

DENIS PIOTET

Avocat, Docteur en droit
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Lausanne

RAPPORT

adressé à

L'OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE

sur la révision du Livre Troisième du Code civil suisse,
« Des successions » ensuite de l'adoption par les Chambres
fédérales de la motion Gutzwiller 10.3524

par

Denis PIOTET

Professeur à la Faculté de droit et des sciences criminelles
de l'Université de Lausanne

Table des matières

I. Objet et conception du rapport.....	3
I/1 Mandat fédéral.....	3
I/2 Choix en résultant	4
I/3 Les compléments à envisager	4
I/4 Conception du présent rapport	6
II. Les grandes thématiques.....	8
II/1 Droit successoral et prévoyance professionnelle.....	8
II/1.1 <i>Champs d'applications respectifs.....</i>	<i>8</i>
II/1.2 <i>Appréciation des conséquences pratiques.....</i>	<i>9</i>
II/1.3 <i>La prise en compte de l'avoir de prévoyance dans le règlement successoral ..</i>	<i>10</i>
II/1.4 <i>Coordination par le biais d'une révision de la LPP.....</i>	<i>12</i>
II/2 Droit successoral des partenaires « libres » vivant en ménage commun.....	13
II/2.1 <i>Motion Gutzwiller</i>	<i>13</i>
II/2.2 <i>Les approches législatives</i>	<i>13</i>
II/2.3 <i>Les conditions de la qualité de bénéficiaire et l'objet de l'attribution</i>	<i>15</i>
II/3 Les droits réservataires en général, particulièrement des enfants et des parents, et l'exhérédation	18
II/3.1 <i>Réserve et quotité disponible en général</i>	<i>18</i>
II/3.2 <i>Réserve des père et mère</i>	<i>20</i>
II/3.3 <i>Réserve des descendants</i>	<i>21</i>
II/3.4 <i>L'exhérédation.....</i>	<i>23</i>
II/4 Un droit successoral propre aux entreprises ?.....	26
II/5 Déontologie et successeurs : la problématique de la captation d'héritage	30
II/6 Fondation de famille, substitution fidéicommissaire et trusts	32
III. Les dispositions en vigueur dont la révision est nécessaire	36
III/1 Le décès du conjoint (ou du partenaire enregistré) pendant la procédure de divorce (ou de dissolution).....	36
III/2 Le rapport légal et la réduction des avancements d'hoirie rapportables	39
III/2.1 <i>L'art. 626 al. 1 CC : évolution des conceptions ?</i>	<i>39</i>
III/2.2 <i>La réduction de l'art. 527 ch. 1 CC</i>	<i>42</i>
III/3 L'estimation à la valeur de rachat de l'assurance vie pour la réduction	44
III/4 Le droit à l'information successorale.....	46
III/5 Dépôt et ouverture des pactes successoraux et contrats de mariage, registre central des testaments.....	49
III/5.1 <i>Registre central des testaments</i>	<i>49</i>
III/5.2 <i>Grandes lignes d'une réglementation future.....</i>	<i>51</i>
III/5.3 <i>Modifications plus détaillées</i>	<i>52</i>
III/6 Autres modifications ponctuelles nécessaires.....	53
III/6.1 <i>Le délai de l'action en nullité.....</i>	<i>53</i>
III/6.2 <i>Les réductions indirectes.....</i>	<i>53</i>
III/6.3 <i>Acquisitions ab intestat, ordre des réductions</i>	<i>54</i>
III/7 L'attribution supplémentaire par contrat de mariage au conjoint survivant	56
III/8 L'administration officielle de l'art. 578 al. 1 CC	58
III/9 L'annulation judiciaire des pactes successoraux	60
III/10 Adaptations nécessaires en lien avec le Code de procédure civile suisse	62
IV Partie conclusive : révision totale ou partielle ?	64
V. Modifications proposées.....	69

1^{ère} partie

I. Objet et conception du rapport

I/1 Mandat fédéral

Par téléphone et courrier électronique du 14 juin 2012, l'Office fédéral de la Justice a confié au soussigné, comme à d'autres experts, la mission suivante :

« Das Parlament hat im vergangenen Jahr der Motion 10.3524 Gutzwiller « Für ein zeitgemässes Erbrecht » zugestimmt. Dieser Vorstoss soll zum Anlass genommen werden, das geltende Erbrecht ganz grundsätzlich zu überdenken und soweit erforderlich die notwendigen Revisionen zu veranlassen. Weil es sich dabei um ein anspruchsvolles Unterfangen handelt, haben wir uns entschlossen, in einem ersten Schritt eine schriftliche Befragung von Expertinnen und Experten durchzuführen, bevor die eigentlichen Revisionsarbeiten an die Hand genommen werden.

Der Auftrag lautet, einen Bericht zu folgender Fragestellung zu verfassen :

Wie sollte ein zeitgemässes Erbrecht aussehen ? Durch welche konkreten Elemente zeichnet sich eine solche moderne Lösung aus ? Skizzieren dieses moderne Erbrecht mit seinen einzelnen Bestandteilen möglichst konkret. Die Ausformulierung eines Normtexts ist nicht erforderlich.

Wir sind insbesondere an der Diskussion der folgenden Punkte interessiert, wobei aber auch weitere, hier nicht genannte Regelungsbereiche angesprochen werden sollten, sofern Sie dies als notwendig erachten würden :

- Pflichtteilsschutz: In welchem Umfang sind in Zukunft Pflichtteile zu schützen ? Wie sind die Schnittstellen zum Ehegüterrecht zu regeln ? Besteht auch bei der Verwandtenunterstützungspflicht (Art. 328 ZGB) Revisionsbedarf ?
- Gesetzliche Erben: Es fragt sich, ob der Kreis der gesetzlichen Erben ausgedehnt werden soll, namentlich auf Konkubinatspartner bzw. Personen, die in der Vergangenheit massgebliche Betreuungsleistungen erbracht haben.
- Erbunwürdigkeit und Pflegeleistungen: Die Menschen werden immer älter, und es stellt sich Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Pflegende begünstigt werden können.
- Erbrecht und 2. Säule: Wieweit besteht hier ein Koordinationsbedarf ?
- Unternehmenserbrecht: Das Erbrecht ist heute zweigeteilt, indem unterschiedliche Regeln gelten, je nachdem, ob sich ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück im Nachlass befindet. Es gilt zu überlegen, ob für diese Zweiteilung weiterhin Platz ist bzw. wie mit der Forderung nach einer Verallgemeinerung eines Unternehmenserbrechts zu verfahren ist.
- Unterhaltsstiftungen: Wie ist mit Artikel 335 ZGB zu verfahren?
- Steuerrecht: Soweit möglich sind auch die engen Bezüge zwischen dem Erbrecht und dem Steuerrecht zu beachten.

Abgabetermin für den Bericht wäre Ende 2012 ».

I/2 Choix en résultant

Les six mois utiles à la rédaction du rapport obligeaient le soussigné à faire des choix quant à la méthode et au contenu du travail assigné, tenant compte de sa charge semestrielle d'enseignement et des engagements déjà pris pour la fin 2012.

L'option prise par l'auteur de ces lignes a été de mettre l'accent sur le cœur de la problématique d'une révision du droit civil des successions, soit de revoir les dispositions en vigueur qui n'apparaissent plus adaptées à l'évolution des pratiques et de la société, comme de discuter des fondements des institutions du droit civil successoral.

Un travail complet et circonstancié devrait certainement aussi être mené pour parfaire ce premier rapport, particulièrement en vue de le doter de rapports complémentaires qui ne devraient pas appartenir à un spécialiste du droit privé suisse.

I/3 Les compléments à envisager

a) La première recherche relève pour partie d'une étude sociologique, et pour partie également d'une étude statistique, selon la disponibilité des données. Ces études doivent thématiquer les grandes questions juridiques abordées dans ce rapport sous un angle non juridique, soit le vécu successoral, la pratique des autorités successorales cantonales et les données judiciaires touchant aux procès successoraux. Cette étude devrait être menée en lien avec l'importance des patrimoines successoraux dévolus en Suisse, comportant également une comparaison avec les attributions du deuxième pilier A et B à des survivants de l'assuré.

Elle permettrait de vérifier si des propositions de droit privé, notamment celles contenues dans le présent rapport, vont déjà trop loin ou paraissent au contraire trop légères.

b) La seconde étude devrait être menée en lien avec le droit comparé ce que le peu de temps utile imparti n'a pas permis au soussigné de mener de façon complète et approfondie.

Si les successions ab intestat se laissent comparer sans un excès de difficultés d'un ordre juridique à l'autre, les réservataires ne peuvent pas aisément se comparer par la plus ou moins grande fraction que chacun d'entre eux peut se voir assurer sur un tout. La conception de la réserve varie d'un système national à l'autre : là où ce concept existe, il peut n'avoir pour objet que la seule prévoyance de proches au décès, soit être impératif pour des titulaires nécessaires, ou porter sur des montants plafonnés en chiffres dans la succession ; dans la majorité des pays où la réserve existe de façon plus large, sa conception varie doublement. Elle peut imposer un héritier réservataire dans

l'hoirie, même si ce réservataire a été exclu de la succession par le disparu : dans ce cas, le réservataire, même en restant totalement passif, participe à l'hoirie, à l'attribution des actifs au partage et au paiement des passifs directement. Au contraire, d'autres ordres juridiques, comme en Suisse, n'admettent des droits réservataires que si leur titulaire les a concrètement exercés, le cas échéant par jugement formateur en cas de conflit : le réservataire, s'il reste passif, ne participe nullement en cas d'exclusion complète à la dévolution successorale. A cette différence qualitative s'ajoute une différence quantitative qui ne lui correspond pas nécessairement et qui porte sur la masse de calcul des réserves, notamment s'agissant de réunion ou de rapport de libéralités selon les systèmes extrêmement variables d'un ordre juridique à l'autre.

Si l'on devait de surcroît comparer les réserves des conjoints ou partenaires enregistrés survivants, aux complications déjà évoquées s'ajoute encore celle qui tient à la distinction des droits successoraux de ceux qui procèdent de la liquidation du régime matrimonial ou du régime des biens des partenaires lors du décès. Ici, les systèmes nationaux divergent profondément, compliquant toute comparaison qui, pour être pertinente, devrait additionner les droits matrimoniaux et successoraux pour chaque pays, et selon chaque type de régime matrimonial, conventionnel ou purement légal. L'ampleur de ce travail dépasserait certainement le cadre du présent rapport ; il n'en constituerait pas moins un élément d'appréciation utile pour l'orientation de la révision envisagée.

c) Un troisième volet n'a pu aboutir dans le cadre du présent mandat : il s'agit des questions de droit fiscal des successions qui sont en lien avec le droit civil des successions.

Si, en aucun cas, les règles fiscales doivent être négligées dans la conception des règles de droit civil, il n'en reste pas moins que les différentes conceptions législatives cantonales qui existent encore sur l'impôt sur les successions, par exemple pour le traitement fiscal de la substitution fidéicommissaire, n'ont pas, au vu d'une appréciation générale d'expérience, d'incidence significative sur l'utilisation des institutions du droit successoral fédéral. Il en va sans doute différemment des différences entre cantons qui connaissent l'impôt sur les successions et ceux qui ne le connaissent pas, notamment s'agissant de la fixation du dernier domicile du contribuable ; mais ces variations entre cantons n'influent à vrai dire pas directement sur les institutions du droit successoral fédéral.

Une coordination entre droit fiscal et droit privé successoral est certainement plus adéquate en matière de droit fiscal international, particulièrement pour la définition du for successoral fiscal en fonction d'une compétence des autorités suisses en application du droit international privé, laquelle peut dépendre du hasard (art. 88 al. 2 LDIP) ou encore de l'incurie d'une autorité étrangère (par exemple, art. 87 LDIP). Cette coordination relève en l'état de la compétence législative des cantons, qui définissent, sous réserve des conventions internationales liant la Suisse, le for fiscal pour une succession internationale.

Si le soussigné a également renoncé à parfaire un lien avec le droit fiscal, c'est qu'à la date de reddition du présent rapport, la question d'une compétence législative de la Confédération en matière d'impôt sur les successions est

toujours pendante et ne devrait être tranchée par votation populaire que dans le courant de l'année 2013. A défaut de cette compétence législative de la Confédération, une harmonisation fédérale n'est pas concevable sur la base du texte constitutionnel en vigueur. Des décennies de pratiques dans les cantons qui connaissent ou connaissaient l'impôt sur les successions n'ont pas mis en évidence des distorsions des institutions du droit civil successoral fédéral. Il y a déjà fort longtemps, le Tribunal fédéral a rappelé que les lois fiscales cantonales ne devaient pas rendre inaccessibles les institutions du droit privé fédéral¹ ; il n'apparaît pas que les lois cantonales aient depuis connu des évolutions qui mettraient en cause une application uniforme du droit privé fédéral, de sorte que même dans les limites d'une législation de nécessité, l'intervention de la Confédération sur la base de l'actuelle constitution dans le domaine de l'impôt sur les successions ne paraît pas justifiée.

En revanche, même si elle était limitée par un contreprojet éventuel aux principes, la législation fédérale à adopter sur la base d'un éventuel nouvel article constitutionnel, devrait certainement justifier un rapport complémentaire faisant le lien entre la révision du Code civil et la législation fiscale fédérale touchant à l'impôt sur les successions ; il est trop tôt pour y procéder en 2012.

d) Le présent rapport contient également des propositions pré-rédigées de modifications du Code civil et de quelques lois spéciales. Ces propositions n'ont été formulées que pour permettre de visualiser par leur expression législative les propositions contenues dans ce présent rapport, soit constituent un simple document de travail et référant les développements du présent rapport qui les supporte.

Sur de nombreux points en revanche, le présent rapport évoque des perspectives de révision plus approfondie, qui peuvent avoir une portée également interdisciplinaire, et qui n'ont pas fait l'objet de propositions pré-rédigées. Il en va ainsi de la réflexion portant sur la possibilité de constituer en droit suisse des patrimoines séparés volontairement et affectés à des buts prédéterminés, sur l'exemple du trust anglo-saxon, afin de supprimer l'auto-discrimination juridique existant aujourd'hui². Ces thématiques devraient être traitées également en lien avec le droit fiscal des trusts, dans la même perspective. Elles nécessitent assurément, de l'avis du soussigné, une recherche spécifique et approfondie.

I/4 Conception du présent rapport

Le soussigné, au vu des choix rendus nécessaires selon ce qui a été évoqué plus haut³ s'est concentré sur une articulation en trois volets de sa mission.

La première est consacrée aux questions fondamentales indiquées par l'Office fédéral de la Justice dans son courriel.

¹ ATF 73 I 376, JdT 1948 I 369 ; cf. aussi ATF 84 I 114, JdT 1959 I 60.

² Cette question, touchant au droit successoral, dépasse le seul cadre du droit civil successoral, cf. *infra* spécialement p. 34- 35.

³ Cf. I/2-3, p. 4 et suivantes.

La deuxième est la détermination des points qui, de l'avis du soussigné toujours, doivent absolument être modifiés dans le cadre de la révision à entreprendre : il ne s'agit pas de questions de principe, comme les points abordés dans la partie précédente, mais de questions juridiques de nature technique qui ont cependant un impact pratique non négligeable.

Les deux premières parties sont en lien avec les propositions d'articles ou d'alinéas révisés en fonction des réflexions contenues dans le rapport. Destinées à exprimer dans un document de travail l'idée de la réforme envisagée, ces dispositions correspondent toutes à un développement spécifique dans le présent rapport.

Enfin, la dernière partie porte sur l'ampleur de la révision nécessaire, soit sur son extension éventuelle à l'ensemble du droit successoral contenu dans le Livre Troisième du Code civil, ou au contraire sur une révision limitée, cela en fonction des questionnements de l'Office fédéral de la Justice.

2^{ème} partie

II. Les grandes thématiques

II/1 Droit successoral et prévoyance professionnelle

II/1.1 Champs d'applications respectifs

Le droit successoral du Code civil suisse ne régit que l'acquisition des droits privés transmissibles au décès. Il n'a pas vocation à régir l'acquisition de droits publics subjectifs à cause de mort, au même titre qu'il ne permet pas de régler la transmission au décès des dettes de droit public dans une succession⁴. Les mécanismes d'acquisition de droits et d'obligations administratifs au décès sortent au demeurant de la compétence législative de la Confédération en droit privé selon l'art. 122 al. 1 Cst.F.

Les rentes ou les prestations en capital des assurances sociales acquises aux survivants dépendant du droit public fédéral sont prévues par les lois sur l'AVS de 1946, sur l'assurance-accidents de 1981, ou encore par la loi sur l'assurance militaire fédérale de 1992. Cette créance de droit public s'acquiert indépendamment de la succession de droit privé de l'assuré défunt, et elle ne s'impute pas sur les valeurs de droit privé du bénéficiaire retirées de la succession au sens du Code civil.

Il en va ainsi logiquement de même pour la prévoyance professionnelle obligatoire, donnant lieu à des droits publics subjectifs des survivants face à l'institution de prévoyance (2^{ème} pilier A).

La prévoyance professionnelle sur-obligatoire (et, par extension, la prévoyance professionnelle pré-et sous-obligatoire) dépasse le cadre de l'obligation de droit public fixée par la loi fédérale de 1982 sur la prévoyance professionnelle et constitue, par essence, une prévoyance complémentaire de droit privé⁵.

Logiquement, cette question de la prévoyance professionnelle relevant du droit privé devrait appartenir au règlement de la succession selon le même droit privé. Au même titre qu'une assurance privée (3^{ème} pilier) ou qu'une autre libéralité, la prévoyance sur-obligatoire devrait être prise en compte pour le calcul des réserves et de la quotité disponible⁶.

Cette solution devrait d'autant plus s'imposer que l'art. 20a LPP dans le domaine de la prévoyance sur-obligatoire et du libre passage, a donné lieu à une marge

⁴ Cf. ATF 102 I a 403, JdT 1978 I 98 ; cf. aussi ATF 132 I 117.

⁵ ATF 131 V 27 ; ATF 130 V 109 ; cf. H.U. STAUFFER, *Berufliche Vorsorge*, Zurich 2012, N 414 ss, p. 142 ss ; H.M. RIEMER / G. RIEMER-KAFKA, *Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz*, Berne 2006, 4/13, p. 91 ; T. GÄCHTER / K. SANER, in « LPP et LFLP », Berne 2010, N 15 ad 49 LPP.

⁶ Sur la question de la valeur d'assurance dans ce cadre, cf. *infra*, p. 44-45.

d'appréciation supplémentaire des règlements des institutions de prévoyance, enregistrées ou non⁷, s'agissant de la désignation des bénéficiaires⁸.

Or, dans un arrêt de principe⁹, le Tribunal fédéral a considéré que, situation inusuelle réservée, le 2^{ème} pilier B échappait également à l'application du droit privé des successions, en particulier à la réduction des héritiers réservataires. La motivation avancée est d'ordre pratique, et se tient substantiellement dans le double argument selon lequel l'assuré n'a pas le choix pratiquement de discuter de la couverture de prévoyance lors de son engagement, et qu'il est pratiquement difficile également de dissocier la part obligatoire de la part sur-obligatoire dans les prestations assurées. Cette jurisprudence reste l'objet de controverses extrêmement marquées au sein de la doctrine¹⁰.

II/1.2 Appréciation des conséquences pratiques

a) Il n'est pas rare dans la pratique que l'avoir de prévoyance, obligatoire et non obligatoire, soit de plus grande valeur que l'ensemble des biens transmis dans la succession selon le droit privé.

Cette situation permet, en l'état de la jurisprudence, par l'élargissement possible des bénéficiaires désignés par le règlement de l'institution de prévoyance, d'opérer des attributions de valeurs au décès plus importantes à des gratifiés qui ne sont pas des héritiers réservataires, ou à certains des héritiers réservataires et non à d'autres, sans tenir compte des équilibres dictés par le droit successoral.

A cet « avantage » pour la liberté d'attribution du de cuius, qui ne correspond naturellement pas à un avantage pour un éventuel réservataire lésé, s'oppose à un inconvénient qui peut paraître majeur : si les héritiers réservataires n'ont aucun moyen de remettre en cause l'attribution opérée par le droit de la prévoyance, inversement, l'attributaire de la prévoyance peut lui réclamer l'entier de sa part successorale selon le droit civil, ou à défaut tout le moins, s'il est réservataire, réclamer en sus de son attribution de prévoyance sa part de droit civil minimale dans les biens régis par le droit successoral.

Si l'on prend encore en compte la disparité d'importance des montants de prévoyance par rapport au montant du droit des successions, de telles situations peuvent se révéler choquantes ou injustes.

⁷ Art. 89 bis al. 6 ch. 3 CC.

⁸ Cf. notamment ATF 138 V 86.

⁹ ATF 129 III 305, JdT 2003 I 105, SJ 2003 I 416.

¹⁰ Favorables P. WEIMAR, Commentaire bernois, 2009, N 43 ad 476 CC ; P. Izzo, Lebensversicherungsansprüche und -anwartschaften bei der güter - und erbrechtlichen Auseinandersetzung, Fribourg 1994, p. 311 ss ; J. GUINAND, Le sort des prestations d'assurances dans la liquidation des régimes matrimoniaux et des successions, RNRF 1985, p. 76 ; Th. GEISER, Güter - und erbrechtliche Planung und Vorsorgeeinrichtungen « Güter - und erbrechtliche Planung », Berne 1999, p. 98 ss ; R.E. AEBI-MÜLLER, Die drei Säulen der Vorsorge und ihr Verhältnis zum Güter- und Erbrecht des ZGB, successio 2009, p. 20 ss ; opposé, D. STAEHELIN, Commentaire bâlois, 2011, ZGB II, N 19 ad 476 CC ; W. NUSSBAUM, Die Ansprüche der Hinterlassenen nach Erbrecht und aus beruflicher Vorsorge, bzw. gebundener Selbstvorsorge, RSA 1988, p. 200 ; P. PIOTET, Note in JdT 2003 I 255 ss, et le même, Stipulation pour autrui, prévoyance professionnelle et droit successoral, PJA 1997, p. 538 ss.

b) On relèvera également, pratiquement toujours, que le règlement de l'institution de prévoyance peut prévoir un capital-décès en faveur de l'enfant qui avait droit à une rente d'orphelin selon l'art. 20 LPP, et cela le cas échéant avant les bénéficiaires de l'art. 20a LPP, dont les autres enfants — déjà indépendants au décès de l'assuré (lit. b).

Cela a aussi pour conséquence que l'enfant favorisé peut recueillir l'entier de l'avoir de prévoyance professionnelle en plus de sa participation, avec ses frères et sœurs, dans la succession. Là encore, si l'enfant réclame sa part dans la succession régie par le droit civil, plus aucune égalité concrète entre les réservataires n'est assurée en tenant compte de l'attribution de l'entier de l'avoir de prévoyance hors de la succession.

c) A cela s'ajoute que, selon la jurisprudence déjà citée du Tribunal fédéral¹¹, le droit réservataire devrait reprendre son emprise en cas d'attribution inusuelle de l'avoir de prévoyance ou de contournement de ce droit réservataire.

