



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
UNIVERSITÄT FREIBURG

Journée de droit successoral 2023

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



Stämpfli Editions

Cet ouvrage rassemble les contributions présentées lors de la Journée de droit successoral du 19 janvier 2023. 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.

Au sommaire :

- D. Pannatier Kessler/G. Chapus-Rapin/A. Eigenmann : Ayant droit économique et succession
- M. Pradervand-Kernen : La répudiation. Questions choisies
- D. Piotet : Le droit transitoire de la nouvelle du 18 décembre 2020
- Ch. Misteli : L'expertise judiciaire dans le contentieux successoral
- M. Heinzmann : La compétence directe en matière de successions internationales. Un tour d'horizon de la révision en cours
- D. Regamey : Sélection d'arrêts du Tribunal fédéral rendus entre août 2021 et juillet 2022

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

Journée de droit successoral 2023

Contributions de

Delphine Pannatier Kessler
Géraldine Chapus-Rapin
Antoine Eigenmann
Maryse Pradervand-Kernen
Denis Piotet
Christophe Misteli
Michel Heinzmann
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 · 2023
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-6959-2

Dans notre librairie en ligne
www.staempflishop.com, la version suivante est également disponible :
Print ISBN 978-3-7272-7692-7

printed in
switzerland



Avant-propos

Cet ouvrage rassemble les contributions présentées lors de la Journée de droit successoral du 19 janvier 2023. Dans l'esprit d'une formation continue de caractère général en droit successoral, cette journée s'adresse à l'ensemble des juristes intéressés par le droit des successions. Elle s'inscrit dans le cadre de la formation continue des avocats spécialistes FSA en droit des successions.

Nous tenons à exprimer notre très vive reconnaissance à toutes celles et tous ceux qui ont contribué au succès de cette journée, en particulier :

- aux auteurs et aux conférenciers ;
- à M. Louis Liogier de Sereys et à Mme Margaux Schroeter, assistants à la Faculté de droit de Fribourg, et à Mme Myriam Sottas, secrétaire à cette même Faculté, qui ont assuré la mise en page du présent ouvrage ;
- à Mme Fanny Weiss, responsable de la publication pour les Éditions Stämpfli ;
- à Mme Annette Enz et au Service de la formation continue de l'Université de Fribourg, qui ont organisé la journée elle-même ;
- à l'entreprise Take Off Productions qui a filmé la journée et en a assuré sa diffusion en ligne.

Maryse Pradervand-Kernen

Michel Mooser

Antoine Eigenmann

Sommaire

Avant-propos	5
Liste des abréviations	9
DELPHINE PANNATIER KESSLER/GÉRALDINE CHAPUS-RAPIN/ANTOINE EIGENMANN, <i>docteur en droit, avocate, notaire, chargée de cours à l'Université de Genève/avocate, médiatrice FSA/docteur en droit, avocat, spécialiste FSA en droit des successions, professeur titulaire à l'Université de Fribourg</i>	
Ayant droit économique et succession.....	17
MARYSE PRADERVAND-KERNEN, <i>professeure ordinaire de droit civil à l'Université de Fribourg</i>	
La répudiation. Questions choisies	65
DENIS PIOTET, <i>professeur ordinaire à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne</i>	
Le droit transitoire de la novelle du 18 décembre 2020.....	113
CHRISTOPHE MISTELI, <i>docteur en droit, avocat, spécialiste FSA en droit des successions, LL.M.</i>	
L'expertise judiciaire dans le contentieux successoral	127
MICHEL HEINZMANN, <i>professeur ordinaire de procédure civile, exécution forcée et droit international privé à l'Université de Fribourg</i>	
La compétence directe en matière de successions internationales. Un tour d'horizon de la révision en cours	159
DAVID REGAMEY, <i>avocat, spécialiste FSA en droit des successions, LL.M. en droit européen et international économique</i>	
Sélection d'arrêts du Tribunal fédéral rendus entre août 2021 et juillet 2022.....	187

