

L'admissibilité de l'arbitrage en procédure gracieuse successorale

MEMOIRE

présenté

par

Margaux Nicolle

sous la direction de

Prof. Denis Piotet

Lausanne, juin 2022

Table des matières

BIBLIOGRAPHIE	III
TABLE DES ABREVIATIONS	VI
INTRODUCTION	1
I. BREF APERÇU DE L'ARBITRAGE EN MATIÈRE CIVILE	2
A. SELON LE CPC	2
B. SELON LA LDIP	3
II. LA PROCÉDURE GRACIEUSE EN DROIT DES SUCCESSIONS	4
A. DÉFINITION DE LA PROCÉDURE GRACIEUSE	4
B. LES DIFFÉRENTS CAS RELEVANT DE LA JURIDICTION GRACIEUSE EN DROIT DES SUCCESSIONS	5
1. <i>Les mesures visant à garantir la dévolution successorale</i>	6
2. <i>L'ouverture des dispositions pour cause de mort</i>	6
3. <i>La délivrance des certificats d'héritiers</i>	7
4. <i>Le recueil des déclarations de répudiation ou des déclarations expresses d'acceptation par l'autorité</i> 7	
5. <i>Le bénéfice d'inventaire</i>	7
6. <i>La liquidation officielle</i>	8
7. <i>La surveillance de l'administrateur, de l'exécuteur testamentaire et du liquidateur officiel</i>	8
C. LES SUJETS DE LA PROCÉDURE GRACIEUSE EN MATIÈRE SUCCESSORALE.....	9
1. <i>Généralités</i>	9
2. <i>L'exécuteur testamentaire</i>	10
III. L'ADMISSIBILITÉ DE L'ARBITRAGE POUR LES ACTES RELATIFS À LA JURIDICTION GRACIEUSE EN MATIÈRE SUCCESSORALE	11
A. LA CLAUSE D'ARBITRAGE	12
1. <i>La clause testamentaire</i>	13
a) Une clause unilatérale.....	13
b) La clause en tant que charge ou condition	14
c) Une clause de nature matérielle ou procédurale ?	15
2. <i>La clause bilatérale ou multilatérale (pour mémoire)</i>	16
3. <i>L'étendue de la clause</i>	16
a) Quant à l'objet	16
b) À l'égard des personnes visées	18
B. L'AVANT-PROJET DE DROIT SUISSE DU TRUST.....	20
1. <i>Le trust comme moyen de disposer pour cause de mort</i>	20
2. <i>L'arbitrage envisagé en cas de procédure gracieuse relative au trust</i>	21
a) L'arbitrage en matière de trust.....	21
b) La procédure gracieuse relative au trust	22
IV. LA PROCÉDURE D'ARBITRAGE EN PROCÉDURE GRACIEUSE EN DROIT DES SUCCESSIONS	23
A. LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL.....	23
1. <i>Selon le CPC</i>	23
2. <i>Selon la LDIP</i>	25
B. LE TRIBUNAL ARBITRAL.....	26
1. <i>La place de l'exécuteur testamentaire</i>	26
2. <i>La place de l'État</i>	27

C.	LES VOIES DE RECOURS CONTRE LA SENTENCE ARBITRALE GRACIEUSE	29
1.	<i>L'objet du recours</i>	29
2.	<i>La rectification de la décision</i>	30
3.	<i>Les voies de droit</i>	31
a)	La demande en rectification, interprétation et complément de la sentence au tribunal arbitral	32
b)	Le recours devant le Tribunal fédéral	32
i.	Selon le CPC.....	32
ii.	Selon la LDIP	33
c)	Le recours devant un tribunal cantonal	34
d)	La révision	35
	CONCLUSION	37

Bibliographie

BOHNET F. et al. (édits.), *Commentaire Romand du Code de procédure civile*, 2^{ème} éd., Bâle 2019 (cité : CR CPC-AUTEUR, N Y ad art. X).

BUCHER A., *L'attractivité du toilettage du chapitre 12 de la LDIP*, In : RSDIE 2/2021, p. 241 ss (cité : BUCHER).

BUCHER A. (édit.), *Commentaire Romand de la Loi sur le droit international privé et la Convention de Lugano*, Bâle 2011 (cité : CR LDIP-AUTEUR, N Y ad art. X).

CHABLOZ I. et al. (édits.), *Petit Commentaire du Code de procédure civile*, Bâle 2020 (cité : PC CPC-AUTEUR, N Y ad art. X).

CHROBAK L., *Der Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens in Erbsachen*, Zürich 2018 (cité : CHROBAK).

CHROBACK L./PICHT P.G., *Einseitige Schiedsklauseln in der Schweizer Schiedsrechtsrevision*, In : RSJ 114/2018, p. 205 ss et 233 ss (cité : CHROBACK/PICHT).

CORBOZ B. et al., *Commentaire de la Loi sur le Tribunal fédéral*, 2^{ème} éd., Berne 2014 (cité : CLTF-AUTEUR, N Y ad art. X).

DARDEL D., *Trust in Arbitration: Schweizerische Schiedsgerichtsbarkeit in trustrechtlichen Angelegenheiten*, Zurich 2019.

EIGENMANN A. et al., *Arbitrage international et succession, l'exécuteur testamentaire face à une clause compromissoire*, In : ASA Bulletin 2/2021 (cité : EIGENMANN/BEUCHAT).

EIGENMANN A. et al. (édits), *Commentaire du droit des successions*, Berne 2012 (cité : CS-AUTEUR, N Y ad art. X).

GEISER T. et al. (édits), *Basler Kommentar : Zivilgesetzbuch II*, Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-AUTEUR, N Y ad art. X).

GISBERGER D. et al., *International Arbitration Comparative and Swiss Perspectives*, 4^{ème} éd., Zurich 2021 (cité : GISBERGER/VOSER).

GÖSKU T., *Schiedsgerichtsbarkeit*, Zurich 2014 (cité : GÖSKU).

GROLIMUND P. et al. (édits), *Basler Kommentar : Internationales Privatrecht*, 4^{ème} éd., Bâle 2021 (cité : BSK IPRG-AUTEUR, N Y ad art. X).

GRISEL G., *Le trust en Suisse*, Zurich 2020 (cité : GRISEL).

HÜSSER M., *Die gerichtlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Zurich 2012 (cité : HÜSSER).

KRUG W., *Schiedsgerichte in Erbsachen - kurzer Überblick über die deutsche Rechtslage*, In : Successio, 2012, p. 158 ss (cité : KRUG).

KÜNZLE H.R., *Schiedsfähigkeit von und Schiedsverfahren in Erbsachen: Einleitung*, In : Successio, 2020, p. 70 ss (cité : KÜNZLE, *Schiedsfähigkeit*).

KÜNZLE H.R., *Willensvollstrecker und Schiedsgericht – Länderbericht Schweiz*, In : KÜNZLE H.R. (édit.), 3. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, Zurich 2020 (cité : KÜNZLE, *Willensvollstrecker*).

LALIVE P., *L'art. 190 al. 2 LDIP a-t-il une utilité ?*, In : ASA Bulletin 4/2010, p. 726 ss (cité : LALIVE).

MAUERHOFER M.A., *Schiedsgerichtliche Zuständigkeit in Erbstreitigkeiten aufgrund Parteivereinbarung und erblasserischer Anordnung*, In : RJB 142/2006, p. 375 ss (cité : MAUERHOFER).

MCGREGOR E., *L'arbitrage en droit public suisse : une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement*, Zurich 2015.

PERRIN J., *De l'arbitrabilité des litiges successoraux*, In : ASA Bulletin 3/2006 (cité : PERRIN, *arbitrabilité*).

PERRIN J., *Le trust et le droit suisse des successions. Quelques éléments de réflexion sur la distinction entre actes de vifs et actes à cause de mort et sur l'admissibilité du trust testamentaire*, In : EIGENMANN A. et al. (édits.), Journée de droit successoral 2021, Berne 2021, p. 17 ss (cité : PERRIN, *Le trust*).

PICHONNAZ P. et al. (édits.), *Commentaire romand du Code civil II*, Bâle 2016 (cité : CR CC II-AUTEUR, N Y ad art. X).

PIOTET D., *Clause arbitrale et prorogation de for en matière successorale. Spécialement après la révision du 19 juin 2020*, In : EIGENMANN A. et al. (édits.), Journée de droit successoral 2021, Berne 2021, p. 87 ss (cité : D.PIOTET, *Prorogation*).

PIOTET D., *Code privé judiciaire vaudois annoté*, Bâle 2021 (cité : D.PIOTET, CDPJ annoté).

PIOTET D., *Mission prolongée de l'exécuteur testamentaire et unanimité des héritiers au partage*, In : BREITSCHMID P. et al. (édits.), Festschrift für Hans Rainer Künzle : Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker, Zurich 2021, p. 297 ss (cité : D.PIOTET, *Mission prolongée*).

PIOTET D., *Quelle portée conférer à l'intervention accessoire indépendante en matière contentieuse et en matière gracieuse ?*, In : JdT 2020 II 125 (cité : D.PIOTET, *Intervention accessoire*).

PIOTET D., *Problèmes pratiques de l'assimilation des trusts anglo-saxons au décès*, In : Not@lex, 2017, p. 96 ss (cité : D.PIOTET, *Problèmes pratiques*).

PIOTET D., *La juridiction gracieuse : lacunes du système, solutions doctrinales et prétoriennes*, In : BONOMI A. et al. (édits.), Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, Genève 2012, p. 257 ss (cité : D.PIOTET, *La juridiction gracieuse*).

PIOTET D., *La clause arbitrale fondée sur l'acte à cause de mort et la nouvelle procédure civile*, In : Successio, 2011, p. 164 ss (cité : D.PIOTET, *La clause*).

PIOTET P., *Droit successoral*, In : *Traité de droit privé suisse*, Volume IV, 2^{ème} éd., Fribourg 1988 (cité : P.PIOTET, *Traité*).

PIOTET P., *Précis de droit successoral*, 2^{ème} éd., Berne 1988 (cité : P.PIOTET, *Précis*).

REIMANN W., *Testamentsvollstrecker und Schiedsgerichte – Länderbericht Deutschland*, In : KÜNZLE H.R. (édit.), 3. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, Zurich 2020, p. 1 ss (cité : REIMANN).

SCHLUMPF M., *Testamentarische Schiedsklauseln*, In : V. BERTI S. et al. (édits.), *Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht*, 9, Zurich/Saint-Gall 2011 (cité : SCHLUMPF).

SPÜHLER L. et al. (édits.), *Basler Kommentar : Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-AUTEUR, N Y *ad art.* X).

STEINAUER P.-H., *Le droit des successions*, 2^{ème} éd., Berne 2015 (cité : STEINAUER).

SUTTER-SOMM T. et al., *Schiedsgerichte in Erbsachen: Die Sicht des Zivilprozessrechts, insbesondere die Frage der Zulässigkeit einseitiger (testamentarischer) Schiedsklauseln*, In : KÜNZLE H.R. (édit.), *Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen*, Zürich 2012 (cité : SUTTER-SOMM/GUT).

TERCIER P., *Arbitrage et successions : partenariat impossible ?*, In : RUMO-JUNGO A. et al. (édits.), *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer : Une empreinte sur le Code civil*, Berne 2013, p. 447 ss (cité : TERCIER).

Textes officiels

Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841.

Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000.

Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12: Arbitrage international) du 24 octobre 2018, FF 2018 7153.

Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation de l'avant-projet sur l'introduction du trust du 12 janvier 2022 (cité : Rapport explicatif sur l'introduction du trust).

Avant-projet relatif à la modification du Code des obligations (introduction du trust) du 12 janvier 2022.

Avant-projet relatif à la révision du Code civil (Droit des successions) du 4 mars 2016.

Projet relatif à la modification partielle du Code civil (Droit des successions) du 29 août 2018, FF 2018 5949.

Synthèse des résultats de la procédure de consultation de la Révision du Code civil (Droit des successions) de l'Office Fédéral de la Justice du 10 mai 2017.

Table des abréviations

al.	alinéa(s)
AP-Trust	Avant-projet relatif à la modification du Code des obligations (introduction du trust)
art.	article(s)
ASA	<i>Swiss Arbitration Association</i>
ATF	Arrêt publié du Tribunal fédéral
BLV	Base législative vaudoise
BSK	<i>Basler Kommentar</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
c.	considérant(s)
ch.	chiffre
CC	Code civil du 10 décembre 1907 ; RS 210
CDPJ	Code de droit privé judiciaire vaudois du 10 janvier 2010 ; BLV 211. 02
CF	Conseil fédéral
CLaH-Trust	Convention de LaHaye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ; RS 0.221.371
CP	Code pénal du 21 décembre 1937 ; RS 311.0
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220
CR	Commentaire romand
CS	Commentaire du droit des successions
IPRG	<i>Bundesgesetz über das International Privatrecht</i>

JdT	Journal des Tribunaux
éd.	édition
édit./édits	éditeur/éditeurs
<i>etc.</i>	<i>et cætera</i>
FF	Feuille fédérale
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 ; RS 291
let.	lettre(s)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ; RS 173.110
N	numéro(s)
OJ	Loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire ; RO 60 269
p.	page(s)
PC	Petit commentaire
RO	Recueil officiel fédéral
RS	Recueil systématique fédéral
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
RJB	Revue bernoise de jurisprudence
s.	et suivant(e)
ss	et suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral
ZGB	<i>Zivilgesetzbuch</i>
ZPO	<i>Schweizerische Zivilprozessordnung</i>

Introduction

Le but de cette étude est de tenter d'établir si, et dans quelle mesure, un tribunal arbitral peut se charger de la tâche d'émettre des actes ou de prononcer des mesures relevant de la procédure gracieuse, lorsqu'une clause d'arbitrage est prévue unilatéralement dans un testament. En effet, il s'agit d'actes d'ordinaire réservés à l'autorité compétente désignée par le canton.

Afin de développer notre argumentaire, nous commencerons par évoquer, selon un bref aperçu, l'arbitrage en matière civile de manière générale (I) et l'articulation dans les différents corps de textes pertinents en droit suisse, soit selon le CPC¹ (A) et selon la LDIP² (B).

Puis, nous aborderons la procédure gracieuse en droit des successions (II), en passant par une définition de la procédure gracieuse (A), les différentes mesures en droit successoral relevant d'une telle juridiction (B) ainsi que les sujets que cette institution intéresse (C).

Nous concentrerons ensuite nos recherches sur l'admissibilité de l'arbitrage s'agissant des actes relatifs à la juridiction gracieuse en matière successorale (III) et, pour ce faire, nous procéderons en premier lieu par l'analyse de la clause d'arbitrage (A), qu'elle soit présente dans un testament ou élaborée multilatéralement (pour mémoire), ainsi que sur l'étendue d'une telle clause, nous procéderons ensuite par l'examen de l'avant-projet de droit suisse du trust (B) et nous évoquerons en ce sens la mesure dans laquelle le trust peut constituer un moyen de disposer pour cause de mort ainsi que l'arbitrage envisagée en cas de procédure gracieuse relative au trust.

Enfin, nous procéderons à l'examen de la procédure d'arbitrage en procédure gracieuse en droit des successions (IV), en évoquant premièrement la compétence du tribunal (A), la composition et la formation d'un tel tribunal (B), pour terminer par les voies de recours contre la sentence arbitrale gracieuse (C).

¹ Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272.

² Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, RS 291.

I. Bref aperçu de l'arbitrage en matière civile

Afin d'introduire le sujet, nous avons choisi d'évoquer d'une manière générale ce qui régit l'arbitrage en matière civile, afin de déterminer de quoi il s'agit, à quoi s'étend-t-il ainsi que l'articulation des différentes dispositions à son sujet.

Bien que l'arbitrage présente un coût non négligeable, les tribunaux étatiques sont soumis au principe de publicité et le déroulement de la procédure ordinaire est particulièrement lent, notamment s'agissant du droit des successions. L'arbitrage, quant à lui, présente, en général, l'avantage d'être beaucoup plus rapide, le recours contre les sentences étant limité et il est également bien plus discret, la procédure étant confidentielle. De plus, l'arbitrage laisse le choix aux parties de soumettre leur litige à des arbitres spécialisés dans la matière à traiter ou encore de soumettre leur cas à une personne de confiance³. Ainsi, l'arbitrage peut présenter un réel avantage par rapport aux voies traditionnelles et il mérite à ce que l'on y réfléchisse sérieusement lorsque l'on se prête à l'exercice de la planification successorale.

L'arbitrage est défini par la doctrine comme étant une juridiction privée, dont la fonction est exercée par un tiers institué en vertu de la volonté des parties et chargé de trancher, sur la base et dans les limites de la convention d'arbitrage, une contestation juridique par une sentence ayant l'autorité de la chose jugée, au même titre qu'un jugement⁴. Le TF le définit quant à lui comme étant « *un accord en vertu duquel deux ou plusieurs parties déterminées ou déterminables conviennent de soumettre un ou plusieurs litiges présents ou futurs déterminés à un tribunal arbitral qui tranchera de manière contraignante à l'exclusion des tribunaux ordinaires étatiques selon un ordre juridique déterminé directement ou indirectement* »⁵.

En Suisse, l'arbitrage se trouve dans deux corps de textes différents. D'une part, dans la partie 3 du CPC et, d'autre part, dans le chapitre 12 de la LDIP. Cela s'explique par le fait que, jusqu'à l'unification de la procédure civile par le CPC, celle-ci, recouvrant également l'arbitrage, se trouvait fragmentée car régie par le droit cantonal. C'est à l'occasion des travaux préparatoires de la LDIP dans les années 80 que le législateur a souhaité mettre un terme à cette fragmentation, source d'une grande insécurité juridique, du moins s'agissant de l'arbitrage international⁶. Le dualisme entre le CPC et la LDIP ne fut pas remis en cause à l'occasion de l'unification de la procédure civile interne, de sorte que la LDIP régit désormais l'arbitrage international et le CPC l'arbitrage interne⁷.