La typologie de cette exception reste difficile à cerner : la jurisprudence ne l'illustre pas. Il y a là une forte incertitude contribuant à l'insécurité juridique dans la planification des droits des survivants du disposant.

d) Il faut ainsi admettre que la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en 2003 ainsi que l'élargissement créé par l'art. 20a LPP contribue à constituer des situations aboutissant à des résultats choquants, ce qui doit être prévenu par une meilleure coordination entre le droit des successions et le droit de la prévoyance professionnelle.

II/1.3 La prise en compte de l'avoir de prévoyance dans le règlement successoral

a) La perspective la plus logique dans le cadre d'une coordination entre le droit civil des successions et la prévoyance professionnelle est celle qui, contrairement à la solution jurisprudentielle retenue par le Tribunal fédéral, soumet au droit des successions l'avoir de prévoyance attribué en fonction du droit privé, et fait échapper au droit des successions l'avoir de prévoyance attribué en fonction du droit public. Seule cette distinction équilibre le système général et exclut toute distorsion tenant à l'application de certaines règles de droit privé à l'exclusion d'autres entre le traitement du 3^{ème} pilier et de celui du 2^{ème} pilier B de la prévoyance professionnelle¹².

b) Si, pour des raisons pratiques comme celles retenues par le Tribunal fédéral, tenant notamment à la difficulté de séparation entre l'avoir de prévoyance privé et l'avoir de prévoyance obligatoire public, l'on suivait la ligne de partage tracée par le Tribunal fédéral, il conviendrait alors nécessairement, pour éviter des distorsions déjà signalées plus haut, d'instaurer des mécanismes de correction.

Le cas qui doit sans doute être jugulé est celui où un réservataire, attributaire de tout ou d'une part importante de l'avoir de prévoyance, attaque

¹¹ ATF 129 III 305, JdT 2003 I 205, SJ 2003 I 416.

¹² Cf. aussi *infra* p. 44-45.

en réduction des dispositions à cause de mort ou entre vifs de l'assuré dans sa succession, alors que de telles dispositions ne font que rétablir une certaine forme d'équilibre avec l'attribution de la prévoyance professionnelle.

Ainsi, lorsque le conjoint retire seul 200 d'avoir de prévoyance, que la succession de l'assuré est de 100, et que le défunt a entendu attribuer un immeuble de la succession par 80 de valeur à l'enfant commun unique, le conjoint survivant a la possibilité de faire réduire cette attribution testamentaire de 5, nonobstant le montant considérablement plus élevé qu'il touche au titre de prévoyance professionnelle (200).

A plus forte raison encore, si l'un des trois enfants survivants d'un défunt veuf ou veuve touche les 200 de prévoyance, il ne doit pas être en mesure de réclamer les 100 de la succession qu'un testament attribue à son frère et à sa sœur.

En principe, la réduction dirigée contre un attributaire lui-même réservataire amène à déduire de la somme réductible la part réservataire du défendeur (art. 523 CC) ; cette déduction n'est toutefois équitable que dans la mesure où cette part réservataire n'est pas compensée par l'avoir de prévoyance.

Ainsi, un assuré disparaît veuf en ayant testé en faveur de son enfant préféré A pour 80 et en faveur d'une institution pour 40 (avec un total de 120 de biens successoraux) ; l'autre enfant B, exclu de la succession, l'attaque en réduction, alors que A a de plus obtenu l'avoir de prévoyance pour 100, étant favorisé par le règlement de prévoyance. La réduction est opérée contre l'institution, pour 40 et contre A, non pas pour $(80 - 45) 35$, mais bien pour 80, puisque les 100 acquis à titre de prévoyance ne viennent pas diminuer la réserve de A, ce qui expose A à réduction non pas sur 19,68, mais bien sur 30.

c) La solution juridique ici proposée dans le document de travail tient en une prise en compte indirecte seulement de l'avoir de prévoyance touché. Dans la logique qui consisterait à suivre la solution retenue par le Tribunal fédéral, la distinction entre la prévoyance professionnelle effectivement perçue à titre obligatoire et à titre non obligatoire n'aurait pas lieu d'être faite.

Comme le montre le dernier exemple développé, ce système assouplit légèrement les possibilités d'attribuer à des héritiers non réservataires une partie de la succession, si ces réservataires disposent déjà d'une somme couvrant en tout ou partie leur réserve par l'avoir de prévoyance.

Il n'y a pas au surplus de mécanisme analogue à une « réunion » au sens de l'art 475 CC, soit une addition systématique de l'attribution de la prévoyance touchée à la masse successorale.

La solution envisagée peut n'impliquer qu'un ajout (alinéa 3) à l'art. 522 CC, et un ajout à l'art. 523 CC, selon le texte joint au présent rapport.

La coordination ici proposée n'a qu'un aspect minimal, tentant de prévenir les aspects les plus choquants d'une séparation entre l'acquisition de l'avoir de prévoyance, d'une part, et l'acquisition des biens successoraux, d'autre part. Il est naturellement envisageable d'aller plus loin, et de coordonner non seulement le droit réservataire, mais encore le droit ab intestat des successions avec le droit de la prévoyance professionnelle. Le caractère souhaitable de cette avancée

supplémentaire n'apparaît pas d'emblée acquis aux yeux du soussigné, de sorte qu'il s'en tient, dans un premier temps, à la proposition formulée annexée au présent rapport.

II/1.4 Coordination par le biais d'une révision de la LPP

Au vu des montants qui sont pratiquement mis en jeu, une meilleure coordination entre la prévoyance professionnelle et le droit successoral doit aussi être assurée, le cas échéant, non pas seulement par la révision du Code civil, mais encore par une révision de la LPP.

Le développement, par les règlements des institutions de prévoyance, enregistrées ou non, d'attributions à des personnes de plus en plus éloignées du système légal des successions ne pose pas que des problèmes en lien avec les droits des réservataires sur le plan successoral. Au fur et à mesure que l'on s'éloigne de l'assistance des proches qui fonde le système du 2^{ème} pilier, la désignation des bénéficiaires de l'attribution devrait se rapprocher des mécanismes du droit successoral privé. D'ailleurs, en droit positif déjà, le de cujus peut par le mécanisme d'un legs hors succession, obliger le bénéficiaire de tout ou partie de l'avoir de prévoyance dont il aura bénéficié selon le système de la LPP d'en remettre le montant à un tiers qu'il aura désigné comme créancier du legs (cf. art. 484 al. 3 CC).

Si la présente révision du droit successoral tend à un assouplissement du système des réserves dans le Code civil, le système permettant d'y déroger par le biais de la prévoyance professionnelle perd sa fonction majeure : lorsque l'avoir de prévoyance est un multiple de l'avoir successoral, il est difficilement justifiable que, si le défunt assuré laisse trois enfants, seul le dernier recueille l'entier de l'avoir de prévoyance au titre de l'art. 20a al. 1 lit. b LPP (parce qu'il se trouvait encore au moment du décès dans la situation de l'orphelin) même s'il ne participe pas encore à la succession proprement dite. Cela est une question d'équité tenant au fait que l'attribution de la prévoyance dépasse le seul cadre d'un objectif de prévoyance qui en constituait son fondement de départ.

L'auteur de ces lignes ne s'estime pas à même de formuler une modification du cercle des attributaires potentiels au sens de l'art. 20a LPP qui pourrait se coordonner avec le droit successoral ; une clause générale qui tiendrait compte de la valeur respective de l'attribution de prévoyance par rapport à la masse successorale où est également par hypothèse appelé l'attributaire, lorsque le but d'assistance ne paraît plus fondamental, serait certainement souhaitable *de lege ferenda* dans le cadre d'une révision partielle de la LPP.

II/2 Droit successoral des partenaires « libres » vivant en ménage commun

II/2.1 Motion Gutzwiller

L'idée de donner des droits successoraux aux partenaires libres, soit non mariés ou non enregistrés, au décès du premier d'entre eux, émerge de la motion Gutzwiller¹³. Cette option de principe a suscité un large débat, souhaité par les uns, plusieurs intervenants étant en revanche opposés à ce principe. La modification apportée par le Conseil national est de nature à exclure que des droits puissent être attribués aux partenaires libres survivants au-delà de ce que le conjoint ou partenaire enregistré survivant obtiendrait¹⁴.

En l'état, dans les législations européennes, un droit successoral propre du partenaire libre survivant, soit ni marié, ni enregistré, est plutôt une particularité rare. Les rares pays européens qui consacrent un tel droit successoral légal, le font plutôt sous la forme d'un prélèvement légal, en lien avec la jouissance de l'ancien domicile commun¹⁵.

II/2.2 Les approches législatives

Plutôt que d'apprécier l'opportunité de l'institution d'un droit successoral du partenaire libre, ce qui en définitive est une question politique qu'il appartient au législatif de trancher sans le concours d'experts, le soussigné entend dans le présent rapport mettre l'accent sur les diverses méthodes possibles pour l'introduction d'une telle prétention successorale.

a) Dans la loi actuelle, les personnes qui logent avec le défunt dans son dernier domicile, soit dont le défunt avait la charge de l'hébergement, ont droit à une créance légale selon l'art. 606 CC, soit à un logement au dernier domicile du défunt pris en charge par la succession pendant un mois dès le décès. Cette règle peut viser un partenaire libre, s'il est par ailleurs institué héritier¹⁶.

Si le partenaire libre est une femme qui porte un enfant conçu lors de la disparition du de cujus, l'art. 605 al. 2 CC lui assure la jouissance des biens indivis jusqu'à l'accouchement, l'exercice du droit au partage étant reporté : ici, le partenaire libre n'a pas besoin d'être héritier pour s'en prévaloir.

¹³ Bull. off. CE, 23.9.2010, p. 871-872.

¹⁴ Bull. off. CN, 2.3.2011, p. 108-111.

¹⁵ « Sambolag » loi suédoise de 2003 - 376, art. 18, parfois sous la forme d'un droit légal subsidiaire (Tchéquie et Slovaquie), les communautés juridiques propres aux partenaires non enregistrés étant pour le surplus de nature à influencer sur la masse successorale, même si elles ne constituent pas comme telles des institutions de droit successoral. On retrouve également en Amérique du Sud (Uruguay, Brésil par exemple) certaines formes de droits légaux à des parts successorales pour les partenaires d'unions libres survivants. L'immense majorité des législations, autant que le soussigné puisse l'apprécier en l'état, ne consacre pas de tels droits successoraux légaux.

¹⁶ P. PIOTET, Droit successoral, Fribourg 1988, p. 64 ; P. TUOR / V. PICCENONI, Commentaire bernois, 1964, N 2 ad 606 CC ; A. ESCHER, Commentaire zurichois, N 2 ad 606 CC ; P.-H. STEINAUER, Le droit des successions, Berne 2006, N 265 a, p. 163.

Ces deux dispositions sont les rudiments, en droit actuel, de ce qui pourrait constituer un droit futur de prélèvement légal du partenaire libre survivant. Ce type de règlement successoral consiste à conférer au bénéficiaire une créance légale acquise au décès, dont les héritiers sont les débiteurs au même titre que d'autres passifs de la masse successorale.

b) A l'opposé, l'autre solution consisterait à octroyer un statut d'héritier ab intestat au partenaire libre survivant, à des conditions à définir, notamment quant à la durée de l'union : ce système n'est en l'état pratiquement pas connu en Europe (Slovaquie et Tchéquie exceptées).

Les deux solutions ont concrètement des conséquences relativement différentes dans leur application.

Le système de la créance légale de la masse successorale (« prélèvement légal ») ne rend pas le bénéficiaire responsable des passifs de la succession, alors que s'il s'agissait d'un héritier légal, il en répondrait solidairement. De plus, le « prélèvement légal » peut assurer à son bénéficiaire les avantages d'une créance à charge de la succession, de sorte que son droit n'est pas nécessairement restreint par les possibilités que l'actif net de la masse successorale peut laisser¹⁷.

La créance de prélèvement légal au partage ne donne en revanche pas droit au partage successoral, qui n'a lieu qu'entre héritiers : il en va naturellement différemment si c'est la qualité d'héritier ab intestat qui est octroyée au partenaire libre survivant.

c) Les conséquences comparées de ces deux approches sous un angle pratique ne doivent être envisagées que si, selon la décision du Parlement, le principe même d'une attribution légale au partenaire libre survivant est acquise pour le Parlement, à des conditions encore à définir (II/2.3 *infra*).

La solution du prélèvement légal évite des conflits lors du partage successoral entre la famille du défunt (éventuellement un conjoint survivant, et les enfants communs du couple, ou encore d'un lit antérieur), d'une part, et le partenaire libre survivant, d'autre part : le disposant devrait être libre d'attribuer, en lieu et place du simple prélèvement légal, la qualité d'héritier ou de légataire à son partenaire survivant ; à défaut de disposition à cause de mort, la prétention légale ab intestat devrait tendre à l'attribution d'une valeur ou d'une jouissance, qu'il conviendrait de cerner plus précisément.

¹⁷ Sur cette question en particulier : P. PIOTET, 1988, op. cit., p. 65 ; P. TUOR / V. PICCENONI, op. cit., 1964, N 8 ad 606 CC ; P.-H. STEINAUER, op. cit., 2006, N 265 c, p. 164.

II/2.3 Les conditions de la qualité de bénéficiaire et l'objet de l'attribution

a) Les règlements des institutions de prévoyance peuvent prévoir comme bénéficiaire une « personne qui a formé avec le défunt une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans avant le décès » (art. 20 a al. 1 lit. a LPP). Cette définition ne peut sans doute pas être reprise telle quelle si le partenaire libre survivant devait avoir la qualité d'héritier légal. En effet, la qualité d'héritier, notamment au regard des créanciers de la succession, mais naturellement aussi pour l'autorité appelée à délivrer le certificat d'héritier, devait être immédiatement reconnaissable, par des liens de parenté ou d'alliance, qui tiennent à l'état civil.

Une définition de ce type en revanche convient plus aisément à la définition du partenaire enregistré survivant comme créancier légal, soit titulaire d'un prélèvement légal comme indiqué ci-dessus : comme tout créancier, il lui appartient alors, pour obtenir l'exécution de son dû, de faire la preuve qu'il répond à toutes les conditions fixées par la loi (fardeau de la preuve, art. 8 CC).

Mais il apparaît déjà que la règle de l'art. 20a al. 1 lit a LPP ne peut pas être telle quelle transposée. La « communauté de vie » inclut-elle aussi un frère et une sœur âgés domiciliés au même lieu, ou encore la nurse et la personne âgée qu'elle doit soigner ? Le Tribunal fédéral n'a jusqu'ici eu à statuer que sur une relation de concubinage¹⁸ et l'exigence d'un domicile commun¹⁹. Pour éviter des difficultés tenant à l'interprétation, si l'on entend viser ici essentiellement une communauté de « table et de lit », la loi devrait-elle sans doute contenir une définition plus précise : une harmonisation entre la LPP et la future définition du droit civil peut naturellement paraître souhaitable, surtout dans l'hypothèse d'une coordination des deux domaines (*supra* II/1.4).

b) C'est également l'objet de la créance légale, si l'on suit toujours ce modèle, qui doit être clairement défini. On peut envisager une créance en valeur, qu'il faudrait alors déterminer par rapport aux forces nettes de la succession. S'il y a eu avoir de prévoyance professionnelle attribué en faveur du partenaire survivant, il conviendrait sans doute d'en tenir compte dans le montant qui devrait être fixé en coordination avec le droit de la prévoyance professionnelle.

Il est aussi envisageable que l'on fixe des objets dont la jouissance peut se substituer à l'exécution de la créance légale : s'il n'y a pas de conjoint ou de partenaire enregistré survivant, ou encore si l'on admet que le conjoint survivant ou le partenaire enregistré survivant n'a plus de droit successoral, ou du moins réservataire, en cas de décès pendant la procédure judiciaire de divorce ou de dissolution²⁰, il peut s'agir du logement commun avec ses meubles meublants, sur le modèle de l'art. 612a CC (mais dans ce cas, non pas comme créance à imputer sur un droit dérivé du partage, mais comme une valeur à imputer sur la créance légale en prélèvement).

¹⁸ ATF 137 V 383.

¹⁹ ATF 138 V 86.

²⁰ Cf. *infra*, p. 36-38.

Là également, cette créance devrait se réduire à concurrence des actifs nets ; si l'on s'en tient au système de la créance légale, l'atteinte à des réserves héréditaires n'est pas décisive en revanche. Mais l'on peut imaginer, sur ce point précis, que le législateur s'écarte du système général de la créance légale pour contenir ce droit dans la quotité disponible.

c) Il convient enfin de déterminer l'ampleur du prélèvement face à d'autres successeurs, ou, si l'on opte pour une véritable qualité d'héritier légal, la part en concours avec d'autres héritiers légaux.

En présence d'un conjoint survivant ou d'un partenaire enregistré survivant, un droit légal peut se concevoir lorsque le mariage ou le partenariat enregistré ne donne plus lieu à communauté de vie, et que c'est la communauté formée avec le partenaire libre qui s'y est, depuis un temps légal minimal, substituée. On rappellera ici la question du droit légal à la réserve du conjoint ou partenaire enregistré en procédure de divorce ou de dissolution lors du décès²¹. La coexistence des droits légaux du conjoint ou du partenaire enregistré survivant avec un droit ab intestat du partenaire libre adultérin reste cependant délicate à construire : elle dépend des options spécifiques du législateur, et ne peut être approfondie ici par le soussigné. Il reste qu'en présence d'un conjoint survivant et d'enfants communs, le droit du partenaire libre se conçoit difficilement, ab intestat, comme pouvant dépasser la quotité disponible, soit le maximum qui puisse être obtenu si le partenaire libre avait été expressément désigné comme héritier institué quel que soit le montant des réserves qui puisse être fixé dans le cas particulier.

Il apparaît plutôt qu'en présence du conjoint survivant et / ou des enfants, le droit du partenaire libre survivant devrait se mesurer sur une jouissance temporaire d'une partie de la succession en fonction d'une valeur par rapport à la masse successorale, et cela en suivant l'art. 605 al. 2 CC du point de vue du modèle institutionnel, si l'on opte, comme cela paraît préférable, pour la structure d'un prélèvement légal.

En l'absence de conjoint survivant ou d'enfant, le concours avec les héritiers de la deuxième parentèle peut justifier un droit de jouissance élargi, le cas échéant un droit de prélèvement légal à un montant accru, quel que soit le sort de la réserve des parents dans le cadre de la présente révision du droit des successions. En droit ab intestat, ce raisonnement ne peut être que renforcé face à un concours avec des membres de la troisième parentèle seulement du défunt.

Le soussigné ne peut qu'exprimer ici les difficultés et la problématique que soulève un droit légal du partenaire libre survivant dans la succession du de cujus. Au vu du contexte comparatif, du système du code fédéral et des analogies juridiques possibles en droit suisse, c'est sans doute la voie du prélèvement légal qui est à même d'être recommandée au législateur. Dans cette mesure toujours, il est indispensable de disposer d'une définition précise fixant les conditions de ce droit légal, et de fixer la valeur, le cas échéant, de la créance, l'objet pouvant en être converti par un mécanisme analogue à l'art. 612a CC en jouissance : le prélèvement étant plafonné nécessairement par la quotité disponible, sa fixation doit certainement tenir compte de la présence ou non d'enfants ou de conjoint survivant (ou de partenaire enregistré survivant).

²¹ Cf. *infra*, p.36ss.

Quelle qu'en soit la figure juridique, (héritier, légataire légal ou titularité d'un prélèvement successoral), le droit du prélèvement légal doit être de droit dispositif : il doit particulièrement pouvoir s'effacer par toute disposition de dernières volontés du de cujus contraires, ou au contraire s'augmenter à concurrence de la quotité disponible par rapport au seuil du droit ab intestat. Il ne résulte pas en revanche de l'adoption de la motion Gutzwiller, autant que le soussigné puisse en juger, que le partenaire libre survivant doive compter parmi les héritiers réservataires au même titre que le conjoint survivant.

d) Pour permettre la mise en œuvre des principes qui paraissent les mieux à même d'assurer l'objectif, s'il est adopté, qu'est un droit successoral en faveur du partenaire libre survivant, des formulations sont jointes en annexe au présent rapport pour consacrer l'institution nouvelle d'un prélèvement légal, en lien avec l'art. 606 CC. Le soussigné a mis en relation la solution qu'il suggère avec les propositions du Prof. Fankhauser, relatives à la révision de l'art. 462 CC²² ; une limitation à la moitié de la part ab intestat du conjoint survivant, par hypothèse alors non réservataire si le mariage dure encore au décès, paraît adéquate, et permet de s'adapter aussi bien avec un concours avec des descendants (première parentèle), qu'avec les deuxième ou troisième parentèles du défunt. Les notions de prélèvement sur une valeur nette, comme le caractère dispositif de la règle, apparaissent encore dans la formulation suggérée.

²² Cf. *infra*, p.36ss.

II/3 Les droits réservataires en général, particulièrement des enfants et des parents, et l'exhérédation

II/3.1 Réserve et quotité disponible en général

a) La mise en cause, par la motion Gutzwiller, du montant des réserves légales par rapport à la quotité disponible, oblige nécessairement à s'interroger sur leur fondement et sur celui du principe qui leur est opposé, soit de la liberté de tester.

Economiquement, dans les sociétés où les conditions économiques de subsistance sont difficiles, la réserve a plus d'importance que dans des milieux économiquement aisés ; ou plus exactement, là où la fortune est constituée essentiellement d'un patrimoine familial, sa transmission dans la famille selon une part préfixe a plus de valeur que pour les biens que le défunt a pu amasser par son travail jusqu'à son décès. Mais le droit réservataire n'est pas pour autant dénué de fondement également dans les milieux économiquement plus aisés²³.

En philosophie du droit, depuis des siècles, les juristes et les philosophes se disputent sur la légitimité du droit de tester, soit en quelque sorte d'exercer son droit de propriété après sa disparition, comme sur celle des restrictions à une liberté conçue comme le prolongement de la personne sous son aspect patrimonial²⁴.

Puisque c'est la part réservataire qui est en cause, il faut rappeler ici très brièvement ses principales justifications, largement discutées aujourd'hui, notamment dans le cadre de la révision du droit des successions en Allemagne.

b) La réserve successorale est liée principalement à trois objectifs, une séparation nette entre ces trois objectifs étant d'ailleurs difficile à opérer. Historiquement tout d'abord, la réserve exprime l'idée très ancienne que le droit successoral est un instrument du maintien des valeurs de la famille, soit celle de la transmission du patrimoine familial. Elle s'est opposée à la liberté testamentaire du droit romain classique pendant toute la période allant du moyen-âge à l'époque des lumières. Cette longue chaîne de transmission, dont le défunt n'est qu'un « maillon » reste profondément enracinée au XIX^e siècle : elle s'est certainement fortement affaiblie au cours du XX^e siècle, mais il n'est pas certain que l'on puisse effacer dans l'esprit de la population cette première justification. Dans de nombreux milieux apparemment, l'idée d'une transmission du patrimoine de la famille reste encore pour partie un point décisif lors de la planification patrimoniale, mais peut aussi, comme le Code civil suisse en témoigne à plusieurs endroits, être conçue comme une attente des créanciers par rapport à la dévolution successorale.

bb) A cette première idée de transmission familiale côtoyant pour une fraction la liberté testamentaire s'est ajouté, particulièrement pour le conjoint survivant, rarement héritier réservataire au XIX^e siècle, le souci de prévoyance, nonobstant toute volonté testamentaire contraire. On peut naturellement lier l'obligation d'entretien à la réserve successorale du conjoint et des enfants, et plus largement l'obligation alimentaire de l'art. 328 CC à la réserve des parents, mais

²³ Cf. b *infra*, p.18-19.