Liste des abréviations

a	ancien(ne)
Abs.	<i>Absatz</i> (= al.)
ACJC	Chambre civile de la cour de Justice du canton de Genève
AELE	Association européenne de libre-échange
Aff.	affaire
AG	canton d'Argovie
AI	canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures
AI	assurance-invalidité
AJ	assistance judiciaire
al.	alinéa(s)
AP	Avant-projet
ARMC	Autorité de recours en matière civile du TC du canton de Neuchâtel
art./Art.	Article(s)/ <i>Artikel</i>
ATF	<i>Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse</i>
AVS	assurance-vieillesse et survivants
BE	canton de Berne
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (code civil allemand)
BK	<i>Berner Kommentar</i> (commentaire bernois)
BL	canton de Bâle-Campagne
BO	Bulletin officiel
BSK	<i>Basler Kommentar</i> (commentaire bâlois)
c.	considérant(s)
CACI	Cour d'appel civile du TC du canton de Vaud
CACIV	Cour d'appel civile du TC du canton de Neuchâtel
CAE	Commission des Affaires Européennes
CAJ-CE	Commission des affaires juridiques du Conseil des États
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCfr	Code civil français

CDB	Convention du 13 juin 2018 relative à l'obligation de diligence des banques entre l'Association suisse des banquiers et les banques signataires
CDI-CH-D	Convention du 30 novembre 1978 entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur les successions (RS 0.672.913.61).
CDPJ-VD	Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 (RSVD 211.02)
CE	Conseil des États
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) (RS 0.101)
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
CHK	<i>Handkommentar zum Schweizer Privatrecht</i>
CIEPP	Caisse Inter-Entreprises de Prévoyance Professionnelle
CJ GE	Cour de Justice du canton de Genève
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 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (RS 0.221.371)
CNY	Convention du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York (RS 0.277.12).
CO	LF du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations) (RS 220)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CN	Conseil national
CNUE	Conseil des Notariats de l'Union Européenne
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)

CPC	Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
cpr	comparer
CPra	Commentaire pratique
CR	Commentaire romand
CREC	Chambre des recours du TC du canton de Vaud
CS	Commentaire Stämpfli
Cst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101)
(D)	allemand
e. g.	<i>exempli gratia</i>
ECLI	<i>European Case Law Identifier</i>
éd.	édition/éditeur(s)
EG ZGB-AI	<i>Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons Appenzell Innerrhoden (RSAI 211.000)</i>
EG ZGB-SO	<i>Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches des Kantons Solothurn (RSSO 211.1)</i>
EG ZGB-TG	<i>Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons Thurgau (RSTG 210.1)</i>
EGzZGB-GR	<i>Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons Graubünden (RSGR 210.100)</i>
Einl.	<i>Einleitung</i> (= introduction)
en part.	en particulier
ESchG-ZH	<i>Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz (RSZH 632.1)</i>
et al.	<i>et alii</i>
etc.	<i>et caetera</i>
EU	<i>Europäische Union</i> (= UE)
(F)	français
FF	<i>Feuille fédérale</i>
ff.	<i>und folgende</i> (= ss)
FINMA	<i>Swiss Financial Market Supervisory Authority</i> (Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers)
FR	canton de Fribourg

