definitiv aus dem Vermögen des Settlor aus (sodass im Sinne
 der Ausführungen des Bundesgerichts schon dieses und nicht erst der Nach-
 lass 'betroffen' ist)* »³⁵.

S'agissant des situations dans lesquelles le settlor fait partie du cercle des 24
 bénéficiaires du trust (voire en est le seul bénéficiaire) jusqu'à son décès, un
 ou plusieurs autre(s) bénéficiaire(s) étant désigné(s) dans l'acte de trust pour
 la période suivant le décès du settlor, la situation nous semble être compa-
 rable à celle d'un transfert (entre vifs) de propriété avec réserve d'usufruit (ou
 autre droit limité sur les biens transférés), modifiant le patrimoine du settlor
 dès dit transfert. Dès lors, le fait que le settlor conserve des droits de son vi-
 vant sur le patrimoine en trust ne doit pas s'opposer – pour autant que le trust
 ait été effectivement constitué (ce qui implique notamment un transfert de
 biens au trustee) et ne constitue pas un acte simulé (sham trust) – à une quali-
 fication d'acte entre vifs de l'acte par lequel le trust est constitué³⁶.

L'éventuelle révocabilité d'un trust ne doit à notre avis pas faire perdre de 25
 vue que, même dans l'hypothèse où une révocation interviendrait avant le
 décès du constituant, il n'y en aurait pas moins eu, au moment de la constitu-
 tion du trust, un transfert (entre vifs) d'actifs au trustee, et que la révocation
 du trust ne saurait avoir d'effet rétroactif et donc avoir un impact sur les dis-

³² Cf. EITEL/BRAUCHLI, N 68 ; HERZOG, N 354 ; PERRIN, N 466 ; THÉVENOZ, p. 49.

³³ PERRIN, N 466.

³⁴ HERZOG, N 357 ; PERRIN, N 467.

³⁵ EITEL/BRAUCHLI, N 68.

³⁶ PERRIN, N 468.

tributions déjà effectuées avant la révocation. Partant, le fait que le settlor conserve un pouvoir de révocation sur un trust constitué de son vivant ne change pas le fait que son patrimoine a été modifié de son vivant et ne fait pas obstacle à la qualification d'acte entre vifs de l'acte par lequel il a procédé à sa constitution³⁷. Dans ce contexte, on rappellera que le décès du constituant a en principe pour effet de rendre le trust irrévocable, le pouvoir de révocation n'étant généralement pas transmissible à cause de mort³⁸.

- 26 En résumé, seule doit selon nous être considérée comme à cause de mort la constitution d'un trust qui ne déploie d'effet qu'au décès du constituant, sans avoir nullement modifié son patrimoine de son vivant³⁹.
- 27 On relèvera encore que, dans l'hypothèse où le trust serait utilisé de manière artificielle, le settlor conservant de fait tous les pouvoirs sur les biens en trust, la qualification de sham trust devrait alors en principe être retenue, impliquant la nullité du trust et rendant sans objet la question de sa qualification en acte entre vifs ou à cause de mort⁴⁰.

2. S'agissant des attributions aux bénéficiaires

- 28 Si la qualification à cause de mort d'attributions opérées par le biais d'un trust constitué par acte à cause de mort ne nous paraît pas soulever de problème particulier, la question se pose de savoir si les attributions opérées par le biais d'un trust constitué par acte entre vifs pourraient être, quant à elles, qualifiées, dans certaines circonstances, d'attributions effectuées à cause de mort, nonobstant la qualification d'acte entre vifs de l'acte par lequel le trust est constitué.
- 29 Il peut arriver que le constituant d'un trust se réserve valablement la possibilité de décider, après la constitution du trust, de l'affectation ou de la distribution de tout ou partie des biens en trust, notamment à son propre décès. Denis PIOTET estime que, dans une telle configuration, si le constituant procède à la désignation devant prendre effet à son propre décès d'un bénéficiaire, il « dispose à cause de mort de valeurs qui ne font plus partie de son patrimoine, mais qui ont été intégrées entre vifs dans le patrimoine du trust »⁴¹. Selon cet auteur, « [d]ans un tel cas de figure, le bénéficiaire acquiert ce

³⁷ HERZOG, NN 362 ss ; PERRIN, N 469.

³⁸ Cf. HERZOG, N 88, et les références citées.