²⁴ LEIBNITZ, ZACHARIAE, HEINECCIUS, FICHTE, KANT, PUFFENDORF, LASSALE, etc.

aussi à la réserve des petits enfants lorsque les parents sont prédécédés. Mais ce parallélisme a ses limites. Si l'on rapproche l'obligation alimentaire de l'art. 328 CC avec les réserves successorales des parents, les petits-enfants n'en sont pas moins les héritiers réservataires des grands-parents dont les enfants sont prédécédés, alors que ces grands-parents, n'héritent pas eux-mêmes de leurs petits-enfants à titre réservataire si les parents sont prédécédés, de même que la suppression de la réserve des père et mère impliquerait que ceux-ci ne soient pas des héritiers réservataires à cause de mort, alors qu'ils peuvent être débiteurs de l'obligation alimentaire.

Lorsque la réserve des frères et sœurs du droit fédéral est tombée en 1988, l'obligation alimentaire des frères et sœurs du code de 1907 a subsisté quant à elle jusqu'en 2000 (art. 328 al. 2, ancien, CC) : parallèlement, le droit successoral paysan a réintroduit des droits appartenant à des frères et sœurs, neveux ou nièces, non successeurs à cause de mort, sur l'entreprise agricole (art. 25 lit. b LDFR). Même si l'on appréhende aisément le lien qui unit l'entretien et l'obligation alimentaire avec le droit à la réserve, rien n'oblige à conserver une réserve au débiteur de l'obligation familiale ou, inversement, à supprimer l'obligation familiale si un droit réservataire n'est plus reconnu.

bc) Lié à ce deuxième objectif de prévoyance, qui tend à assurer une part minimale malgré des sentiments contraires du défunt exprimés à cause de mort, il y a encore un objectif plus général, éthique ou moral, qui touche à la consolidation des liens et de la structure de la famille, malgré, le cas échéant, des dissensus individualisés. L'auteur du projet de code civil s'exprimait, sur cette dernière perspective, en ces termes²⁵ : « on reconnaîtra qu'un mode de succession invariable a souvent pour effet de préserver les familles de la convoitise, des compétitions et des dissensions intestines. Et l'idée que l'individu doit conserver intacte sa fortune pour la transmettre aux générations suivantes, est un puissant stimulant moral ».

bd) Ces trois objectifs généraux sont naturellement à mettre en balance avec la liberté de disposer du propriétaire qu'est le de cujus, et de sa suffisamment grande autonomie à gérer les expectatives successorales de chacun. Depuis des siècles, cette discussion anime les juristes, les moralistes ou les philosophes. Une rupture brutale en faveur de la liberté de tester, et en défaveur du droit réservataire, n'est, aux yeux du soussigné, pas en l'état envisageable. La difficulté d'une intervention dans le domaine du droit réservataire paraît en outre tenir en ce que coexistent désormais au sein de la population des conceptions relativement opposées touchant au droit des successions, allant d'une complète liberté pour le disposant en laissant les actuels réservataires se débrouiller seuls après sa disparition, jusqu'à la perspective traditionnelle de la transmission aux générations futures, comme enfin à la favorisation maximale d'un conjoint ou d'un partenaire au décès : cette grande diversité d'approches oblige certainement le législateur à intervenir dans un domaine dont les principes n'ont pas été fondamentalement remis en cause depuis 1907, mais cela sans pour autant négliger l'actualité encore significative des motivations du législateur historique.

²⁵ Exposé des motifs de l'avant-projet de code civil, II, Berne 1901, p. 19.

II/3.2 Réserve des père et mère

a) En droit suisse, la réserve est personnelle, et la réserve des parents n'a pas lieu d'être en présence d'héritiers de la première parentèle (descendants) : si le père et / ou la mère est en présence du conjoint survivant, leur réserve est d'un quart x une demi, soit un huitième (art. 462 ch. 2 et 471 ch. 2 CC), soit un seizième chacun. Si le père ou la mère précède et qu'il y a des frères ou sœurs communs, l'autre parent ne recueille à titre de réserve que un seizième.

En l'absence de conjoint ou de partenaire enregistré survivant, la réserve des parents est d'une demi, soit un huitième chacun. En présence de frères ou sœurs communs ou de leurs descendants, le décès d'un parent n'augmente pas la réserve du parent survivant (un huitième).

b) Plus de la moitié des droits européens qui connaissent le système de la réserve ou de la part légitime connaissent également une réserve des parents, et, parmi ces législations, presque toutes l'admettent également en présence d'un conjoint survivant. Les pays où cette réserve n'existe pas ou plus se retrouvent en Europe du nord et centrale : une partie des anciens pays du bloc de l'est a fait disparaître la réserve des parents de la législation. En Allemagne, le Deutsche Juristentag tenu en 2010 sur la réforme du droit successoral a assez nettement souhaité le maintien de la réserve des parents sur un mécanisme relativement proche de celui du droit suisse (une demi de la part légale, qui est d'un quart pour chacun des parents en concours avec le seul conjoint survivant, sans descendant du défunt). En France, par contre, les ascendants ne sont plus des héritiers réservataires depuis la révision de 2006 : on peut enfin ajouter que dans certains États, les grands-parents sont eux-mêmes réservataires en l'absence de parents.

c) La réserve des parents est supprimée par la présence de descendants ; elle s'efface en outre lorsque, et dans la mesure où, par contrat de mariage, une part supplémentaire à la part légale des biens matrimoniaux est attribuée au conjoint survivant (ce qui devrait être expressément rappelé aux art. 216 al. 2 et 241 al. 3 CC, comme pour le partenaire enregistré à l'art. 25 al. 2 LPart) ; elle ne joue de rôle qu'en présence d'autres membres de la deuxième parentèle (frères, sœurs et leurs descendants, tous non réservataires) ou, s'il y a un conjoint ou partenaire enregistré survivant, en la présence également de ce dernier.

La situation qui peut se révéler choquante est celle où le de cujus teste en faveur du conjoint (ou partenaire enregistré) survivant et où un parent survivant vient réclamer sa réserve de un seizième (des frères ou sœurs communs l'empêchant d'exercer la réserve de l'autre parent précédé par exemple), ou encore où l'un ou les deux parents survivants réclament leur part totale de un huitième.

Si tout partage après réduction successorale peut s'avérer psychologiquement difficile, celui-ci présente la particularité de créer de tels inconvénients pour une part faible ou très faible sur l'entier de la masse successorale. On peut s'interroger par conséquent sur le bien-fondé de la réserve du parent ou d'un des parents lorsque le de cujus a attribué par acte à cause de mort toute la succession au conjoint ou partenaire enregistré survivant. Sans doute, cette situation est moins choquante lorsque le conjoint ou partenaire enregistré survivant est renvoyé à sa part réservataire et que le de cujus a gratifié un tiers

alors qu'il laisse aussi par ailleurs un ou des parents survivants : ces cas, moins fréquents, se dissocient toutefois difficilement du cas ordinaire du point de vue législatif.

Une solution serait ainsi d'ajouter à l'art. 471 CC une disposition nouvelle où il est précisé que le père ou la mère n'ont pas de réserve en concours avec le conjoint ou partenaire enregistré survivant.

d) La suppression de la réserve des père et mère en présence d'un conjoint ou partenaire enregistré survivant n'a pas à entraîner nécessairement la suppression du droit successoral ab intestat des père et mère. Il correspond sans doute encore largement aux idées reçues qu'une partie des biens doit revenir aux parents en l'absence de descendants et de toute disposition à cause de mort, même si cette fraction reste relativement faible en présence d'un conjoint ou partenaire enregistré survivant.

Selon la solution de la révision donnée à la question d'un éventuel droit ab intestat d'un partenaire libre survivant²⁶, cette solution peut devoir être revue également en lien avec le droit des père et mère : la proposition jointe au présent rapport étant celle d'un prélèvement légal correspondant au montant d'une fraction d'une part ab intestat, cette coordination ne serait pas nécessaire.

II/3.3 Réserve des descendants

a) Tous les États à système réservataire connaissent la réserve des enfants, respectivement des descendants en général. Il ne paraît pas conforme aux fondements généraux du droit réservataire et aux idées les plus largement répandues dans la société d'envisager la suppression pure et simple de la réserve des descendants, même en présence d'un conjoint ou d'un partenaire enregistré survivant.

b) C'est ainsi certainement la question de la quotité de cette réserve qui peut être discutée.

Il convient préliminairement de relever que dans le système suisse des réserves, la réserve individuelle de chaque enfant est d'autant plus réduite que les enfants sont nombreux.

Plusieurs pays modulent la réserve des enfants, notamment en présence d'un conjoint survivant, en fonction d'un nombre d'un, deux, trois au plus, enfants sur un modèle d'inspiration française. L'inconvénient d'un tel système est qu'il modifie la quotité disponible en fonction du nombre d'enfants, le conjoint ou partenaire enregistré étant supposé lui-même réservataire : conçu sur un système traditionnel de classes ou d'ordre pour les réserves, cette variation en fonction du nombre d'enfants en revanche peut être adaptée à un système de « lignes » ou de représentations compatibles avec le système des parentèles²⁷.

²⁶ Cf. *supra*, p.13ss.

²⁷ Réforme de l'art. 913-1 du code français.

Le système suisse, qui est celui de la majorité des pays romano-germaniques, où le nombre de descendants réservataires ne modifie pas la quotité disponible, présente une certaine sécurité dans la planification successorale, l'attribution faite ne dépendant pas par exemple d'une paternité reconnue après le décès, ou du caractère aléatoire de la réserve d'un enfant par rapport à son parent.

Il y a là un premier choix politique à opérer entre les enjeux que chaque système met en cause. Si la transmission favorable aux jeunes générations n'est pas comme telle mise en cause dans les deux cas, la fonction de principe de la réserve ne dicte pas sur ce point de solution à l'appui d'un système ou de l'autre, mais le maintien du choix déjà opéré par le législateur fédéral en 1907, soit celui de la solution déjà entrée dans les habitudes, parle plutôt en faveur d'une part du conjoint survivant en concours avec les descendants, respectivement d'une quotité disponible, fixes, favorisant la planification successorale.

c) On peut songer à lier l'assouplissement de la réserve des enfants, et des descendants en général, avec l'âge de plus en plus avancé où les enfants peuvent recueillir la succession.

Une atteinte à la réserve de l'enfant a déjà été introduite par le législateur pour l'enfant handicapé privé de discernement (art. 531, en lien avec l'art. 492a CC), situation tout à fait particulière suscitant de grosses difficultés de coordination avec le régime général²⁸.

Pour le surplus, en l'état, la réserve d'un enfant ne peut être l'objet d'une substitution fidéicommissaire (art. 531 CC), même si elle est stipulée pour le surplus. On peut dès lors évoquer la possibilité d'étendre le modèle de l'art. 492a CC à des descendants doués du discernement, mais âgés ou très âgés, pour favoriser l'acquisition successorale de la génération suivante.

Le soussigné peine à surmonter les inconvénients qu'aurait un tel système. L'enfant âgé prétérité a en effet attendu précisément un âge avancé pour pouvoir lui-même recueillir une part successorale de l'aïeul qu'il a peut-être longtemps soutenu avant sa disparition. Il paraît injuste qu'il soit sanctionné de cet avancement en âge, et qu'il ne puisse à son tour librement disposer de ce qui lui revient à titre réservataire.

Il paraît certainement plus adéquat d'alléger la part réservataire des enfants, plutôt que de permettre un système de « lésion » rendu possible par la loi donnant lieu à des difficultés tant morales que juridiques analogues à celles créées par les art. 492a et 531 CC. Cette conclusion s'inscrit ainsi dans la perspective de mettre l'accent plutôt sur un allègement de l'ampleur du droit réservataire plutôt que sur un affaiblissement de sa sanction²⁹.

d) En fin de compte, l'abaissement de la réserve des descendants à la moitié, et non aux trois-quarts de la part ab intestat, a pour effet de leur donner une réserve totale de une demi s'il n'y a pas d'autre réservataire, et d'un quart s'il y a un conjoint ou un partenaire enregistré survivant (la quotité disponible passant par là de trois-huitièmes à une demi). Dans le système actuel, les réserves sont

²⁸ Cf. *infra* p. 67-68.

²⁹ Cf. aussi p. 28-29.

toutes de la moitié du droit de succession ab intestat (art. 471 CC) sauf pour les enfants, situation qui pourrait ainsi être alignée dans la révision envisagée.

Cette modification du droit réservataire est loin d'être anodine, et, si elle permet de satisfaire aux besoins de planification libre de l'acquisition successorale par un accroissement de la quotité disponible, elle peut heurter le motif traditionnellement mis en avant justifiant la part réservataire de trois-quarts et non de la moitié, qui est propre aux descendants, soit celui de la nécessité de transmettre aux descendants le patrimoine familial. Dans le système actuel, la réserve des enfants communs, certes importante, ne peut être invoquée face à une attribution d'acquêts supplémentaires à la part légale au conjoint survivant³⁰, alors que les propres, qui représentent largement le patrimoine familial du défunt qui n'est pas le fruit de son travail (art. 198 ch. 2 et ch. 4 CC) devraient être plus largement assurés aux descendants avec la réserve de trois-huitièmes.

Si l'abaissement de la réserve des descendants était décidée, il conviendrait encore d'en fixer le modèle. Si la réduction de la quote-part réservataire d'un enfant unique est moins susceptible d'être remise en question que s'il s'agit d'une fratrie nombreuse, la question devrait alors être posée de savoir si un abaissement progressif en fonction du nombre de descendants, ou de souches de descendants, ne devrait pas être mis en place. En tout état de cause, l'abaissement du droit réservataire des descendants ne devrait pas s'accompagner d'autres assouplissements que le montant relativement important de la réserve en droit actuel peut justifier : en particulier, le régime des actuels articles 492a et 531 CC, au vu des difficultés qu'ils créent³¹, devrait être purement et simplement abandonné.

II/3.4 L'exhérédation

a) L'assouplissement du droit réservataire mis en jeu par la motion Gutzwiller doit aussi se lire sans doute avec les possibilités d'exhérédation. En droit actuel, l'exhérédation peut soit porter sanction d'un comportement du réservataire jugé inadmissible (art. 477 CC), soit soustraire aux créanciers du réservataire une partie des biens qui doit être alors attribuée aux descendants de ce dernier (art. 480 CC).

La première forme d'exhérédation, dite punitive, est de loin la plus fréquente dans la pratique ; l'autre forme (exhérédation préventive, ou extraordinaire) est beaucoup plus rare : le soussigné y reviendra ultérieurement ci-dessous³².

b) L'exhérédation punitive suppose matériellement soit la commission d'une infraction pénale grave par le réservataire présumé envers le de cujus ou ses proches (art. 477 ch. 1 CC), soit l'inexécution de droits ou de devoirs prévus par la loi envers le de cujus ou sa famille (art. 477 ch. 2 CC). Formellement, l'exhérédation est une disposition à cause de mort (unilatérale) qui doit indiquer la cause de l'exhérédation (art. 479 al. 1 CC).

³⁰ Art. 216 al. 2 CC, cf. *infra*, p. 56ss.

³¹ Cf. *infra*, p. 67-68.

³² Cf. p. 25.

L'art. 477 CC mérite en soi déjà quelques adaptations : il convient en particulier d'adapter ce texte de 1907 aux infractions pénales du droit fédéral (crimes ou délits, art. 10 CP) et de mentionner expressément l'effacement de l'exhérédation opérée par le pardon (en se calquant sur le modèle de l'art. 540 al. 2 CC). Ces modifications sont nécessaires, mais ne modifient pas matériellement les conditions actuelles de l'exhérédation.

Dans la pratique, c'est le chiffre 2 de l'art. 477 CC qui donne le plus matière à jurisprudence, la pratique se montrant relativement favorable aux réservataires, et relativement restrictive pour les conditions de l'exhérédation.

Le texte légal déjà, hors le cas d'une infraction pénale grave, limite les cas d'exhérédation à une violation des devoirs légaux « envers le défunt ou sa famille » : même si la doctrine récente s'y rallie³³, il ne ressort pas de la loi que les alliés du défunt soient visés ; seulement, la loi ne consacre pas d'obligation entre alliés par exemple entre belle-fille / beau-fils et belle-mère / beau-père, de sorte qu'alors seule une infraction pénale grave au sens du chiffre 1 pourrait justifier un cas d'exhérédation dans ce cas de figure.

Cette approche restrictive se marque également par la jurisprudence qui, le plus souvent, annule l'exhérédation à la demande du réservataire, les conditions légales ne paraissant pas démontrées. Pour un cas récent où l'exhérédation a été admise³⁴, l'on trouve beaucoup d'arrêts où l'exhérédation a été considérée comme injustifiée³⁵.

On peut certes soutenir que les disposants utilisent plus fréquemment qu'auparavant les clauses d'exhérédation dans des situations critiques qui ne s'y prêtent pas : mais il faut s'interroger, dans le cadre des perspectives dictées par la motion Gutzwiller, sur un assouplissement des conditions d'une exhérédation punitive.

C'est en réalité la détérioration grave et irrémédiable des sentiments du disposant envers le réservataire, imputable au comportement de ce dernier, qui peut justifier l'exhérédation, pour autant que le disposant n'en soit pas principalement responsable. L'atteinte grave aux sentiments du de cujus ne repose pas nécessairement sur une infraction pénale ou la violation d'une obligation légale du droit de la famille.

L'on peut ainsi évoquer une formule plus générale qui s'ajouterait aux deux possibilités existantes pour motiver régulièrement un cas d'exhérédation. L'extension de cette faculté doit cependant être mûrement réfléchie : l'enfant qui présente des difficultés dans ses relations avec le de cujus peut être précisément celui qui a le plus d'utilité à prélever sa part réservataire ; une clause générale ne saurait être adoptée sans les cautions de gravité et du caractère irrémédiable de la lésion causée imputable au comportement du réservataire.

³³ P. PIOTET, *Droit successoral*, Fribourg 1988, p. 392 ; P. WEIMAR, *Commentaire bernois*, 2009, N 10 ad 477 CC ; B. BESSENICH, *Commentaire bâlois*, ZGB II, 2011, N 12 ad 477 CC.

³⁴ De cujus qui avait besoin de soins et qui avait été abandonné et retrouvé alors que le conjoint survivant exhérédé s'appropriait sa fortune, TF 5A_370/011.

³⁵ Un vol prouvé de faible importance ne suffit pas, les autres délits invoqués n'ayant pas pu être prouvés, RJN 2009, p. 117 ; un enfant ne se soucie pas de l'état de santé gravement détérioré du de cujus et ne va pas le voir, RVJ 2011, p. 238 ; un enfant reproche à sa mère d'être responsable du décès de son père et rompt tout contact avec cette dernière, TF, Praxis 1996, N 51, p. 156-157.

c) L'exhérédation d'un héritier insolvable repose quant à elle sur une toute autre motivation : si les créanciers du réservataire insolvable ont droit à une part de cette réserve (art. 524 CC) pour se faire régler leur dû, la loi permet au de cujus de faire passer la moitié de la réserve de l'insolvable à ses descendants (art. 480 CC).

Cette exhérédation procède d'un compromis entre les intérêts divergents que sont, d'une part, celui du de cujus de transmettre les biens de famille à ses descendants et d'autre part celui des créanciers insatisfaits à pouvoir être payés sur la réserve légale dans la succession d'un ascendant. Cette solution serait utilisée plus fréquemment si le texte légal ne permettait d'annihiler formellement ses effets.

En effet, l'existence au décès du de cujus d'actes de défaut de biens à charge de l'insolvable pour plus d'un quart de la valeur du « droit héréditaire » (soit la part légale, selon l'opinion dominante, deux auteurs minoritaires estimant qu'il s'agit de la réserve) permet l'anéantissement de l'exhérédation. Cela amène ainsi les créanciers au fait de la situation à ne pas mener jusqu'à leur terme leurs poursuites, de façon à ne pas dépasser le quart de la part légale de leurs débiteurs par des actes de défaut de biens, et à ces conditions les autorisent à prélever des valeurs sur toute la réserve de leurs débiteurs³⁶. Cette rigidité légale concourt à ne pas voir appliquer dans la pratique fréquemment cette forme d'exhérédation, le système légal ayant été pour le surplus largement critiqué de ce chef³⁷. Inversement, l'exhérédation peut manquer son but si les actes de défaut de biens atteignent bien le quart de la part légale, mais que les dettes soient en réalité inférieures à la moitié de la réserve³⁸. Bref, le critère formel de l'art. 480 al. 2 CC ne permet pas à l'exhérédation préventive de déployer ses effets.

L'idée à la base de l'art. 480 CC reste toutefois pertinente. Le fondement de la réserve que sont le maintien des valeurs patrimoniales dans la famille et le but de prévoyance ne sont pas nécessairement compatibles avec le souci de satisfaire les créanciers d'un réservataire. Il convient de conserver ainsi le compromis du droit actuel, mais en supprimant la formalisation des conditions en lien avec des actes de défaut de biens, l'alinéa 2 futur de cette disposition devant ouvrir plus largement la possibilité de démontrer que les dettes de l'exhéredé ne dépassent pas la moitié de sa réserve.

³⁶ ATF 111 II 130, JdT 1986 I 626.

³⁷ P. WEIMAR, op. cit., 2009, N 8 ss ad 480 CC et les nombreuses références.

³⁸ P. PIOTET, op. cit., 1988, p. 403 et les références.

II/4 Un droit successoral propre aux entreprises ?

a) Le développement de la motion Gutzwiller soulève également la question de la transmission pour cause de mort des entreprises, et celle d'un régime qui leur serait particulier³⁹. Cette problématique doit être naturellement mise en lien également avec la question de la transmission de l'entreprise dans la liquidation du régime matrimonial au décès de l'un des conjoint ou partenaire enregistré, et ses rapports avec les questions de droit fiscal fédéral et cantonal.

En droit successoral, la question se divise en deux aspects : celui qui a trait aux moyens conventionnels de planifier la succession de l'entreprise, et celui qui permettrait d'assurer cette planification contre la volonté d'un ou de plusieurs héritiers réservataires présomptifs.

En soi, les moyens de planification actuels que sont le contrat de mariage et le pacte successoral assurent une complète liberté de droit civil dans la planification de la succession d'entreprise par voie conventionnelle. Un régime exorbitant aux règles ordinaires ne paraît absolument pas être justifié dans ce cadre de planification contractuelle volontaire.