FSA	Fédération Suisse des Avocats
GAFI	Groupe d'Action Financière
GE	canton de Genève
GR	canton des Grisons
i.e.	<i>id est</i>
i.f.	<i>in fine</i>
i.i.	<i>in initio</i>
IPR	<i>Internationales Privatrecht</i>
IPRG	<i>Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht</i> (= LDIP)
IRENE	Institut de recherches et d'études notariales européen
JdT	<i>Journal des Tribunaux</i>
JU	canton du Jura
KUKO	<i>Kurzkommentar</i>
LACC-FR	Loi fribourgeoise d'application du Code civil suisse du 10 février 2012 (RSFR 210.1)
LACC-GE	Loi genevoise d'application du Code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 (RSGE E 1 05)
LACC-VS	Loi valaisanne d'application du Code civil suisse du 24 mars 1998 (RSVS 211.1)
LBA	LF du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blan- chiment d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent) (RS 955.0)
LCA	LF du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
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)
LGVE	<i>Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide</i>
LHID	LF du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (RS 642.14)
LI-CC-NE	Loi neuchâteloise du 22 mars 1910 concernant l'introduction du code civil suisse (RSNE 211.1)
LIFD	LF du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11)
LI-VD	Loi vaudoise du 4 juillet 2000 sur les impôts directs cantonaux (RSVD 642.11)
LL.M.	<i>Master of Laws</i> (Master de droit)
LLCA	LF du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (RS 935.61)
LMSD-VD	Loi vaudoise du 27 février 1963 concernant le droit de mutation sur les transferts immobiliers et l'impôt sur les successions et donations (RSVD 648.11)
LP	LF du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
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)
LPGIP-GE	Loi genevoise du 26 juin 2008 relative à la perception et aux garanties des impôts des personnes physiques et des personnes morales (RSGE D 3 18)
LPP	LF du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
LPTh	LF du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques) (RS 812.21)
LStup	LF du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants (RS 812.121)
LTF	LF du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LU	canton de Lucerne

M ^e	Maître
n	nouveau/nouvelle
N/n ^o /no	numéro(s)
NB	<i>Le Notaire bernois</i>
nbp	note de bas de page
NE	canton de Neuchâtel
Nr.	<i>Nummer</i> (= N/n ^o)
OBA-FINMA	Ordonnance de l’Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d’argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (RS 955.033.0)
OEC	Ordonnance du 28 avril 2004 sur l’état civil (RS 211.112.2)
OFJ	Office fédéral de la justice
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)
OPP3	Ordonnance du 13 novembre 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.461.3)
P	Projet
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
par.	paragraphe
phr.	phrase
PJA	<i>Pratique juridique actuelle</i>
PKG	<i>Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden</i>
p.m.	<i>pro memoria</i>
PraxK	<i>Praxiskommentar</i>
RAVS	Règlement du 31 octobre 1947 sur l’assurance-vieillesse et survivants (RS 831.101)
RDS	<i>Revue de droit suisse</i>
réf.	référence(s)

RJN	<i>Recueil de jurisprudence neuchâteloise</i>
RNRF	<i>Revue suisse du notariat et du registre foncier</i>
RO	<i>Recueil officiel du droit fédéral</i>
RS	<i>Recueil systématique du droit fédéral</i>
RS	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 authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen
RS AI	<i>Recueil systématique du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures</i>
RSFR	<i>Recueil systématique du canton de Fribourg</i>
RSGE	<i>Recueil systématique du canton de Genève</i>
RSGR	<i>Recueil systématique du canton des Grisons</i>
RSJ	<i>Revue suisse de jurisprudence</i>
RSJB	<i>Revue de la Société des juristes bernois</i>
RSNE	<i>Recueil systématique du canton de Neuchâtel</i>
RSPC	<i>Revue suisse de procédure civile</i>
RSSO	<i>Recueil systématique du canton de Soleure</i>
RSTG	<i>Recueil systématique du canton de Thurgovie</i>
RSVD	<i>Recueil systématique du canton de Vaud</i>
RSVS	<i>Recueil systématique du canton du Valais</i>
RSZH	<i>Recueil systématique du canton de Zurich</i>
RVJ	<i>Revue valaisanne de jurisprudence</i>
s.	et suivant(e)
SA	Société anonyme
Sàrl	Société à responsabilité limitée
SchlT	<i>Schlusstitel</i> (= Tit. fin.)
SG	canton de Saint-Gall
SJ	<i>La Semaine judiciaire</i>
SNC	Société en nom collectif
SO	canton de Soleure

SRIEL	<i>Swiss Review of International and European Law</i> (Revue suisse de droit international et européen)
ss	et suivant(e)s
St	Saint/ <i>Sankt</i>
StG-ZH	<i>Steuergesetz</i> ; Loi zurichoise du 8 juin 1997 sur les impôts (RSZH 631.1)
SZ	canton de Schwyz
T.	tome
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TG	canton de Thurgovie
TI	canton du Tessin
Tit. fin.	Titre final du Code civil suisse
UE	Union européenne
UMOS	unité de main-d'œuvre standard
VD	canton de Vaud
VerwG	<i>Verwaltungsgericht</i>
vol.	volume
Vorb.	<i>Vorbemerkungen</i> (= remarques préliminaires)
VS	canton du Valais
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>