³⁹ PERRIN, N 471.

⁴⁰ PERRIN, N 471.

⁴¹ D. PIOTET, Problèmes pratiques, p. 102.

droit irrévocable au décès du constituant contre le trustee entre vifs, selon la loi étrangère, soit la loi applicable au trust par hypothèse. Mais si la loi suisse est applicable à la succession, le bénéficiaire acquiert ce droit du trustee à cause de mort dans la succession du constituant ; c'est une stipulation à cause de mort, reposant sur un rapport de couverture stipulé entre vifs et relevant de la loi étrangère, et sur un rapport de provision relevant par hypothèse du droit successoral suisse, entre gratifié et disposant »⁴². Denis PIOTET estime que, dans une telle hypothèse, les attributions imposées au trustee au décès du constituant doivent remplir non seulement les exigences de la loi applicable au trust, mais également celles de la loi applicable à la succession, notamment s'agissant de ses exigences de forme ; à défaut d'acte à cause de mort valable, l'acquisition par le gratifié interviendrait sans cause légitime vis-à-vis de la succession et serait susceptible d'obliger le gratifié à restitution⁴³. Patrick KRAUSKOPF considère quant à lui que la prétention du bénéficiaire trouve sa cause dans le rapport de couverture entre vifs et estime dès lors suffisant que les exigences liées à la validité de ce dernier soient respectées, sans qu'il soit nécessaire que les exigences formelles liées aux actes à cause de mort soient remplies en ce qui concerne le rapport de valeur, ce même si l'attribution intervient au décès⁴⁴. Peter WEIMAR estime pour sa part que la question de l'application de l'art. 245 al. 2 CO en matière de trust constitué entre vifs doit recevoir une réponse négative⁴⁵.

En matière de trust, l'applicabilité des dispositions du statut successoral à la qualification des attributions opérées par le biais d'un trust constitué entre vifs pose des difficultés de conciliation avec la systématique de la CLaH-1985. En particulier, l'art. 4 CLaH-1985 réserve uniquement les « questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au trustee » (ou, dans sa version anglaise, « preliminary issues relating to the validity of wills or of other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee »), soit les aspects relatifs aux actes par lesquels les biens sont transférés au trustee⁴⁶. Pour reprendre une terminologie consacrée, le statut du trust ne s'applique pas au « lanceur », mais uniquement à la « fusée »⁴⁷. Il ne semble dès lors pas possible de justifier par l'art. 4 CLaH-1985 une application du statut successoral aux attributions opérées par le biais d'un trust constitué du vivant du settlor.

⁴² D. PIOTET, Problèmes pratiques, p. 102.

⁴³ D. PIOTET, Les legs et les charges successorales, p. 118.

⁴⁴ KRAUSKOPF, N 1680 s., ainsi que N 487 ss.

⁴⁵ BK-WEIMAR, Einleitung zum 14. Titel, p. 110 N 122.

⁴⁶ PERRIN, N 140.

⁴⁷ Cf. not. VON OVERBECK, N 53.