A. Selon le CPC

Dans la mesure où nous sommes confrontés à un arbitrage ne comportant pas d'élément d'extranéité, le CPC est applicable en vertu des art. 1 let. d et 2 CPC.

L'arbitrage interne est couvert par la partie 3 du CPC. Selon le TF, l'arbitrabilité (« *Objektive Schiedsfähigkeit* ») est une condition de la validité de la convention d'arbitrage, ce terme désigne les clauses susceptibles d'être tranchées par la voie de l'arbitrage⁸. Selon l'art. 354

³ MAUERHOFER, p. 377.

⁴ CR LDIP-UCHER *ad* art. 176, N 2 et les références citées.

⁵ ATF 130 III 66, c. 3.1, JdT 2004 I 83.

⁶ GÖSKU, p. 66, N 177.

⁷ FF 2006 6998.

⁸ ATF 118 II 353, c. 3a.

CPC, « l'arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties ». S'agissant de l'objet de l'arbitrage, soit la disponibilité de la prétention au litige, l'art. 357 CPC précise que « la convention d'arbitrage peut porter sur des litiges existants ou futurs résultant d'un rapport de droit déterminé. La validité de la convention ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable ». Cependant, la clause dont il ne ressort pas clairement que les parties ont souhaité soumettre tel litige à une juridiction privée telle que l'arbitrage, n'est pas valable en tant que convention d'arbitrage, de sorte que la volonté des parties à écarter la compétence d'un tribunal étatique doit ressortir clairement⁹.

Ainsi, la contestation en litige doit être identifiée ou identifiable de manière suffisamment précise, afin d'éviter de voir s'opposer l'interdiction de l'engagement excessif¹⁰. En outre, la clause d'arbitrage est indépendante du contrat ou de la convention dans laquelle elle se trouve¹¹.

Les dispositions du CPC portant sur l'arbitrage demeurent et se veulent générales, contrairement à l'ancien concordat sur l'arbitrage¹² qui établissait une liste exhaustive des dispositions impératives, cela a été voulu par le législateur afin de ne pas compromettre la sécurité juridique¹³.

Il est possible pour les parties d'opérer un *opting-out* du CPC aux conditions énoncées aux articles 353 al. 2 et 358 CPC. Pour ce faire, les parties conviennent expressément à l'écrit d'exclure l'application du CPC afin de soumettre leur(s) différend(s) à la LDIP.

Dès lors que le CPC utilise le champs lexical du litige et de la contestation afin de déterminer l'arbitrabilité d'une cause, la juridiction gracieuse, dont la notion sera étudiée plus tard¹⁴, ne paraît pas entrer en considération comme une matière arbitrable de prime abord.

B. Selon la LDIP

La LDIP détermine l'internationalité de l'arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et que l'une des parties au moins à la convention d'arbitrage n'a ni son domicile, ni sa résidence en Suisse au moment de la conclusion de la convention, conformément à l'art. 176 al. 1 LDIP.

Afin de pouvoir soumettre une cause à l'arbitrage, la prétention dont elle fait l'objet doit être à la disposition des parties, et rejoint par-là la définition donnée par le CPC à son art. 354.

S'agissant de l'arbitrabilité de la cause, la LDIP admet que toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage, conformément à l'art. 177 al. 1 LDIP. Ainsi, toute prétention ayant une valeur pécuniaire pour les parties, à titre d'actif ou de passif, ou tout droit qui présente pour l'une des parties au moins un intérêt pouvant être apprécié en argent entre dans le champs d'application de l'art. 177 al. 1 CPC¹⁵. Le TF précise, en outre, que l'arbitrabilité de la cause ne dépend pas de l'existence matérielle de la prétention litigieuse et que, partant, elle ne peut

⁹ TF 4A_676/2014 du 3 juin 2015, c. 3.2.2.

¹⁰ CR CPC-SCHWEIZER *ad* art. 357, N 2 et N 6.

¹¹ CR CPC-SCHWEIZER *ad* art. 357, N 3.

¹² Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969, RO 1969 1117.

¹³ GÖTSKU, *Schiedsgerichtbarkeit*, p. 68 s., N 184.

¹⁴ Cf. II. A.

¹⁵ ATF 118 II 353, c. 3b.

être niée pour la seule raison que des dispositions impératives ou tel ordre public matériel entraînent la nullité de la prétention visée ou l'impossibilité d'en poursuivre l'exécution¹⁶.

De même qu'en arbitrage interne, l'art. 178 al. 3 LDIP énonce le principe de l'indépendance de la clause, de sorte que la nullité du contrat n'entraîne pas de fait la nullité de la convention d'arbitrage.

Tout comme le CPC également, la LDIP prévoit en son art. 176 al. 2 LDIP la possibilité d'*opting-out* pour les parties afin de se soumettre aux règles du CPC. De même, les parties doivent en faire la déclaration expresse, soit dans la convention d'arbitrage, soit dans une convention ultérieure.

Ainsi, cette partie nous a permis d'établir que les différentes lois dans lesquelles se trouvent des dispositions concernant l'arbitrage ne sont pas tout à fait identiques, mais présente tout de même les mêmes principes, tels que l'arbitrabilité, l'indépendance de la convention d'arbitrage ou la possibilité d'*opting-out*. Nous verrons ultérieurement ce qui a trait aux conventions et clauses d'arbitrage plus en détails¹⁷.

II. La procédure gracieuse en droit des successions

La présente partie a pour objectif de définir ce qu'est la procédure gracieuse, d'énumérer les différents actes et mesures en droit successoral qui relèvent de cette institution ainsi que de déterminer quels sont les sujets concernés par une telle procédure.

A. Définition de la procédure gracieuse

La notion de juridiction gracieuse doit être comprise comme le pendant de la juridiction contentieuse, de sorte qu'elle est parfois définie par la doctrine de manière négative par rapport à cette dernière¹⁸.

Le TF définit la juridiction contentieuse comme étant « *une procédure contradictoire entre au moins deux parties visant au règlement définitif et permanent de relations de droit civil au sens d'une res judicata* »¹⁹.

Concernant la juridiction gracieuse, le TF est d'avis qu'elle désigne l'intervention d'autorités, qu'il s'agisse de tribunaux ou d'autorités administratives, dans la création, la modification ou la suppression de rapports de droit privé de sorte que, de manière générale, une seule partie intervient en tant que requérant. Il précise toutefois que l'existence d'une procédure unipartite ou multipartite ne constitue pas un critère décisif afin de déterminer si l'on se trouve dans un cas soumis à la juridiction contentieuse ou gracieuse²⁰.

S'agissant de la prétention, PIOTET relève que le critère de distinction décisif de l'autorité matérielle de la chose jugée met en évidence que le tribunal tranche un contentieux sur une prétention de droit privé d'un sujet de droit contre un autre sujet de droit, alors que, dans les affaires gracieuses, la prétention prévue par le droit matériel n'est dirigée que contre l'autorité

¹⁶ ATF 118 II 353, c. 3c.

¹⁷ Cf. *infra* III. A.

¹⁸ CR CPC-HALDY, N 10 *ad* art. 1.

¹⁹ TF 4A_273/2015 du 8 septembre 2015.

²⁰ ATF 136 III 178, c. 5.2.

compétente appelée à mettre en œuvre une institution, un statut ou une prétention, de telle sorte que la décision incarne la création, l'extinction ou la modification d'un rapport de droit ou d'un statut civil²¹.

Ainsi, l'autorité matérielle de chose jugée et la pluralité des parties constituent les critères déterminants afin de distinguer les deux institutions²².

En droit international privé, l'art. 31 LDIP renvoi d'une manière générale aux art. 25 à 29 LDIP par analogie s'agissant de la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues en matière gracieuse. En revanche, cela ne paraît pas satisfaisant du fait que la LDIP se calque sur la conception du contentieux, avec pour possibilités l'acceptation tacite du for, la référence au domicile du « défendeur » ou encore les exceptions de litispendance et d'autorité de chose jugée, inexistantes ou inopérables en matière gracieuse²³.

La décision rendue en matière gracieuse tend nécessairement à l'accomplissement d'une prétention ou d'un statut de droit matériel²⁴. Cela a pour effet que la décision doit être rendue en accord avec la loi matérielle à laquelle elle doit s'intégrer pour sa reconnaissance, de sorte qu'il faudrait que l'intégration à cette loi matérielle soit le critère déterminant pour fixer un for unique afin de coïncider²⁵. En matière successorale notamment, les décisions gracieuses rendues par le juge compétent en vertu de l'art. 96 LDIP, alors même que le droit applicable est le droit suisse en vertu des art. 90 ss LDIP, permet de comprendre les incohérences que peuvent surgir en ce cas. Par exemple, la décision rendue en France se rapportant à des biens immobiliers situés en France serait reconnue en Suisse en vertu de l'art. 96 al. 3 LDIP, alors même qu'elle n'aurait aucun effet sur les biens successoraux en Suisse²⁶. En outre, l'art. 92 al. 2 LDIP dispose que les modalités d'exécution sont régies par le droit de l'État dont l'autorité est compétente, notamment s'agissant des mesures conservatoires et de la liquidation, ainsi que de l'exécution testamentaire.

En droit interne, les actes relevant de la juridiction gracieuse sont soumis à la procédure sommaire, conformément à l'art. 248 let. e CPC. Le for en matière gracieuse successoral se trouve au lieu du dernier domicile du *de cuius*, conformément à l'art. 28 al. 2 CPC, et est de nature impérative, il conviendra alors d'évaluer la possibilité de soumettre la procédure gracieuse à l'arbitrage²⁷.

B. Les différents cas relevant de la juridiction gracieuse en droit des successions

Le droit des successions est l'une des matières principales qui se prête à la procédure gracieuse. En effet, l'on peut citer parmi les actes relevant de la juridiction gracieuse en matière successorale :

- L'établissement de l'inventaire successoral en cas de substitution (art. 490 al. 1 CC²⁸) ;

²¹ PC CPC-PIOTET *ad art. 1*, N 21 ; D.PIOTET, *La juridiction gracieuse*, p. 259.

²² D.PIOTET, *La juridiction gracieuse*, p. 258.

²³ D.PIOTET, *La juridiction gracieuse*, p. 271 s.

²⁴ D.PIOTET, *La juridiction gracieuse*, p. 272.

²⁵ *Idem*.

²⁶ D.PIOTET, *La juridiction gracieuse*, p. 272 s.

²⁷ *Cf. infra* IV. A. 1.

²⁸ Code civil du 10 décembre 1907, RS 210.

- Le recueil des déclarations orales du de cujus en cas de testament d'urgence au sens de l'art. 507 CC ;
- Les garanties à fournir par les héritiers et autres bénéficiaires en cas de déclaration d'absence d'un ayant-droit de la succession (art. 546 CC) ;
- Les mesures de sûreté relevant du droit successoral (art. 551 ss CC), soit :
 - L'apposition des scellés (art. 552 CC) ;
 - L'inventaire (art. 553 CC) ;
 - L'administration d'office de la succession (art. 554 CC) ;
 - L'appel public aux héritiers non connus (art. 555 CC) ;
 - L'ouverture du testament (art. art. 556 ss CC) ;
 - Les mesures conservatoires à la demande du légataire (594 al. 2 CC) ;
- La délivrance du certificat d'héritier (art. 559 CC) ;
- La déclaration de répudiation (art. 570 CC) ;
- La déclaration expresse d'acceptation (art. 566 al. 2 CC *a contrario*, 574 s. CC) ;
- Le bénéfice d'inventaire (art. 580 CC) ;
- La liquidation officielle de la succession (art. 595 s. CC) ;
- La désignation d'un représentant de l'hoirie (art. 602 al. 3 CC) ;
- La qualité d'être partie au partage successoral (art. 602 s. CC) ;
- La surveillance de l'exécuteur testamentaire, de l'administrateur de la succession ainsi que du liquidateur de la succession et leur désignation.

1. Les mesures visant à garantir la dévolution successorale

Il s'agit des actes énoncés à l'art. 551 CC, soit l'apposition des scellés, l'inventaire, l'administration d'office et l'ouverture du testament. Il convient néanmoins de préciser que les mesures ne sont pas énumérées de manière exhaustives. En effet, peuvent s'ajouter à celles-ci la vente des marchandises périssables, la prise de possession et le dépôt d'argent, de papiers-valeurs ou de documents dans une banque, l'interdiction de disposer d'avoirs, de fonds déposés ou d'immeubles, la désignation d'une personne chargée de gérer un commerce, l'interdiction faite à des tiers de disposer des biens successoraux qu'ils détiennent, la restriction des pouvoirs d'un exécuteur testamentaire²⁹. Conformément à l'art. 551 al. 1 CC, ces mesures s'opèrent d'office par l'autorité compétente à partir du fait que les conditions sont remplies. Dès lors, aucune requête n'est nécessaire au préalable.

2. L'ouverture des dispositions pour cause de mort

Le(s) testament(s) en possession de l'officier public ou de quiconque en ayant acceptés la garde ou trouvés parmi les effets personnels du *de cujus*, doivent être déposés auprès de l'autorité compétente afin de pouvoir ouvrir la succession. Les cantons étendent également la règle aux pactes successoraux, par analogie des art. 556 à 558 CC. L'autorité compétente peut alors choisir entre laisser provisoirement la succession aux héritiers légaux ou en ordonner à l'administration. De manière générale, en pratique, l'ouverture des dispositions pour cause de mort a lieu sans qu'une requête ne soit nécessaire³⁰. En effet, l'autorité procède à l'ouverture dans le mois qui suit la remise de l'acte, conformément à l'art. 557 al. 1 CC.

²⁹ CR CC II-MEIER/REYMOND-ENIAVEVA, N 6 *ad* art. 551.

³⁰ HÜSSER, p. 97 s.

3. La délivrance des certificats d'héritiers

Il s'agit d'une attestation de l'autorité constatant que les personnes mentionnées sur le document sont les seules héritières du *de cuius* et peuvent disposer de ses biens³¹. Il s'agit d'un acte absolument nécessaire aux héritiers pour leur permettre de se légitimer auprès des autorités comme le registre foncier, des banques, des créanciers et, ou débiteurs du *de cuius*, etc.³². Contrairement aux deux types d'actes vus ci-dessus, la délivrance des certificats s'opère sur requête de l'héritier et à ses frais ; elle peut avoir lieu à l'expiration du délai d'un mois (pour les héritiers institués, les héritiers légaux n'étant pas concernés par ce délai)³³ qui suit la communication aux intéressés des dispositions pour cause de mort³⁴. Nonobstant, si l'autorité compétente réalise après l'expiration du délai que le certificat d'héritier est erroné, elle doit d'office procéder à son réexamen et, si nécessaire, à sa correction³⁵.

4. Le recueil des déclarations de répudiation ou des déclarations expresses d'acceptation par l'autorité

La déclaration de répudiation est un acte unilatéral provenant de l'héritier répudiant, elle doit être effectuée sans condition ni réserve, conformément à l'art. 570 al. 2 CC, et elle ne donne lieu à aucune décision de l'autorité, qui est tenue de la reconnaître³⁶. La répudiation est toutefois présumée en cas de succession insolvable, notoire ou reconnue officiellement comme telle, dans le sens qu'elle présente plus de passifs que d'actifs³⁷.

S'agissant de la déclaration d'accepter la succession, elle est en principe expresse. En cas de silence de l'héritier toutefois, la succession est présumée acceptée sous bénéfice d'inventaire, conformément à l'art. 588 al. 2 CC. En revanche, une telle présomption ne s'applique pas à l'héritier sous curatelle, dont l'acceptation requiert le consentement de l'autorité de protection de l'adulte³⁸.

Cela étant, dans le cas où un héritier n'ayant pas requis l'inventaire se trouve face à une succession insolvable, qu'il s'agisse d'un fait notoire ou constaté officiellement, la présomption de répudiation de l'art. 566 al. 2 CC prime celle de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire³⁹.

5. Le bénéfice d'inventaire

Prévu aux art. 580 à 592 CC, il permet à l'héritier à la fois de disposer des renseignements précis quant à l'état et la solvabilité de la succession et lui permet de limiter sa responsabilité pour les dettes du *de cuius*, tout en demeurant héritier en cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, contrairement à la répudiation ou à la liquidation⁴⁰. L'inventaire peut être requis

³¹ P.PIOTET, *Traité*, p. 642 ; CS-HUBERT-FROIDEVAUX, N 1 *ad art.* 559.

³² P.PIOTET, *Traité*, p. 642 et 646.

³³ CR CC II- MEIER/REYMOND-ENIAEVA, N 10 *ad art.* 559.

³⁴ CS-HUBERT-FROIDEVAUX, N 3 et N 16 *ad art.* 559.

³⁵ HÜSSER, p. 101 ; TF 5A_255/2011 du 13 septembre 2011, c. 5.

³⁶ CS-ROUILLER/GYGAX, N 1 *ad art.* 570.

³⁷ P.PIOTET, *Précis*, p. 107.

³⁸ CR CC II-RUBIDO, N 3 *ad art.* 588.

³⁹ CR CC II-RUBIDO, N 5 *ad art.* 588.

⁴⁰ CS-COUCHEPIN/MAIRE, N 1 *ad art.* 580 ; STEINAUER, p. 530, N 1005 s.

par un héritier, conformément à l'art. 580 al. 1 CC, ou alors être établi d'office par l'autorité lorsque la succession est acquise par une collectivité publique selon l'art. 592 CC⁴¹.

Lorsqu'un inventaire est ordonné, l'autorité procède à une sommation publique en vertu de l'art. 582 al. 1 CC afin que les créanciers et débiteurs du *de cuius* puissent annoncer leurs créances et leurs dettes. Certains éléments, soit les créances et les dettes résultants des registres publics ou des papiers du défunt, sont dans tous les cas inventoriés d'office en vertu de l'art. 583 al. 1 CC. En outre, on entend par « papiers du défunt » tous les documents du *de cuius* qui fournissent des informations sur l'état de sa fortune⁴².