Ayant droit économique et succession

DELPHINE PANNATIER KESSLER

*Docteure en droit, avocate, notaire, chargée de cours
à l'Université de Genève*

GÉRALDINE CHAPUS-RAPIN

Avocate, médiatrice FSA

ANTOINE EIGENMANN

*Docteur en droit, avocat, spécialiste FSA en droit des successions,
professeur titulaire à l'Université de Fribourg*

Table des matières

I.	Introduction.....	18
II.	Quelques cas de figure	19
	A. Comptes et dépôts bancaires	20
	B. Trust.....	21
	C. Fondations	23
	D. Fiducie.....	24
III.	Obtention d'informations par les héritiers	25
	A. Droit aux informations des héritiers de nature contractuelle.....	26
	1. Comptes et dépôts bancaires.....	27
	2. SA ou sociétés	29
	3. Détention en fiducie/prête-nom	30
	4. Trust et fondations	30
	B. Droit aux informations des héritiers fondé sur le droit successoral.....	33
	1. Rappel des principes	33
	2. Comptes et dépôts bancaires.....	35
	3. Trust et fondations	36
	C. Procédure.....	37
	1. Procédure en fourniture d'informations au fond.....	37
	2. Voies urgentes	41
	D. Problèmes pratiques.....	44
	1. Passage du temps.....	44
	2. Impossibilité de suivre le <i>money trail</i>	45
	E. Droits et obligations de l'exécuteur testamentaire/administrateur d'office/représentant de la communauté	45
IV.	Prise en compte des actifs	46
	A. Rappel des principes	47
	B. Actions ayant pour objet la restitution des biens.....	48
	1. Principe de la transparence et qualité pour agir	48
	2. Action contractuelle.....	53
	3. Action en pétition d'hérédité	53
	4. Action en invalidation ou constatation de la nullité d'un trust.....	56

C. Actions ayant pour objet la prise en compte d'actifs	56
1. Action en rapport.....	56
2. Action en réduction	57
V. Conclusion	60
Bibliographie	61

I. Introduction

- 1 L'ayant droit économique est un concept dont la définition et la portée ont évolué au fil du temps. Après avoir connu ses premières heures de gloire judiciaire dans les années septante en matière bancaire (en matière pénale dans la lutte contre la criminalité économique), son utilisation s'est étendue au droit civil.
- 2 L'approche civile de l'ayant droit économique s'est essentiellement présentée sous le prisme du devoir de renseignements de la banque à l'égard de l'ayant droit économique¹. La présente contribution traite de la question plus vaste, sur le plan du droit civil, en particulier des successions, de la manière dont la position particulière d'ayant droit économique peut être appréhendée dans un cadre successoral.
- 3 Les premières « Convention de diligence des banques » (ci-après : « CDB ») définissaient l'ayant droit économique comme : « La personne qui a effectivement les droits économiques sur les valeurs déposées »². La définition proposée par la CDB de 1982 ne fut toutefois pas reprise dans les versions ultérieures de la CDB. Aujourd'hui, la notion d'ayant droit économique n'est définie ni à l'art. 305^{ter} al. 1 CP ni à l'art. 4 LBA, qui y font référence, ni dans la CDB dont elle est issue.
- 4 Le Tribunal fédéral considère quant à lui que l'ayant droit économique est « celui qui a la possibilité de fait de disposer des valeurs patrimoniales et donc celui à qui ces valeurs appartiennent sous l'angle économique »³. La jurisprudence considère donc que l'attribution des valeurs patrimoniales à un ayant droit économique doit se fonder sur des critères purement économiques sans égard aux constructions juridiques formelles⁴.
- 5 Il convient de préciser que les sources de droit suisse relatives à la notion d'ayant droit économique s'insèrent dans un cadre normatif supranational, instaurant des mesures préventives contre le blanchiment d'argent. La plupart de ces normes emploient la notion de « bénéficiaire effectif » et non pas celle

¹ STANISLAS, p. 414.