Si les réservataires présomptifs en revanche n'adhèrent pas à la solution voulue par le de cujus, notamment par la conclusion d'un pacte successoral abdicatif en ce qui concerne leurs réserves, la liberté testamentaire du de cujus est contenue par l'ampleur de la quotité disponible, qui peut être, comme déjà relevé, augmentée dans le cadre de révision à venir, comme elle peut être augmentée par la conclusion d'autres pactes abdicatifs avec d'autres réservataires, en droit actuel déjà.

Si la réserve des enfants est réduite à la moitié de la part ab intestat, les moyens mis à disposition du de cujus pour assurer la succession de l'entreprise sont accrus d'autant. Ainsi, en laissant un conjoint survivant Y et deux enfants, A et B, le disposant aurait une possibilité d'attribution de trois-huitièmes de la succession à A, contre neuf-seizièmes dans le système actuel.

Aller plus loin dans ce sens impliquerait, cumulativement ou alternativement, deux règles susceptibles de porter atteinte aux droits des réservataires présomptifs : un prix d'attribution inférieur à la valeur vénale, d'une part, et une règle d'attribution préférentielle permettant d'éviter le partage de l'entreprise elle-même dans la succession, d'autre part.

b) Ces règles d'attribution préférentielles et de valeur préférentielle existent actuellement en droit successoral paysan, et cela, avec de nombreuses modifications matérielles, depuis 1912.

³⁹ Bull. off. CE 2010, p. 872 ; Bull. off. CN 2011, p. 109-110 ; cette problématique avait déjà été soulevée par un postulat Brändli du 23 juin 2006, auquel le Conseil fédéral a répondu en avril 2009 cf. aussi P. EITEL, in Jusletter 8.6.2009.

En droit foncier rural, la valeur de rendement est décisive lors du partage successoral de l'entreprise agricole⁴⁰, et une valeur de rendement double l'est pour les immeubles agricoles isolés⁴¹. Cette valeur de rendement est impérativement estimée par une autorité administrative (art. 87 LDFR) sur la base de critères de calculs uniformes (Guide fédéral d'estimation) : les tribunaux civils sont liés par cette estimation, alors que pour les autres entreprises, la valeur vénale doit être estimée dans le procès civil même⁴².

La loi spéciale retire au disposant la faculté de planifier l'attribution de l'entreprise agricole en lui imposant l'héritier, à défaut l'héritier réservataire, capable et désireux d'exploiter lui-même l'entreprise agricole (art. 21 LDFR). La volonté testamentaire du disposant ne peut jouer qu'en présence d'une pluralité de candidats capables et désireux de reprendre, parmi les héritiers (art. 19 LDFR), exception faite des cas d'exhérédation.

Ce modèle est pratiquement impossible à transposer, même avec des variantes, dans le système généralisé d'une remise préférentielle d'entreprise.

c) Aujourd'hui, l'estimation de l'entreprise se fait, comme toutes les valeurs successorales, à la valeur vénale au moment du décès⁴³, ou, pour le partage successoral, au moment des opérations de partage (par exemple, art. 617 CC).

La valeur vénale de l'entreprise est en droit civil nécessairement distincte de celle qui peut valoir pour des situations de droit commercial ; la notion civile s'attache à la « valeur réelle » connue également ponctuellement en droit commercial (art. 670 al. 1, 685 b al. 4 CO). C'est dans cette perspective, compte tenu des droits à cette entreprise résultant du régime matrimonial ou du droit successoral, que le Tribunal fédéral utilise les méthodes reconnues d'évaluation des entreprises. Il s'en est tenu ainsi à une méthode de capitalisation des rendements, tenant compte des perspectives de continuation, mais en réservant le cas où la capitalisation des rendements serait inférieure à la valeur de liquidation⁴⁴.

Sans entrer dans le détail des pratiques jurisprudentielles, il faut relever qu'une capitalisation des rendements n'aboutit pas nécessairement à une valeur inférieure d'estimation par rapport à une méthode fondée sur la seule valeur vénale des éléments de l'entreprise (valeur de liquidation). La situation particulière du secteur agricole, où la valeur vénale des biens-fonds est pratiquement toujours très nettement inférieure au rendement agricole capitalisé, ne peut en aucun cas se généraliser à toutes les entreprises.

Pour favoriser la reprise de l'entreprise par un successeur à une valeur inférieure à la valeur légale du droit ordinaire, il faudrait insérer dans le système de la codification une valeur de reprise préférentielle. Cette valeur peut être fixée actuellement par le de cujus par une disposition à cause de mort qui se tient dans les limites de la quotité disponible.

⁴⁰ Art. 17, 18 LDFR ; pour le régime matrimonial, art. 212 CC.

⁴¹ Art. 21 LDFR.

⁴² Par exemple ATF 138 III 193, JdT 2012 II 489.

⁴³ Pour les calculs des rapports, des réserves et de la quotité disponible (art. 474, 475, 537 al. 2 et 630 CC).

⁴⁴ ATF 137 III 209, JdT 2011 II 281, et les nombreuses références.

Fixer en revanche cette valeur dans la loi de façon à rendre licite une atteinte aux droits des héritiers réservataires non attributaires (et du conjoint survivant dans la liquidation du régime matrimonial) pose des difficultés innombrables de l'avis du soussigné, qui n'échappent pas au demeurant à des critiques intrinsèquement justifiées sur l'inégalité de traitement des héritiers réservataires.

Juridiquement déjà, il faut relever que tout le secteur agricole dépend d'un programme constitutionnel spécifique justifiant des inégalités, et dérogeant le cas échéant à la liberté privée (art. 104 Cst. F.) ; la Confédération ne dispose à défaut que d'une compétence constitutionnelle de politique structurelle n'autorisant que des dérogations limitées à la liberté économique privée (art. 103 Cst. F.). Transposées dans le droit civil, ces différences constitutionnelles font apparaître justifiées les restrictions imposées à la liberté économique privée (qui inclut la liberté testamentaire) dans le domaine particulier du droit agricole, mais non dans l'ensemble des secteurs économiques.

Il est au surplus inimaginable d'envisager, comme en droit foncier rural, qu'une autorité administrative puisse fixer de façon uniforme des critères d'évaluation d'entreprise dans tous les secteurs de l'économie privée. Nécessairement, par voie de conséquence, l'étendue exacte de la lésion de la réserve rendue possible par la fixation de la valeur de l'entreprise crée une incertitude difficilement tenable tant du côté du disposant que du côté du réservataire présomptif. Inévitablement, il appartiendrait alors à des experts désignés par les tribunaux, en cas de litige, de procéder aux méthodes d'évaluation recommandées par la loi, pour aboutir à un prix inférieur à la valeur vénale, ce qui compliquerait considérablement les étapes de la dévolution en cas d'exercice de la prétention en réduction ; de plus, l'annihilation par disposition à cause de mort de l'étendue d'une réserve successorale est la négation même du droit réservataire. L'on ne voit pas, en l'état actuel des conceptions, que cette possibilité puisse être consacrée au détriment des réservataires par une révision du Code civil.

En droit foncier rural, la loi ne précise d'ailleurs pas l'exercice d'une liberté d'attribution par testament, ou du moins pas en-dessous des valeurs agricoles, et le régime d'attribution préférentielle repose lui-même sur l'existence d'une entreprise successorale « viable » selon les critères établis par la loi elle-même (art. 7 à 9 LDFR). Ces critères sont impossibles à fixer dans la loi pour toutes les formes d'entreprises de l'économie privée, et il serait d'ailleurs difficilement concevable qu'un juge civil puisse être amené à confirmer la lésion d'une réserve en fonction d'une appréciation d'expertise sur la plus ou moins grande viabilité de l'entreprise successorale.

d) En fin de compte, l'abaissement des réserves successorales, notamment des enfants, est de nature à élargir les possibilités de planification dans la succession de l'entreprise, sans qu'il soit nécessaire d'introduire d'autres distorsions dans le système du droit réservataire.

La valeur fixée par disposition à cause de mort s'agissant d'une attribution de l'entreprise à l'un des successeurs est une clause usuelle dans la pratique : elle implique une règle de partage volontaire qui peut, pour la valeur prévue, heurter ou non les réserves des autres successeurs éventuels⁴⁵. Une éventuelle lésion de la réserve dans cette situation apparaîtra d'autant moins fréquente que la réserve des enfants pourrait être diminuée dans le cadre de la révision à entreprendre.

A supposer même que pour les besoins de la transmission d'entreprise à cause de mort, on estime justifiée une atteinte supplémentaire à la réserve, un système généralisant à la succession d'entreprise, un mécanisme d'attribution préférentielle et / ou des valeurs préférentielles d'attribution serait largement impossible à mettre en place, faute de conception uniforme de viabilité et d'estimation, comme de méthodes d'évaluation selon des critères qui resteraient d'ailleurs à être définis dans la loi. Les contreparties de l'attribution préférentielle, qui existent en nombre relativement important dans le droit foncier rural, seraient très difficiles à mettre sur pied dans le contexte général de toutes les entreprises de l'économie privée.

Le soussigné rejoint ainsi substantiellement la prise de position du Conseil fédéral sur le postulat Brändli au Conseil des Etats.

⁴⁵ On retient généralement une règle de partage combinée à un legs ou une institution d'héritiers, cf. ATF 100 II 440, JdT 1975 I 544 ; ATF 103 II 88, JdT 1978 I 38 ; ATF 101 II 36, JdT 1976 I 159 ; sur les dernières prises de position par rapport à cette jurisprudence, voir notamment A. M. PFAMMATTER, *Erblasserische Teilungsvorschriften*, Zurich 1993, p. 103 ss ; A. HUBERT-FROIDEVAUX, *L'attribution d'un bien à cause de mort, en particulier à une valeur déterminée*, Lausanne 2009, p. 150 ss, 169 ss ; P. PIOTET, *L'estimation d'un bien par le de cujus favorisant un ou des héritiers et la réduction*, Mélanges J.M. Grossen, Bâle 1992, p. 267 ss.

II/5 Déontologie et successeurs : la problématique de la captation d'héritage

a) La question d'une réglementation de la captation d'héritage en droit successoral est soumise au Parlement depuis une initiative parlementaire déposée au Conseil national le 11 mai 2006 (S. Schenker). Cette initiative a suivi une affaire dont le Tribunal fédéral a dû s'occuper sur recours ensuite d'un arrêt de l'Appellationsgericht de Bâle Ville où, par des manœuvres d'isolement et en endossant la qualité de son unique lien avec l'extérieur, un avocat avait été jugé indigne de succéder à une testatrice âgée et affaiblie qui l'avait institué héritier unique de toute sa fortune et exécuteur testamentaire⁴⁶.

Mal définie, la captation d'héritage se situe difficilement dans la systématique du droit en vigueur. En première instance, le testament a été annulé en justice pour immoralité⁴⁷. Le Tribunal fédéral a quant à lui retenu l'indignité de l'art. 540 al. 1 ch. 3 CC, encore que le dol comme la violation de cette disposition n'ait pas résulté clairement de l'état des faits retenu par le Tribunal fédéral. Mais, en considérant que le testament instituant un tel indigne était nul, même sans procès en annulation, et en faisant par conséquent revivre un testament antérieur au lieu d'appliquer à la succession le droit légal ab intestat, le Tribunal fédéral s'est attiré de larges critiques dans la doctrine, l'indignité n'entraînant que l'inefficacité (caducité), mais non la nullité, de sorte que le droit légal et non le testament antérieur devait régir la succession⁴⁸.

La doctrine considère très généralement ici qu'il y a lieu à intervention du législateur fédéral. Des réglementations prohibitives, touchant particulièrement aux médecins et aux auxiliaires de la santé, mais pas uniquement, existent en Allemagne, en Autriche et en France⁴⁹.

S'associant aux principales critiques adressées par la doctrine à la jurisprudence, le soussigné relève que l'institution qu'est l'indignité n'est pas la voie la plus adéquate pour juguler les hypothèses choquantes de captation d'héritage. Le Tribunal fédéral le démontre en fin de compte en aboutissant à une pleine nullité du testament à la place de la simple caducité qui est liée, de l'avis général, à l'indignité.

Pour les contrats entre vifs, le droit suisse des obligations ne connaît pas non plus de réglementation propre à des libéralités faites à des médecins, aides-soignants et autres professionnels mandataires, indépendamment de leur rémunération pour leurs services. La jurisprudence du Tribunal fédéral a comblé ce vide législatif en appliquant la nullité de l'art. 20 CO lorsque la libéralité est octroyée à un professionnel qui dispose, de par son activité professionnelle, d'un large accès à la sphère privée ou commerciale de l'auteur, et que de plus, notamment, le bénéficiaire contrevenait aux règles éthiques régissant la profession⁵⁰.

⁴⁶ ATF 132 III 305, JdT 2006 I 269.

⁴⁷ Art. 519 al. 1 ch. 3 CC, compte-rendu D. ABT, in PJA 2002, p. 718 ss.

⁴⁸ Cf., parmi d'autres, S. SANDOZ, in JdT 2006 I 280 ; S. WOLF / B. BALLMER, Erbunwürdigkeit durch Unterlassen, Recht 2007, p. 40 ss ; D. ABT, Note in PJA 2006, p. 1141, 1144 s.

⁴⁹ D. ABT, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen, Bâle 2002, p. 175 ss et les références.

⁵⁰ ATF 132 III 455, JdT 2007 I 251.

Si le Tribunal fédéral (première Cour civile), table entre vifs sur la nullité pour immoralité, il devrait logiquement en aller de même pour les dispositions à cause de mort (relevant de la deuxième Cour civile), soit de l'art. 519 al. 1 ch. 3 CC, et non du recours à l'indignité.

b) C'est par la voie d'une annulation de l'art. 519 CC qu'il conviendrait ainsi d'intervenir pour sanctionner la captation d'héritage. La disposition nouvelle ne devrait pas limiter les professionnels en cause, comme c'est le cas en Allemagne, mais inclure toutes les formes de captation d'héritage par des professionnels.

Il faut en outre certainement s'aligner sur le système de l'art. 519 CC où, contrairement aux régimes juridiques qui nous entourent, l'illicéité et l'immoralité doivent être soulevées en justice pour aboutir à l'annulation.

La captation d'héritage pouvant difficilement être définie comme telle, il paraît plus simple d'évoquer trois conditions cumulatives à l'annulation en justice, soit être un professionnel, avoir un accès à la sphère privée ou professionnelle du défunt, et violer les règles déontologiques de la profession : cette nouvelle réglementation doit amener à un équilibre entre d'une part l'intérêt à respecter la liberté du testateur, quelles qu'en soient les conséquences, et les situations les plus choquantes heurtant le sentiment général, d'autre part.

II/6 Fondation de famille, substitution fidéicommissaire et trusts

a) L'art. 335 al. 1 CC limite la création d'une fondation de famille à des buts spéciaux, à l'exclusion d'un but d'entretien des parents ou alliés bénéficiaires.

L'art. 335 al. 2 CC doit quant à lui se lire en lien avec l'art. 488 CC : si une substitution d'héritier ne permet pas de grever l'appelé lui-même de substitution, cette interdiction ne doit pas pouvoir elle-même être contournée par une succession de bénéficiaires de la fondation de famille dans un ordre préfixe.

Nombre de fondations de famille sont créées par dispositions à cause de mort (art. 493 CC). Une statistique officielle paraît difficile à mettre sur pied dans la mesure où la fondation de famille n'a pas à s'inscrire au registre du commerce obligatoirement (art. 52 al. 2 CC).

b) Dans un arrêt de principe du Tribunal fédéral de 2008⁵¹, le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 335 CC ne pouvait plus être considéré comme une règle d'ordre public suisse en exprimant notamment le considérant suivant (c. 4.3.3) :

« Sur le plan historique, il appert que l'introduction dans le Code civil de l'interdiction de la constitution de fidéicommiss de famille est le résultat d'un compromis. Dans ses avant-projets du Code civil de 1896 et 1900, Eugen HUBER avait placé le fidéicommiss de famille sur le même pied que la fondation de famille et laissé aux cantons le pouvoir de limiter ou d'interdire ces deux institutions juridiques. Toutefois la Commission d'experts a voté contre le maintien du fidéicommiss proposé par Eugen HUBER. Un arrangement fut alors trouvé, en ce sens qu'il était interdit de constituer de nouveaux fidéicommiss, mais que ceux qui existaient déjà dans les cantons, tous alémaniques, pouvaient subsister. Cette proposition fut reprise dans l'avant-projet publié par le Département fédéral de justice et police et finalement adoptée telle quelle dans le Code civil du 10 décembre 1907 (...).

On doit tirer de cette mise en perspective que si le législateur a autorisé la persistance des fidéicommiss de famille qui existaient avant l'entrée en vigueur du Code civil, c'est bien parce qu'il estimait que cette institution ne heurtait pas de façon insupportable les mœurs et le sentiment du droit prévalant en Suisse.

En outre, les considérations sur la base desquelles a été introduit l'art. 335 al. 2 CC, qui sont d'une part morales, voire puritaines (il s'agissait de combattre l'oisiveté) et, d'autre part économiques (il s'agissait d'empêcher la prolifération des biens de mainmorte), sont aujourd'hui dépassées (cf. Message du 2 décembre 2005 concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, FF 2006 561 ss ch. 1.4.1.7 in fine). En effet, à l'époque actuelle, c'est bien plutôt la lutte contre le chômage que celle contre le désœuvrement qui représente une tâche étatique prioritaire en Suisse ; autrement dit, le combat contre l'oisiveté n'a plus rien à voir avec la sauvegarde d'intérêts supérieurs. Quant aux biens de mainmorte, ils se rapportent à l'ancien régime et sont totalement étrangers au système économique de la Suisse moderne. ».

⁵¹ ATF 135 III 614, c.5.

Selon cet arrêt, le droit suisse ne peut ainsi condamner des gestions de type fidéicommissaires ou de fondations de famille d'entretien, interdites par le droit suisse, mais soumises à un droit étranger, même si l'administration et les biens sont situés dans les frontières suisses.

c) Dans son arrêt, le Tribunal fédéral s'est appuyé sur l'avis du Conseil fédéral contenu dans le message portant adhésion de la Suisse à la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance : le Conseil fédéral, conscient d'une nécessité de révision, y a renvoyé cet objectif à une révision ultérieure du droit successoral ou du droit de la fondation⁵², le sujet débordant le seul cadre de l'adhésion de la Suisse à la Convention de La Haye sur le trust.

L'entrée en vigueur en Suisse de la Convention de La Haye sur la loi applicable et la reconnaissance du trust de 1985 a eu cependant pour effet, au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral rappelée ci-dessus (c), qu'il suffit d'élire le droit d'un Etat étranger connaissant le trust (art. 6 de la Convention de 1985 précitée) pour que l'on puisse contourner en toute légalité les interdictions des art. 335 al. 1 et 2 CC, respectivement 488 al. 2 CC, si le droit suisse avait été applicable : il n'importe pas à cet égard encore une fois que l'administration du trust et les biens soient situés ou non dans les frontières du pays.

Les conséquences de cette situation, depuis 2007, sont d'importance : le droit suisse auto-discrimine la soumission à son propre droit, et avantage une « fuite » vers d'autres ordres juridiques, qu'il admet ne pas sanctionner comme telle, même dans les limites de son territoire.

d) Non seulement le Conseil fédéral estime nécessaire la révision de l'art. 335 CC, mais l'ensemble de la doctrine plaide également pour un élargissement du système actuel de la fondation de famille ancrée à l'art. 335 CC, tenant compte notamment de l'auto-discrimination évoquée ci-dessus⁵³

Deux démarches paraissent principalement pouvoir être envisagées du point de vue civil en lien avec une révision du texte actuel de l'art. 335 CC.

e) La première possibilité — la plus simple — consiste simplement à abroger les restrictions de l'art. 335, al. 1 et al. 2 CC. L'interdiction des fidéicommissaires de famille (al. 2) peut être maintenue, mais sans doute en termes harmonisés avec l'art. 488 CC : il est en effet apparu dans le domaine des substitutions fidéicommissaires qu'il était nécessaire d'introduire en droit successoral une durée maximale des effets des dispositions à cause de mort qui fait actuellement

⁵² FF 2006, p. 593.

⁵³ Cf., parmi d'autres, A. ZEITER, Die Erb Stiftung, Art. 493 ZGB, Fribourg 2001, N 576 ss, p. 163 s ; P. M. GUTZWILLER, Die Zulässigkeit der Unterhaltstiftung, PJA 2010, p. 1559 ss ; D. ITEM / A. REALI, I trust di protezione matrimoniale, Berne 2010, p. 207 ss ; P. VEZ, La fondation, lacunes et droit désirable, thèse Fribourg 2009, N 216 ss, p. 67 ss ; M. HAMM / S. PETERS, Die schweizerische Familienstiftung - ein Auslaufmodell ?, successio 2008, p. 250 ss ; H. TABET, L'interdiction de la fondation d'entretien du droit suisse : un anachronisme ? Not@lex 2011, p. 69 ss ; A. OPEL, Hat die schweizerische Familienstiftung ausgedient ? Jusletter 31.8.2009 ; T. SPRECHER, Braucht die Schweiz ein neuer Vehikel zur privat nützigen Vermögensperpetuierung ?, in « Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa », Bâle 2010, p. 187 ; H. GRÜNINGER, Commentaire bâlois, ZGB I, 2010, N 18s ad 335 CC ; D. PIOTET, Commentaire romand, CC I, Bâle 2010, N 34 ad 335 CC.

défaut dans la codification⁵⁴, au même titre que la doctrine considère que cette limitation dans le temps s'impose aussi en matière de charge successorale⁵⁵.

L'on peut ainsi envisager l'adjonction, à la norme générale de l'art. 481, d'une limitation chronologique de l'efficacité d'une disposition à cause de mort, et reprendre la définition de la fondation de famille à l'art. 335 en y supprimant l'interdiction de la fondation d'entretien, respectivement en élargissant le but social licite d'une telle fondation. Seul le fidéicommiss de famille contournant l'interdiction de l'art. 488 CC doit être interdit à la fondation de famille (al. 2 nouveau de l'art. 335 CC).

f) L'autre option est d'engager en droit suisse une réflexion sur l'existence de patrimoines séparés appartenant à un seul et unique sujet de droit, mais qui, y compris aux yeux des tiers, doivent être considérés comme distincts, notamment du point de vue de sa responsabilité.

Avec ou avant l'adoption de la Convention de La Haye sur la loi applicable et la reconnaissance des trusts, plusieurs États ont introduit dans leur droit interne une forme de « trust » national ; en Europe, ils sont généralement accordés avec les « Principes de droit européen du trust »⁵⁶.

Contrairement à la fiducie, le trust suppose un patrimoine juridiquement séparé des autres biens du titulaire, et cela avec effet à l'égard des tiers ; contrairement à la fondation en revanche, le trust ne suppose pas de titularité par un sujet de droit constitué distinctement.

L'idée de patrimoines juridiquement séparés existe d'ailleurs déjà en droit suisse dans plusieurs domaines⁵⁷. Cette séparation de patrimoines est aussi aujourd'hui exigée en droit suisse lorsqu'un trust doit être reconnu en Suisse selon l'art. 11 al. 2 et 3 de la Convention de La Haye de 1985.