L'inventaire prévu à l'art. 553 CC est qualifié de mesure de sûreté, il ne comporte pas d'estimation des biens, contrairement à l'inventaire prévu par les art. 580 ss CC, et ne vise qu'à la conservation des biens existants à l'ouverture de la succession⁴³. En outre, à la différence également du bénéfice d'inventaire relevant des art. 580 ss CC, l'inventaire prévu à l'art. 553 CC est ordonné d'office ou sur requête, lorsque cela est prévu par le droit cantonal en vertu de l'art. 553 al. 3 CC.

6. La liquidation officielle

Elle est consacrée aux art. 593 ss CC et peut être requise par les héritiers, elle ne peut être ordonnée que si aucun d'entre eux n'accepte purement et simplement la succession, elle peut également être requise par un créancier du défunt en vertu de l'art. 594 CC. Elle intervient sur requête, jamais d'office, et peut en outre se faire de manière implicite à l'ouverture de l'action des créanciers de l'héritier prévu par l'art. 578 al. 2 CC, lorsque l'héritier insolvable a répudié dans le but de nuire à ses créanciers⁴⁴. La liquidation officielle est faite par l'autorité compétente, qui peut charger un ou plusieurs liquidateurs officiels, conformément à l'art. 595 al. 1 CC. Il est intéressant de relever que la liquidation officielle, tout comme l'administration officielle, débute et se termine par une décision⁴⁵.

7. La surveillance de l'administrateur, de l'exécuteur testamentaire et du liquidateur officiel

L'exécuteur testamentaire, l'administrateur ainsi que le liquidateur officiel sont soumis à la surveillance de l'autorité compétente (art. 518, al. 1, 554 et 595, al. 3, CC). En outre, l'autorité a également pour rôle de nommer l'administrateur et le liquidateur officiels.

Les héritiers disposent d'un droit de recours contre les décisions de ces protagonistes. L'autorité n'est toutefois pas chargée d'exercer une surveillance constante à leur encontre. En effet, l'autorité de surveillance n'intervient qu'à la demande d'une personne concernée par la succession ou d'office, soit sur dénonciation d'un tiers non intéressé, soit à la suite de faits dont elle a pris connaissance autrement. En outre, l'autorité de surveillance peut exhorter l'exécuteur testamentaire, lui donner des instructions, prendre d'autres mesures utiles à son encontre ou enfin, si d'autres mesures ne le permettent pas, le démettre de ses fonctions pour incapacité ou manquement grave à ses devoirs⁴⁶.

⁴¹ STEINAUER, p. 531, N 1010.

⁴² CS-COUCHEPIN/MAIRE, N 2 *ad* art. 583.

⁴³ CR CC II- MEIER/REYMOND-ENIAEVA, N 1 *ad* art. 533.

⁴⁴ CS-COUCHEPIN/MAIRE, N 14 *ad* art. 593.

⁴⁵ STEINAUER, p. 533, N 1064.

⁴⁶ ATF 90 II 376, c. 3.

Les dispositions sur la surveillance de l'exécuteur testamentaire renvoient à celles du liquidateur officiel, ainsi ces derniers sont soumis à la même surveillance de l'autorité et au droit de recours des héritiers et ce de manière impérative, de sorte que le testateur ne peut déroger à la surveillance de l'exécuteur testamentaire par une clause testamentaire, bien que l'art. 518 CC, lequel renvoie à la surveillance du liquidateur, soit de nature dispositive⁴⁷.

S'agissant de la liquidation officielle, l'autorité de surveillance se révèle être la même qui désigne le liquidateur et dont la surveillance se limite au déroulement formel de la liquidation, en particulier à l'abus de compétence du liquidateur ou à la violation de ses devoirs. Les décisions du liquidateur peuvent faire l'objet d'un recours relevant de la procédure administrative par tout intéressé à la liquidation⁴⁸.

Lorsque le droit cantonal ne prévoit pas quelle est l'autorité compétente chargée de la surveillance de l'exécuteur testamentaire, celui-ci est soumis à la même autorité qui contrôle l'activité du liquidateur officiel, par renvoi de l'art. 518 CC à l'art. 595 CC.

Contrairement à ces deux institutions, l'administration d'office a avant tout un but conservatoire. En effet, l'administrateur officiel n'a pas à mettre en œuvre les dernières volontés du défunt en acquittant les legs ou en effectuant le partage, comme l'exécuteur testamentaire, ou à liquider la succession, comme le liquidateur officiel⁴⁹.

Ainsi, lorsque l'autorité procède à des actes relevant de la juridiction gracieuse, elle doit uniquement garantir le déroulement ordonné de la succession, sans qu'elle ne doive se prononcer sur la situation juridique matérielle, ce qui a pour effet que le jugement du juge ordinaire demeure réservé⁵⁰. En effet, lorsque l'autorité est saisie d'une plainte, elle ne peut statuer que sur les questions de droit formel et sur l'opportunité des mesures prises par l'exécuteur, tandis que toutes les questions de droit matériel relèvent du tribunal⁵¹.

Le droit des successions étant un domaine sujet à de nombreux conflits et la juridiction gracieuse s'appliquant à de nombreux aspects de la matière comme nous l'avons vu, il conviendra d'analyser ultérieurement si et dans quelle mesure l'arbitrage peut se substituer à la procédure gracieuse successorale qui se déroule usuellement devant les autorités étatiques.

C. Les sujets de la procédure gracieuse en matière successorale

1. Généralités

A ce stade de la dévolution successorale, nous ne sommes généralement pas en mesure de déterminer clairement qui participe à la succession et qui sera alors concrètement concerné par les dispositions pour cause de mort⁵².

De manière générale, en matière gracieuse, la légitimation à intervenir est autonome et ne dépend pas des conclusions qui ont déclenché la procédure, de sorte que la légitimation au dépôt des conclusions en matière gracieuse doit être considérée comme étant indépendante de la

⁴⁷ BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, N 2 *ad* art. 518 ; D.PIOTET, *Mission prolongée*, p. 298.

⁴⁸ STEINAUER, p. 533, N 1064c ; CS-COUCHEPIN/MAIRE, N 19 *ss ad* art. 595.

⁴⁹ CR CC II-MEIER/REYMOND-ENIAEVA, N 5 *ad* art. 554.

⁵⁰ HÜSSER, p. 92.

⁵¹ STEINAUER, p. 608, N 1185c.

⁵² HÜSSER, p. 94.

légitimation pour actionner l'instance gracieuse. Cela découle directement de l'art. 76 LTF, permettant ainsi à tout intéressé ayant un intérêt digne de protection d'avoir une qualité de partie indépendante, de sorte qu'il lui est permis d'intervenir au procès gracieux, et ce indépendamment de la légitimation pour engager l'instance gracieuse que lui serait accordée par la loi matérielle⁵³.

Ainsi, d'un côté se trouve l'État, incarné par l'autorité décisionnaire et chargée d'ordonner les différentes mesures vues plus haut et, d'un autre côté, se trouvent les différents intéressés à ces mesures, qu'il s'agisse d'héritiers ou de tiers.

Toutefois, nous retrouvons également une autre catégorie, celle des personnes qui ne sont pas touchées par le partage des biens appartenant à la succession mais qui servent celle-ci. Il s'agit du cas de l'exécuteur testamentaire, de l'administrateur et du liquidateur officiels, qui ont pour fonction de servir à la dévolution successorale. Nous nous attarderons en particulier sur le rôle de l'exécuteur testamentaire.

2. L'exécuteur testamentaire

L'exécuteur testamentaire a pour fonction d'administrer la succession en lieu et place des héritiers, lorsque le testateur prévoit de lui confier une telle charge. En effet, il se peut que, pour des raisons de conflits d'intérêt, de manque de compétence ou encore la simple crainte de désaccords entre héritiers, le *de cuius* souhaite confier à une personne de confiance, disposant des compétences adéquates, le soin d'assurer le bon déroulement de la succession⁵⁴. Dans ce cadre, l'exécuteur testamentaire endosse un rôle conservatoire et dispose, selon l'art. 518 al. 1 CC, des droits et des devoirs de l'administrateur de la succession au sens des art. 595 ss CC⁵⁵.

Ainsi, l'exécuteur testamentaire dispose du droit d'administrer et le pouvoir de disposer de la succession de manière exclusive, de sorte qu'il agit en son nom et pour le compte de la succession⁵⁶. Il est responsable de la bonne et fidèle exécution des tâches qui lui sont confiées⁵⁷.

Dès lors, au vu de l'étendue du rôle que peut endosser l'exécuteur testamentaire, nous nous poserons la question de savoir si, et dans quelle mesure, une clause d'arbitrage présente dans des dispositions pour cause de mort peut se voir appliquer à celui-ci.

Ainsi, cette partie nous a permis d'établir ce qu'il faut entendre par « procédure gracieuse » et déterminer quels étaient les mesures et actes relevant de la compétence de celle-ci, en droit des successions, ainsi que les différents acteurs pouvant prendre part à la procédure. Cela nous permet d'aborder la question de l'admissibilité de l'arbitrage s'agissant de ces actes avec plus de précision.

⁵³ D. PIOTET, *Intervention accessoire*, p. 130.

⁵⁴ STEINAUER, p. 589, N 1159 s ; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, N 1 *ad* art. 518.

⁵⁵ BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, N 1 *ad* art. 518.

⁵⁶ CR CC II-PILLIER, N 20 et 24 *ad* art. 518.

⁵⁷ ATF 101 II 47, c. 2.

III. L'admissibilité de l'arbitrage pour les actes relatifs à la juridiction gracieuse en matière successorale

Selon les principes généraux, la juridiction gracieuse échappe par nature à la procédure arbitrale, du fait que l'acte n'est pas à la libre disposition des parties, qui est une condition d'arbitrabilité selon le CPC, ni ne vise une prétention juridictionnelle dirigée contre l'État, si tant est qu'elle soit patrimoniale⁵⁸. Il en résulte alors qu'une majorité de la doctrine est d'avis que l'arbitrage ne peut s'appliquer à la procédure gracieuse⁵⁹.

Selon KÜNZLE, la procédure gracieuse n'exclut pas de fait l'arbitrage. En effet, l'auteur est d'avis que, lorsque les cantons déterminent la procédure applicable en vertu de l'art. 54 al. 3 Tit. fin. CC et dans la mesure où ils instituent des tribunaux en tant qu'autorité de surveillance, la procédure civile s'applique et, de ce fait, l'arbitrage peut être envisageable, même pour la procédure gracieuse⁶⁰. Toutefois, cela ne modifie pas la définition de l'arbitrage selon le CPC qui, nous le rappelons, ne considère que les prétentions à disposition des parties. En outre, ce n'est pas parce que le CPC s'applique tant aux affaires civiles gracieuses qu'à l'arbitrage que cela permet de soumettre celles-ci à la procédure arbitrale et ainsi d'y appliquer les art. 353 ss CPC.

Cela étant, le CPC ne s'applique aux affaires civiles gracieuses que lorsque la compétence est donnée à un tribunal, soit à un juge au sens de l'art. 54 al. 3 Tit. fin. CC, tandis que lorsque la compétence est donnée à une autorité non judiciaire, telle qu'une autorité administrative, le droit cantonal de procédure s'applique⁶¹. Il conviendra donc de s'assurer, en fonction du canton dans lequel se dérouleront les actes relevant de la juridiction gracieuse, qu'il s'agit bien d'une autorité judiciaire. En outre, le CPC ne s'applique à la juridiction gracieuse en vertu de l'art. 1 let. b CPC que si le juge est désigné par le droit fédéral comme autorité compétente, en revanche, s'il s'agit du droit cantonal qui le désigne, le CPC ne s'appliquerait pas, du moins lorsque le droit cantonal ne prévoit pas son application à titre de droit supplétif⁶².

A titre d'exemple, le canton de Vaud a édicté à l'art. 5 al. 1 CDPJ⁶³ que la compétence en matière de procédure gracieuse successorale était donnée au Juge de paix, il s'agit ainsi d'une autorité judiciaire dont la procédure sera régie par le CPC à titre supplétif, conformément à l'art. 104 CDPJ, qui dispose que « tant qu'une loi spéciale ou les dispositions qui suivent ne disposent pas du contraire, le CPC est applicable supplétivement aux affaires de droit cantonal confiées à la juridiction civile ». Il faut entendre par « affaires de droit cantonal » au sens de l'art. 104 CDPJ celles qui englobent les compétences des juridictions civiles non soumises à titre de droit fédéral au CPC⁶⁴. Cela a pour conséquence que les affaires gracieuses soumises à la procédure cantonale, qui ne font pas l'objet des art. 109 et 111 ss CDPJ (à savoir l'inventaire authentique au sens des art. 117 ss CDPJ, les scellés au sens des art. 119 ss CDPJ, la nomination et la surveillance de l'administrateur d'office et la surveillance de l'exécuteur testamentaire au sens des art. 125 ss CDPJ, l'appel aux héritiers, l'ouverture des actes à cause de mort, la délivrance du certificat d'héritier, le dépôt de répudiation ou d'acceptation expresse de la

⁵⁸ D.PIOTET, *La clause*, p. 164, note de bas de page N 6.

⁵⁹ MAUERHOFER, p. 285 ; GÖSKU, p. 174 s., N 530.

⁶⁰ KÜNZLE, *Schiedsfähigkeit*, p. 73 s.

⁶¹ CR CC II-PIOTET, N 12 s. *ad* art. 54 Tit. fin.

⁶² CR CPC-HALDY, N 14 *ad* art. 1 ; ATF 139 III 225, c. 2.2 et les références citées.

⁶³ CODE de droit privé judiciaire vaudois du 10 janvier 2010, BLV 211. 02.

⁶⁴ D.PIOTET, CDPJ annoté, N 1 *ad* art. 104.

succession, le bénéfice d'inventaire ainsi que la liquidation officielle, qui relèvent de la compétence exclusive du juge de paix), relèvent du CPC⁶⁵.

Aussi, le canton de Vaud a codifié à l'art. 110 CDPJ la détermination des objets susceptibles d'être soumis à l'arbitrage en droit public, le siège du tribunal arbitral, la procédure applicable ainsi que le contrôle de la sentence, la disposition prescrit à ce titre que « les droits publics cantonaux assujettis à la juridiction des tribunaux civils peuvent être l'objet d'un arbitrage. Le siège du tribunal arbitral doit être fixé dans le canton ». Dans ce cas, cette disposition s'applique directement, à titre de *lex arbitri*, aux arbitrages de droit public avec siège dans le canton de Vaud⁶⁶. Toutefois, nous ne sommes pas convaincu d'une application étendue aux procédures gracieuses de droit civil, du fait qu'il s'agisse d'une disposition spécifiquement édictée pour la matière de droit public par le législateur vaudois. En effet, si ce dernier avait voulu prévoir la possibilité de pouvoir soumettre la juridiction gracieuse à l'arbitrage, nous pensons qu'il l'aurait explicité, comme il l'a fait en matière de droit public.

En outre, l'AP-CC prévoyait de soumettre les exécuteurs testamentaires à la surveillance d'un juge civil en insérant un al. 4 à l'art. 518 CC⁶⁷. Cela n'a finalement pas été retenu pour le projet final au motif que, d'une part, le juge du contentieux n'est d'ordinaire pas le juge qui statue en matière gracieuse, et le cumul d'une procédure soumise à la procédure sommaire ne peut s'opérer avec une procédure ordinaire ou simplifiée en matière contentieuse et, d'autre part, qu'il s'agirait d'empiéter sur la compétence cantonale sans raison valable, alors même que les cantons disposent déjà d'une organisation qui fonctionne. Le soin d'attribuer le contrôle de l'activité doit donc leur être laissé⁶⁸.

Cela étant, nous tenterons d'examiner si, et dans quelle mesure, la procédure gracieuse peut être exercée par un tribunal arbitral. Afin de pouvoir répondre à un telle problématique, il convient d'examiner tout d'abord la validité de la clause d'arbitrage présente dans le testament, d'en déterminer l'étendue, tant à l'égard de son objet que des personnes qui y seraient liées, ainsi que de qualifier une telle clause. Nous étudierons également l'avant-projet relatif à la modification du CO⁶⁹ sur l'introduction du trust, qui aborde la même problématique.

A. La clause d'arbitrage

De manière générale, la clause d'arbitrage est formellement valide à partir du moment où les parties ou le disposant le consacre(nt) à l'écrit ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte, conformément aux art. 178 LDIP et 358 CPC. Ainsi, il n'est pas exigé, bien qu'il le soit fortement conseillé, que les parties à la clause l'aient signée pour démontrer qu'elles y ont consenti⁷⁰.

Toutefois, une telle clause ne peut pas être exprimée à l'oral devant témoins⁷¹. Ainsi se pose la question du testament oral, au sens de l'art. 506 CC, qui prévoirait un arbitrage. Nous sommes d'avis que, dans la mesure où les conditions de l'art. 507 al. 1 CC sont remplies, soit que l'un

⁶⁵ D.PIOTET, CDPJ annoté, N *ad* art. 104.

⁶⁶ MCGREGOR, p. 340, N 989.

⁶⁷ Avant-projet relatif à la révision du Code civil (Droit des successions), p.4.

⁶⁸ Synthèse des résultats de la procédure de consultation de la Révision du Code civil (Droit des successions), p. 56 ; FF 2018 5949.

⁶⁹ Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220.

⁷⁰ CR LDIP-TSCHANZ, N 27 *ad* art. 178.