² Art. 21 CDB 1977 ; Art. 19 CDB 1982.

³ ATF 125 IV 139, c. 3c, JdT 2000 IV 51.

⁴ ATF 125 IV 139, c. 3c, JdT 2000 IV 51, confirmé par l'ATF 136 IV 127, c. 3.1.1.

d'« ayant droit économique ». Toutefois, l'idée sous-jacente reste la même, en ce sens que l'assujetti ne doit pas seulement s'intéresser à son cocontractant, mais également au vrai propriétaire des valeurs patrimoniales confiées le cas échéant⁵.

Selon certains auteurs, depuis que le législateur suisse a intégré dans le concept d'ayant droit économique celui de « détenteur du contrôle » d'une société opérationnelle, cette notion ne diffère pas, en droit bancaire suisse (art. 2a al. 3 et 4 LBA ; art. 20 ss et 27 ss CDB 16, notamment) de celle de « bénéficiaire effectif » telle que définie par le Glossaire général du GAFI⁶.

Lorsque le titulaire d'un droit (de créance par hypothèse) n'en est pas l'ayant droit économique, le rapport de droit unissant ces deux personnes peut être fondé sur la loi, sur un contrat ou sur l'existence d'une entité juridique distincte. Autrement dit, l'ayant droit économique d'un droit est nécessairement lié au titulaire de ce droit par un rapport de droit distinct.

La présente contribution a précisément pour objet les cas dans lesquels l'ayant droit économique n'est pas la même personne que le titulaire apparent de ce droit.

Le sujet sera abordé sous l'angle du droit des successions, soit du régime applicable au décès d'une personne qui n'était pas le titulaire apparent d'un droit mais « seulement » son ayant droit économique. En pareille situation, l'actif concerné pourrait ne pas faire partie de la masse successorale, quand bien même le *de cuius* avait des droits économiques sur le bien.

Après avoir présenté quelques cas de figure dans lesquels l'ayant droit économique peut différer du titulaire d'un droit (II), nous aborderons la question de savoir comment les héritiers peuvent obtenir des informations quant aux actifs dont le *de cuius* était ayant droit économique (III), puis examinerons les moyens existants, sur le plan procédural et au fond pour qu'il soit tenu compte de ces valeurs dans la succession (IV).

II. Quelques cas de figure

Le présent chapitre présente quelques cas de figure relativement fréquents dans la pratique dans lesquels le titulaire apparent d'un droit peut ne pas être son ayant droit économique.

⁵ PODA, p. 36.

⁶ MATTHEY, p. 229, N 144. L'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA) définit d'ailleurs à son art. 2 let. f le détenteur de contrôle comme étant la personne physique qui est considérée comme l'*ayant droit économique* d'une société exerçant une activité opérationnelle qu'elle contrôle.