Il n'y a pas de raison dès lors de refuser, en raison de notre système juridique, le principe même de l'institution d'un patrimoine séparé d'un seul et même sujet de droit, les droits des héritiers et des créanciers devant être de toute manière protégés lors de la création d'un tel patrimoine, sur un modèle existant déjà à l'art. 82 CC. Une réglementation nouvelle, et systématique, de ce point de vue supposerait un renforcement de l'appareil de juridiction gracieuse à même de sauver l'administration du patrimoine séparé, respectivement son affectation⁵⁸ ;

⁵⁴ P. PIOTET, Droit successoral, Fribourg 1988, p. 96 ; S. WOLF, Erbrecht I, Bâle 2012, p. 297-298 ; P. EITEL, Die Anwartschaft des Nacherben, Berne 1991, p. 48 ; P.-H. STEINAUER, Le droit des successions, Berne 2010, N 556 b, p. 283, note 12 ; B. BESSENICH, Commentaire bâlois, ZGB II, 2011, N 4 ad 488 CC ; S. HRUBESCH-MILLAUER, Handkommentar Erbrecht, Zurich 2011, N 12 ad 488 CC.

⁵⁵ Cf. P.-H. STEINAUER, op. cit., N 594 a, p. 303 ; D. STAEHELIN, Commentaire bâlois, ZGB II, 2011, N 32 ad 482 CC ; S. WOLF, op. cit., p. 327 ; J.N. DRUEY, Grundriss des Erbrechts, Berne 2002, p. 150 ; C. BRÜCKNER / P. WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3^{ème} éd. Zurich 2012, N 278, p. 156-157 ; B. UFFER-TOBLER, Die erbrechtliche Auflage, Berne 1982, p. 96 ; K. SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Berne 1975, N 466, p. 1285-1286 ; cf. également ATF 87 II 359, JdT 1962 I 364.

⁵⁶ Cf. Institut suisse de droit comparé, Le trust en droit international privé, perspectives suisses et étrangères, Zurich 2005.

⁵⁷ Successions, régimes matrimoniaux, droit commercial, cf. D. PIOTET, Les effets à l'égard des créanciers de la pluralité de patrimoine d'un même sujet de droit, notamment la question de la subrogation patrimoniale, Mélanges E. Bucher, Berne 2009, p. 566 ss.

⁵⁸ Sur le modèle de la surveillance de l'exécuteur testamentaire, ou encore de l'art. 87 al. 2 CC.

elle devrait enfin faire l'objet d'une réflexion de droit fiscal, tant pour le patrimoine séparé que pour le traitement de la fondation de famille en général.

Emprunter l'option du patrimoine séparé permettrait de supprimer l'auto-discrimination civile du droit suisse en matière de patrimoine séparé par rapport aux pays anglo-saxons qui connaissent le trust, et les pays de tradition romano-germanique qui ont disposé d'instruments analogues aux trusts, comme l'Italie.

Cette perspective toutefois, en lien avec les problématiques du droit fiscal, déborde très largement la seule question de la révision du droit des successions : elle a, à titre personnel, la préférence du soussigné, car elle permet de régler plus de difficultés et d'apporter de plus amples améliorations qu'une seule révision partielle de l'art. 335 CC.

III. Les dispositions en vigueur dont la révision est nécessaire

Après une discussion des thématiques générales, liée aux conceptions des institutions successorales dans la société, les lignes qui suivent s'attachent en revanche aux dispositions légales en vigueur, qui, par des résultats que leur application entraîne, ou les difficultés importantes qu'elle suscite, doivent être aux yeux du soussigné impérativement être revues.

III/1 Le décès du conjoint (ou du partenaire enregistré) pendant la procédure de divorce (ou de dissolution)

a) Selon l'art. 120 al. 2 CC, les « époux divorcés cessent d'être les héritiers légaux l'un de l'autre et perdent tous les avantages résultant de dispositions pour cause de mort faites avant la litispendance de la procédure de divorce ». Le point décisif qu'est la litispendance de la procédure de divorce a été introduit par la loi du 26 juin 1998, en vigueur le 1^{er} janvier 2000 : la règle est pour le surplus celle du code de 1907 (art. 154 al. 3 CC 1907).

A contrario, il résulte de ce système que si le conjoint décède pendant la procédure de divorce, non seulement le conjoint survivant est héritier légal faute d'avoir été écarté par disposition à cause de mort, mais que de plus, le conjoint survivant reste réservataire, quelle que soit la disposition à cause de mort adoptée (cas d'exhérédation justifié excepté). Le même raisonnement vaut pour le partenaire enregistré survivant selon l'art. 31 al. 2 LPart.

Cette solution peut amener à des résultats choquants lorsque la procédure d'un divorce conflictuel est rallongée délibérément pour éviter les effets de l'art. 120 CC par le décès du conjoint malade, solution que l'art. 2 CC paraît difficilement pouvoir contenir dans la pratique. L'expérience montre au demeurant que, s'il est en mesure de le faire, l'exhérédation est souvent utilisée dans une telle situation sans se conformer pour autant aux exigences matérielles posées par le Tribunal fédéral en cette matière⁵⁹.

b) Indépendamment de ces situations extrêmes, qui ne peuvent cependant pas être ignorées, la légitimité du droit de succession du conjoint survivant (ou du partenaire enregistré survivant) tient à la présence d'une union durable, rompue par le décès, et non par une demande de divorce, respectivement de dissolution judiciaire.

L'exigence de l'art. 120 al. 2 CC, soit celle d'un jugement de divorce exécutoire (ou de dissolution exécutoire, art. 31 al. 2 LPart) devrait ainsi clairement être réexaminée. La réglementation actuelle, qui fait remonter la caducité aux

⁵⁹ Cf. R. FANKHAUSER, Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts, Berne 2011, N 457 ss, p. 225 s.

dispositions faites avant la litispendance de l'action engagée devrait parler plus exactement de la connaissance de l'action engagée par le disposant⁶⁰.

Toute la question est de déterminer si la perte de son droit successoral par le conjoint survivant est justifiée avant divorce, et dans quelle mesure exactement. La réserve du conjoint a également pour fondement un aspect de prévoyance⁶¹, mais elle doit se lier aux autres objectifs de la réserve, notamment la structure de la cellule familiale. En Allemagne, la perspective d'un divorce met également fin au droit — moins favorable — du conjoint survivant, sous réserve d'un entretien du survivant à charge des héritiers, plafonné à sa réserve ; en Autriche, la solution « allemande » n'est pas doublée par une créance d'entretien, mais avec une réserve du conjoint survivant moins élevée qu'en Suisse ; en France et en Italie, le jugement de divorce exécutoire fait tomber le droit du conjoint survivant, mais la séparation judiciaire l'entraîne également (Italie) ou l'entraînait (France)⁶².

On peut, pour élargir le texte des art. 120 CC et 31 LPart, renvoyer au principe d'une limitation à l'ouverture d'une litispendance de divorce (ou de dissolution), ou élargir encore la perte à l'hypothèse où l'union emporte déjà, même avant litispendance, séparation de fait durable (six mois, un an, deux ou cinq ans avant le décès par exemple).

La solution la plus réfléchie est certainement celle proposée par le Prof. Fankhauser⁶³, qui dit ceci : la perte du droit conjoint survivant selon le droit ab intestat, est celle existant en présence de dispositions à cause de mort du conjoint prédécédé.

L'absence de réserve du conjoint ou du partenaire enregistré survivant se justifie selon cet auteur lorsque la procédure de divorce ou de dissolution est pendante lors du décès et que la requête est commune, ou que la demande unilatérale est pendante depuis au moins deux ans lors du décès, et que la vie séparée a duré au moins un an au décès. Cette formule tient compte de la fonction de prévoyance de la réserve, elle ne vient sanctionner que les situations de durée inhabituelle de la litispendance, sans qu'il soit nécessaire d'organiser, comme en Allemagne, une prétention légale à l'entretien.

Cette formulation présente en outre l'avantage, non seulement de donner une solution équilibrée au droit du conjoint survivant en cours de procédure de divorce, mais permet alors d'octroyer plus aisément des droits successoraux en faveur du partenaire libre, qui peuvent être plafonnés, comme proposé dans le projet de formulation joint au présent rapport, en fonction de la part du conjoint survivant.

c) Cette nouvelle disposition doit être en outre liée à une reformulation des art. 120 al. 2 CC et 31 al. 2 LPart⁶⁴. Comme dans le système actuel, il est aussi essentiel, lors de la planification d'un divorce (ou d'une dissolution partenariale)

⁶⁰ D. PIOTET, Commentaire romand CC I, 2010, N 16 ad 120 CC.

⁶¹ Cf. p.18ss.

⁶² Survol général, R. FANKHAUSER, op. cit., p. 103 ss.

⁶³ R. FANKHAUSER, op. cit., p. 268 ss.

⁶⁴ Art. 473a selon le projet du Prof. FANKHAUSER, op. cit., p. 270 N 556 : la position systématique de cet art. 473a dans le droit réservataire ne paraît pas être la meilleure.

amiable, de permettre de déroger, par les dispositions à cause de mort voulues à titre transactionnel, à la règle de la caducité légale⁶⁵.

d) Enfin, il est également nécessaire de revoir en lien avec l'art. 120 CC la formulation de la loi qui permet des attributions contractuelles au conjoint survivant d'acquêts ou de biens communs supérieurs à la part légale : en effet, dès lors que le divorce n'est pas formellement intervenu, ces dispositions peuvent déployer des effets alors que les (autres) attributions au décès n'en auront plus selon la nouvelle formulation de l'art. 120 al. 2 CC. Or il n'entre certainement pas dans la vue des époux, ou du moins cela ne peut être présumé, que l'attribution conventionnelle supplémentaire ait un sens si le décès survient pendant une litispendance qui retranche la qualité d'héritier réservataire au conjoint survivant.

En réalité, il n'entre dans la règle pas dans la vue des co-contractants que l'attribution ait une valeur même en cas d'indignité, ou d'autres situations de caducité d'une attribution successorale. Cela souligne la nécessité de traiter de telles attributions au survivant par contrat de mariage, comme des pactes successoraux matériels dans la succession (*infra* III/7).

Quoi qu'il en soit, il se recommande ainsi de suivre la proposition du Prof. Fankhauser⁶⁶ de réviser expressément les art. 217 et 242 CC pour rapprocher expressément le régime de telle clause du système de l'attribution successorale.

⁶⁵ Cf. D. STECK, Commentaire bâlois, ZGB I, 2010, N 20 ad 120 CC ; TH. SUTTER / D. FREIBURGHANUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zurich 1999, N 24 ad 120 CC ; P. BREITSCHMID, in PJA 1999, p. 1608 s et FamKommentar, Eingetragene Partnerschaft, Bâle 2007, N 6 s ad 31 LPart ; A. BÜCHLER, in FamKommentar-Scheidung, Bâle 2011, N 9 ad 120 CC ; D. PIOTET, Commentaire romand, CC I, Bâle 2010, N 17 ad 120 CC.

⁶⁶ Op. cit., p. 272.

III/2 Le rapport légal et la réduction des avancements d'hoirie rapportables

L'interprétation des art. 626 al. 2 et 527 ch. 1 CC est sans conteste une des questions juridiques les plus disputées du droit successoral suisse, pour ne pas dire la plus disputée de tout le code civil.

Cette controverse a pris de telles proportions que les arrêts du Tribunal fédéral qui l'ont tranchée, pour partie seulement, n'ont certainement pas le poids nécessaire à une planification stable et sereine de la succession future en présence de libéralités entre vifs, soit dans d'innombrables situations pratiques ou des avantages ont été accordés aux descendants.

III/2.1 L'art. 626 al. 1 CC : évolution des conceptions ?

a) Alors que, dans une succession où il n'y a ni testament, ni pacte successoral, seul ce qui est donné délibérément en avance sur la succession future du disposant est sujet à rapport, soit doit être ramené en nature ou en valeur dans la succession (art. 626, al. 1, 628 et 630 CC), la loi institue un rapport « légal », soit indépendant de toute volonté d'avance sur succession, lorsqu'un descendant est gratifié entre vifs par « constitution de dot, frais d'établissement, abandon de biens, remises de dettes et autres avantages semblables ».

L'expression du législateur paraît quelque peu malheureuse : elle mélange, aux deux alinéas de l'art. 626 CC, les conceptions d'inspiration française et germanique du rapport, en soi incompatibles, comme les modalités d'attribution (abandon de biens, remises de dettes) et le but de ces attributions gratuites (dot, frais d'établissement).

Le Tribunal fédéral et, très largement, la doctrine, considèrent que l'art. 626 al. 2 CC crée non pas (seulement) une présomption de volonté, mais bien un rapport légal que seule une disposition « expresse » contraire peut résoudre⁶⁷.

Pour une partie restreinte de la doctrine, le rapport légal est une règle interprétative entre vifs du contrat constituant la libéralité, soit le plus souvent une règle interprétative d'un contrat de donation entre vifs⁶⁸. Cette conception n'est pas partagée par le Tribunal fédéral et elle s'avère à vrai dire impossible à mettre en place : non seulement la libéralité rapportable peut ne pas être contractuelle, mais d'une manière générale, s'il n'y avait que présomption de

⁶⁷ ATF 131 III 49, JdT 2006 I 281 ; ATF 124 III 162, JdT 1999 I 182 ; revenant sur ATF 77 II 228, JdT 1952 I 162 ; cf. notamment aussi, A. ESCHER, Commentaire zurichois, 1960, N 8 ad Vorbem. 626 ss CC ; P. TUOR / V. PICENONI, Commentaire bernois, 1964, N 8 ad Vorbem. Art. 626 ss CC ; P. PIOTET, Droit successoral, Fribourg 1988, p. 270 ; J. BENN, Rechtsgeschäftliche Gestaltung der erbrechtlichen Ausgleichung, Zurich 2000, p. 36 ; P. EITEL, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, Berne 1998, p. 104 ss ; L.H. SEEBERGER, Die richterliche Erbteilung, Fribourg 1992, p. 247 ; P. WIDMER, Grundfragen der erbrechtlichen Ausgleichung, Berne 1971, p. 60-61 ; A. RÖSLI, Herabsetzungsklage und Ausgleichung im schweizerischen ZGB, Zurich 1935, p. 22 ; F. AGUET, Contribution à l'étude du rapport successoral, Lausanne 1918, p. 26.

⁶⁸ P. WEIMAR, Zehn Themen zur erbrechtlichen Ausgleichung, Festgabe B. Schnyder, Fribourg 1995, p. 833 ss ; B. ZOLLER, Schenkungen und Vorempfänge als herabsetzungspflichtige Zuwendungen, 2^{ème} éd. Zurich 1999, p. 82 ss ; J.A. MÜLLER, Das Verhältnis von Ausgleichung und Herabsetzung im schweizerischen Erbrecht, Berne 1949, p. 46 ss.

volonté, l'absence de volonté prouvée l'anéantirait (contrairement au rapport légal) ; à cela s'ajoute qu'il s'agirait alors d'un point essentiel du contrat entre vifs auquel la loi ne peut suppléer d'avance. Tout au contraire, toute volonté tendant au rapport, quelle soit unilatérale ou bilatérale, doit être qualifiée d'acte juridique à cause de mort⁶⁹.

Pour le surplus, l'on peut affirmer que deux controverses principales existent sur la notion de libéralité légalement rapportable selon l'alinéa 2 et sur la qualité de créancier de ce rapport légal.

Le Tribunal fédéral et une large partie de la doctrine considèrent qu'est légalement rapportable au sens de l'art. 626 al. 2 CC, une « dotation » faite à un descendant, soit une libéralité faite pour un but d'établissement dans la vie sociale ou économique de ce descendant⁷⁰. C'est la consécration de la conception allemande du rapport qui a influencé d'ailleurs l'auteur de l'avant-projet du code civil⁷¹.

Il existe cependant des partisans d'une autre conception du rapport légal : pour certains, celui-ci vise toutes les libéralités autres que les présents d'usage⁷², ou encore des libéralités entre vifs importantes par rapport à la masse successorale⁷³, ou enfin des partisans de la seule prestation en capital⁷⁴ comme enfin des partisans aménageant des combinaisons entre les différentes théories⁷⁵.

La même discussion touche à la question de savoir si le conjoint survivant est créancier du rapport légal alors qu'il ne peut en être débiteur : la réponse à cette question est naturellement liée à la précédente, puisque les partisans d'une qualité de créancier du conjoint survivant sont partisans de l'interprétation (restrictive) du Tribunal fédéral de la notion de « dotation », alors que les

⁶⁹ ATF 118 II 282, JdT 1995 I 126.

⁷⁰ TF, 5C.135/2005, ATF 131 III 49, JdT 2006 I 281 ; ATF 116 II 607, JdT 1992 I 343 ; ATF 107 II 119, JdT 1982 I 9 ; ATF 98 II 352, JdT 1973 I 322 ; ATF 77 II 36, JdT 1951 I 438 ; ATF 76 II 188, JdT 1951 I 342 ; P. PIOTET, op. cit., p. 272, 284 ss ; le même, L'essentiel sur le rapport légal, Mélanges S. Sandoz, Zurich 2006, p. 404 ss ; A. ESCHER, op. cit., N 39 ss ad 626 CC ; R.E. AEBI-MÜLLER, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, Berne 2007, 8/27, p. 207 ; P.-H. STEINAUER, Le droit des successions, Berne 2006, p. 120, N 184 ; L.H. SEEBERGER, op. cit., p. 256 s ; J. GUINAND / N. STETTLER / A. LEUBA, Droit des successions, Genève 2005, N 212 ss, p. 103 s ; R. FORNI / G. PIATTI, Commentaire bâlois, ZGB II, 2011, N 14 ad 626 CC ; L. VOLLERY, Les relations entre rapport et réunion en droit successoral, Fribourg 1994, N 52 ss, p. 33 s ; E. STAUDMANN, L'avancement d'hoirie et sa réduction, Lausanne 1962, p. 48 ss ; F.G. MOSER, Die erbrechtliche Ausgleichung gemischter Schenkungen, Berne 1973, p. 65 ss ; H. WOLFER, Die Ausgleichung der Erben nach dem schweizerischen ZGB, 1910, p. 65 ss.

⁷¹ E. HUBER, cité par P. EITEL, op. cit., 1998, p. 251 ss, pourtant d'un autre avis ; cf. aussi P. PIOTET, L'objet et la mesure du rapport légal, RDS 2000 I 491 ss.

⁷² Conception française, cf. F. GUIBAN, La notion d'avancement d'hoirie aux art. 527 et 626 du Code civil, RDS 1952, p. 501 ss ; P. WIDMER, op. cit., N 52 ss, p. 33 ss ; V. ROSSEL / F.H. MENTHA, Manuel de droit civil suisse, Lausanne 1922, II, N 1161, p. 263 ; J. BURCKHARDT BERTOSSA, Praxiskommentar Erbrecht, Bâle 2011, N 23 ad 626 CC.

⁷³ P. EITEL, Commentaire bernois, 2004, N 91 ss ad 626 CC ; J.N. DRUEY, op. cit., p. 89 ; M. WINISTÖRFER, Die unentgeltliche Zuwendung im Privatrecht, insbesondere im Erbrecht, Zurich 2000, p. 174 ss.

⁷⁴ P. TUOR / V. PICENONI, op. cit., N 41 ad 626 CC.

⁷⁵ But et importance selon J. THORENS, Quelques considérations sur les rapports en droit successoral, 13^{ème} journée juridique, Genève 1974, p. 35 ss ; le même, L'interprétation des art. 626 al. 2 et 527 ch. 1 et 3 CC, Recueil pour le centenaire du Tribunal fédéral, Berne 1975, p. 375 ss.

partisans opposés à cette jurisprudence soutiennent qu'il se justifie d'exclure le conjoint survivant. La notion de libéralité étant plus étroite à l'alinéa 2 qu'à l'alinéa 1 selon le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire, il n'en résulte en effet aucune nécessité de réciprocité de la qualité de débiteur ou de créancier du rapport légal : à cela s'ajoute que l'absence de qualité de créancier du conjoint au rapport légal soulèverait des problèmes innombrables en lien avec l'actuel art. 527 ch. 1 pour la réduction⁷⁶. Le Tribunal fédéral a jusqu'ici admis la qualité de créancier du conjoint survivant pour le rapport légal⁷⁷.

b) En fin de compte, la question est de savoir si la conception dominante et l'interprétation suivie par le Tribunal fédéral reste d'actualité aujourd'hui.

Selon le système retenu, le rapport légal permet d'assurer un but d'égalité entre les héritiers légaux, respectivement entre différentes souches des descendants. Selon l'exemple le plus classique, si le de cujus a « doté » à son mariage le premier de ses trois enfants, rien ne permet de penser qu'il n'aurait pas agi de même, s'il n'était décédé prématurément, pour les deux autres : en d'autres termes, la loi se fonde sur l'idée généralement reçue que dans une situation de ce genre (« dotation », soit libéralité à des fins d'établissement) que le de cujus n'a pas entendu créer d'inégalité en faveur d'un enfant par rapport aux autres (« Versorgungskollation »).

Cette matière de voir n'a rien en commun avec l'idée d'« égalité » entre descendants héritiers, issue d'une conception française consécutive à la révolution (« Schenkungskollation »).

Cent ans après l'entrée en vigueur de l'art. 626 al. 12 CC, l'évolution des mentalités oblige nécessairement à s'interroger sur la meilleure des deux options en présence.

Le soussigné n'est pas convaincu qu'est largement répandue la conception qui veut que toute libéralité importante consentie entre vifs faite à un descendant soit nécessairement, faute de disposition contraire, ramenée dans la succession à titre d'avancement d'hoirie. L'idée d'égalité des souches n'a pas cette connotation extensive dans l'esprit de la population. En réalité, ce rapport généralisé, présents d'usage exceptés, est une conception vieillie, remontant au Code Napoléon, qui n'est pas profondément ancrée dans la tradition helvétique. La méthode prônant un rapport généralisé à toute libéralité d'importance

⁷⁶ Cf. P. PIOTET, op. cit., 2006, p. 404.