⁷¹ PC CPC-GÖSKU N 4 *ad* art 358.

des témoins ait écrit les dernières volontés en les datant et en indiquant le lieu, l'année, le mois et le signe lui-même ainsi que le deuxième témoin et qu'ils remettent cet écrit à une autorité judiciaire, cela constitue une forme écrite au sens de l'art. 178 LDIP et 358 CPC, de sorte que la clause d'arbitrage déclarée oralement, dans des circonstances extraordinaires, puis consacrée immédiatement à l'écrit, serait vraisemblablement valable. En outre, nous rappelons que la clause d'arbitrage est une clause indépendante des dispositions pour cause de mort, toutefois, celle-ci ne pouvant être consacrée par oral devant témoins et devant nécessairement être établie dans un texte, la caducité du testament oral, due à l'omission des témoins de le transmettre par écrit à l'autorité dans le délai, devrait, à notre sens, également s'étendre à la clause d'arbitrage.

1. La clause testamentaire

a) Une clause unilatérale

La clause d'arbitrage se trouvant dans un testament ayant été élaboré par la seule personne du disposant, est une clause unilatérale. La LDIP prévoit en son art. 178 al. 4, depuis le 1^{er} janvier 2021, que les dispositions de son chapitre 12 s'appliquent également aux clauses arbitrales unilatérales. Afin de conserver le parallélisme opérant entre la LDIP et le CPC, ce dernier prévoit désormais une clause identique à son art. 358 al. 2⁷².

La clause testamentaire est typique d'un cas d'application d'une clause arbitrale unilatérale, elle est notamment employée à titre d'illustration dans le Message du CF concernant la modification de la LDIP⁷³.

Il est intéressant de souligner l'avis critique de PICT/CHROBAK quant à la façon dont fut élaboré l'art. 178 al. 4 LDIP, selon lequel le législateur ne s'est pas basé sur un éventail doctrinal suffisamment élargi et que la modification n'a pas prévu de conditions de validité des clauses unilatérales⁷⁴. Cela a pour conséquence un manque de clarté et constitue une occasion manquée d'élaborer une disposition qui aurait pu apporter un réel avantage par rapport à d'autres législations et, de ce fait, une attractivité supplémentaire pour la place de l'arbitrage suisse, l'une des principales raisons pour laquelle le projet de toilettage du chapitre 12 de la LDIP eut lieu⁷⁵.

Avant l'introduction du nouvel art. 178 al. 4 LDIP, respectivement l'art. 358 al. 2 CPC, la doctrine était plutôt controversée concernant l'admissibilité d'une clause d'arbitrage unilatérale. En effet, la loi mentionnant systématiquement le terme de « convention d'arbitrage », il apparaissait alors plutôt évident, si l'on se base sur une interprétation littérale de la loi, qu'elle se référait par là à un contrat impliquant au moins deux parties.

Ainsi, GÖSKU était de l'avis que l'arbitrage résulterait nécessairement d'une convention multipartite, mais il modère ses propos s'agissant de la clause arbitrale testamentaire, la considérant comme étant valide dans la mesure où celle-ci respecte les exigences de formes relatives aux dispositions pour cause de mort dans lesquelles elle se trouve ou, à défaut d'une telle prescription, celles régissant les clauses arbitrales prescrites art. 178 LDIP et 358 CPC⁷⁶. PERRIN, quant à lui, était d'avis que, puisque l'on ne peut contraindre des héritiers ou des

⁷² FF 2018 7178.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ PICT/CHROBAK, p. 237.

⁷⁵ FF 2018 7157.

⁷⁶ GÖSKU, p. 9 s., N 15 et 17 et p. 174, N 529.

légataires à accepter l'avantage consenti dans les dispositions pour cause de mort, on ne pouvait, au même titre, leur imposer l'arbitrage, à moins que la clause d'arbitrage ne soit conçue comme une condition au sens de l'art. 482 CC⁷⁷. De ce fait, le légataire qui répudie le legs où figure la clause unilatérale ne devrait plus être considéré comme étant lié par celle-ci.

L'introduction des nouveaux art. 178 al. 4 LDIP et 358 al. 2 CPC permet non seulement d'appliquer par analogie les dispositions relatives à la procédure arbitrale de ces deux corps de texte aux clauses arbitrales unilatérales, mais également d'admettre qu'une clause arbitrale peut désormais se trouver dans un acte juridique unilatéral, dont la validité objective sera délimitée par le critère d'arbitrabilité au sens des art. 177 al. 1 LDIP et 384 CPC et la validité subjective par la déclaration de volonté de l'auteur de la clause unilatérale⁷⁸.

Toutefois, bien que ces nouveaux articles permettent d'admettre l'arbitrage relevant d'une clause unilatérale, ils ne sont pas pour autant satisfaisant s'agissant des conditions matérielles qui permettent de la considérer comme valide. Demeure également en suspens la question de la qualification de la clause.

b) La clause en tant que charge ou condition

En vertu de l'art. 482 al. 1 CC, le *de cuius* est libre d'imposer des charges et des conditions à ses héritiers que ceux-ci devront impérativement respecter.

Par charge, on entend la disposition qui contraint les héritiers ou légataire à faire ou ne pas faire une prestation à un bénéficiaire dans un but déterminé⁷⁹. Ainsi, tout ce qui peut être l'objet d'une obligation peut être l'objet d'une charge⁸⁰. En outre, elle doit respecter la forme des dispositions pour cause de mort, de sorte qu'elle se trouve forcément consacrée dans un testament ou un pacte successoral⁸¹.

La condition, quant à elle, soumet les effets d'une disposition pour cause de mort (ou entre vifs)⁸² à un évènement futur et incertain⁸³.

Selon une partie de la doctrine, le testateur soumettant ainsi l'acquisition d'un bien à l'acceptation de la clause arbitrale le ferait à la façon d'une charge au sens de l'art. 482 CC⁸⁴. Cela paraît parfaitement envisageable dans la mesure où l'on admet que l'arbitrage n'est ni illicite ni contraire aux mœurs, conformément à l'art. 482 al. 2 CC. Dès lors, les bénéficiaires se verront contraints d'agir par la voie de l'arbitrage pour toute prétention découlant de la succession⁸⁵.

⁷⁷ PERRIN, *arbitrabilité*, p. 429 ; Cf. *infra* III. A. 1. b.

⁷⁸ BUCHER, p. 251, N 33.

⁷⁹ CR CC II-BADDELEY, N 4 *ad* art. 482.

⁸⁰ CS-HUBERT-FROIDEVAUX, N 14 *ad* art. 482 et les références citées.

⁸¹ CR CC II.BADDELEY, N 9 *ad* art. 482.

⁸² CS-HUBERT-FROIDEVAUX, N 2 *ad* art. 482.

⁸³ STEINAUER, p. 323, N 581.

⁸⁴ PERRIN, *arbitrabilité*, p. 429 ; D.PIOTET, *La clause*, p. 167 ; TERCIER, p. 455.

⁸⁵ TERCIER, p. 455.

c) Une clause de nature matérielle ou procédurale ?

Une des discussions doctrinales quant à la clause d'arbitrage unilatérale tourne autour de la qualification de celle-ci. En effet, la doctrine ne semble pas s'être accordée sur le sujet, certains auteurs estimant qu'une telle clause doit être considérée comme une condition ou une charge au sens de l'art. 482 CC, et donc relevant du droit matériel⁸⁶, tandis qu'un autre auteur estime qu'il s'agit d'une clause de nature procédurale⁸⁷.

La doctrine allemande s'est également penchée sur la question de la qualification d'une telle clause. En effet, selon KRUG, la qualification aurait une incidence tant sur l'effet contraignant de la clause que sur la renonciation de la succession par les héritiers réservataires en échange de leur réserve⁸⁸. Si la clause doit être qualifiée de charge, cela aurait pour conséquence que la clause d'arbitrage est alternative et que les héritiers réservataires pourraient effectivement renoncer à la succession afin d'obtenir leur part réservataire, en droit allemand. L'auteur précité est d'avis que la clause arbitrale testamentaire ne doit pas être considérée comme une condition, mais comme une clause indépendante, à la façon dont le serait la désignation par disposition pour cause de mort d'un tuteur pour l'enfant des parents décédés⁸⁹ (admis en droit allemand mais exclu en Suisse), de sorte qu'elle peut également s'appliquer aux parts réservataires⁹⁰.

Selon KÜNZLE, dans le cas de la clause d'arbitrage testamentaire, l'acceptation de la succession joue un rôle décisif, car elle serait constitutive d'un consentement tacite à la clause d'arbitrage testamentaire, de la même manière qu'elle ne peut être contraignante pour l'héritier qui a répudié au sens de l'art. 566 CC. Aussi, les héritiers qui seraient liés par la clause pourraient y renoncer de manière unanime afin de se soumettre aux juridictions de l'État⁹¹.

En outre, la qualification de clause comme étant de nature procédurale ou matérielle a un impact sur la forme à laquelle elle est soumise. En effet, s'il s'agit d'une clause procédurale, la forme à respecter est celle de l'art. 358 CPC, respectivement l'art. 178 LDIP, soit la forme écrite ; alors que s'il s'agit d'une clause soumise au droit successoral, donc relevant du droit matériel, elle sera parfois soumise à l'acte authentique⁹². S'agissant de la question soulevée par le testament oral au sens de l'art. 508 CC, nous nous permettons de renvoyer au raisonnement précédent⁹³.

Alors que le CPC et la LDIP prévoient la clause unilatérale, il doit s'agir d'une clause de nature procédurale, dès lors soumise à la forme écrite des art. 178 LDIP et 358 CPC. Toutefois, le Message sur la modification de la LDIP ne répond pas à la question relative à la validité d'une telle clause par rapport au droit matériel et se contente d'énoncer que seuls les rapports créés par la disposition unilatérale elle-même sont soumis à la clause d'arbitrage testamentaire, de sorte que si un héritier institué répudie la succession, la clause ne lui est pas imposable, tandis

⁸⁶ PERRIN, *arbitrabilité*, p. 429 ; D.PIOTET, *La clause*, p. 167 ; D. PIOTET, *Prorogation*, p. 111, N 77.

⁸⁷ SCHLUMPF, p. 120 ss.

⁸⁸ KRUG, p. 160.

⁸⁹ Cf. § 1638 et § 1777 BGB.

⁹⁰ KRUG, p. 160.

⁹¹ KÜNZLE, *Willenvollstrecker*, p. 43 s.

⁹² KÜNZLE, *Willenvollstrecker*, p. 43.

⁹³ cf. *supra* III. A.

que si le légataire précipitaire répudie le legs, il y reste soumis pour le reste de la succession, dans la mesure où il ne répudie que le legs⁹⁴.

Dès lors que la grande majorité de la doctrine demeure d'avis qu'une clause d'arbitrage testamentaire se rapproche d'une charge au sens de l'art. 482 CC, une application supplétive et analogique de celle-ci permet sa transposition dans le droit de procédure. En effet, PIOTET procède de la même manière que pour la convention d'arbitrage entre plusieurs parties, qui suit les conditions du contrat de droit matériel, et parvient à démontrer que la clause arbitrale unilatérale, lorsqu'elle correspond aux conditions de la charge, est valide, qu'elle soit directement rédigée dans le testament ou qu'elle figure dans un acte distinct⁹⁵. De même, BUCHER relève que le texte de la loi, en se référant à la clause arbitrale se trouvant « dans » un acte juridique, celle-ci doit correspondre tant à l'exigence de l'écrit de l'art. 178 al. 1 LDIP qu'aux conditions propres à l'acte juridique en lui-même et que les conditions de fond sont celles applicables à la dévolution successorale⁹⁶.

Toutefois, il convient d'apporter une nuance. En effet, ce raisonnement s'applique lorsque toutes les parties concernées n'ont pas accepté la clause, de sorte à ce qu'elle s'impose aux personnes concernées par le testament. *A contrario*, nous sommes d'avis que, lorsque les parties acceptent la clause à l'unanimité, il faudrait pouvoir interpréter la situation à la lumière de la formation d'un contrat au sens des art. 1 ss CO, comportant une offre et une acceptation.

2. La clause bilatérale ou multilatérale (*pour mémoire*)

La clause bilatérale ou multilatérale d'arbitrage successoral peut être consacrée dans un pacte successoral ou encore une convention de partage, elle implique au moins deux parties et revête alors un aspect contractuelle. Ainsi, elle ne concerne que les litiges relevant de la procédure contentieuse. Partant, nous nous permettons de renvoyer aux dispositions relatives à la conclusion de contrat, dès lors qu'elle ne fera pas l'objet d'un exposé détaillé dans la présente étude⁹⁷.

3. L'étendue de la clause

a) Quant à l'objet

Nous le rappelons, afin de pouvoir être admise, la clause d'arbitrage doit porter sur une cause « arbitrable ».

Il convient de relever que l'admissibilité d'une clause testamentaire arbitrale est controversée selon que l'on se trouve dans une situation comprenant ou non des héritiers réservataires⁹⁸. En effet, le testateur ne doit pas léser la réserve des héritiers réservataires, conformément à l'art. 470 al. 1 CC. Dès lors, si la clause d'arbitrage en tant que condition résolutoire porte atteinte à ces réserves, les héritiers n'ont pas à l'accepter et peuvent agir en réduction en vertu de l'art. 531 CC, applicable par analogie aux conditions et charges grevant les parts réservataires⁹⁹. Pour

⁹⁴ FF 2018 7179.

⁹⁵ D.PIOTET, *Prorogation*, p. 111 s., N 79.

⁹⁶ BUCHER, p. 254 s., N 42 s.

⁹⁷ Cf. art. 1 ss CO.

⁹⁸ STEINAUER, p. 283 s., N 519 ; BSK ZGB II-STAEHELIN, N 16 *ad* art. 482 et N 11 *ad* art. 470.

⁹⁹ D.PIOTET, *La clause*, p. 167.

GÖSKU, la question de savoir si la clause d'arbitrage s'étend aux réserves héréditaires n'est pas déterminant. En effet, selon lui, une telle clause s'applique tant aux héritiers institués et légataires qu'aux héritiers légaux, y compris leurs réserves, dans la mesure où l'objet de la procédure arbitrale s'arrête à la succession dont fait l'objet la clause¹⁰⁰. En revanche, la jurisprudence du TF admet que la clause d'arbitrage en tant que condition résolutoire est admissible dans la mesure où elle ne vise que la quotité disponible, s'alignant ainsi avec l'art. 531 CC *a contrario*¹⁰¹.

Il est intéressant de noter ici que REIMANN, se basant sur la jurisprudence de la Cour fédérale allemande, la *Bundesgerichtshof*, relève également que la clause testamentaire, qui imposerait l'arbitrage aux héritiers réservataires afin de faire valoir leurs droits découlant de leurs réserves, ne doit pas être considérée comme étant valide, du fait qu'elle porte atteinte à des droits dont le testateur n'a pas la liberté de disposer¹⁰².

Dès lors, on ne peut *a priori* retenir comme étant valide une clause d'arbitrage qui couvrirait les réserves héréditaires.

Cela étant, la réforme du chapitre 12 de la LDIP permet au testateur, du fait de son application par analogie s'opérant aux clauses unilatérales arbitrales, d'instituer un mécanisme de liquidation successorale par le biais de l'élection de droit, conformément à l'art. 187 LDIP. En effet, la succession sera réglée par le droit choisi par le disposant ou, à défaut, par le droit présentant les liens les plus étroits avec la cause. Cela permet notamment au testateur d'élire un droit qui ne connaît pas les réserves héréditaires, qui ne sont, d'après la jurisprudence et l'opinion majoritaire, pas protégées par l'ordre public suisse¹⁰³.

Comme nous l'avons vu précédemment, la notion d'arbitrabilité, qui implique des prétentions sujettes à litige ou contestation, détermine la capacité d'une cause d'être soumise à un arbitrage, expressément prévue en droit suisse aux art. 354 CPC et 177 al. 1 LDIP, qui sont des normes impératives auxquelles les parties ne peuvent déroger¹⁰⁴. Dès lors, il convient d'analyser si une prétention gracieuse est une prétention pouvant être à la base de l'arbitrage, voire si la procédure liée à une telle prétention est à la libre disposition du testateur.

Le terme de « prétention » employé dans les art. 354 CPC et 177 al. 1 LDIP sont à interpréter dans le sens de la prétention d'une partie à l'encontre d'une ou plusieurs autres parties dans le cadre d'une affaire contentieuse soumise à l'arbitrage et ne concerne nullement la prétention gracieuse, dirigée à l'encontre de l'État¹⁰⁵. La doctrine majoritaire exclu également l'arbitrage relative à la prétention gracieuse du fait de l'absence d'une délégation par l'autorité compétente en matière gracieuse de sa propre compétence en faveur d'un tribunal arbitral et que cela ne ressort pas de loi, ni ne peut être présumé¹⁰⁶. De plus, l'État ne peut être partie à l'arbitrage

¹⁰⁰ GÖSKU, p. 174 s., N 530.

¹⁰¹ SUTTER-SOMM/GUT, p. 154 ; ATF 117 II 239 c. 4 et 5, JdT 1993 I 174.

¹⁰² REIMANN, p. 12

¹⁰³ BUCHER, p. 255, N 44 ; ATF 102 II 136, c. 4, JdT 1976 I 595.

¹⁰⁴ PC CPC-GÖSKU, N 5 *ad art.* 354.

¹⁰⁵ D.PIOTET, *Prorogation*, p. 108, N 69.

¹⁰⁶ D.PIOTET, *Prorogation*, p. 108, N 70 ; MAUERHOFER, p. 385 ; BSK IRPG-MABILLARD/BRINER, N 12 *ad art.* 177.

dans ce cadre, pas plus que le particulier, qui ne peut faire valoir sa prétention dans le cadre de l'arbitrage en l'absence de l'accord de l'autorité¹⁰⁷.