A. Comptes et dépôts bancaires

- 12 Le titulaire d'un compte ou d'un dépôt bancaire n'est pas forcément le propriétaire ou titulaire des actifs détenus dans les livres de la banque, ce qui entraîne des conséquences pour déterminer si les valeurs doivent être prises en compte sur le plan successoral.
- 13 La notion d'ayant droit économique est apparue, de manière formelle, dans le domaine bancaire, avec la convention de diligence des banques de 1977. L'objectif était alors d'éviter que les banques ne soient utilisées à des fins criminelles par des montages rendant impossible l'identification des personnes réellement impliquées dans les opérations bancaires qu'elles diligentaient.
- 14 Le montage consiste en deux rapports juridiques distincts qui peuvent ainsi être présentés : une personne est titulaire d'un compte auprès d'un établissement, sans toutefois avoir droit aux valeurs déposées sur ce compte. Cette personne est le cocontractant de l'établissement bancaire (son client). Une autre personne désignée comme le bénéficiaire final des valeurs déposées est l'ayant droit économique du compte. Il n'existe aucun rapport de droit entre la banque et l'ayant droit économique.
- 15 L'identification de l'ayant droit économique⁷ est effectuée par le client cocontractant de la banque au moyen d'un formulaire A qu'il remplit et signe sous sa propre responsabilité.
- 16 La nature du rapport de droit existant entre le titulaire du compte (client de la banque) et l'ayant droit économique n'a pas à être connue de l'établissement bancaire qui n'a pas à s'immiscer dans les relations internes entre l'ayant droit économique et le client. La relation interne entre son client et l'ayant droit économique du compte ouvert en son propre établissement peut dès lors être totalement inconnue de la banque.
- 17 En vertu de l'art. 397 al. 1 CO, la banque est tenue de suivre les instructions du titulaire du compte. À défaut, elle viole ses obligations contractuelles à l'égard de son mandant et s'expose à une responsabilité contractuelle.
- 18 Il en résulte que, lorsque des actes du cocontractant de la banque sur le compte bancaire violent les rapports internes le liant à l'ayant droit économique, la banque n'engage généralement pas sa responsabilité vis-à-vis de l'ayant droit économique⁸.

⁷ Seuls les nom et adresse de l'ayant droit économique doivent être indiqués sur le formulaire A.

⁸ Pour une étude détaillée de la responsabilité contractuelle de la banque vis-à-vis de l'ayant droit économique, cf. PODA, p. 134 ss.

La banque est toutefois débitrice de l'obligation de tenir à jour le registre des ayants droit économiques de sorte que si elle a connaissance du décès de l'ayant droit économique ou d'éléments permettant de douter de sa survie, il lui appartient d'obtenir du titulaire du compte un nouveau formulaire A, respectivement de procéder à une nouvelle identification de l'ayant droit économique⁹. 19

Dans tous les cas, à des degrés divers, le client cocontractant de la banque doit rendre compte à l'ayant droit économique des avoirs bancaires, son obligation de « reddition » dépendant de la construction adoptée pour la relation interne conclue avec l'ayant droit. Cette relation interne, impliquant une disjonction entre titularité juridique et économique, peut être opérée au moyen de nombreuses constructions juridiques¹⁰. 20

B. Trust

Le trust peut être défini comme un ensemble de rapports juridiques nés de la volonté d'un constituant (*settlor*) exprimée dans un acte constitutif (*trust deed* ou *deed of settlement*) par lequel la propriété de biens patrimoniaux est transférée à au moins un gérant (*trustee*) qui a le devoir de gérer et d'employer ces biens en faveur d'un ou plusieurs bénéficiaires (*beneficiary*) conformément à l'acte constitutif¹¹. L'acte constitutif peut être un acte juridique unilatéral entre vifs (*inter vivos* trust) ou une disposition à cause de mort¹². Le trust n'est pas une personne morale, de sorte qu'il n'est le propriétaire ni des biens constituant le trust ni des revenus qui en découlent¹³. Le propriétaire légal (*legal ownership*) des biens est le *trustee* mais le patrimoine du trust ne se mélange toutefois pas à la fortune propre du *trustee*. Il en constitue une masse distincte¹⁴. 21

Institution inconnue du droit suisse¹⁵, le trust nécessairement de droit étranger en l'état actuel du droit, est néanmoins reconnu en Suisse depuis le 1^{er} juillet 2007 (cf. Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ; ci-après : « CLaH-1985 » ; en particulier ses art. 6-8 s'agissant du droit applicable au trust et 11 s'agissant de la reconnaissance). Les effets du trust ne seront en revanche pas reconnus lorsqu'ils heur- 22

⁹ BRETTON-CHEVALLIER/NOTTER, p. 137.

¹⁰ CASSANI, Art. 305^{ter} CP N 16.

¹¹ GUILLAUME, p. 33 ; THÉVENOZ, p. 21.

¹² BAUEN/ROUILLER, p. 522 ; GUILLAUME, p. 34.