⁷⁷ TF 5A_610/2009 ; ATF 77 II 233, JdT 1952 I 167 ; ATF 117 II 126, JdT 1982 I 16 (obiter dictum) ; question ouverte in ATF 89 II 76, JdT 1963 I 526 ; favorable à la jurisprudence, R.E. AEBI-MÜLLER, op. cit., p. 208 ; J.N. DRUEY, op. cit., p. 85 ; P.-H. STEINAUER, Le conjoint survivant comme créancier du rapport, Mélanges S. Sandoz, Berne 2006, p. 424 ; P. PIOTET, op. cit., 1988, p. 290 ss ; le même, 2006, p. 402 ss ; J. BENN, op. cit., p. 90 ss ; L. VOLLERY, op. cit., N 181, p. 105 ; J. THORENS, op. cit., 1974, p. 33 s ; H.L. SEEBERGER, op. cit., p. 257 ss ; J. GUINAND, Libéralités entre vifs et conjoint survivant, Mélanges P. PIOTET, Berne 1990, p. 62 ; C. WILDISEN, Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, Fribourg 1997, p. 193 ss ; J.A. MÜLLER, op. cit., p. 73 ; G. KUPPER, Ausgleichung und Herabsetzung im ZGB, RSJ 1951, p. 344 ; E. STAUDMANN, op. cit., p. 24 ss ; E. VOLLENWEIDER, Die erbrechtliche Ausgleichung von Lebensversicherungsansprüche, Berne 1952, p. 31 ss ; sont opposés en revanche à cette jurisprudence, A. ESCHER, op. cit., N 6 ss ad 626 CC ; P. TUOR / V. PICENONI, op. cit., N 11 ss et 35 ss ad 626 CC ; P. EITEL, op. cit., 2004, N 146 ss ad 626 CC ; A. RÖSLI, op. cit., p. 43 ; P. WIDMER, op. cit., p. 106, note 32 ; V. SCHWENDENER, Die Ausgleichungspflicht der Nachkommen unter sich und in Konkurrenz mit dem überlebenden Ehegatten, Zurich 1959, p. 93 ss ; H. WÜST, in successio 2009, p. 335 s.

présente aussi des difficultés d'ordre pratique, pour cerner cette notion d' « importance », qui, en droit suisse, ne doit être appréciée à l'ouverture de la succession (art. 537 al. 2, 630 al. 1 CC). Selon que la fortune du défunt augmente ou diminue, ce qui était d'importance lors de l'acte ne l'est plus nécessairement lors du décès, ce qui certes peut légèrement compliquer la planification patrimoniale, mais surtout pose problème lorsque le rapport est purement légal, indépendamment de cette dernière.

Même si l'on adoptait une méthode en pourcent sur le total de la masse successorale, pour éviter le rapport général du droit français, la planification resterait difficile pour déterminer l'étendue de ce rapport légal concrètement.

Pour les raisons qui précèdent, le principe actuel du rapport, tel que reconnu par le Tribunal fédéral, doit être maintenu, et mieux aménagé dans le texte de l'art. 626 CC. La nature d'obligation à cause de mort de l'obligation de rapporter doit aussi apparaître dans le texte légal, et l'alinéa 2 doit définitivement consacrer la seule finalité d'établissement décisive pour le rapport légal des descendants.

III/2.2 La réduction de l'art. 527 ch. 1 CC

Comme l'art. 626 al. 2 CC, l'art. 527 ch. 1 CC est l'objet de très nombreuses discussions dans la doctrine. Ces discussions sont liées pour partie à celles qui sont déjà en présence à l'art. 626 al. 2 CC.

Une première approche est restrictive, et fixe la notion de libéralité du chiffre 1 en lien avec la « dotation » décisive pour le rapport légal : c'est ainsi l'intention du de cuius qui est déterminante (« théories subjectives »). L'autre approche admet la réduction sur la seule base de la réunion des conditions objectives d'une créance en rapport, indépendamment de la volonté du disposant, l'objet de la libéralité étant encore controversé au sein des différents partisans de cette option (« théories objectives »). Ces deux approches, ont, sur le détail, nombre de variantes selon l'auteur qui s'est prononcé sur la difficulté.

Le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine, aujourd'hui minoritaire, retient une approche objective, soit ne tenant pas compte de la dispense volontaire du rapport légal, mais étendant la réduction aux seules « dotations » (frais d'établissement), pas nécessairement toutefois faites aux descendants⁷⁸. Mais, à l'art. 579 al. 1 CC, où est utilisée la même expression qu'à l'art. 527 ch. 1 CC, le Tribunal fédéral a plus récemment rallié la théorie subjective dans l'hypothèse de

⁷⁸ ATF 126 III 175, JdT 2000 I 554 ; ATF 116 II 667, JdT 1992 I 343 ; ATF 71 II 63, JdT 1945 I 434 ; parmi d'innombrables auteurs, notamment, A. ESCHER, op. cit., N 3 ss ad 527 CC ; P. TUOR, Commentaire bernois, 1952, N 4 ad 527 CC ; J.N. DRUEY, op. cit., p. 74 ; P. WEIMAR, Commentaire bernois, 2009, N 11 ad 475 CC ; S. WOLF, op. cit., I, p. 477 ; R. FORNI / G. PIATTI, Commentaire bâlois, ZGB II 2011, N 4 ad 527 CC ; autre avis, parmi de nombreux auteurs également, P. EITEL, op. cit., 1998, p. 603 ss ; J.A. MÜLLER, op. cit., p. 120 ss ; E. STAUDMANN, op. cit., p. 95 s ; J. THORENS, op. cit., 1975, p. 41 ss ; P. PIOTET, op. cit., 1995, p. 37 ss et JdT 1982 I 23 ss ; B. ZOLLER, op. cit., p. 87 s ; S. HRUBESCH-MILLAUER, op. cit., N 11 b ad 527 CC ; N. WINISTÖRFER, op. cit., p. 213 s ; L. VOLLERY, op. cit., N 566, p. 320.

la dispense expresse de rapport légal⁷⁹, la question de l'application de cette conception plus récente au cas de l'art. 527 ch. 1 CC reste ainsi ouverte⁸⁰.

La théorie objective jusqu'ici retenue présente l'inconvénient d'assujettir les membres de la famille, usuellement gratifiée par les obligations sujettes à rapport, à une restitution illimitée dans le temps, alors que les tiers ne le sont que pour les cinq années qui précèdent le décès (art. 527 ch. 3 CC). La théorie subjective se voit, quant à elle, implicitement ou explicitement, reprocher que la volonté du disposant ne peut influencer sur le calcul et la protection des réservataires : cette objection est cependant infondée dans le régime actuel⁸¹.

Il faut en définitive se poser la question de l'opportunité de la réunion de l'art. 527 ch. 1 CC. Si l'on admet que la notion de « libéralité » correspond à celle de la « donation » de l'art. 527 ch. 3 CC, il faut certainement aligner les gratifications assujetties, légalement ou volontairement, au rapport, sur le régime applicable aux tiers qui peuvent être gratifiés. La suppression de l'art. 527 ch. 1 CC peut ainsi s'avérer une simplification significative du système du droit réservataire : la liberté de dispositions entre vifs du de cujus en est augmentée, comme l'option en ressort de la motion Gutzwiller, non pas de façon directe, mais par la non-prise en compte dans la masse de calcul des attributions gratuites au-delà des cinq ans qui précèdent le décès, sauf intention de contourner le droit réservataire.

Une reformulation de l'art. 527 CC permet en outre d'uniformiser non seulement la terminologie pour les libéralités, mais encore de retoucher le chiffre 2, dans le sens que toute la doctrine lui confère actuellement.

⁷⁹ ATF 131 III 49, JdT 2006 I 281.

⁸⁰ P. EITEL, in Jusletter 10.4.2006.

⁸¹ Cf. P. PIOTET, Rapports successoraux et calcul des réserves, Berne 1995, p. 13 ss.

III/3 L'estimation à la valeur de rachat de l'assurance vie pour la réduction

Parmi les questions les plus controversées et les plus difficiles du droit des successions figurent encore celles qui touchent au champ d'application des règles successorales spécifiques aux assurances-vie constituées sur la tête du défunt dans le calcul des réserves et de la quotité disponible.

Selon l'art. 476 CC, repris par l'art. 529 CC pour la réduction concrète, l'assurance « en cas de décès » est calculée pour sa valeur de rachat face au réservataire. En réalité, cette règle a pour fondement historique un compromis entre partisans d'une qualification d'acquisition entre vifs échappant à la réunion si des conditions particulières ne sont pas réalisées, et une qualification de disposition à cause de mort, pour laquelle l'intégration à la masse de calcul des réserves va de soi.

En réalité, si le bénéficiaire de l'assurance-vie acquiert à cause de mort, il acquiert au terme qu'est le décès la somme d'assurance, et c'est cette somme qui doit entrer dans la masse successorale qui permet de fixer les réserves et la quotité disponible. Comme l'indique l'art. 484 al. 3 CC, une acquisition à cause de mort peut porter sur une valeur qui n'appartient plus au de cujus lors de son décès, et n'en être pas moins soumise à la règle générale précitée.

A l'opposé, si l'on construit une acquisition entre vifs pour le bénéficiaire, même si le terme est le décès, il faut construire une fixation d'acquisition artificielle par le gratifié à la dernière seconde de vie qui précède le décès. La valeur réductible dépend alors du cas de réunion admis, mais il ne peut s'agir que d'une somme inférieure à la somme d'assurance due au moment du décès accompli. Lorsqu'il n'y a pas de valeur de rachat, selon le texte légal, certains pensent alors que la valeur de réunion est de zéro, soit qu'il n'y a pas de réduction possible, parce que le de cujus n'attribue pas une valeur qui lui appartient encore.

Le compromis de la valeur de rachat en 1907 a d'innombrables inconvénients qui tiennent largement au champ d'application de cette règle spéciale.

a) Le premier inconvénient est que l'assurance « en cas de décès » visée par le législateur de 1907 n'est pratiquement plus utilisée (« assurance sur la vie entière »). Même dans ce cadre juridique étroit, la solution du code civil est déjà injuste : l'estimation à la valeur de rachat de la police d'assurance par un bénéficiaire désigné ou un légataire n'a pas de justification intrinsèque par rapport à sa dévolution ordinaire aux héritiers par le partage, puisque dans ce cadre là, la valeur décisive sera la somme d'assurance entièrement versée.

b) Une assurance temporaire en cas de décès (risque pur) ou encore une assurance-vie mixte, n'ont pas de valeur légale de rachat, comme d'ailleurs l'assurance-vie avant l'échéance d'une première période de trois ans (art. 90 al. 2 LCA = 108 du projet de LCA), alors qu'elles sont très fréquemment pratiquées. La doctrine est très divisée sur la mesure de prise en compte de ces assurances dans le calcul des réserves et de la quotité disponible, allant de zéro à la somme

d'assurance complète, en passant par une valeur de rachat conventionnelle ou le total des primes acquittées par le de cujus⁸². Ce flottement est source d'autant plus graves incertitudes que le Tribunal fédéral n'a jamais eu à trancher de façon décisive les difficultés présentées jusqu'ici.

c) En réalité, la prise en compte de la valeur de rachat favorise l'attributaire au détriment du réservataire, puisqu'elle est toujours inférieure à la valeur de la somme assurée. La solution peut être encore plus inadéquate si l'on retient, comme le pensent certains auteurs, une valeur de rachat conventionnelle tenant compte d'autres contreparties fournies au financement de la police.

Cette prise en compte défavorise le réservataire en dérogation à toutes les règles du droit réservataire ordinaire selon un modèle qui pouvait se justifier économiquement en 1907, époque où la prévoyance au décès des proches devait encore entièrement rester individuelle. Avec les deux premiers piliers de la prévoyance aujourd'hui, soustraits entièrement au droit des successions, et faisant échapper au droit réservataire particulièrement les sommes versées à ce titre, y compris le deuxième pilier B relevant du droit privé et pouvant couvrir des valeurs plus élevées encore que les valeurs successorales⁸³, une défavorisation du réservataire, dont les droits successoraux sont déjà amoindris en matière de deuxième pilier civil, est certainement injustifiée s'agissant des assurances constituant le troisième pilier, compte tenu des possibilités offertes par les deux premiers. On ajoutera à cette situation aggravée que l'injustice est d'autant plus grande que le même réservataire peut subir un cumul de la péjoration de ses droits, par le deuxième pilier B qui lui échappe contrairement à la règle, et par le troisième pilier, dans la mesure restreinte suscitée par les art. 476 et 529 CC.

d) En fin de compte, les art. 476 et 529 CC, sources d'injustices, controverses et d'insécurité juridique, peuvent être abrogés purement et simplement.

Pour rappeler que les règles ordinaires du droit successoral doivent s'appliquer sur ce point il suffit d'indiquer que l'acquisition d'une somme d'assurance au décès du preneur qu'est le de cujus, y compris par un bénéficiaire irrévocablement désigné avant le décès, s'additionne aux biens extants (art. 474 CC), mais non à titre de réunion de libéralités entre vifs (art. 475 CC) : la problématique épineuse du rapport successoral d'une attribution par désignation d'un bénéficiaire d'assurance-vie est ainsi purement et simplement supprimée. L'acquisition à cause de mort peut d'ailleurs porter sur des valeurs existant hors du patrimoine successoral au décès, mais attribuées à cause de mort par stipulation pour autrui⁸⁴.

⁸² Cf. parmi de nombreux auteurs, notamment D. STAEHELIN, Commentaire bâlois, ZGB II 2011, N 23 ss ad 476 CC ; P. PIOTET, op. cit., p. 440 ; P.-H. STEINAUER, op. cit., N 132, p. 98 s ; A. ROSSEL, Assurance en cas de décès et droit successoral, Lausanne 1919, p. 57, 71 ss ; K.F. ARIK, Le legs d'assurance-décès d'après le droit suisse, Fribourg 1941, p. 113 ; P. IZZO, Lebensversicherungsansprüche und -anwartschaften in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung, Fribourg 1994, N 277 s, p. 290 ss ; R.E. AEBI-MÜLLER, Die drei Säulen der Vorsorge und ihr Verhältnisse zum Güter- und Erbrecht in ZGB, successio 2009, p. 24 ; P. WEIMAR, Commentaire bernois, 2009, N 24 et 50 ad 476 CC.

⁸³ Cf. ... *supra*.

⁸⁴ P. PIOTET, op. cit., p. 180-181.

III/4 Le droit à l'information successorale

a) Depuis une dizaine d'années, le Tribunal fédéral est amené presque chaque année à rendre des décisions importantes en matière de droit à l'information successorale. L'héritier appelé à la succession, pas nécessairement au fait de toutes les affaires du de cujus, ne peut en effet exercer ses droits successoraux qu'en ayant connaissance de certains faits décisifs.

Le droit en vigueur ne prévoit d'obligation d'information qu'à charge des héritiers réciproquement (art. 607 al. 3, 610 al. 2 CC), le texte légal ne connaissant pas cette obligation au surplus, si ce n'est à l'égard d'une autorité étatique successorale, le domaine du partage successoral et des rapports étant seul directement en vue dans les dispositions précitées.

D'autre part, l'art. 170 CC ne peut pour le surplus qu'être invoqué par le conjoint survivant, et il n'est pas assuré que cette disposition soit applicable après le décès d'un conjoint, s'agissant d'effets généraux du mariage⁸⁵.

b) Cette situation est certainement insatisfaisante à plus d'un titre. L'inconvénient majeur est que les tiers possédant des informations ne sont pas tenus de les livrer, du moins à la lecture seule de la loi en vigueur. Ces tiers sont astreints certes à une obligation de reddition de comptes de nature contractuelle (généralement fondée sur un contrat passé avec le de cujus donnant lieu à application de l'art. 400 CO, dont les titulaires sont après le décès les successeurs à titre universel du défunt, et par là même les créanciers de la reddition de comptes⁸⁶).

Mais ce droit contractuel appartient en commun à tous les héritiers, ce qui les oblige à agir à l'unanimité ou par un représentant désigné à l'unanimité ou par voie judiciaire (art. 602 CC), alors que chacun admet notamment dans le cas de l'exercice de droits réservataires, un droit à la reddition de comptes individuel.

L'autre inconvénient de cette solution est que le réservataire entièrement exclu de la succession n'a pas la qualité d'héritier avant l'aboutissement de sa réduction, de sorte qu'il n'a pas droit aux renseignements qui sont dus contractuellement aux seuls héritiers, et qu'il est précisément alors dans l'impossibilité d'exercer son droit réservataire faute d'information.

A cela s'ajoute encore que le de cujus peut avoir convenu de supprimer une obligation de rendre compte envers ses héritiers, ou une partie d'entre eux, et que cette convention est en principe efficace en droit des obligations⁸⁷.

⁸⁵ Question ouverte, TF 5C.276/2005.

⁸⁶ Exemples, TF in SJ 2008 I 98 ; cf. aussi ATF 136 III 469, JdT 2010 I 432 ; TF, SJ 2009 I 305.

⁸⁷ ATF 137 III 393, SJ 2012 I 137, JdT 2012 II 168 ; cf. aussi ATF 132 III 460, SJ 2006 I 607, et TF, RSDA 2010, p. 308.

Le recours à la reddition de comptes en matière contractuelle n'est donc pas à même de combler toutes les situations où la lacune du code civil ne permet pas de donner suite aux besoins concrets d'information successorale.

c) La consécration d'un droit successoral à l'information se faisant de plus en plus pressante, le Tribunal fédéral a déjà de longue date tracé la voie d'un droit successoral en la matière, particulièrement à la charge de tiers détenteurs de renseignements, sans que ceux-ci puissent notamment invoquer le secret bancaire⁸⁸ : il l'a depuis admis en matière de pétition d'hérédité⁸⁹.

Dans un arrêt récent, il a cependant écarté la demande d'information de l'héritier fondée sur une reddition de comptes contractuelle en opposant le secret professionnel de l'avocat qu'était le tiers sollicité⁹⁰, mais sans trancher la même difficulté si un droit successoral à l'information avait été exercé, et non le droit contractuel en reddition de comptes.

Ce dernier arrêt a suscité un important débat sur la nature et l'exécution du droit successoral à l'information, selon que l'on se fonde sur le droit contractuel à la reddition de comptes ou sur une prétention successorale indépendante⁹¹. Si la jurisprudence fédérale prend alternativement en compte les deux fondements possibles de l'information, notamment quant à la loi applicable ou au for⁹², elle ne règle pas les rapports respectifs de chaque prétention avec les secrets légaux à charge des personnes sollicitées. Si un droit à la reddition de comptes contractuel n'a pas force de loi face à l'obligé au secret professionnel, il n'en va pas de même d'un droit légal impératif donnant droit au renseignement successoral, l'art. 321 ch. 3 CP réservant les obligations légales de révéler, et par là, celles qui sont fixées par la jurisprudence en comblement d'une lacune de la loi selon l'art. 1^{er} CC⁹³.

d) Le Conseil fédéral a déjà souligné l'existence d'une problématique du droit à l'information successoral lors de l'adoption de la Convention de La Haye de 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance⁹⁴. Depuis lors, les nouveaux arrêts du Tribunal fédéral et les controverses qu'ils ont engendrées ont fortement aggravé les conséquences de cette lacune législative.

⁸⁸ ATF 89 II 87, JdT 1963 I 599, SJ 1963, p. 557 : réduction ; cf. aujourd'hui ATF 138 III 354.

⁸⁹ ATF 132 III 677, SJ 2007 I 238.

⁹⁰ ATF 135 III 597.

⁹¹ Par exemple A. DORJEE-GOOD, note in *successio* 2010, p. 299 ss ; J.N. DRUEY, *Das Informationsrecht des Erben - die Kunst, Einfaches kompliziert zu machen*, *successio* 2011, p. 183 ss ; A. SCHRÖDER, *Erbrechtliche Informationsansprüche oder : die Geister, die ich rief...*, *successio* 2011, p. 189 ss ; C. BRETTON-CHEVALLIER, *La banque face aux demandes de renseignements des héritiers*, *Not@lex* 2011, p. 121 ss ; G.S. GENNA, *Bundesgerichtliche Widersprüchlichkeiten zum Informationsanspruch im Erbrecht ?*, *successio* 2011, p. 203 ss ; C. LOMBARDINI, *Secret bancaire et droit à l'information des héritiers*, *Not@lex* 2012, p. 93 ss ; C. FAESSLER, *Le secret professionnel du notaire et le droit au renseignement des héritiers*, *Not@lex* 2012, p. 108 ss, spéc. p. 136 ss ; F. BIANCHI, *Demande de renseignements dans le cadre d'une succession : l'avocat et le notaire peuvent-ils opposer leur secret professionnel ?*, *Not@lex* 2012, p. 85 ss.

⁹² ATF 136 III 469, JdT 2010 I 432 ; TF, SJ 2009 I 305.

⁹³ D. PIOTET, *Les fondements du droit à l'information successorale à charge de tiers non successeurs*, *Not@lex* 2012, spéc. p. 83-84.

⁹⁴ FF 2006, p. 593.

Au vu des incertitudes entourant le comblement d'une lacune législative, et de la nécessité d'encadrer l'obligation de révéler, notamment face à des secrets légaux, il devient impératif de réglementer spécialement, dans le corps du Code civil, l'obligation d'informer des tiers pour l'exercice de prétentions successorales.

Le droit à l'information successoral doit être conçu de façon à couvrir l'exercice de toutes les prétentions successorales, et pas uniquement des prétentions réservataires ; sa place systématique est ainsi sans doute liée aux effets de la dévolution successorale, le droit à l'obtention d'information pouvant être une obligation légale, à charge de tiers notamment, dès l'ouverture de la succession, et son titulaire, tout ayant droit à une prétention successorale.

En tant qu'il conforte les fondements des art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC, mais sans aller aussi loin que ces dernières dispositions⁹⁵, la règle nouvelle peut être introduite sans nécessité de toucher à ces dernières dispositions.

⁹⁵ Par exemple pour les dettes des héritiers envers le défunt, qui ne résultent pas d'une action successorale, mais qui peuvent jouer un rôle dans le partage (art. 614 CC).

III/5 Dépôt et ouverture des pactes successoraux et contrats de mariage, registre central des testaments

III/5.1 Registre central des testaments

a) La mobilité croissante de la population entraîne une augmentation des situations où la personne qui a disposé de ses biens à cause de mort ne se retrouve plus domiciliée, lors de son décès, dans le canton où la disposition à cause de mort est conservée. Il y a ainsi un risque accru qu'une personne décède de la sorte à un lieu où l'autorité compétente procède à la dévolution de la succession sans tenir compte d'une disposition à cause de mort conservée en un autre lieu.

C'est à l'initiative de la Fédération suisse des notaires qu'a été mis sur pied le registre central des testaments, fondé par elle en 1988, qui s'est développé de façon constante depuis cette dernière date en étant exploité par une société en dépendant. L'expression « registre central » désigne en réalité une banque de données touchant aux annonces d'existence de testaments et pactes successoraux, y compris des contrats de mariage ayant vocation à s'appliquer au décès d'un conjoint.

Un tel développement a progressivement intégré le traitement au registre central des testaments des dispositions à cause de mort au devoir de fonctions des autorités cantonales, notaires et officiers publics chargés du dépôt officiel au sens des art. 504 et 505 du Code civil. Si l'on pouvait déjà hésiter en 1993 sur la qualification de faute professionnelle de ne pas renseigner le testateur sur l'existence du registre⁹⁶, cette hésitation n'est plus guère concevable aujourd'hui⁹⁷.

Cette situation a amené plusieurs cantons à reconnaître au registre central des testaments un rôle d'intérêt public, et à consacrer une obligation de droit cantonal d'annoncer l'acte à charge de l'officier public sur la base d'un consentement éclairé du testateur⁹⁸ ou par des directives prescrivant cette annonce en tant qu'obligation ministérielle de l'officier public (Berne, Neuchâtel, Genève).

D'autres cantons ont mis sur pied un système centralisé efficient de registre cantonal de données, susceptible d'être mis à jour en cas de déplacement du disposant de l'acte à cause de mort⁹⁹. Mais ce système n'assure pas pour autant une coordination par communication intercantonale entre autorités et officiers publics à l'intérieur de la Suisse.