Toutefois, KÜNZLE souligne que la procédure d'arbitrage concernant la surveillance de l'exécuteur testamentaire, de même que sa désignation, ne peut être ordonnée qu'unilatéralement par le testateur et que le cœur de la procédure de surveillance de l'exécuteur testamentaire est une procédure contradictoire s'agissant des mesures de recommandations, d'instruction et d'interdictions mais également la suspension et la révocation de l'exécuteur testamentaire, il est toutefois d'avis que les mesures disciplinaires (en particulier les amendes d'ordre et la menace d'une peine en vertu de l'art. 292 CP) ne sont pas arbitrables, car elles sont réservées aux tribunaux étatiques et appartiennent en ce sens à l'ordre public¹⁰⁸. En revanche, la surveillance de l'exécuteur testamentaire relève de la compétence exclusive de l'autorité de surveillance désignée par la loi. En effet, en droit suisse, la surveillance n'est pas à la libre disposition du testateur, qui ne peut disposer que du sort de ses biens, dans les limites de la loi. L'on rappelle que la prétention doit être à la disposition du testateur afin que la cause puisse être portée devant un tribunal arbitral, selon l'art. 352 CPC. Ainsi, le testateur ne peut étendre l'arbitrage à la surveillance de son exécuteur testamentaire, de plus, la surveillance de l'exécuteur, bien qu'elle puisse avoir des répercussions patrimoniales sur la succession, ne peut être considérée comme étant une prétention patrimoniale à faire valoir dans une procédure arbitrale au sens de la LDIP.

Cela étant, il est pertinent de relever ici que les questions préjudicielles, en principe non arbitrables, le sont dans la mesure où le litige au fond est soumis à l'arbitrage et que la condition de l'arbitrabilité est remplie pour celui-ci¹⁰⁹.

b) À l'égard des personnes visées

Étant donné qu'une clause d'arbitrage présente dans un testament est constituée unilatéralement, il convient d'analyser si et dans quelle mesure elle peut déployer ses effets aux personnes visées par elle, puisqu'elles n'ont pas pris part à son élaboration et, de ce fait, n'y ont pas consenti de manière expresse au moment de sa conception.

Une partie de la doctrine est d'avis que les clauses d'arbitrage unilatérale ne peuvent déployer d'effet contraignant à l'encontre de personnes n'y ayant pas consenti, de façon à ce qu'une clause testamentaire prévoyant l'arbitrage ne peut être contraignante à l'encontre des bénéficiaires du testament uniquement si ceux-ci acceptent la clause arbitrale. Ainsi, ils disposeraient d'un droit à une décision arbitrale et ne seraient pas soumis à une obligation de soumettre leur cas à un tribunal arbitral en l'absence de leur acceptation¹¹⁰. En outre, MAUERHOFER estime que, du fait de la création d'obligations par la clause d'arbitrage, notamment s'agissant de la nomination des arbitres qui créé par là un contrat de mandat liant les parties à l'arbitrage, cela ne pouvait se faire sans leur consentement¹¹¹.

Le CF, dans son Message relatif à la modification du chapitre 12 LDIP, est d'avis que lorsqu'un testament contient une clause d'arbitrage, seuls les rapports juridiques créés par la déclaration unilatérale elle-même y sont soumis, de sorte à ce que ni les héritiers légaux ni les créanciers

¹⁰⁷ D.PIOTET, *Prorogation*, p. 108, N 70.

¹⁰⁸ KÜNZLE, *Schiedsfähigkeit*, p. 54.

¹⁰⁹ CR LDIP-TSCHANZ, N 27 *ad* art. 177 ; *cf. infra* IV. C. 1.

¹¹⁰ PICHT/CHROBAK, p. 207 : observations sur l'avis de BSK IPRG-GRÄNICHER, N 64 *ad* art. 178.

¹¹¹ MAUERHOFER, p. 389 ; *pro* SCHLUMPF, p. 17, N 30.

du *de cuius* ou de la succession n'y seraient liés. En revanche, l'exécuteur testamentaire, les légataires, les héritiers institués ainsi que les bénéficiaires de charges étant institués par le testament se retrouveraient liés par la clause arbitrale¹¹². Toutefois, KÜNZLE est d'avis qu'une procédure d'arbitrage ordonnée dans le cadre de la surveillance de l'exécuteur testamentaire, qui relève de la juridiction gracieuse mais qui est en partie contradictoire, vaut pour toutes les personnes concernées et celui qui ne participe pas à une telle procédure perd ainsi son droit de recours contre la sentence arbitrale¹¹³. En revanche, son argument n'est pas valable du fait qu'il n'y a pas d'autorité de la chose jugée à l'issue de la procédure gracieuse, cela résulterait à des problèmes pratiques puisque plusieurs arbitrages pourraient alors être enclenchés à l'issue de la sentence gracieuse, résultat qui ne peut être satisfaisant considérant le risque que les tribunaux rendent des sentences contradictoires.

En outre, d'autres intervenants peuvent surgir dans le cadre de la surveillance de l'exécuteur testamentaire ou encore celle de l'administrateur ou du liquidateur officiels, tels que les créanciers du défunt, notamment en cas de liquidation. En effet, dans le cadre de cette dernière, les créanciers peuvent agir lorsque le liquidateur n'informe pas l'autorité de surveillance du surendettement, ils ont également la possibilité d'agir directement devant le juge de la faillite¹¹⁴. Cela a pour conséquence que le nombre de potentiels intervenants dans le cadre de la procédure gracieuse successorale est tel qu'il est impossible de prévoir avec exactitude qui seraient les parties à l'arbitrage auquel elle serait soumise.

S'agissant de l'exécuteur testamentaire, il est admis que celui-ci est soumis à la clause testamentaire arbitrale dans la mesure où il accepte sa mission¹¹⁵. Cela est d'autant plus vrai dans la mesure où l'exécuteur testamentaire est spécialement nommé par le *de cuius* afin de faire exécuter ses dernières volontés¹¹⁶. Selon le TF, le fait qu'un tiers intervienne de manière constante et répétée dans le cadre de l'exécution du contrat et, de ce fait, fait apparaître sa volonté à être liée par lui, permet à la clause arbitrale de lui être applicable et contraignante¹¹⁷. Et, quand bien même l'exécuteur testamentaire n'agirait pas encore dans l'exécution des dispositions pour cause de mort, le simple fait d'accepter sa mission, qui se fait d'office, conformément à l'art. 517 al. 2 CC, constituerait une acceptation de se soumettre à la clause d'arbitrage. En effet, étant donné qu'il est convié à l'ouverture de la succession, il reçoit une copie des dispositions pour cause de mort, de sorte qu'il accepte sa mission en toute connaissance de cause, avec les tâches assignées et les conditions qui les accompagnent¹¹⁸.

Lorsque la clause s'étend à des personnes qui se trouvent en incapacité financière de prendre en charge un arbitrage, qui peut s'avérer très coûteux, la problématique est celle que l'assistance judiciaire ne peut être demandée de la même manière qu'elle pourrait l'être devant un tribunal étatique. Il s'agit d'ailleurs d'un des arguments principaux en défaveur d'une clause unilatérale d'arbitrage¹¹⁹. Cependant, la loi prévoit des mécanismes permettant de parer à cette situation.

¹¹² FF 2018 7179.

¹¹³ KÜNZLE, *Schiedsfähigkeit*, p. 74.

¹¹⁴ ATF 47 III 10, JdT 1921 II 37 ; CS-COUCHEPIN/MAIRE, N 6 *ad art.* 597.

¹¹⁵ CHROBAK, p. 97, N 220.

¹¹⁶ EIGENMANN/BEUCHAT, p. 281 ; PICHT/CHROBAK, p. 207 et les références citées.

¹¹⁷ ATF 129 III 727, c. 5.3.2 ; TF 4P.48/2005 du 20 septembre 2005.

¹¹⁸ CS-COTTI, N 30 *ad art.* 517 ; EIGENMANN/BEUCHAT, p. 282.

¹¹⁹ En effet, une clause d'arbitrage qui exclurait en principe l'assistance judiciaire alors qu'un demandeur est indigent consisterait à éluder des garanties minimales de procédures prévues à l'art. 6 § 1 CEDH ; *Cf.* dans ce sens BSK ZPO- HABEGGER, N 13 *ad art.* 380.

En effet, il existe d'autres moyens de financer la procédure, par exemple, si le testateur prévoit dans sa clause que les frais de la procédure seront à la charge de la succession, ou encore en mettant les frais à la charge de la partie adverse, comme il est prévu à l'art. 378 al. 2 CPC¹²⁰. En revanche, si le testateur ne prévoit pas cela, les frais seront à répartir en fonction de ce que prescrit la loi. Par exemple, s'agissant du bénéficiaire d'inventaire au sens des art. 580 ss CC, les frais sont mis à la charge de la succession et, en cas d'insuffisance de celle-ci, à la charge des héritiers, conformément à l'art. 584 al. 2 CC. A défaut d'une telle précision dans la loi, nous sommes d'avis que, dans la mesure où la procédure gracieuse intervient à titre préjudiciel dans un litige au fond, les frais sont à répartir selon les art. 106 ss CC. En outre, l'une des conditions de l'arbitrage est son admissibilité, dans le sens que la substitution des tribunaux étatique doit résulter en une solution qui présente des garanties suffisantes. Il faut en effet que celui qui entend initier une procédure puisse le faire dans des conditions comparables à celles qu'il aurait dans une procédure étatique¹²¹. Ainsi, si la solution des frais de la procédure arbitrale ne satisfait pas les garanties minimales d'accès à la justice, il faudra écarter l'arbitrage au profit des tribunaux étatiques.

B. L'avant-projet de droit suisse du trust

1. Le trust comme moyen de disposer pour cause de mort

Le trust tire ses origines du droit anglo-saxon, il s'agit d'une institution se distinguant de la fondation et de la fiducie en droit suisse. La LDIP se borne à renvoyer à la CLaH-Trust¹²² et le CF reprend les termes de l'art. 2 CLaH-Trust en définissant le trust comme désignant : « *les relations de droit privé en vertu desquelles les biens (trustfund) ont été placés sous le contrôle d'une personne (trustee) chargée de les administrer et d'en disposer dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé* »¹²³. En outre, le trust dédié à la planification successorale est un *private trust*, dont le but est de bénéficier à des personnes déterminées ou identifiables, souvent les membres de la famille¹²⁴.

Toutefois, en raison du *numerus clausus* qui frappe les dispositions pour cause de mort en droit suisse, la question est de savoir, lorsque la succession est soumise au droit suisse, si le trust peut être considéré comme valide lorsqu'il est constitué par testament. Ainsi, il s'agirait d'un trust qui prend effet à partir du décès du testateur constituant (*settlor*), sans qu'il n'ait d'effet de son vivant. Certains auteurs sont d'avis que cela est admissible, alors que d'autres présentent l'opinion contraire, selon laquelle le *numerus clausus* des dispositions pour cause de mort constitue un obstacle à la constitution du trust pour cause de mort et qu'il faudra nécessairement le convertir, soit en tant que charge, soit l'élaborer entre vifs¹²⁵.

L'AP-Trust¹²⁶ prévoit d'introduire le trust dans notre ordre juridique en accord avec la CLHT, afin que le trust suisse puisse être reconnu à l'étranger, tout en l'adaptant au droit suisse afin

¹²⁰ KÜNZLE, *Willensvollstrecker*, p. 47.

¹²¹ TERCIER, p. 453.

¹²² Convention de LaHaye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, RS 0.221.371.

¹²³ Rapport explicatif sur l'introduction du trust, p. 9.

¹²⁴ Rapport explicatif sur l'introduction du trust, p. 17.

¹²⁵ Cf. D.PIOTET, *Problèmes pratiques*, p. 106; pro PERRIN, *Le trust*, p. 34, N 46 ; contra CR LDIP-GUILLAUME, N 27 ad art. 149c ; GRISEL, p. 150.

¹²⁶ Avant-projet relatif à la modification du Code des obligations (introduction du trust) du 12 janvier 2022.

qu'il soit cohérent avec celui-ci. Pour cela, le Rapport explicatif sur l'introduction du trust propose de définir le trust suisse comme « *une institution juridique sui generis consistant en un rapport d'obligations durable liant le trustee aux bénéficiaires, ayant pour objet un patrimoine spécial affecté exclusivement aux intérêts des bénéficiaires, soumis le cas échéant à certains pouvoirs que le constituant s'est réservés ou qu'il a conférés à un protecteur* »¹²⁷. En effet, l'art. 529a al. 1 AP-Trust énonce que « le trust a pour objet l'affectation par un ou plusieurs constituants de biens à un patrimoine séparé détenu et administré par un ou plusieurs trustees dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires », il prévoit également à son al. 2 que le trust peut être constitué soit par écrit, soit par disposition pour cause de mort. Selon l'art. 529w AP-trust, le trust ne peut être constitué que pour une durée limitée de 100 ans maximum, ce qui le différencie, avec l'absence de personnalité juridique, de la fondation.

Le trust a pour particularité de pouvoir être constitué par un acte unilatéral du constituant, par lequel il exprime sa volonté de constituer un trust et de lui affecter des biens de son patrimoine, appelée « acte de trust »¹²⁸. A cette occasion, le constituant désigne le trustee, qui est la personne chargée d'administrer et de disposer des biens du trust dont il a la propriété (qui est un patrimoine distinct de son patrimoine personnel) dans l'intérêt exclusif des bénéficiaires, les bénéficiaires, qui détiennent le bénéfice économique des biens du trust, ainsi que les règles relatives à l'administration du trust, selon l'art. 529b al. 1 AP-Trust. On précise toutefois qu'en cas de constitution du trust par disposition pour cause de mort, le constituant n'est pas tenu de désigner le trustee, qui pourra être désignée par le tribunal sur requête de tout intéressé, selon l'art. 529b al. 2 AP-trust. Le constituant peut également se désigner lui-même comme trustee ou bénéficiaire. En l'absence d'une telle précision, celui-ci sort de la vie du trust, qui ne concerne plus que le trustee au(x) bénéficiaire(s), éventuellement le protecteur, chargé de contrôler les activités du trustee et d'assurer le respect du trust, lorsque celui-ci est prévu dans l'acte de trust¹²⁹.

L'art. 529g al. 3 AP-trust institue une responsabilité personnelle du trustee pour toute obligation encourue en cette qualité, il répond alors sur son patrimoine personnel des dettes grevant le patrimoine du trust. Toutefois, le trustee qui s'est acquitté d'une dette du trust peut se rembourser par un prélèvement sur les biens du trust, en vertu de l'art. 529o al. 1 ch. 1 AP-trust.

S'agissant des bénéficiaires désignés dans l'acte de trust, ils peuvent renoncer en tout temps à l'avantage qui leur est accordé, en vertu de l'art. 529d al. 4 AP-trust. En outre, seuls les bénéficiaires disposent d'une créance découlant du trust qu'ils peuvent faire valoir en justice¹³⁰. Afin de garantir la protection du(es) créancier(s) du trust, il est prévu, à l'art. 529r AP-trust, une application par analogie des règles du droit des sociétés relatives à menace d'insolvabilité et de surendettement, soit l'application des art. 725 et 725b CO.

2. L'arbitrage envisagé en cas de procédure gracieuse relative au trust

a) L'arbitrage en matière de trust

Le trust étant, jusqu'à l'adoption de la modification relative à l'introduction de celui-ci, une institution qui n'est pas établie en droit suisse, bien qu'elle soit reconnue, le choix de se tourner

¹²⁷ Rapport explicatif sur l'introduction du trust, p. 58.

¹²⁸ Rapport explicatif sur l'introduction du trust, p. 59.

¹²⁹ Rapport explicatif sur l'introduction du trust, p. 60.

¹³⁰ Rapport explicatif sur l'introduction du trust, p. 62.

vers l'arbitrage en la matière paraît judicieux. En effet, il serait parfaitement justifié de soumettre le litige à des arbitres, que l'on peut sélectionner en fonction de leur expertise et de leur compétence en matière de trust, par rapport à un juge étatique suisse, qui est forcément moins habitué à se confronter à cette institution et donc moins en mesure que des arbitres spécialistes d'en saisir les subtilités.

Il convient cependant, lors de la constitution du trust, de prévoir le droit applicable et le siège qui est le plus favorable possible à l'arbitrage du trust. En effet, il se peut que la *lex arbitrii* (droit applicable à la procédure d'arbitrage devant le tribunal arbitral) soit écartée au profit de la *lex fori* (droit applicable à la procédure devant les tribunaux étatiques) lorsque le tribunal premier saisi est un tribunal étatique et qu'il procède selon la *lex fori* afin déterminer l'admissibilité de la voie arbitrale en fonction de l'arbitrabilité du trust¹³¹.

b) La procédure gracieuse relative au trust

Le juge a un rôle permanent dans la durée du trust de façon à ce que le bénéficiaire et le trustee peuvent le saisir dans le cadre de sa compétence gracieuse afin de lui demander un avis, des instructions des conseils. Il peut en outre soit interdire au trustee d'exécuter ou de prendre une résolution soit l'annuler si elle a déjà été prise¹³². A titre d'exemple, le juge peut :

- Guider et conseiller le *trustee* ou le bénéficiaire ;
- Clarifier les droits et obligations des intervenants en cas de désaccord ;
- Ordonner au *trustee* de faire ou de s'abstenir, sur demande d'un bénéficiaire ;
- Consentir à un acte du trustee au nom et pour le compte du bénéficiaire qui n'a pas l'exercice des droits civils ;
- *etc.*

A ce propos, l'AP-trust prévoit l'intervention du tribunal dans certains cas prévus à l'art. 529v AP-trust. Ainsi, le tribunal peut être saisi dans le cadre de la procédure gracieuse relative au trust, lorsqu'il existe un doute légitime sur la portée des droits et des obligations du constituant, du trustee ou du protecteur, par chacun d'eux (al. 1) ou à la demande du constituant qui s'en est réservé le droit dans l'acte de trust, d'un trustee, d'un protecteur ou d'un bénéficiaire, pour modifier les dispositions de l'acte de trust ou prononcer sa dissolution, s'il y a des motifs justifiés ou si les droits des bénéficiaires ou de tiers ne sont pas lésés (al. 2). A l'issue de la procédure, les bénéficiaires, le trustee, le protecteur ainsi que le constituant sont liés par les décisions du tribunal¹³³.