- 31 La question se pose en revanche de savoir si l'art. 15 let. c CLaH-1985 pourrait permettre l'application des dispositions du statut successoral à la qualification des attributions opérées par le biais d'un trust constitué entre vifs. Dans ce contexte, il convient de rappeler, pour reprendre les termes d'Alfred VON OVERBECK « *que l'article 3 [recte : 4] soustrait entièrement au domaine de la Convention les actes juridiques antérieurs au trust, nécessaires pour créer celui-ci. Au contraire, l'article 15 vise des hypothèses où un trust existant déploie des effets incompatibles avec des dispositions impératives du for ou de la loi d'un pays tiers dans une matière autre que le trust* »⁴⁸. Du point de vue français, Sara GODECHOT indique à cet égard que « [u]ne même institution ne saurait relever simultanément de deux règles de conflit et être valable en application de l'une d'elles et nulle en vertu de l'autre »⁴⁹ et que « [s]i la loi applicable à la matière connexe est en mesure de limiter l'efficacité de l'institution, la validité du trust ne peut, elle, être remise en cause que par le biais de l'exception d'ordre public international »⁵⁰.
- 32 En matière de trust, lorsque le trustee opère une distribution en faveur d'un bénéficiaire, une telle distribution, intervenant dans le cadre du rapport d'exécution, intervient entre vifs. L'obligation du trustee trouve sa cause dans l'acte de trust, lequel peut être assimilé au rapport de couverture dans l'assignation ou la stipulation pour autrui, par hypothèse intervenu également entre vifs. Si l'attribution intervient au décès du constituant, elle est susceptible de se baser sur un rapport de provision à cause de mort, dont il pourrait être soutenu qu'il serait susceptible d'être soumis, par le biais de l'art. 15 let. c CLaH-1985, aux exigences, notamment formelles, du statut successoral. Il semble en effet défendable de considérer que le fait que le rapport d'exécution et le rapport de couverture soient valables ne préjuge pas de la validité du rapport de provision⁵¹. Il pourrait ainsi être soutenu que le fait que le droit déterminé selon la CLaH-1985 pour s'appliquer au rapport d'exécution que constitue le trust considère le trust valable ne saurait préjuger de la validité du rapport de provision. Le bénéficiaire recevrait ainsi une distribution qui serait, du point de vue du droit applicable au trust, valable, mais sans préjudice de la question de la validité de la cause d'enrichissement vis-à-vis du constituant, respectivement de sa succession (rapport de provision), ouvrant la voie à une possible action en annulation par le mécanisme des art. 520 al. 1 et 521 CC, respectivement à une créance en répétition d'un in-

⁴⁸ VON OVERBECK, N 138.

⁴⁹ GODECHOT, N 170.

⁵⁰ GODECHOT, N 170.

⁵¹ Comparer, en matière d'assignation, ATF 122 III 237, c. 1b.

du⁵². D'un autre côté, il serait également concevable de considérer que la CLaH-1985 imposerait d'appréhender le trust comme un tout et ne permettrait pas de mettre en cause – par l'application des règles de forme du statut successoral – la validité de distributions effectuées à des bénéficiaires d'un trust valablement constitué entre vifs selon le droit applicable au trust. Sans doute cette seconde conception, impliquant de considérer l'ensemble des rapports du trust (y compris ce qui pourrait être assimilé au rapport de provision entre le constituant et le gratifié) comme soumis au statut du trust, est-elle plus en phase avec la volonté et les objectifs du législateur ayant ratifié la CLaH-1985, même si l'on peut regretter que la question n'ait pas été spécifiquement réglée.

3. Influence sur le rang des réductions

Les réserves ont vocation à protéger les héritiers réservataires non seulement à l'égard d'actes à cause de mort effectués par le *de cuius*, mais également à l'encontre de certaines dispositions entre vifs (cf. art. 475 et 527 CC). Conformément à l'art. 532 CC, la réduction s'exerce en première ligne sur les dispositions à cause de mort, puis sur les libéralités entre vifs, en remontant de la libéralité la plus récente à la plus ancienne, jusqu'à ce que la réserve soit reconstituée. Comme le relève Paul PIOTET, « [c]e système repose sur l'idée que les premières libéralités dans le temps ont été faites en utilisant la quotité disponible. Ce n'est que lorsqu'elles ont épuisé la quotité disponible que les libéralités suivantes ont entamé les réserves ; et il est juste que ce soient les libéralités qui ont entamé la réserve, les seules qui soient illicites, qui servent à la reconstituer »⁵³. S'agissant du moment déterminant pour le rang des libéralités entre vifs, la doctrine retient en général qu'il s'agit du moment où le gratifié acquiert son droit (concomitamment à l'appauvrissement du *de cuius*) et non du moment où la libéralité est exécutée⁵⁴.

Pour ce qui a trait à la constitution d'un trust par disposition testamentaire, il est généralement admis qu'est potentiellement soumise à réduction (cas échéant par voie d'exception⁵⁵) la disposition prévoyant le transfert de biens au trustee, qu'il s'agisse de l'institution d'héritier, du legs ou de la charge⁵⁶. S'agissant des trusts constitués du vivant du settlor, il est largement admis

⁵² Voir à ce sujet D. PIOTET, Le legs de valeurs hors succession, N 22 et 24.

⁵³ P. PIOTET, TDPS IV, p. 452 s.

⁵⁴ P. PIOTET, TDPS IV, p. 453 ; STEINAUER, N 835.

⁵⁵ PERRIN, N 512.

⁵⁶ HERZOG, N 399.