⁹⁶ C. BRÜCKNER, *Schweizerisches Beurkundungsrecht*, Bâle 193, N 1452, p. 412.

⁹⁷ T.M. VÖLK, *Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten und Erbverträgen und ihre Missachtung*, Zurich 2003, p. 20-21.

⁹⁸ Valais, art. 10 al. 3 de la Loi valaisanne d'application du Code civil du 24 mars 1998 ; Fribourg, art. 19 al. 2 du Règlement du 7 octobre 1986 d'exécution de la loi sur le notariat ; Vaud, art. 76 al. 2 de la Loi sur le notariat du 29 juin 2004.

⁹⁹ Zurich, § 112 ss de la Notariatsordnung du 23.11.1960.

Les centaines de milliers d'inscriptions actuelles au registre central des testaments procèdent ainsi d'une démarche volontaire émanant des disposants, chaque fois en tout cas qu'aucune disposition cantonale ne l'oblige à l'annonce. Un régime efficient, devant fournir toute sécurité pour les justiciables, devrait assurer l'adhésion à l'institution de l'ensemble des cantons dans un système tendant à assurer l'annonce obligatoire de l'ensemble des informations collationnées dans le registre. Il s'ajoute à cela que, tenu par une institution privée sur le territoire du canton de Berne, ce registre peut difficilement participer à une tâche d'intérêt public de droit cantonal, soit hors des frontières de tous les autres cantons qui devraient alors aussi en assurer la surveillance.

Ces considérations, liées entre elles, plaident pour une intervention du législateur fédéral : elles doivent s'ajouter à la possibilité de conférer au registre suisse une véritable place au niveau international.

d) L'accroissement de la mobilité intercantonale de la population et, par là, du risque de ne pas retrouver au dernier domicile les dispositions à cause de mort adoptées, est un phénomène qui atteint naturellement également la mobilité internationale.

Plusieurs États membres du Conseil de l'Europe ont ainsi signé à Bâle le 16 mai 1972 une convention relative à l'établissement d'un registre d'inscription des testaments, extensible par les États membres à d'autres actes juridiques devant déployer leurs effets au décès (art. 11).

Même si un petit nombre d'États a jusqu'ici adhéré à cette convention, la question d'une ratification par la Suisse de son texte peut se poser en lien avec une révision à intervenir du droit successoral interne.

e) En 1993, un avant-projet de révision partielle du Code civil était soumis à consultation s'agissant du droit des fondations et de l'ouverture des contrats de mariage et des pactes successoraux. L'essentiel des dispositions qu'il contenait avait trait aux fondations, et la révision du droit des fondations, qui n'a pas abouti immédiatement à la suite de cette consultation, a été cependant réalisée seule par la loi fédérale du 8 octobre 2004¹⁰⁰ qui a repris nombre de dispositions de l'avant-projet à l'initiative de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des États¹⁰¹.

Les dispositions ayant cependant trait, dans l'avant-projet de 1993, à l'ouverture des pactes successoraux et des contrats de mariage, n'ont pas été reprises dans la loi fédérale du 8 octobre 2004. Le dépôt officiel et l'ouverture des pactes successoraux et des contrats de mariage contenant des dispositions efficaces au décès de l'un des conjoints correspond toutefois à une pratique largement répandue dans les différents cantons, même si elle n'est pas consacrée par tous les textes cantonaux¹⁰².

Ces dispositions, largement consacrées déjà par la pratique actuelle sont assez étroitement liées à l'introduction sur le plan fédéral du registre central des

¹⁰⁰ FF 2004, p. 5095 ss.

¹⁰¹ Rapport du 23 octobre 2003, FF 2003, p. 7425.

¹⁰² D. PIOTET, Schweizerisches Privatrecht, Ergänzen des kantonalen Recht, Bâle 2001, N 519, p. 545 et N 521-524, p. 546-547.

testaments, où les pactes successoraux et les contrats de mariage ici visés sont également annoncés.

III/5.2 Grandes lignes d'une réglementation future

Le texte projeté dans le document de travail annexé au présent rapport a, dans la perspective d'une future révision du droit des successions, tenté de coordonner trois objectifs : consacrer uniformément les pratiques actuelles en matière de dépôt et d'ouverture des dispositions de droit civil déployant leurs effets au décès, consacrer institutionnellement le registre central des testaments (de façon à rendre le droit suisse compatible avec une éventuelle ratification de la Convention de Bâle) et enfin assurer l'absence d'accroissement de charges pour les collectivités publiques du fait de ces nouvelles dispositions.

En matière d'ouverture et de dépôt officiel, les pratiques, consacrées ou non par les lois cantonales, ont été rendues uniformes et, selon le projet joint au rapport, dépendent désormais uniquement du droit fédéral. Cela amène à quelques modifications complémentaires liées à cette ouverture désormais de droit fédéral (art. 533 CC) ou à la conservation du texte des testaments oraux (art. 508 CC), réclamée également par la pratique, quoi que largement réglée déjà par des textes cantonaux.

S'agissant du registre central des testaments, l'essentiel de la révision proposée est fixé sur l'institutionnalisation du registre central, soit sur les art. 556a - 556 e CC du document de travail joint au présent rapport. Le texte ici proposé permet la mise sur pied par la Confédération d'un système central tenu par l'Office fédéral de la Justice. Il a cependant été considéré qu'une réalisation de toute pièce était en l'état disproportionnée, notamment quant au coût, et qu'il fallait permettre ainsi une reconnaissance du registre central tel que tenu aujourd'hui. Le système projeté ainsi s'axe sur une possibilité de délégation de cette tâche d'intérêt public à un particulier en créant les bases légales nécessaires à cet effet.

Le souci de ne pas alourdir les tâches des autorités conduit à laisser les cantons régler encore la transmission des annonces et l'information y relative des justiciables (art. 556d al. 3 CC projeté), le droit fédéral se contentant de principes essentiels, nécessaires le cas échéant à l'application de la convention de 1972 si la Confédération devait la ratifier. Le projet consacre l'annonce obligatoire des seuls testaments publics ou déposés officiellement (art. 4 ch. 1 lit. a de la Convention, art. 556d al. 1 i.i. du texte projeté) - le minimum conventionnel n'étant pas augmenté -, et fixe le contenu de l'inscription (art. 556 b al. 1) comme l'obligation de consulter le registre, qui sera d'autant plus nécessaire qu'il sera utilisé : ces points sont les seuls sur lesquels se concentre la révision projetée, contenant en outre les dispositions nécessaires à la communication internationale prévue par la convention, toujours dans la perspective d'une éventuelle ratification de cette dernière (art. 556e CC). Les autres dispositions nécessaires peuvent être déléguées au Conseil fédéral, qui peut également s'appuyer sur sa propre délégation pour renvoyer par ordonnance à un règlement que l'institution délégataire aura à édicter.

III/5.3 Modifications plus détaillées

Pour s'adapter aux pratiques de nombreux cantons, parfois ancrées dans leurs textes normatifs, il est nécessaire de réviser le droit du contrat de mariage (et des contrats sur les biens entre partenaires enregistrés), pour assurer une ouverture des dispositions attribuant au survivant des valeurs au-delà de la liquidation légale du régime : afin de ne pas entamer inutilement la sphère personnelle des conjoints, le document de travail prévoit encore qu'il leur est loisible — par une clause qu'il est recommandable de faire figurer dans le contrat de mariage, sans qu'il ne s'agisse-là toutefois d'une condition formelle de validité — de fixer par avance l'étendue de l'ouverture au décès de l'une des parties.

L'art. 508 devrait également être modifié pour assurer de façon uniforme le dépôt et l'annonce des testaments oraux, même si la Convention de La Haye excepte cette institution de son champ d'application minimal. C'est l'occasion de consacrer l'interprétation moderne voyant dans l'échéance du délai de quatorze jours un cas de survenance de vice de forme du testament oral, et non de nullité automatique¹⁰³.

Une modification s'impose aussi pour le pacte successoral dans la même perspective (art. 512a CC projeté). Cette disposition s'inscrit dans le même but que l'avant-projet de 1993, avec la prescription d'un dépôt uniforme, se substituant à des règles cantonales éparses¹⁰⁴.

Les art. 556 et suivants du document projeté concilient les exigences minimales de la Convention de Bâle de 1972 avec les structures fondamentales existantes du registre central des testaments en Suisse. Le texte projeté tient compte des exigences du droit de la protection des données, ainsi que des modalités de consultation au décès, comme encore les situations particulières du retrait, de la révocation ou de la rectification.

Les principes ainsi proposés entraînent aussi de légères retouches pour inclure les pactes successoraux et les contrats de mariage (art. 533 al. 3, 551, 557, 558, 594 al. 1, 600 CC, 25 al. 4 LPart et 11 al. 3 LDFR).

¹⁰³ P. PIOTET, in RSJ 1979, p. 137 ss ; P. BREITSCHMID, Formvorschriften im Testamentsrecht (...), Zürich 1982, N 652, p. 438, et le même, Commentaire bâlois, ZGB II, 2011, N 10 ad 506-508 CC avec les références.

¹⁰⁴ Sur la justification de la situation actuelle, soit de l'absence de règle fédérale, P. BRÜGGER, Die Sicherungsmittel der Erbschaft, 1941, p. 87 ; B. RIGGENBACH, in RDS 1940, p. 29-30.

III/6 Autres modifications ponctuelles nécessaires

III/6.1 Le délai de l'action en nullité

L'art. 521 al. 2 CC prévoit que l'action en justice en annulation d'une disposition à cause de mort se prescrit par trente ans contre le défendeur de mauvaise foi « lorsque les dispositions sont nulles en raison soit de leur caractère illicite ou immoral, soit de l'incapacité de leur auteur » ; cette règle déroge au délai normalement applicable selon l'alinéa 1¹⁰⁵.

La règle est unanimement critiquée par l'injustice qu'elle impose¹⁰⁶ : celui qui use de menaces ou de contraintes pour obtenir un testament en sa faveur ne s'expose que pendant dix ans à l'action, alors que celui qui a dû avoir connaissance de l'incapacité de disposer du testateur s'y expose pendant trente ans.

La solution est certainement ici de s'en tenir à un délai de trente ans pour les défendeurs de mauvaise foi en cas d'annulation judiciaire.

III/6.2 Les réductions indirectes

a) La réduction d'un pacte successoral positif onéreux (art. 528 al. 2 CC)

La loi en vigueur prescrit à l'art. 528 al. 2 CC que « si la partie gratifiée dans un pacte successoral a subi une réduction, elle est autorisée à répéter une part proportionnelle des contreprestations faites au disposant ».

Cette règle paraît impliquer que la réserve du demandeur est calculée en tenant compte des biens laissés par le de cujus à son décès, qui incluent la contreprestation objet de la réduction indirecte. L'attribution à cause de mort faite par le pacte successoral est réduite pour reconstituer la réserve du demandeur, mais celui-ci doit reprendre au défendeur une fraction de la contreprestation égale à la fraction réduite de l'attribution à cause de mort.

Cette solution aboutit à des résultats choquants dans la mesure où le demandeur peut s'appauvrir par la réduction, en l'occurrence chaque fois que la valeur de la contreprestation entre vifs dépasse celle de l'attribution à cause de mort, puisque le demandeur peut alors devoir rendre plus qu'il n'en a obtenu par la réduction¹⁰⁷. Le calcul de l'alinéa 2 doit être modifié pour éviter cet effet contraire au but poursuivi par le législateur en revenant aux principes

¹⁰⁵ Un an dès connaissance de la nullité, à défaut dix ans ; sur la modification de l'alinéa 1 en fonction de l'ouverture des pactes successoraux, cf. p. 52.

¹⁰⁶ Cf. notamment D. ABT, *Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht (...)*, Bâle 2001, p. 51-52 ; P. TUOR, *Commentaire bernois*, 1952, N 9 ad 521 CC ; P. PIOTET, *Droit successoral*, 1988, p. 257-258.

¹⁰⁷ Cf. P. PIOTET, *La réduction d'un pacte successoral positif onéreux*, RNR 1981, p. 193 ss ; F. FORNI / G. PIATTI, *Commentaire bâlois, ZGB II*, 2011, N 9 ad 528 CC ; S. HRUBESCH-MILLAUER, *Praxiskommentar Erbrecht*, Bâle 2011, N 8-10 ad 528 CC ; S. SPAHR, *Valeur et valorisme en matière de liquidation successorale*, Fribourg 1994, p. 307-308.

généraux. La réduction de l'attribution à cause de mort du pacte successoral ne porte que sur la valeur qui excède la contreprestation reçue entre vifs par le disposant : une réduction indirecte n'a pas lieu d'être.

b) La réduction indirecte du legs et des charges (al. 2 de l'art. 525 CC)

L'art. 525 al. 2 CC ne tire pas les conséquences du fait que le réservataire, à concurrence de sa prétention, prend la position juridique de l'héritier qu'il a réduit, et par là devient, au pro rata de la réduction, lui-même également débiteur de la délivrance d'un legs ou de l'exécution de charges successorales pesant jusque-là sur l'héritier réduit. Si l'on appliquait l'art. 525 al. 2 CC en toute circonstance, le successeur réduit supporterait le risque de ne pas recouvrer la valeur indirectement réduite, par exemple pour cause d'insolvabilité, voire qu'il perde, contrairement au système légal (art. 523 CC) tout ou partie de sa propre réserve dans une telle opération.

Ces inconvénients obligent à considérer que la réduction indirecte ne peut avoir lieu que subsidiairement à la réduction directe, par exemple lorsque l'objet du legs est déjà entré entre vifs dans le patrimoine du débiteur réduit, ou lorsque la qualité du débiteur du legs a été limitativement fixée par le défunt.

III/6.3 Acquisitions ab intestat, ordre des réductions

a) Bien que le Tribunal fédéral n'ait pas encore eu à l'exprimer, une lacune apparaît dans le système du droit en vigueur à propos de la réduction des acquisitions ab intestat, soit celles résultant directement du système légal en l'absence d'une disposition à cause de mort.

Evidemment, comme le droit réservataire se compte en fractions de parts ab intestat, une situation où l'acquisition légale porte atteinte à la réserve n'apparaît pas d'emblée à l'esprit, et cela explique que le législateur historique n'ait pas envisagé un tel cas de figure. Mais cette réduction n'en est pas moins relativement courante, particulièrement lorsque la succession est partiellement ab intestat et partiellement testat (art. 481 CC).

Ne pas reconnaître le caractère réductible des acquisitions ab intestat aboutit à des situations absurdes où des attributions testamentaires, voulues par le défunt, devraient être réduites seules, et non celles que la loi opère elle-même à défaut de volonté exprimée par ce dernier. La doctrine très largement majoritaire admet aujourd'hui cette réduction¹⁰⁸.

Les rares auteurs encore opposés à cette réduction retiennent principalement une application directe du droit réservataire dans le partage, alors que cela est

¹⁰⁸ Cf. notamment H. HAUSHEER / R. REUSSER / TH. GEISER, Commentaire bernois, 1992, N 40 ad 216 CC ; P. PIOTET, op. cit., p. 462 ss ; P.-H. STEINAUER, Le droit des successions, 2006, N 809 ss, p. 388 s ; A. RUMO-JUNGO, Die Vorschlagzuweisung an den überlenden Ehegatten : dogmatische Gesichtspunkte, Mélanges S. Sandoz, Berne 2006, p. 421 ; S. WOLF, Vorschlags - und Gesamtverweisung an den überlebenden Ehegatten, Berne 1996, p. 154-155 (l'auteur a toutefois changé d'avis, Erbrecht, I, Bâle 2012, p. 492) ; encore d'un autre avis, P. WEIMAR, Die vermeintliche Herabsetzbarkeit gesetzlicher Erbrechte, successio 2008, p. 9 ss ; R. FORNI / G. PIATTI, Commentaire bâlois, ZGB II, N 10 ad Vorbem. 522 ss CC.

contraire au système général de la réserve, la part réservataire n'étant acquise qu'après exercice de l'action en réduction. En réalité, l'acquisition ab intestat est toujours indirectement voulue par des dispositions volontaires qui ne permettent plus l'application du droit réservataire au solde des biens dévolus par la loi. La modification proposée ne suppose, sur le principe, qu'un élargissement des termes utilisés aux art. 522, 523 et 525 CC, le mot « attribution » devant se substituer au terme « libéralité » qui contenait étroitement des attributions qui, interprétées littéralement, ne pouvaient être que directes et procéder d'un acte juridique.

La question du rang de la réduction de l'acquisition ab intestat est également controversée. Certains auteurs ne proposent pas de priorité de rang, d'autres auteurs opèrent une réduction systématique en premier lieu de l'acquisition ab intestat¹⁰⁹, certains proposant enfin une solution plus nuancée¹¹⁰. Cette controverse est aussi nuisible à une sécurité du droit : l'action en réduction peut être rejetée ou non selon que l'on admette ou que l'on rejette cette priorité.

La meilleure formule est certainement d'adhérer au plus près de la volonté présumée du défunt, et, faute de volonté exprimée, de présumer la priorité de la réduction de l'acquisition ab intestat sur celle résultant d'acte à cause de mort chaque fois que ceux-ci ne réalisent pas déjà la lésion de la réserve.

b) Le rang de la réduction des pactes successoraux positifs par rapport aux autres institutions de successeurs à cause de mort est également controversée en doctrine. Si l'on règle la question de l'acquisition ab intestat, il est certainement raisonnable de régler également cette difficulté supplémentaire expressément.

Là aussi, une solution nuancée doit prévaloir. Plutôt que d'admettre une réduction systématique du pacte successoral en dernier lieu, ce qui peut aboutir à des situations choquantes¹¹¹, il faut admettre ici, cette fois sans que le de cujus puisse modifier ce rang, que c'est l'épuisement de la quotité disponible par des dispositions à cause de mort postérieures au pacte qui justifie, pour protéger l'attribution contractuelle, une réduction en rang subsidiaire seulement du titre qu'est le pacte successoral positif.

c) Il faut enfin saisir l'occasion d'un ré-ordonnement des règles sur la réduction pour réutiliser la règle de l'art. 526 CC en l'élargissant, comme le prescrit la doctrine largement dominante, à la restitution en nature d'un libéralité entre vifs (art. 529 nouveau du document de travail).

¹⁰⁹ P.-H. STEINAUER, op. cit., N 811, p. 389-390 et N 829 d, p. 396 ; H. HAUSHEER / R. REUSSER / TH. GEISER, op. cit., N 46, 48 s ad 216 CC et N 55/1 ad 241 CC.

¹¹⁰ P. PIOTET, Les libéralités par contrat de mariage et les autres donations au sens large et le droit successoral, Berne 1997, N 194-195, p. 54-55.

¹¹¹ Exemple, P. PIOTET, op. cit., 1997, p. 57 N 214.

III/7 L'attribution supplémentaire par contrat de mariage au conjoint survivant

a) Par contrat de mariage, dans le régime légal de la participation aux acquêts, le conjoint survivant peut se voir attribuer au décès une part supplémentaire à la moitié qu'il acquiert de par la loi, notamment la totalité des acquêts (art. 216 CC). Cette attribution n'est pas réductible par le père ou la mère du défunt, si le défunt n'a pas de descendant, et s'il a laissé des descendants en concours avec le conjoint, par les enfants communs du couple (art. 216 al. 2 CC).

Dans le régime de la communauté de biens, la même possibilité est ouverte pour l'attribution de tout ou partie de la part légale de la succession du défunt sur les biens communs au conjoint survivant, avec suppression de la réserve des parents s'il n'y a pas de descendant, mais sans toucher à celle des descendants, s'ils existent en concours avec le conjoint survivant, qu'il soit commun ou non (art. 241 al. 3 CC).

Une convention sur les biens enfin entre partenaires enregistrés peut aussi emporter une attribution aux survivants : celle-ci ne peut porter atteinte à la réserve des descendants de l'un des partenaires (art. 25 al. 2 LPart), mais peut supprimer cependant la prétention réservataire des père et mère du défunt.

b) Le fondement de ces attributions en droit successoral est largement controversé, la controverse nuisant concrètement à la sécurité du droit, notamment parce qu'elle porte sur la qualification d'acquisition entre vifs ou à cause de mort de la part supplémentaire attribuée au conjoint survivant, ce qui dicte un rang différent dans l'ordre des réductions (art. 532 CC).

La logique veut que si la loi permet un acte juridique enlevant une prétention à la réserve successorale, cet acte soit nécessairement un acte à cause de mort. Cependant, une partie de la doctrine qualifie l'attribution par contrat de mariage au décès du premier des conjoints ou partenaires enregistrés d'une part supplémentaire à la part légale de liquidation des biens matrimoniaux comme étant la « dernière libéralité » avant le décès (art. 216 al. 2, 241 al. 3 CC et 25 al. 2 LPart)¹¹². Sont invoqués à l'appui de cette conception le fait que la part attribuée à la liquidation n'est pas dans la succession, ce qui n'est pas décisif¹¹³, que la liquidation du régime matrimonial précède celle de la succession¹¹⁴, que l'acte à cause de mort ne pourrait en même temps avoir des effets entre vifs selon l'hypothèse visée¹¹⁵. A ces arguments non décisifs, on ajoute encore que

¹¹² Cf. notamment P.-H. STEINAUER, *Le droit des successions*, N 696, p. 254, et le même, *Le calcul des réserves héréditaires et la quotité disponible en cas de répartition conventionnelle du bénéfice dans la participation aux acquêts* (art. 216 al. 2 CC), *Mélanges P. Engel*, Berne 1989, p. 411 ss ; P. WEIMAR, *Commentaire bernois*, 2009, N 106 ad *Einleitung* 467 ss CC ; A. RUMO-JUNGO, *op. cit.* à la note 108, p. 415 s ; S. WOLF, *Erbrecht I*, Bâle 2012, p. 145 s et 475 ; M. BADDELEY, *Le droit matrimonial au service de la planification de la succession, successio*, 2009, p. 256 s ; P. BORNHAUSER, *Der Ehe- und Erbvertrag, Dogmatische Grundlage für die Praxis*, Zurich 2012, p. 48 ss.

¹¹³ Par exemple au vu de l'art. 484 al. 3 CC ; cf. également P. PIOTET, *op. cit.*, 1997, p. 28-29.

¹¹⁴ Ce qui n'est pas une exigence de droit, cf. P. PIOTET, *op. cit.*, 1997, p. 43-44.