Il est particulièrement intéressant, dans le cadre de la présente étude, de relever que l'avant-projet relatif prévoit que l'arbitrage est possible pour les actes relevant de la juridiction gracieuse relative au trust¹³⁴. En outre, l'AP-trust propose d'adapter le droit des successions de sorte que, entre autres, la quotité disponible pourra être consacrée, en totalité ou en partie, à la constitution d'un trust, de la même manière que pour les fondations à l'art. 493 CC¹³⁵.

¹³¹ DARDEL, p. 317 s., N 679 ; Pour une distinction approfondie entre *lex fori* et *lex arbitri*, cf. GRISBERGER/VOSER, p. 361 ss, N 1249 ss.

¹³² GRISEL, p. 87 s.

¹³³ Rapport explicatif sur l'introduction du trust, p. 64.

¹³⁴ Rapport explicatif sur l'introduction du trust, p. 65.

¹³⁵ Rapport explicatif sur l'introduction du trust, p. 66.

Ainsi, si l'arbitrage est préféré à la voie ordinaire des tribunaux étatiques, nous sommes d'avis que celui-ci peut contraindre les bénéficiaires, le trustee, le protecteur et le constituant à faire appel à un tribunal arbitral, tant s'agissant des prétentions contentieuses pouvant découler du trust que des actes relatifs à la procédure gracieuse étudiés ci-dessus. En revanche, s'agissant du tiers non constituant, ni bénéficiaire, ni trustee, ni protecteur, nous sommes d'avis qu'il ne doit pas être contraint de prendre la voie arbitrale pour régler sa prétention découlant des circonstances, celui-ci n'étant pas lié par l'acte de trust.

Aussi, il convient de nuancer nos propos du fait que l'arbitrage reste exclu pour les fondations en matière gracieuse. En effet, selon l'art. 84 al. 1 CC, les fondations sont soumises à la surveillance de la corporation publique, les règles relatives à la surveillance relèvent matériellement par ailleurs, bien que consacrées dans le Code civil, de droit public fédéral¹³⁶. Ainsi, le fait d'introduire expressément ces articles prévoyant l'arbitrage pour la procédure gracieuse en matière de trust devra être considérée comme une *lex specialis*, de sorte qu'elle ne s'appliquerait qu'à cette institution particulière.

Nous parvenons à la conclusion que la clause d'arbitrage unilatérale consacrée dans un testament doit être considérée comme étant de nature procédurale, ainsi soumise aux conditions de formes des art. 358 CPC et 178 LDIP, mais demeure soumise à l'influence non négligeable du droit matériel car, afin d'être valide, la clause doit correspondre aux conditions de la charge au sens de l'art. 482 CC. Nous avons également pu constater que le trust, institution reconnue mais peu maîtrisée par les tribunaux suisses, fait actuellement l'objet d'un avant-projet dans lequel est admis l'arbitrage s'agissant de la procédure gracieuse, lorsque cela est prévu par l'acte de trust qui peut également être constitué de la quotité disponible. Cela permettra, en outre, d'embrayer les discussions relatives à la matière traitée dans la présente étude.

IV. La procédure d'arbitrage en procédure gracieuse en droit des successions

A. La compétence du tribunal arbitral

1. Selon le CPC

Selon l'art. 355 al. 1 CPC, « le siège du tribunal est fixé par les parties ou par l'organe qu'elles ont désigné. A défaut, le siège est fixé par le tribunal arbitral ». Toutefois, le for applicable à la procédure gracieuse en matière successorale est impératif. L'art. 28 al. 2 CPC est une *lex specialis* et exclu l'application de l'art. 19 CPC¹³⁷. Il dispose que « les autorités du dernier domicile du défunt sont impérativement compétentes pour statuer sur les mesures en rapport avec la dévolution ».

Du fait que la procédure gracieuse implique une prétention d'un particulier envers l'État, il ne peut être disposé juridiquement de la prétention gracieuse par le biais d'une prorogation de for afin de l'exercer¹³⁸. Toutefois, les prétentions gracieuses peuvent se cumuler avec une prétention contentieuse sur le fond et ainsi constituer une question préalable ou accessoire, le for applicable dans ce cas sera celui du for contentieux principal, sans que le for gracieux, bien

¹³⁶ CR CC II-VEZ, N 5 *ad* art. 84.

¹³⁷ PC CPC-FOURNIER, N 12 *ad* art. 28.

¹³⁸ D.PIOTET, *Prorogation*, p. 94, N 25.

qu'impératif, ne puisse s'opposer à ce cumul¹³⁹. Dès lors, il serait admis qu'une prétention gracieuse, *a priori* non arbitralable, puisse le devenir par le biais du cumul avec une prétention arbitralable au fond.

En effet, lorsque la prétention qui relève de la juridiction gracieuse a pour but de faciliter l'exercice de la prétention contentieuse née ou à naître, tel que c'est le cas, notamment, du bénéfice d'inventaire qui permet par la suite d'établir avec certitude les biens utiles à l'action en partage, celle-ci doit être considérée comme une prétention accessoire à l'exercice de l'action principale contentieuse et peut dès lors faire l'objet d'un cumul, non au sens de l'art. 90 CPC dont la portée se limite aux affaires contentieuses, mais dans un sens qui n'est pas codifié par la loi, de sorte que si la mesure est ordonnée à un for contentieux différent du for gracieux, elle doit pouvoir être validée au moment de l'ouverture de l'affaire contentieuse au même for¹⁴⁰.

Cela a pour conséquence que, lorsqu'une personne a une prétention contentieuse découlant de la succession, mais qui nécessite une mesure gracieuse afin de légitimer son action au fond, elle doit pouvoir la requérir au for contentieux, dans le cas où ces fors diffèreraient. En outre, l'art. 28 al. 2 CPC nous permet de réunir en un seul for les deux types de prétentions, du fait que la compétence en raison du lieu est dans tous les cas donnée au dernier domicile du défunt. Par ailleurs, dans le canton de Vaud, l'art. 107 CDPJ confirme que « l'inventaire conservatoire, l'appel aux héritiers, l'ouverture des dispositions à cause de mort, la délivrance du certificat d'héritier, le bénéfice d'inventaire, la liquidation officielle et les autres mesures gracieuses touchant à la dévolution de la succession sont portés au for du dernier domicile du défunt ».

En outre, l'art. 376 CPC prévoit les hypothèses qui admettraient la consorité, l'intervention et l'appel en cause, soit lorsque les parties à la procédure d'arbitrage sont liées par une clause d'arbitrage pour ces trois possibilités et lorsque les prétentions sont connexes en cas de consorité. Cela découle du fait que, comme en procédure ordinaire, il convient d'éviter les décisions contradictoires concernant les mêmes situations. En revanche, on ne saurait imposer au tribunal arbitral une mission dépassant le mandat qu'il avait à l'origine accepté¹⁴¹. De ce fait, le nombre de potentiels participants à la succession peut alors poser problème, l'on pense notamment aux créanciers de la succession ou des héritiers, qui outrepasseraient le mandat que le tribunal arbitral avait accepté de prime abord. Ainsi, la clause unilatérale d'arbitrage s'étendant à la procédure gracieuse pourrait impliquer de grandes complications en pratique. En outre, la LDIP n'évoque rien en la matière.

S'agissant de la compétence matérielle, dans le canton de Vaud, celle-ci est donnée tantôt au juge de paix, concernant les mesures successorales relevant de la procédure gracieuse, tantôt au Président du Tribunal d'arrondissement lorsqu'il s'agit d'une autre prétention, conformément aux art. 5 al. 1 ch. 1 ss et art. 6 al. 1 ch. 27 ss CDPJ.

Toutefois, il s'agit là de compétences qui ont leur pertinence lorsque l'on se situe dans une procédure délivrée devant les tribunaux ordinaires. En effet, en matière d'arbitrage interne et international, le tribunal arbitral statue lui-même sur sa compétence, en vertu des art. 359 CPC et 186 al. 1 LDIP (il s'agit du principe de « la compétence de la compétence » ou « *Kompetenz-*

¹³⁹ D.PIOTET, *Prorogation*, p. 94 s., N 27.

¹⁴⁰ D.PIOTET, *La juridiction gracieuse*, p. 265 ss.

¹⁴¹ CR CPC-SCHWEIZER, N 3 et 5 *ad* art. 376.

Kompetenz »)¹⁴². Pour ce faire, le tribunal arbitral se basera sur la convention d'arbitrage (ou sur la clause unilatérale par analogie, en vertu des art. 358 al. 2 CPC et 178 al. 4 LDIP), qui en fixera l'étendue quant aux personnes, mais également quant à la matière, elle pourra également étendre son champ d'application de manière abstraite par une simple référence à une relation juridique de droit matériel et, par conséquent, retire la compétence attribuée à la justice étatique¹⁴³. La décision concernant la compétence ou l'incompétence du tribunal est une sentence incidente susceptible de recours, conformément aux art. 389 ss CPC et 190 ss LDIP, et permet à l'autorité étatique de statuer sur la compétence du tribunal *a posteriori*¹⁴⁴.

2. Selon la LDIP

L'art. 176 al. 1 LDIP prévoit que le droit applicable à l'arbitrage est celui du siège de celui-ci. Ainsi, dès lors que l'on se situe dans un arbitrage international ayant son siège en Suisse, le droit suisse est applicable à la procédure.

La LDIP ne contient pas de disposition particulière quant à l'impérativité d'un for et se limite à prévoir en son art. 5 al. 2 que « *l'élection de for est sans effet si elle conduit à priver d'une manière abusive une partie de la protection que lui assure un for prévu par le droit suisse* ». Cependant, il est précisé à l'art. 86 LDIP que le for et le droit applicable à la succession, y compris aux mesures administrative ou judiciaires et litiges y relatifs, est au dernier domicile en Suisse du défunt (al. 1), est réservée la compétence exclusive revendiquée par l'État dans lequel se situent les biens immobiliers (al. 2). Aussi, l'art. 87 al. 2 LDIP précise et permet au *de cuius* d'origine suisse et établi à l'étranger de soumettre aux autorités suisses l'entier de sa succession ou la part de celle-ci située en Suisse. Toutefois, ces dispositions s'appliquent devant les tribunaux ordinaires, les dispositions relatives à l'arbitrage primant ces dernières lorsque celui-ci est préféré.

En outre, lorsque le *de cuius* procède par testament ou pacte successoral à l'élection du for en Suisse, cela ne constitue pas une prorogation unilatérale du for. En effet, il s'agit de fixer le for à titre universel, de façon à ce que, contrairement à la prorogation de for qui ne s'applique qu'entre les parties contractantes, le for élu soit applicable à toute personne ayant une prétention successorale¹⁴⁵.

Cependant, PIOTET distingue la fixation d'un for universel telle que décrite ci-dessus de l'élection du siège de l'arbitrage, prévue dans une clause testamentaire. En effet, il relève, à juste titre, que le Message relatif à la modification de la LDIP crée une confusion puisqu'il énonce que la clause unilatérale instituant l'arbitrage contenue dans le testament ne lie que les individus dont les rapports de droit sont créés par le testament, tandis que la fixation du for universelle lie toute personne ayant une prétention découlant de la succession¹⁴⁶.

Ainsi, lorsqu'une clause testamentaire impose l'arbitrage, un héritier institué ne pourra agir que par cette voie car il est lié par le testament, mais pas le créancier successoral puisque, si l'on considère la clause comme étant une charge au sens de l'art. 482 CC, elle ne peut être imposée qu'aux héritiers et aux légataires¹⁴⁷.

¹⁴² ATF 121 III 495, c. 6c.

¹⁴³ CR LDIP-TSCHANZ, N 2 *ad* art. 186.

¹⁴⁴ CR CPC-SCHWEIZER, N 6 *ad* art. 359.

¹⁴⁵ D.PIOTET, *Prorogation*, p. 99, N. 44.

¹⁴⁶ *Idem* ; FF 2018 7178 s.

¹⁴⁷ D.PIOTET, *Prorogation*, p. 111, N 78 ; CR CC II-BADDELEY, N 4 *ad* art. 482.

Lorsque nous sommes face à un arbitrage international au sens de l'art. 176 al. 1 LDIP, il est prévu, à l'art. 176 al. 3 LDIP, que les parties ou l'institution prévue par elles ou, à défaut, les arbitres déterminent le siège du tribunal arbitral. Ainsi, dans la mesure où la clause arbitrale consacrée dans le testament ne prévoit aucune institution d'arbitrage, les arbitres doivent déterminer le siège du tribunal. Toutefois, les arbitres sont également désignés par les parties. Dès lors que l'on se situe au début d'une succession, dans une situation relevant de la juridiction gracieuse, il n'y a pas encore de « parties » déterminées qui puissent désigner l(es) arbitre(s)¹⁴⁸.

L'art. 179 al. 2 et 3 LDIP offre la possibilité de saisir le juge du siège du tribunal arbitral, qui appliquera par analogie les règles du CPC relatives la nomination, la révocation ou le remplacement des arbitres, soit les art. 360 ss CPC. Ainsi, lorsque l'on se trouve face à une clause arbitrale ne prévoyant ni siège ni arbitre, bien que l'on puisse raisonnablement espérer du testateur souhaitant soumettre sa succession à l'arbitrage qu'il en prévoit le siège, l'art. 356 al 2 let. a CPC s'applique par renvoi de l'art. 362 al. 1 CPC. Cette disposition prévoit que le canton dans lequel se situe le siège du tribunal arbitral désigne un tribunal différent ou composé différemment afin qu'il nomme, destitue ou remplace des arbitres. En outre, le même tribunal ainsi désigné assiste le tribunal arbitral dans l'accomplissement de tout acte de procédure, en vertu de l'art. 356 al. 2 let. c CPC. Dans le canton de Vaud, il s'agit du Président du tribunal d'arrondissement, désigné par l'art. 47 al. 2 CDPJ. Cela étant, pour que l'on connaisse le droit cantonal applicable, le siège est déterminant et nécessaire. Ainsi, en présence d'une clause d'arbitrage lacunaire, l'art. 355 al. 2 CPC permet de donner la compétence au for ordinaire par défaut. L'art. 28 CPC s'appliquera alors, de sorte que le siège de l'arbitrage sera désignée au canton du dernier domicile du *de cuius*. En cas d'arbitrage international ou soumis à la LDIP, à défaut de siège établi ou si la clause arbitrale ne fait que désigner de manière générale la Suisse, le premier juge saisi sera compétent pour nommer les arbitres et constituer le tribunal arbitral, conformément à l'art. 179 al. 2 LDIP.

B. Le tribunal arbitral

1. La place de l'exécuteur testamentaire

Dans la mesure où le testateur nomme une personne de confiance afin d'assurer au mieux ses dernières volontés, il nous paraîtrait *a priori* logique que l'exécuteur testamentaire soit parfaitement indiqué afin de désigner le tribunal arbitral. En effet, ce dernier a une parfaite connaissance de la cause et a pour mission d'assurer l'exécution des dernières volontés du *de cuius*.

La problématique réside toutefois dans un conflit d'intérêt dans la mesure où le tribunal arbitral devra assumer la surveillance de l'exécuteur.

En effet, si l'on admet que la surveillance de l'exécuteur testamentaire puisse être soumise à une procédure arbitrale, celui-ci devra nommé et être surveillé par les mêmes arbitres. Pour cela, la désignation de l'exécuteur testamentaire comme arbitre unique apparaît fortement contre-indiquée. En effet, il convient d'examiner dans quelle mesure cela entre dans le champ d'application des motifs de récusation d'un arbitre au sens de l'art. 367 CPC, qui prescrit, à son al. 1 let. c, qu'un arbitre peut être récusé en cas de doutes légitime sur son indépendance ou son impartialité. La jurisprudence du TF rappelle que l'arbitre, qu'il soit unique, de partie ou président du tribunal arbitral, doit présenter les mêmes garanties d'indépendance et

¹⁴⁸ Cf. *supra* II. C. 1.

d'impartialité qu'un juge étatique et renvoie pour ce faire aux développements constitutionnels relatifs tribunaux étatiques¹⁴⁹.

Cependant, le TF précise également qu'il faut tenir compte de la particularité du milieu de l'arbitrage, qui, du fait de son étroitesse, met finalement en relation les mêmes professionnels, qui peuvent endosser tantôt le rôle de conseil, tantôt celui d'arbitre, de sorte à ce qu'après des années de pratiques, il est inévitable qu'ils collaborent dans d'autres arbitrages avec d'autres conseils ou collègues en endossant d'autres rôles et que, de ce fait, le TF n'en retient pas nécessairement une perte d'indépendance¹⁵⁰.

En revanche, le conflit d'intérêts que représenterait la situation dans laquelle l'exécuteur testamentaire serait nommé comme arbitre unique ne peut, à notre avis, être admise sous cet angle. En effet, il ne s'agit pas du cas où il connaîtrait déjà les parties et aurait potentiellement une idée préconçue de l'affaire (qui apparaît toutefois assez évident mais qui demeure supportable selon le point de vue du TF, considérant l'étroitesse du milieu de l'arbitrage), mais surtout du cas où le litige porterait sur sa propre capacité d'endosser la mission d'exécuteur testamentaire et la surveillance de celle-ci par le tribunal arbitral, composé de lui-même comme juge unique. Ainsi, cela ne paraît pas supportable sous l'angle des garanties d'impartialité et d'indépendance et ne doit dès lors pas être considéré comme étant acceptable. Il est intéressant de relever à ce propos que la *Bundesgerichtshof* s'est positionnée sur la question et a tranché qu'il n'est effectivement pas admissible de se trouver dans une situation dans laquelle l'exécuteur testamentaire statue en tant que juge unique, la Cour suprême allemande a, en outre, précisé qu'en cas de tribunal composé de plusieurs arbitres dont ferait partie l'exécuteur testamentaire, ce dernier se doit de se récuser pour motif de partialité¹⁵¹.