¹³ TF, 5A_30/2020 du 6.05.2020, c. 3.1 ; THÉVENOZ, p. 21.

¹⁴ TF, 5A_30/2020 du 6.05.2020, c. 3.1 ; TAF, A-4153/2017 du 11.10.2018, c. 7.1.1.2.

¹⁵ Une procédure de consultation visant à instaurer un trust suisse a été ouverte par le Conseil fédéral le 12 janvier 2022.

tent des règles impératives du droit suisse, telles que le droit aux renseignements, p. ex. art. 15 let. c CLaH-1985.

- 23 Dans un rapport de trust, le *trustee* apparaît comme titulaire des valeurs, quand bien même il n'en est généralement pas l'ayant droit économique, puisqu'il détient les actifs en faveur des bénéficiaires du trust.
- 24 Conformément à l'art. 41 CDB (version 2020), les données requises concernant les trusts doivent être fournies par le cocontractant, i.e. le *trustee*, au moyen d'une déclaration écrite ou d'un formulaire T. Le formulaire T exige des précisions concernant la nature du trust et les droits respectifs des personnes impliquées. Ainsi, le *trustee* doit indiquer d'une part, s'il s'agit d'un trust discrétionnaire ou d'un trust non discrétionnaire et d'autre part, si le trust est révocable ou irrévocable. S'agissant des bénéficiaires, il est nécessaire de préciser si ces derniers ont un droit inconditionnel à des distributions.
- 25 Le formulaire T ne prévoit toutefois pas formellement d'identifier l'ayant droit économique du trust. En effet, le concept de bénéficiaire en matière de trust ne doit pas être confondu avec le concept bancaire d'ayant droit économique, « *beneficial owner* » en anglais, car sa position est tout à fait différente, le bénéficiaire d'un trust ne pouvant lui-même décider de l'usage des avoirs bancaires faisant partie du trust (c'est pourquoi le bénéficiaire ne doit pas être inscrit comme ayant droit économique sur un « formulaire A », la banque devant employer le formulaire particulier « T »)¹⁶.
- 26 Il est toutefois possible de retenir ce qui suit :
 - S'il s'agit d'un trust révocable, le *settlor* peut également avoir la qualification d'ayant droit économique, puisqu'il peut en tout temps récupérer le patrimoine¹⁷.
 - Dans le cas d'un trust irrévocable – dans lequel le *settlor* a abandonné son pouvoir de disposition sur le patrimoine du trust¹⁸ – ce sont en principe les bénéficiaires (par hypothèse tiers à la relation contractuelle entre le *settlor* et le *trustee*) qui pourraient selon les cas être qualifiés d'ayants droit économiques. Cela dépendra néanmoins de la nature du trust (discrétionnaire ou à intérêts fixes, donc prédéterminés) et donc de la nature des droits des bénéficiaires.
 - Dans le cas fréquent où le *settlor* (respectivement son conjoint) est premier bénéficiaire du trust sa vie durant et où la planification de nature successorale du trust ne se réalise qu'après le décès du premier bénéfi-

¹⁶ BAUEN/ROUILLER, p. 525.

¹⁷ GUILLAUME, p. 34 s.

¹⁸ GUILLAUME, p. 35.

ciaire, ce premier bénéficiaire peut être considéré comme ayant droit économique sa vie durant.

- Dans le cas d'un trust discrétionnaire, les bénéficiaires n'ont pas de droit à recevoir des distributions, lesquelles sont laissées à la libre appréciation du *trustee* (*discretion*), lequel peut aussi dans certains cas « nommer » des bénéficiaires au sein d'une classe de bénéficiaires. Dans un tel cas, il n'est pas possible d'identifier aisément le ou les ayants droit économiques¹⁹.