Au vu de ces développements, y compris celui selon lequel la surveillance de l'exécuteur testamentaire n'est pas à la libre disposition du testateur et ressort du droit public, une telle surveillance ne peut être exercée par le tribunal arbitral, si ce n'est, éventuellement, sous l'angle de l'art. 110 CDPJ. Toutefois, dans ce dernier cas, cela sort du cadre de l'arbitrage prévu par une clause testamentaire et ressort du domaine de l'arbitrage de droit public.

2. La place de l'État

La présente étude se concentrant sur l'admissibilité de l'arbitrage en procédure gracieuse successorale et cette dernière ayant pour caractéristique d'avoir, d'un côté, l'État et, de l'autre, les personnes intéressées à une prétention gracieuse, il convient dès lors de s'intéresser au rôle que peut jouer l'État dans le cas d'un arbitrage s'étendant aux actes relevant de la procédure gracieuse, notamment en ce qui concerne l'établissement du tribunal arbitral et les mesures que ce dernier peut prendre.

Comme déjà évoqué, l'art. 54 Tit. fin CC permet aux cantons de désigner l'autorité compétente, soit comme étant une autorité judiciaire, soit administrative, lorsque le CC fait mention de « l'autorité compétente », mais sans mentionner expressément de laquelle il s'agit. Ainsi, le siège de l'arbitrage aura toute son importance puisque c'est uniquement si le droit cantonal désigne une autorité judiciaire que le CPC pourra s'appliquer, à titre de droit cantonal supplétif lorsque cela est prévu, et permettre d'envisager l'admissibilité de l'arbitrage pour la procédure

¹⁴⁹ ATF 136 III 605, c. 3.2.1 et les références citées.

¹⁵⁰ ATF 129 III 445; CR CPC-SCHWEIZER, N 12 *ad* art. 367.

¹⁵¹ REIMANN, p. 18.

gracieuse¹⁵². Cela étant, se poseraient des soucis d'uniformité en fonction du siège arbitrale désigné, puisque l'arbitrage serait admis ou non en fonction du canton dans lequel le siège se trouve. Or, nous l'avons vu, en l'absence de siège désigné par la clause arbitrale, le dernier domicile du *de cuius* est déterminant ou, en cas d'arbitrage soumis à la LDIP, le lieu du premier juge saisi, de sorte que l'admissibilité de l'arbitrage serait aléatoire en fonction des circonstances, ce qui complexifie d'autant plus la valabilité de la clause unilatérale arbitrale, en raison de l'insécurité qu'elle peut engendrer lors qu'elle est lacunaire.

Compte tenu du fait qu'il n'est, en général, pas évident d'établir avec exactitude qui sera intéressé de requérir tel ou tel acte relevant de la juridiction gracieuse, et, en l'absence de précision dans la clause testamentaire, nous sommes d'avis que le tribunal arbitral devra être nommé par l'autorité, en vertu de l'art. 362 CPC¹⁵³. En effet, certains actes requièrent que l'autorité doive intervenir d'office, sans qu'une requête ne soit nécessaire. Ainsi, un tribunal arbitral ne peut pas être constitué « d'office » sans que les parties ou qu'une autorité ne nomme d'arbitre.

Aussi, il convient de rappeler que l'art. 183 LDIP permet au tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisionnelles ou conservatoires à la demande d'une partie et, afin d'y parvenir, il peut demander le concours du juge compétent. Ainsi, dès lors que les mesures énoncées à l'art. 551 CC sont considérées comme des mesures conservatoires du fait qu'elles sont prises spécifiquement dans le but de sauvegarder les intérêts en jeu et d'assurer le transfert de la succession¹⁵⁴, elles peuvent, sous l'angle de l'art. 183 LDIP, être ordonnées par le tribunal arbitral, éventuellement avec le concours du juge compétent lorsque requête en est faite.

En revanche, qu'en est-il de la force exécutoire d'une sentence délivrée par un tribunal arbitral ? Prenons l'exemple du certificat d'héritiers, qui permet de se légitimer auprès d'autorités ou d'autres intéressés, doit-il nécessairement être délivré par l'autorité désignée par le droit cantonal afin d'avoir une force exécutoire et de déployer ses effets ?

En effet, bien que la décision gracieuse se distingue de la décision contentieuse grâce au critère de l'autorité de la chose jugée, elle n'en demeure pas moins dénuée de force exécutoire¹⁵⁵. L'art. 193 LDIP prévoit, en cas d'arbitrage international, la possibilité à une partie qui en fait la requête, que le tribunal suisse du siège du tribunal arbitral certifie que la sentence est exécutoire. La sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage interne est, quant à elle, immédiatement exécutoire en vertu de l'art. 387 CPC. Dès lors, nous pouvons très bien imaginer, par exemple, l'héritier qui, par voie arbitrale, demande un certificat d'héritier dont la certification pourra être requise par la suite auprès du juge du siège du tribunal arbitral, qui, en l'absence de disposition cantonale spécifique, sera l'autorité désignée en vertu de l'art. 356 al. 1 CPC¹⁵⁶. En outre, le droit cantonal vaudois ne contient pas de disposition spécifique en matière d'arbitrage international, partant, l'autorité du canton de Vaud compétente pour statuer en application de l'art. 356 al. 1 CPC est le Tribunal cantonal en vertu de l'art. 47 CDPJ. Pour les décisions rendues en application de l'art. 356 CPC, le recours est ouvert devant le TF¹⁵⁷.

¹⁵² Cf. *supra* III.

¹⁵³ Cf. *supra* IV. A. 2.

¹⁵⁴ CR CC II-MEIER/REYMOND-ENIAEVA, N 1 *ad* art. 551.

¹⁵⁵ JdT 1992 III 7, c. 2.

¹⁵⁶ CR LDIP-Bucher, N 1 *ad* art. 193.

¹⁵⁷ ATF 142 III 230 ; ATF 141 III 444.

S'agissant de l'arbitrage interne, l'art. 387 CPC permet à la sentence de déployer ses pleins effets immédiatement dès sa communication aux parties par le tribunal ou l'organe judiciaire de notification, à la manière d'une décision entrée en force et exécutoire¹⁵⁸.

Dès lors, ce n'est pas parce que l'arbitrage est choisi en lieu et place des voies judiciaires ordinaires que l'État n'a plus de rôle à jouer. En effet, l'autorité désignée par le droit cantonal en vertu de l'art. 362 CPC peut nommer le tribunal arbitral, qui pourra par la suite collaborer étroitement avec elle, notamment afin de l'assister s'agissant des actes relevant de la juridiction gracieuse, habituellement de la compétence d'une autorité étatique.

C. Les voies de recours contre la sentence arbitrale gracieuse

Dans la mesure où l'on admet l'admissibilité de l'arbitrage s'agissant d'actes relevant de la juridiction gracieuse, il convient d'examiner si, et sous quel angle, la sentence ainsi délivrée pourra faire l'objet d'un recours, la procédure qui s'appliquera, et les différentes voies de droit qui peuvent lui être ouvertes. Il convient à ce propos de préciser qu'en cas d'arbitrage international, ce n'est que lorsque le siège du tribunal arbitral est situé en Suisse que la *lex arbitri* suisse s'applique et offre la voie de recours selon les art. 389 ss CPC ou 190 ss LDIP. Tandis que, lorsque le siège du tribunal se situe à l'étranger, il s'agit du droit de l'État étranger dans lequel est situé le siège qui s'appliquera aux voies de recours¹⁵⁹.

1. L'objet du recours

Premièrement, la question se pose de la qualification de la sentence arbitrale concernant les actes relevant de la juridiction gracieuse, doit-elle être considérée comme étant une sentence incidente ou finale ?

La notion de décision finale est consacrée tant à l'art. 236 al. 1 CPC qu'à l'art. 90 LTF et est considérée comme étant la décision mettant fin au procès, de sorte qu'elle règle complètement et définitivement la demande pendante, qu'il s'agisse d'une décision rendue au fond ou d'une décision d'irrecevabilité¹⁶⁰. La notion de décision finale en matière civile au sens de la LTF couvre désormais tant l'aspect sur le fond du litige que procédural, de sorte qu'elle rejoint les notions de décision finale de droit public et de droit administratif, contrairement à ce que prévoyait l'art. 48 OJ¹⁶¹, qui ne considérait comme décision finale que les décisions réglant définitivement la demande au fond¹⁶².

La décision est partielle lorsqu'elle règle définitivement le sort de certaines des prétentions en cause ou qu'elle termine l'instance seulement à l'égard de certaines des parties à la cause, conformément aux art. 90 let. a et 91 let. b LTF.

Ainsi, les décisions qui ne sont ni finales ni partielles d'après ces critères sont des décisions incidentes, il s'agit notamment des prononcés par lesquels l'autorité règle préalablement et séparément une question juridique qui sera déterminante pour l'issue de la cause¹⁶³. En outre, une décision préjudicielle ou incidente est prise au cours de la procédure et ne représente qu'une

¹⁵⁸ CR CPC-SCHWEIZER, N 1 *ad* art. 387.

¹⁵⁹ GÖSKU, p. 620, N 2027.

¹⁶⁰ FF 2006 6951.

¹⁶¹ Loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire ; RO 60 269.

¹⁶² FF 2001 4921.

¹⁶³ ATF 142 II 20, c. 1.2 ; ATF 142 III 653, c. 1.1.

étape vers la décision finale sans toutefois terminer la procédure, elle peut avoir pour objet une question formelle ou matérielle, jugée préalablement à la décision finale¹⁶⁴.

Si l'on se tient au raisonnement selon lequel les décisions gracieuses peuvent être considérées comme s'apparentant à une question préjudicielle à traiter par le juge, respectivement l(es) arbitre(s), avant de procéder au fond, il devra s'agir d'une décision incidente. En effet, il faut entendre par décision incidente, dont le terme légal est générique et couvre également la notion de question préjudicielle, celle qui, sans mettre fin à la procédure, tranche une question qui doit être réglée au préalable avant de pouvoir examiner le fond, cette question peut relever du droit matériel ou du droit de procédure¹⁶⁵.

S'agissant des décisions incidentes, le TF a confirmé que le juge n'avait pas à statuer sur une question préjudicielle dans le dispositif de son jugement et que, si, par erreur, il le fait, ce point ne participe pas à l'autorité de la chose jugée¹⁶⁶. On peut également rapprocher cela avec le critère de l'autorité de la chose jugée déterminant qui permet d'évaluer s'il s'agit d'une procédure contentieuse ou gracieuse. En effet, l'autorité de la chose jugée est inexistante tant pour les décisions rendues en procédure gracieuse que pour la question préjudicielle, ce qui permet de considérer la requête gracieuse, lorsqu'elle sert à la résolution d'un litige au fond, comme une question préjudicielle.

En vertu de l'art. 77 al. 1 LTF, le recours en matière civile est recevable devant le TF contre les décisions de tribunaux arbitraux selon les conditions fixées aux art. 190 à 192 LDIP s'agissant d'arbitrage international, et celles fixées aux art. 389 à 385 CPC. Dès lors, le recours est ouvert qu'il s'agisse d'une sentence finale, partielle ou incidente, en vertu de l'art. 392 CPC.

La loi précise en outre que les articles relatifs à la recevabilité du recours, selon qu'il s'agisse d'une décision finale ou partielle (art. 90 ss LTF), ne sont pas applicables en vertu de l'art. 77 al. 2 LTF. En outre, ne sont pas susceptibles de recours les décisions qui, entres autres, ordonnent une avance de frais, celles qui suspendent momentanément la procédure, celles qui ordonnent des mesures provisionnelles ou des mesures conservatoire¹⁶⁷. Aussi, la décision qui causerait un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 LTF ne pourrait être revue par le TF dans le cadre d'un recours contre une sentence arbitrale car, bien que l'on puisse argumenter le contraire selon une interprétation systématique de la loi, la procédure de recours est régie par la LDIP qui fait office de *lex specialis* à cet égard et prime la LTF¹⁶⁸.

2. La rectification de la décision

D'une manière générale, pour ce qui est de la décision rendue à l'issue d'une procédure gracieuse, nous pouvons nous référer à l'art. 256 al. 2 CPC, qui préconise qu'« une décision prise dans une procédure relevant de la juridiction gracieuse qui s'avère ultérieurement être incorrecte peut être, d'office ou sur requête, annulée ou modifiée, à moins que la loi ou la sécurité du droit ne s'y opposent ».

Ainsi, cette disposition offre, en procédure ordinaire, une possibilité facilitée de rectification, sans avoir à procéder par les voies de droit habituelles, dans la mesure où la rectification ne

¹⁶⁴ ATF 133 III 629, c. 2.2 et les références citées ; PC CPC-GÖSKU, N 3 *ad* art. 383.

¹⁶⁵ ATF 130 III 76, c. 3.1.3 ; ATF 142 III 248, c. 1.1.

¹⁶⁶ ATF 103 II 155, c. 2 ; TF 4A_545/2014 du 10 avril 2015, c. 2.3.

¹⁶⁷ CLTF-CORBOZ, N 54a *ad* art. 77.

¹⁶⁸ ATF 130 III 76, c. 4.2.

concerne qu'une décision qui, rétrospectivement, s'est révélée incorrecte¹⁶⁹. Toutefois, cette rectification, qui peut avoir lieu d'office ou sur requête, est limitée par les principes de bonne foi et de sécurité du droit dans la mesure où la rectification prononcée d'office ne doit se faire que lorsque la confiance placée par un justiciable dans une décision rendue en sa faveur n'est pas digne d'être protégée¹⁷⁰. En revanche, BOHNET est assez critique quant à une telle possibilité facilitée et est d'avis qu'il aurait été préférable de laisser à la pratique le soin de déterminer dans quels cas une telle décision peut être modifiée, éventuellement annulée, sans avoir à recourir aux voies de droit habituelles¹⁷¹.

A ce propos, PIOTET démontre qu'il doit être donné à l'art. 256 al. 2 CPC une portée propre. En effet, il faut interpréter la disposition non seulement en lien avec l'autorité matérielle de chose jugée, dans le sens qu'il s'agirait d'un critère déterminant pour établir qu'une décision relève de la juridiction gracieuse, mais aussi en lien avec la voie de droit découlant du droit matériel qui permet de remettre en cause la décision rendue au moyen de la rectification¹⁷².

Cela étant, dans la mesure où l'on admettrait que l'arbitrage puisse s'appliquer à la procédure gracieuse, dans la mesure où une sentence est rendue à titre préjudiciel, il s'agira d'examiner les voies de droit sous l'angle des art. 381 ss CPC, respectivement 190 ss LDIP.

3. Les voies de droit

Bien que la voie de l'arbitrage implique et présente l'avantage d'écarter la juridiction étatique, afin de pouvoir assimiler les sentences à des décisions issues de tribunaux étatiques, le respect de certaines garanties minimales reste de mise et doit se faire par le biais d'un contrôle (limité) étatique. Les voies de recours, dont l'admission est limitée aux griefs prescrits, représentent l'assurance de ces garanties minimales¹⁷³.

La limitation des voies de droit est critiquée du fait qu'elle est considéré comme portant atteinte à la protection juridique matérielle. En effet, pour certains, la limitation des griefs invocables, ajoutée à la restriction du TF quant à son pouvoir de cognition, représentent une menace pour la sécurité du droit, mais également pour la place arbitrale suisse, du fait que l'impartialité et l'indépendance des tribunaux arbitraux pourraient devenir douteuse et l'issue des litiges aléatoires par le manque de jurisprudence en la matière¹⁷⁴. D'un autre côté, les États qui permettent un pouvoir de cognition plus élargi au juge compétent pour revoir les sentences risque de résulter en un nombre trop important de sentences annulées¹⁷⁵.

L'influence que peut avoir le disposant sur l'organisation des voies de droit peut s'exercer par le biais de l'*opting-out* et ainsi choisir le régime plus favorable consacré par le CPC ou *a contrario* celui plus restrictif de la LDIP. En outre, il peut également faire le choix de renoncer aux voies de recours par application de l'art. 192 LDIP ou encore choisir le tribunal cantonal comme instance supérieure unique grâce à l'art. 390 CPC.

¹⁶⁹ PC CPC-DELABAY, 13 *ad* art. 256.

¹⁷⁰ *Idem*.

¹⁷¹ CR CPC-BOHNET, N 12 *ad* art. 256.

¹⁷² D.PIOTET, *La juridiction gracieuse*, p. 261.

¹⁷³ GÖSKU, p. 606, N 1978.

¹⁷⁴ LALIVE, p. 733 s. et les références citées.

¹⁷⁵ GÖSKU, p. 606 s., N 1980.

a) La demande en rectification, interprétation et complément de la sentence au tribunal arbitral

Consacrés à l'art. 388 CPC, la rectification, l'interprétation ou le complément de la sentence peuvent être demandés par n'importe quelle partie à la procédure, qu'il s'agisse du demandeur, du défendeur ou encore des parties accessoires, telles que les intervenants ou appelés en cause¹⁷⁶. Il s'agit de modifier une erreur de plume, d'interpréter certains passages de la sentence ou encore de corriger une omission de statuer, sans pour autant remettre en question l'autorité de la sentence, contrairement à la révision, prescrite à l'art. 396 CPC¹⁷⁷.

Cette voie permet de s'adresser directement à l'auteur de la décision, le mieux à même à répondre à la demande et corriger ses erreurs commises par inadvertance¹⁷⁸. Une sentence additionnelle est rendue en cas de demande de complément, du fait que le tribunal arbitral a omis de trancher une question, tandis que l'interprétation et la rectification modifient directement la sentence émise¹⁷⁹. La demande, lorsqu'elle a pour objet le fond du litige, doit avoir lieu dans les 30 jours à compter de découverte de l'erreur, des passages à interpréter ou des compléments à apporter mais au plus tard une année après la notification de la sentence, conformément à l'art. 388 al. 2 CPC. Cela ne s'applique pas à la sentence préjudicielle rendue en matière gracieuse du fait que cette dernière n'acquière pas l'autorité matérielle de chose jugée.

Cela étant, en matière de certificat d'héritier ou d'inventaire officiel, le TF admet qu'en tant qu'acte de légitimation provisoire, le certificat d'héritier est modifiable en tout temps et peut notamment être retiré d'office par l'autorité qui l'a délivré et remplacé par un nouveau document corrigé, de sorte que l'art. 388 CPC ne s'applique pas en la matière¹⁸⁰. De même l'inventaire officiel ou la requête d'inventaire se font indépendamment de la procédure déjà en cours et peuvent alors être ordonnés indépendamment d'une demande en rectification à la suite d'une sentence.

b) Le recours devant le Tribunal fédéral

i. Selon le CPC

Lorsque nous nous trouvons en situation d'arbitrage interne (ou international lorsque la clause consacre un *opting-out* et que le disposant choisi le CPC comme loi applicable), le recours est régi par l'art. 389 CPC, qui dispose que « la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral » et que la procédure est régie par la LTF, par renvoi de l'art. 389 al. 2 CPC, de sorte que le Tribunal fédéral constitue l'instance de recours « par défaut » pour statuer sur les sentences arbitrales¹⁸¹.

Le fait de déterminer si et dans quelle mesure une sentence arbitrale est susceptible de recours devant le TF relève exclusivement du droit de l'arbitrage consacré au chapitre 12 LDIP et à la troisième partie du CPC, les griefs invocables étant limités à ce que ces dispositions prescrivent. Ainsi, dès lors que l'on considère qu'une mesure gracieuse puisse être assimilée à une question

¹⁷⁶ CR CPC-SCHWEIZER, N 5 *ad* art. 388.

¹⁷⁷ CR CPC-SCHWEIZER, N 4 *ad* art. 388.

¹⁷⁸ PC CPC-GÖSKU, N 1 *ad* art. 388.

¹⁷⁹ PC CPC-GÖSKU, N 6 *ad* art. 388.

¹⁸⁰ TF 5A_255/2011 du 13 septembre 2011, c. 5 ; TF 5P.17/2005 du 7 mars 2005, c. 3.

¹⁸¹ CR CPC-SCHWEIZER, N 1 *ad* art. 389.

préjudicielle, au sens de la LTF, dont découle une sentence incidente, les griefs invocables sont ceux prescrits à l'art. 393 let. a et b CPC, par renvoi de l'art. 383 CPC, soit lorsque le tribunal est composé irrégulièrement ou lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré, à tort, compétent ou incompétent.

En outre, la qualité de partie est donnée pour autant que la personne qui forme un recours en matière civile ait pris part à la procédure devant l'autorité précédente, peu importe qu'il s'agisse d'une partie principale ou accessoire, ou a été privée de la possibilité de le faire et qu'elle soit particulièrement touchée par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification, ces conditions étant cumulatives, conformément à l'art. 76 LTF. En outre, est considéré comme prenant part à la procédure le requérant, pour ce qui relève de la procédure gracieuse¹⁸².

S'agissant du tiers non partie, non requérant en première instance, il peut intervenir à titre accessoire « en tout temps », selon l'art. 74 CPC, de sorte qu'il peut requérir son intervention accessoire devant l'autorité de recours, dans le cas toutefois limité du soutien de la conclusion de la partie principale. Toutefois, si l'autorité devant laquelle le recours est formé est le TF, seuls les personnes ayant pris part à la procédure devant l'autorité cantonale ont la qualité de partie au recours devant le TF, selon l'art. 76 al. 1 LTF¹⁸³. Ainsi, le tiers non partie, non requérant en première instance ne peut pas requérir une intervention accessoire lors du recours devant le TF s'il ne l'a pas fait devant l'instance inférieure. En matière de juridiction gracieuse toutefois, il faudra écarter l'application de l'art. 74 LTF, du fait qu'il doit être concilié avec l'art. 76 LTF, alors même qu'il y déroge, et qu'il exclut les formes d'interventions classiques de parties à l'instance gracieuse¹⁸⁴.

Le recours devant le TF contre une sentence arbitrale ayant pour caractéristique d'être cassatoire, l'autorité suprême peut également choisir de renvoyer la sentence au tribunal arbitral en lui impartissant un délai afin qu'elle soit complétée ou rectifiée, en vertu de l'art. 394 CPC, faute de quoi, elle annulera la sentence en cas d'admission du recours, conformément à l'art. 395 al. 1 CPC¹⁸⁵.

ii. Selon la LDIP

Nous rappelons que la LDIP s'applique en cas d'arbitrage international mais également dans le cas d'un arbitrage interne (par *opting-out*). L'art. 191 LDIP prévoit que la procédure de recours n'est ouverte que devant le TF et qu'elle est régie par l'art. 77 LTF, de sorte à ce que, sans grande surprise, il s'agisse également du recours en matière civile.

L'acte attaqué devant le TF peut être une sentence finale, qui met un terme à l'instance arbitrale pour un motif de fond ou de procédure, une sentence partielle, qui porte sur une partie quantitativement limitée d'une prétention litigieuse ou sur l'une des diverses prétentions en cause ou encore qui met fin à la procédure à l'égard d'une partie des consorts, voire une sentence préjudicielle ou incidente, qui règle une ou plusieurs questions préalables de fond ou de procédure¹⁸⁶.

¹⁸² CLTF-CORBOZ, N 8 *ad* art. 76.

¹⁸³ ATF 142 III 40, c. 3.3.1.

¹⁸⁴ D.PIOTET, *La juridiction gracieuse*, p. 268 s.

¹⁸⁵ CR CPC-SCHWEIZER, N 7 *ad* art. 395.

¹⁸⁶ ATF 140 III 520, c. 2.2.1.

S'agissant du recours ayant pour objet une sentence préjudicielle, les griefs invocables sont ceux décrits à l'art. 190 al. 2 let. a et b LDIP, prescrits par l'art. 190 al. 3 LDIP, soit, de manière similaire à ce qui est prescrit par le CPC, lorsque le tribunal est composé irrégulièrement ou lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent.

L'art. 190 al. 4 LDIP prévoit un délai de recours de 30 jours à compter de la communication de la sentence.

En outre, l'art. 192 LDIP permet de renoncer à tout recours, mais une telle solution n'est possible qu'à la condition *sine qua non* qu'aucune partie n'ait son domicile, son siège ou un établissement en Suisse, de sorte qu'il n'est pas possible d'y renoncer en cas d'arbitrage interne¹⁸⁷.

c) Le recours devant un tribunal cantonal

Contrairement à la LDIP, le CPC permet de prévoir que le recours soit ouvert devant le tribunal supérieur désigné par le canton, conformément à l'art. 356 al. 1 CPC, qui statue en instance unique et de manière définitive, en vertu de l'art. 390 al. 1 CPC. Dans le canton de Vaud, l'autorité désignée pour statuer en instance unique sur les recours est le Tribunal cantonal, conformément à l'art. 47 al. 1 CDPJ. Toutefois, ces dispositions s'appliqueront aux sentences ayant pour objet la demande au fond. En effet, puisque la sentence gracieuse est rendue à titre préjudicielle, elle fera l'objet d'un recours séparé. En outre, l'art. 109 CDPJ prévoit que « le recours limité au droit n'est ouvert contre les décisions incidentes ou d'instruction que dans les cas où le recours au Tribunal fédéral est ouvert ». Cela étant, l'art. 110 CDPJ prévoit que le recours contre une sentence arbitrale en matière de droit public relève de la compétence exclusive du Tribunal cantonal .

D'un point de vue formel, la prorogation en vertu du tribunal cantonal présuppose une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure. La forme écrite ou la preuve textuelle ne sont pas exigées, uniquement dans la mesure où une telle volonté ne figure pas elle-même dans la convention ou la clause d'arbitrage, qui requièrent la forme écrite¹⁸⁸.

S'agissant de la procédure devant le tribunal cantonal, elle est réglée par les art. 319 à 327 CPC, soit les dispositions régissant les voies de recours habituelles lorsque l'on se situe en procédure civile. Il s'agit de l'expression du principe de la *lex fori processualis*, selon lequel le tribunal applique son propre droit de procédure¹⁸⁹. En revanche, les art. 389 ss CPC priment tout de même. En effet, l'art. 390 al. 2 CPC prévoit, *a contrario*, que les dispositions du chapitre du recours en matière d'arbitrage s'appliquent lorsqu'elles dérogent aux art. 319 ss CPC. Dès lors, les motifs de recours sont ceux prescrits à l'art. 393 CPC, soit l'irrégularité du tribunal arbitral (let. a), son incompétence ou sa compétence (let. b), la sentence prononcée *ultra* ou *infra petita* (let. c), la violation du droit d'être entendu en procédure contradictoire (let. d), l'arbitraire (let. e) ou encore la contestation des honoraires des arbitres fixées par le tribunal arbitral (let. f). Nous rappelons ici qu'un recours ne peut être interjeté contre une sentence incidente qu'aux motifs des let. a ou b de la présente disposition, en vertu de l'art. 392 let. b CPC. Le délai pour

¹⁸⁷ CR CPC-SCHWEIZER, N 5 *ad* art. 389.

¹⁸⁸ GÖSKU, p. 616, N 2008 ; Cf. *supra*, III. A.

¹⁸⁹ GÖSKU, p. 616, N 2008.

introduire le recours est de 30 jours, conformément à l'art. 321 al. 1 CPC, par renvoi de l'art. 390 al. 2 CPC.

En outre, la convention d'arbitrage, respectivement la clause unilatérale instaurant la procédure d'arbitrage, peut exiger plusieurs voies de droit avant de pouvoir présenter un recours devant une autorité étatique. En effet, l'art. 391 CPC prévoit que « le recours n'est recevable qu'après épuisement des voies de recours arbitrales prévues dans la convention d'arbitrage ». La sentence contre laquelle sera interjeté le recours devant le TF, ou le tribunal cantonal selon si la clause désigne celui-ci comme instance judiciaire de recours, sera la sentence rendue en dernière instance arbitrale, de sorte que la procédure devant la première instance et la deuxième instance arbitrales forment une unité¹⁹⁰.

En revanche, bien que cela puisse être indiqué pour certaines procédures arbitrales institutionnelles et plus spécifiquement en matière de droit du sport, cela ne paraît pas être la solution la plus intéressante s'agissant de la procédure en matière successorale, compte tenu de la lenteur et des coûts engendrés par une tel choix¹⁹¹. En outre, la LDIP ne prévoit pas une telle possibilité de prorogation d'instance.

d) La révision

La révision peut être définie comme étant « *une voie de recours extraordinaire et qui vise à corriger une décision entrée en force suite à la découverte, après coup, de nouveaux faits ou moyens de preuve ou de l'influence qu'a pu avoir une infraction pénal* »¹⁹².

En effet, l'art. 396 al. 1 CPC prévoit qu'une partie peut demander au tribunal compétent en vertu de l'art. 356 al. 1 CPC, la révision de la sentence entrée en force aux motifs que a) elle découvre après coup des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants qu'elle n'a pu invoquer dans la procédure précédente, à l'exclusion des faits ou moyens de preuve postérieurs à la sentence ; b) une procédure pénale établit que la sentence a été influencée au préjudice du recourant par un crime ou un délit, même si aucune condamnation n'est intervenue ; si l'action pénale n'est pas possible, la preuve peut être administrée d'une autre manière ; c) elle fait valoir que le désistement d'action, l'acquiescement ou la transaction judiciaire n'est pas valable ou encore d) lorsqu'il existait un motif de récusation de l'arbitre au sens de l'art. 367 al. 1 CPC, que ce dernier n'a été découvert qu'après la clôture de la procédure et qu'il n'y a plus de voie de droit qui soit ouverte.

En matière d'arbitrage international, il est intéressant de relever que ce n'est qu'à partir de l'entrée en vigueur de sa modification, le 1^{er} janvier 2021, que la LDIP prévoit les motifs permettant la révision de la sentence. En effet, ceux-ci se basent sur une doctrine et une jurisprudence constante et sont désormais consacrés à l'art. 190a al. 1 LDIP¹⁹³. Il s'agit des mêmes motifs que ceux énoncés dans la disposition régissant l'arbitrage interne, à l'exception de l'art. 396 al. 1 let. c CPC. La révision peut être demandée dans un délai relatif de 90 jours et absolu de 10 ans, conformément à l'art. 190 al. 2 LDIP, de même qu'en arbitrage interne, selon l'art. 397 CPC.

¹⁹⁰ PC CPC-GÖSKU, N 1 et 6 *ad* art. 391.

¹⁹¹ CR CPC-SCHWEIZER, N 8 *ad* art. 391.

¹⁹² FF 2018 7189.

¹⁹³ *Idem*.

L'objet de la révision concerne tant les sentences finales que préjudicielles, dans la mesure où il ne s'agit pas de simples ordonnances réglant l'organisation de la procédure¹⁹⁴.

En outre, la révision pour le motif qu'une partie ne découvre qu'après coup des faits ou moyens de preuve qui auraient permis d'en arriver à une autre sentence n'est admise que de manière restrictive. En effet, cette découverte ne doit porter que sur des faits antérieurs à la décision (faux *novas*) et la partie qui les invoque doit avoir fait preuve de toute la diligence requise, de sorte que la révision ne permette pas à corriger de simples omissions qui auraient pu être évitées si des recherches avaient été dûment effectuées à l'occasion de la procédure antérieure¹⁹⁵.

Toutefois, la révision selon le CPC ne peut être appliquée s'agissant de la procédure gracieuse, du fait de l'absence d'autorité de la chose jugée, en effet la révision ne peut s'opérer que sur une décision entrée en force, conformément à l'art. 328 CPC. C'est pour cela que la sentence gracieuse ne peut être revue que sous l'angle de la rectification.

Ainsi, nous avons pu aborder plusieurs thématiques à l'occasion de l'analyse de la procédure qui s'appliquerait aux actes relevant de la juridiction gracieuse dans le cas où ceux-ci seraient soumis à l'arbitrage. En effet, nous avons pu constater que la procédure gracieuse, lorsqu'elle est en rapport avec une action au fond, peut être considérée comme s'apparentant à une question préjudicielle, laquelle est arbitrale. Partant, la sentence arbitrale issue de la question préjudicielle à propos d'un acte relevant de la juridiction gracieuse peut faire l'objet d'un recours directement devant le TF, les griefs invocables étant limités à la question de la compétence du tribunal arbitral ou encore de sa composition. La sentence peut également faire l'objet d'une rectification.

¹⁹⁴ PC CPC-GöSKU, N 2 *ad art.* 396.

¹⁹⁵ PC CPC-GöSKU, N 8 *ss ad art.* 396.

Conclusion

L'arbitrage a pour avantage la célérité de la procédure et le désengorgement des tribunaux. Les successions sont souvent sujettes à des procédures très longues qui, *in fine*, deviennent coûteuses, sans parler encore du poids émotionnel que celles-ci peuvent engendrer. Dès lors, l'arbitrage offre une bonne alternative à la procédure devant les juridictions étatiques et il convenait d'examiner dans la présente étude si la procédure gracieuse pouvait se dérouler devant un tribunal arbitral, en lieu et place d'une autorité étatique.

Au cours de notre analyse, nous avons pu nous confronter à de nombreux obstacles et, malgré notre optimisme à l'égard de l'institution de l'arbitrage, nous parvenons à la conclusion que nous ne pouvons admettre que de manière très restrictive que les actes relevant de la juridiction gracieuse puissent être soumis à l'arbitrage.

En effet, parmi les divers obstacles rencontrés, nous pouvons citer la solution de la LDIP, qui se contente d'une application par analogie inadaptée à la procédure gracieuse dans le cadre d'une cause internationale ; le fait que la volonté de soumettre la cause à l'arbitrage ne peut être considérée que sur la base d'une prétention litigieuse, du moins à disposition des parties ; l'incapacité de déterminer avec précision les potentiels intervenants et intéressés à la procédure gracieuse successorale, qui ne peut être considéré dans l'étendue du mandat conclu par le tribunal arbitral ; la situation de concours qui résulte de la sentence gracieuse, permettant, en fonction de son objet et en l'absence d'autorité de chose jugée, de pouvoir agir à l'issue de celle-ci ainsi que l'absence de toute disposition légale prévoyant une telle situation. Le nombre de difficultés rencontrées nous mènent à penser que notre système juridique n'est pas réfléchi de manière à pouvoir admettre un arbitrage qui couvrirait les prétentions gracieuses.

En revanche, nous sommes d'avis que, si l'arbitrage doit couvrir la procédure gracieuse, il pourra s'agir d'une question que le tribunal tranchera à titre préjudiciel afin de lui permettre de procéder à la résolution du litige au fond, lui-même arbitral, sous réserve des conditions déjà citées.

Ainsi, nous avons tenté de soulever les différentes controverses doctrinales et de parvenir à une solution qui pourrait éventuellement s'appliquer. La jurisprudence n'a, à notre connaissance, pas encore été confrontée à un tel cas et il serait intéressant de voir ce qu'elle trancherait. Enfin, l'issue de la procédure de consultation relative à l'AP-Trust devraient pouvoir nous éclairer s'agissant de la possibilité de soumettre à l'arbitrage les mesures relevant de la juridiction gracieuse relative au trust.