De plus, il est relativement fréquent que le *settlor* ou le bénéficiaire du trust exerce un certain contrôle sur les biens en trust. Quand bien même le droit des trusts exige un dessaisissement des biens en faveur du *trustee*, lequel seul est chargé de les gérer, un tel lâcher-prise est parfois difficile pour le *settlor* ou le bénéficiaire. D'où la tentation de prendre une part (trop) active dans la gestion du trust et celle de donner des instructions au *trustee*, que ce soit en matière d'investissements ou pour lui « ordonner » d'effectuer des distributions. Il s'agit de cas pathologiques où la validité même du trust peut être remise en cause (notamment par la théorie du *sham trust*, de l'abus de droit ou de la transparence ; pour des développements détaillés sur l'application de ces principes aux trusts et des exemples jurisprudentiels, cf. *infra* IV/A/1)²⁰. Ainsi, dans ces cas, celui qui exerce le contrôle peut être considéré comme en étant l'ayant droit économique.

C. Fondations

La fondation de droit suisse est définie aux art. 80 et suivants du Code civil comme une masse de biens affectée à la réalisation d'un but déterminé et dotée d'une organisation propre.

Les fondations sont classées en fondations classiques, fondations de famille (art. 87 et 335 CC), fondations ecclésiastiques (art. 87 CC) et fondations de prévoyance en faveur du personnel (art. 89^{bis} CC).

La fondation est une personne morale. Elle n'a ni membres ni propriétaires²¹. Elle a un ou des fondateur(s) et un ou des destinataire(s). Les fondateurs doivent être distingués des actionnaires d'une société en ce sens qu'ils ne peuvent décider librement d'une modification des statuts, des destinataires, d'une liquidation, ou encore d'une révocation des membres de l'organe dirigeant (le

¹⁹ WEINGART, N 242-243.

²⁰ TF, 5A_436/2011 du 12.04.2012, c. 9.3 ; BSK IPRG-VOGT/PANNATIER KESSLER, Art. 149a-e N 210.

²¹ MEIER, N 1195 ; PODA, p. 69.

conseil de fondation). Les ressources de la fondation issues des apports qui lui sont faits ou du bénéfice tiré de son activité ne sont pas destinés à revenir aux fondateurs, dans la mesure où ils ne sont pas explicitement désignés comme bénéficiaires²².

- 31 Compte tenu des buts poursuivis par la plupart des fondations (ecclésiastiques, idéaux, ou d'intérêt public), celles-ci n'ont pas d'ayants droit économiques propres²³. Ainsi, les personnes identifiées au moyen du formulaire S (formulaire idoine pour les fondations) ne sont pas forcément des ayants droit économiques des valeurs patrimoniales. En ce sens, le formulaire S détermine les « bénéficiaires » de la fondation et non ses ayants droit économiques.
- 32 L'art. 82 CC prévoit expressément que la fondation peut être attaquée, comme une donation, par les héritiers ou par les créanciers du fondateur.
- 33 Les droits étrangers sont souvent plus larges que le droit suisse en ce qui concerne les fondations de famille. Le droit suisse limite l'utilisation des fonds à des buts très restreints, à savoir le paiement des frais d'éducation, d'établissement et d'assistance des membres de la famille (art. 335 al. 1 CC). L'entretien des membres de la famille et le maintien du train de vie ne sont pas admis²⁴. Toutefois, d'autres ordres juridiques ont une vision plus libérale des fondations et permettent des fondations de famille avec des buts plus larges, à fonction successorale, visant à l'entretien des bénéficiaires (appelées parfois « *Genusstiftung* »). On peut penser notamment aux fondations du Liechtenstein. Dans ce cas, les membres de la famille sont les bénéficiaires et peuvent être considérés comme ayants droit économiques, selon la nature de leurs droits tels que prévus par l'acte constitutif de fondation. Les considérations applicables aux trusts s'y appliquent *mutatis mutandis*.

D. *Fiducie*

- 34 La fiducie est un contrat par lequel une personne (le fiduciaire) transfère un bien ou un droit – notamment de créance – à une autre (le fiduciant), mais avec la charge de ne l'exercer qu'à une fin déterminée et de le retransférer à la demande du fiduciaire, à l'échéance du rapport contractuel ou d'un terme convenu²⁵.

²² ROUILLER, p. 425.

²³ PODA, p. 71.

²⁴ MEIER, N 1298.

²⁵ PODA, p. 56.