¹¹⁵ Ce qui ne procède d'aucune disposition imposée en la matière, et est même contraire au droit positif, cf. par exemple P. PIOTET, *op. cit.*, 1997, p. 28-29.

l'objet du contrat de mariage ne peut être une « donation » mais qu'il s'agit d'une répartition du bénéfice de l'union conjugale : cette dernière thèse ne paraît pas s'accorder avec le critère de l'art. 245 al. 2 CO¹¹⁶, puisqu'une attribution sans contrepartie peut aussi exister en lien avec d'autres buts, par exemple dans la société simple¹¹⁷. Comme c'est le cas dans d'autres situations, des dispositions à cause de mort peuvent reposer sur une manifestation de volonté et une forme prévue pour les actes entre vifs, ici le contrat de mariage (ou de partenariat)¹¹⁸. Il faut en conséquence, avec la doctrine majoritaire¹¹⁹, admettre une qualification d'attribution volontaire à cause de mort ; cette qualification qui suit la règle de partage fixée à l'art. 245 al. 2 CO épargne les questions épineuses liées au rapport s'il pouvait y avoir libéralité entre vifs, les questions ouvertes laissées par la dissociation entre le dernier moment avant le décès et le moment de l'acquisition de la créance conditionnelle, et évite enfin également les questions insolubles posées par l'idée d'un calcul différent des réserves et de la quotité disponible pour le conjoint, selon qu'il concourt avec des enfants communs et non communs¹²⁰. Elle permet également de résoudre des situations choquantes auxquelles la théorie minoritaire ne fournit pas de solution, comme par exemple l'indignité du conjoint survivant gratifié. La révision du droit matrimonial en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1988 n'a pas modifié la nature intrinsèque de l'attribution, et la jurisprudence confirmée du Tribunal fédéral doit être maintenue sous les régimes matrimoniaux du nouveau droit¹²¹. Correspondant matériellement à un pacte successoral, la clause d'attribution a dans cette circonstance le rang de la clause attributive d'un pacte successoral au sein des acquisitions à cause de mort¹²².

Matériellement, la solution minoritaire, surtout si elle dissocie les masses de calcul des réserves et de la quotité disponible selon le réservataire en présence, tend à favoriser de façon très marquée le conjoint survivant par rapport aux descendants. Cet objectif peut, au-delà des aspects juridiques discutés dans les lignes qui précèdent, expliquer les modalités de calcul proposées. Si la réserve des enfants est sensiblement réduite en droit successoral futur, il y aurait une atteinte supplémentaire qui résulterait d'un renversement de l'actuelle jurisprudence fédérale accroissant considérablement la baisse de la part réservataire des enfants. Comme le soussigné l'a déjà relevé, l'abaissement des parts réservataires ne doit pas aboutir à l'effritement de la part qui subsiste, tout au contraire.

¹¹⁶ Qui a vocation à s'appliquer au-delà du droit des donations, pour viser toute libéralité entre vifs selon une jurisprudence et une doctrine éprouvées.

¹¹⁷ ATF 113 II 270, JdT 1988 I 170.

¹¹⁸ P. PIOTET, op. cit., 1997, p. 100 ss, 105 ss.

¹¹⁹ P. PIOTET, Réserves et réductions en cas de contrat de mariage sur la liquidation du régime matrimonial, RSJ 1990, p. 37 ss ; le même, op. cit., 1997, p. 30 ss ; J.N. DRUEY, op. cit., 6/81, p. 75 ; H. HAUSHEER / R. REUSSER / TH. GEISER, Commentaire bernois, op. cit., N 46 ss ad 216 CC ; C. WILDISEN, Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, Fribourg 1999, p. 85 ss ; S. HRUBESCH-MILLAUER, Praxiskommentar Erbrecht, N 4 ad 524 CC ; R.E. AEBI-MÜLLER, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, Berne 2007, p. 106 ss ; M. STETTLER / F. WAELTI, Le régime matrimonial, Fribourg 1997, N 238 ; Commentaire bâlois, ZGB II, R. FORNI / G. PIATTI, N 3 ad 532 CC.

¹²⁰ Cf. P. PIOTET, op. cit., 1997, p. 83 ; L. VOLLERY, op. cit., N 301, p. 176.

¹²¹ Cf. ATF 102 II 313, JdT 1977 I 130, c.4 ; ATF 112 II 398, JdT 1987 I 345 ; ATF 116 II 243, JdT 1992 I 130 ; ATF 137 III 113.

¹²² Cf. lit.b, p.55 *supra*.

III/8 L'administration officielle de l'art. 578 al. 1 CC

Même si cette situation n'est pas très courante, il arrive que le débiteur obéré répudie une succession pour éviter que ses créanciers insatisfaits puissent s'en prendre à des valeurs familiales plutôt qu'elles puissent profiter à ses proches. Par l'exercice de son droit de répudiation, il restreint, par survenance de la condition résolutoire qu'il provoque, l'étendue de sa responsabilité envers ses créanciers (ce qui n'est pas le cas s'il conclut un pacte abdicatif avant le décès).

Cette répudiation peut être révoquée judiciairement par une action intentée par le créancier dans les six mois (art. 578 al. 1 CC). Selon la jurisprudence fédérale¹²³, critiquée¹²⁴, l'action est dirigée contre le répudiant, et non contre les bénéficiaires de cette répudiation. Cela pose de nombreux problèmes. Le premier est que tous les bénéficiaires de la répudiation n'ont théoriquement pas à se voir opposer l'autorité de la chose jugée, s'agissant de personnes non parties au procès en révocation, et n'ayant pu faire valoir leurs droits dans l'instance : à l'opposé, le répudiant, à l'égard desquels la répudiation continue à déployer ses effets malgré la révocation, et qui n'a plus de droit sur la succession, n'a aucun intérêt à défendre à l'action.

A ce premier écueil s'ajoute un second. Le législateur ayant eu en vue manifestement le cas où le répudiant attaqué par ses créanciers est seul héritier, prévoit que la révocation judiciaire de la répudiation entraîne une liquidation officielle de la succession.

Cette solution, s'il y a des cohéritiers au répudiant, est doublement inadéquate : d'abord, elle atteint les droits aux valeurs successorales de ces cohéritiers par l'effet d'un jugement de révocation qui ne leur est en soi pas opposable et auquel ils n'ont pas participé. Surtout, ces cohéritiers sont dessaisis au profit du liquidateur qui doit aliéner ces biens autant que nécessaire avant tout partage. Il faut en tout cas considérer que l'attribution du solde de la liquidation ne peut pas préteriter au profit des créanciers du répudiant la part des cohéritiers qui n'ont pas à mettre leurs droits à la satisfaction des créanciers du répudiant. Même le droit des cohéritiers d'éviter la liquidation en fournissant des sûretés met en péril leur propre patrimoine hors succession pour la dette d'autrui, si les sûretés devaient être réalisées.

Le cas de la succession à plusieurs cohéritiers n'ayant pas été envisagé, la doctrine s'est posé la question de l'existence d'une lacune¹²⁵. Si l'on rejette généralement cette solution, et qu'il y a lacune « impropre », soit une mauvaise solution législative, il est nécessaire de saisir la révision du droit des successions pour corriger cette injustice et régler séparément les conséquences de la révocation de la répudiation en cas de pluralité d'héritiers.

¹²³ ATF 55 II 18, JdT 1929 I 433 ; ATF 138 III 497, c.3.1 ; I. SCHWANDER, Commentaire bâlois, ZGB II, 2011 N 13 ad 578 CC ; M. HÄUPTLI, Praxiskommentar Erbrecht, Bâle 2011, N 13 ad 578 CC ; P.-H. STEINAUER, Le droit des successions, N 994, p. 478, qui admet que cette solution n'est pas logique.

¹²⁴ A. ESCHER, Commentaire zurichois, 1960, N 10 ad 578 CC ; P. PIOTET, op. cit., p. 577 ; C. GÜBELI, Gläubigerschutz im Erbrecht, Zurich 1999, p. 105 ss.

¹²⁵ Cf. déjà P. TUOR / V. PICENONI, Commentaire bernois, 1964, N 21 s ad 478 CC ; cf. C. GÜBELI, op. cit., p. 114 s.

La liquidation officielle reste une solution adéquate lorsqu'il y a un héritier unique, mais elle doit être exclue dans le cas d'une hoirie : dans cette dernière situation, les créanciers du répudiant n'ont pas à être mieux traités que les créanciers d'un héritier qui ne répudie pas, soit supprimant la séparation des patrimoines entre biens successoraux et biens propres de l'héritier. Et les cohéritiers n'ont encore une fois pas à subir une liquidation des valeurs de la succession pour satisfaire les créanciers de l'un des leurs, le créancier de l'héritier n'ayant de droits que sur la part de ce dernier : l'art. 609 al. 1 CC doit être appliqué dans ce cas de figure.

III/9 L'annulation judiciaire des pactes successoraux

Il est difficile d'envisager une révision complète du droit des successions sans songer à combler la lacune qui y est reconnue par l'ensemble de la doctrine dans la loi actuelle, et qui affecte les pratiques successorales par les incertitudes qu'elle engendre. Une telle lacune existe pour la nullité, respectivement l'action en annulation judiciaire, des pactes successoraux.

L'annulation judiciaire d'un pacte successoral est en effet largement controversée ; elle n'a été abordée directement que dans un arrêt du Tribunal fédéral¹²⁶, à propos d'un vice de la volonté du pacte. Le Tribunal fédéral y écarte la théorie classique, issue de la doctrine allemande ancienne, qui dissociait les motifs d'annulation, l'art. 469 CC s'appliquant au *de cujus*, et non au partenaire contractuel¹²⁷ : en particulier, le délai de guérison de l'art. 469 al. 2 CC a été écarté de l'annulation judiciaire du pacte successoral pour vice de la volonté, cette disposition ne pouvant se concevoir que pour un acte non soumis à réception¹²⁸.

La jurisprudence, en admettant une application uniforme des art. 21, 23 ss CO, n'a cependant pas tranché sur les modes d'annulation du vivant des parties. Certains auteurs soutiennent une invalidation du vivant du *de cujus* par disposition à cause de mort, en application analogique de l'art. 513 al. 2 CC, à notifier à l'autre partie¹²⁹. Cette application analogique est infondée dans la mesure où il ne s'agit pas de révoquer, mais d'annuler, en raison d'un vice originaire, un pacte successoral¹³⁰.

Une deuxième théorie admet la notification d'invalidation de l'art. 31 CO sans engagement d'une procédure, soit l'anéantissement possible du pacte successoral pour des motifs de droit des obligations¹³¹. Cette théorie se heurte tout d'abord au texte de l'art. 519 al. 1 CC qui permet clairement l'action judiciaire formatrice pour les vices visés des « actes à cause de mort », soit

¹²⁶ ATF 99 II 382, JdT 1974 I 346.

¹²⁷ P. TUOR, Commentaire bernois, 1952, N 2-3 ad 469 CC ; A. ESCHER, Commentaire zurichois, N 18 ss ad 469 CC ; J. GAUTHIER, Le pacte successoral, Lausanne 1955, p. 96 ; G. MÜLLER, Die Ungültigkeitsklage bei der Verfügungen von Todes wegen, Zurich, 1929, p. 34 ; J. SCHMID, Spezialfragen bei der öffentlichen Beurkundung von Erberträgen und von Eheverträgen, RNRF 1991, p. 23-24.

¹²⁸ Le caractère gratuit ou onéreux du pacte ne modifie en rien sa nature bilatérale, malgré J. GRÜNDLER, Willensmängel des Gegenkontrahenten beim entgeltlichen Erbvertrag, St-Gall 1988, p. 100 ss, 113 ss, 122 ss, suivi par P. BREITSCHMID, Commentaire bâlois, ZGB II, N 21 ad 469 CC, et qu'il n'y a pas lieu à différencier entre la protection de la prestation entre vifs et de celle à cause de mort, malgré P. WEIMAR, Commentaire bernois, 2009, N 6-7 ad 469 CC ; S. WOLF, Erbrecht I, Bâle 2012, p. 194 et 429 s ; cf. aussi S. HRUBESCH-MILLAUER, Der Erbvertrag : Bindung und Sicherung des (letzten) Willens der Erblassers, Zurich 2008, N 802, p. 323.

¹²⁹ A. ESCHER, op. cit., N 18-19 ad 519 CC ; J. GAUTHIER, op. cit., p. 95-96 ; R. RASCHEIN, Die Ungültigkeit der Verfügungen von Todes wegen, Berne 1954, p. 66 ; M. WELTI, Willensmängel bei des Verfügungen von Todes wegen, 1928, p. 67 ss.

¹³⁰ P. PIOTET, Annulation du pacte successoral du vivant de *de cujus*, JdT 2000 I, p. 42 ss ; J. GRÜNDLER, op. cit., p. 338 ss.

¹³¹ V. PICENONI, Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, Zurich 1955, p. 105 ss ; J. GRÜNDLER, op. cit., p. 322 ss ; P. BREITSCHMID, op. cit., N 21 ad 469 CC ; D. ABT, op. cit., p. 101 s ; S. HRUBESCH-MILLAUER, op. cit., N 838 ss, p. 341 s ; P.-H. STEINAUER, op. cit., p. 348, p. 197 ; J.N. DRUEY, op. cit., 10/48, p. 138-139 ; P. BORNHAUSER, op. cit., p. 240 ss.

également des pactes successoraux. Il faudrait ainsi scinder entre une action formatrice après le décès, et une simple notification sans instance judiciaire avant le décès : cette scission est matériellement injustifiée¹³². En outre, s'agissant d'un vice de la volonté, le mécanisme de l'art. 519 CC ne correspond pas à celui de l'art. 31 CO, malgré la thèse des partisans de cette théorie, en ce sens que l'acte à cause de mort n'est pas nul sous réserve de validation faute d'usage du droit de l'art. 31 CC¹³³. Comment le pacte vicié selon 23 ss CO, dans l'année qui précède le décès peut-il être « nul » au décès, mais devenir ensuite par le décès, valable sous réserve d'annulation judiciaire ? Ce travers est encore plus gênant pour l'illicéité et l'immoralité, où l'art. 20 CO amène à la nullité complète du vivant des parties, et si l'acte nul devient valable par la survenance du décès, sous réserve d'annulation judiciaire seulement dans le délai légal¹³⁴.

Si l'on ajoute à ces incompatibilités le souci de la sécurité du droit, la qualité de successeur étant souvent en cause dans le cas de l'annulation du pacte successoral, il faut opter pour une théorie qui évite un hiatus entre invalidation avant et après le décès, et admettre ainsi une action en annulation judiciaire généralement ouverte avant et après le décès¹³⁵ ; les motifs de l'annulation judiciaire sont d'ailleurs les mêmes pour les deux parties, qu'il s'agisse de vice de forme (art. 520 CC) ou de vice de la volonté, du moins pour les dispositions de caractère contractuel (art. 21, 23 ss CO), ou encore dans les cas de nullité pour illicéité ou immoralité (art. 519 al.1 ch. 3 CC). Les causes ne demeurent disparates que pour la capacité civile (art. 519 al. 1 ch. 1 CC : art. 468 CC pour le de cujus, 18 ss CC pour le partenaire contractuel), mais la sanction uniforme doit être admise dans ce cas également¹³⁶. La sanction est la même dans le cas de l'art. 519 CC, avec cette précision que seule la partie qui est victime d'un vice de la volonté ou du défaut de capacité est habilitée à invoquer ce vice.

¹³² P. PIOTET, op. cit., 2000, p. 46.

¹³³ Cf. ATF 114 II 131, JdT 1988 I 508.

¹³⁴ D'où d'ailleurs une modification de cette construction impossible par rapport aux art. 31 et 20 CO pour certains partisans de la théorie, cf. GRUNDLER, op. cit., p. 368 ss.

¹³⁵ P. PIOTET, op. cit., 2000, p. 47 ss ; M. HOHL, *Aufhebung von Erbverträgen unter Lebenden und von Todes wegen*, Zurich 1974, p. 151 ss ; C. BRÜCKER / T. WEIBEL, *Die erbrechtlichen Klagen*, Zurich 2012, N 14, p. 9.

¹³⁶ P. PIOTET, op. cit., 1988, p. 262 ss.

III/9.1 Adaptations nécessaires en lien avec le Code de procédure civile suisse

a) Après la clôture de la procédure de consultation portant sur l'avant-projet de procédure civile, le Conseil fédéral avait proposé aux Chambres fédérales une version modifiée par rapport à l'avant-projet, portant sur le champ d'application du nouveau code (art. 1^{er} let. b) et cela particulièrement pour des considérations d'ordre constitutionnel¹³⁷. Cette rédaction a passé dans le texte adopté par les Chambres fédérales.

En excluant le domaine des affaires gracieuses du droit privé fédéral du champ d'application du CPC lorsqu'elles ne procèdent pas de « décisions judiciaires », la formulation adoptée a laissé un large champ à des controverses nuisant gravement à la sécurité du droit dans plusieurs cantons. Il ne fait pas de doute que là où les cantons ont désigné des autorités administratives comme le permet le droit fédéral (art. 54 Tit. fin. CC) pour des affaires gracieuses, spécialement en matière successorale, la procédure cantonale est applicable. Là en revanche où les cantons ont désigné un « juge », du moins selon leur appréciation « judiciaire » propre, pour les mêmes affaires gracieuses, l'application du Code de procédure civile est controversée.

Le fait est que l'application du droit fédéral serait inégale et dépendrait de l'organisation cantonale des autorités si le Code fédéral était applicable comme tel lorsque l'autorité est judiciaire, désignée par la loi cantonale. Mais l'inconvénient majeur est que le Code fédéral de procédure ne contient pas des règles de procédure complètes en matière gracieuse, tout particulièrement pour les formalités du droit successoral¹³⁸, et que si le Code fédéral était applicable comme tel, les cantons qui auraient désigné un juge ne pourraient absolument pas créer les institutions à même d'appliquer le droit matériel, particulièrement le droit successoral.

Cette controverse doit être supprimée pour lever un doute sur le champ d'application du Code fédéral, nuisant gravement à la sécurité du droit¹³⁹.

b) Il convient, pour des raisons analogues, d'harmoniser le Code civil en matière d'affaires successorales gracieuses avec le Code de procédure civile en matière de for. Si le Code de procédure civile est bien inapplicable aux affaires gracieuses non confiées à un juge, particulièrement en matière successorale, le for successoral gracieux déroge à ce principe en matière de succession (art. 28 al. 2 CPC) mais il ne devrait pas figurer dans une loi en principe inapplicable, mais bien dans le Code civil lui-même.

L'art. 538 al. 2 devrait ainsi être complété par la reprise du texte de l'art. 28 al. 2 CPC actuel.

c) Dans la même ligne, il convient de déterminer, en matière successorale particulièrement, le lien entre les mesures provisionnelles d'une affaire

¹³⁷ FF 2006, p. 6874.

¹³⁸ Inventaires, ouverture des dispositions à cause de mort, procédures de publication, etc.

¹³⁹ Sur l'ensemble de l'argumentation, cf. D. PLOTET, La nouvelle délimitation entre règles fédérales et cantonales de procédure civile, in « Procédure civile suisse », Neuchâtel 2010, p. 17 ss, 21 s, 23 s.

contentieuse, qui sont régies par le Code de procédure civile suisse, et les mesures de sûretés relevant de l'autorité successorale en matière gracieuse, qui, comme relevé plus haut, ne dépend pas du Code de procédure civile fédéral. Il arrive en effet que la même mesure puisse être ordonnée à titre gracieux, ou être rendue au titre de mesure provisionnelle dans un procès contentieux ; ainsi par exemple, un inventaire obtenu à titre provisionnel peut se superposer avec l'inventaire conservatoire gracieux, ou une mise sous main de justice peut se chevaucher avec des scellés successoraux, comme enfin une administration officielle au sens de l'art. 604 al. 3 CC peut être ordonnée à titre provisionnel dans un procès contentieux en partage, ou par l'autorité successorale gracieuse (art. 554 CC). La mesure de sûretés en faveur des légataires prévue à l'art. 594 al. 2 CC peut de même être ordonnée par l'autorité successorale gracieuse comme par un juge statuant sur mesures provisionnelles.

Le chevauchement de ces décisions de nature différente, appartenant à des autorités différentes et soumises à des procédures différentes nuit sans doute à la sécurité du droit. L'art. 269 lit. b du CPC comporte une réserve des mesures successorales du Code civil qui doit être complétée par un nouvel alinéa, lequel doit donner la priorité à la compétence de l'autorité gracieuse pour confirmer ou infirmer la mesure provisionnelle par hypothèse ordonnée en premier lieu.

d) L'on saisira sans doute cette légère retouche du droit de procédure pour corriger l'abrogation trop hâtive de l'art. 598 al. 2 ancien du Code civil, qui devrait être censé repris matériellement par le droit des mesures provisionnelles du Code de procédure civile.

L'un des avantages de l'ancien art. 598 al. 2 CC était de donner à l'héritier qui exerçait l'action en pétition d'hérédité un droit à des mesures provisionnelles qui pouvaient porter sur des paiements ou des constitutions de sûretés, en dérogation à la loi sur la poursuite. Or le Code de procédure civile l'interdit désormais faute de disposition spéciale (art. 262 lit. e CPC), ce qui devait justifier, contrairement à ce qui est advenu en 2008, le maintien d'une règle spéciale dans le Code civil. Cette correction peut intervenir par la réinsertion d'un alinéa 2 faisant le lien avec le droit de procédure.

IV Partie conclusive : révision totale ou partielle ?

a) Si l'on doit évaluer l'ampleur d'une révision en matière successorale, il faut dans un premier temps s'accorder sur la nécessité même de celle-ci, soit sur son principe. L'adoption de la motion Gutzwiller par les Chambres fédérales confirme une nécessité ressentie par des praticiens et plusieurs spécialistes du droit des successions en Suisse¹⁴⁰. Si des divergences apparaissent certes dans les objectifs selon le cas, les députés qui se sont exprimés ont conforté la nécessité d'une réflexion sur les points essentiels d'une réforme, telle qu'évoquée dans la motion Gutzwiller.

Face au principe d'une révision se pose la question de savoir s'il faut entièrement revoir les fondements du droit successoral, ou s'il faut au contraire inscrire la révision dans la suite du travail accompli jusqu'ici par le législateur fédéral après les législateurs cantonaux. Il se trouve en effet des voix pour qualifier le système du droit successoral de « scorie » d'un autre âge, hors du contexte des nécessités de la vie sociale et économique actuelles ; mais ces critiques ne proposent pas pour autant une reformulation cohérente d'un système différent, qui reposerait sur un consensus large dans la population.

L'abolition complète du droit des successions dans les premiers mois qui ont suivi la création de l'ancienne Russie soviétique, a été rapidement rapportée en raison de nécessités pratiques, quand bien même elle était liée à l'effacement de la propriété privée face à la propriété collective. Depuis lors, dans toutes les législations européennes, le droit des successions s'organise sur des mécanismes de transmission d'actifs et de passifs à cause de mort, selon des modalités variables, mais généralement toujours fixées sur les trois formes de transmission historiques que sont l'adition de l'hérédité vacante, d'origine romaine, ou l'acquisition à titre universel au décès, d'origine coutumière, ou enfin à l'acquisition par un représentant volontaire ou désigné dans le système de la *Common law*.

L'auteur de l'avant-projet de Code civil de 1907 assignait au droit successoral trois objectifs : « assurer la paix entre les générations successives (...), conserver au-delà de la mort les valeurs créées par celui qui les possède et (...) réaliser une répartition juste et raisonnable des biens laissés par le défunt »¹⁴¹. Ces objectifs généraux n'ont certainement pas varié au XXI^e siècle : ce sont leurs modalités qui doivent être rediscutées.

¹⁴⁰ P. BREITSCHMID, *Das Erbrecht des 19. im 21. Jahrhundert – der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserische Freiheit, successio 2007*, p. 6 ss ; le même, *Noch einmal und weiterhin : für ein zeitgemässes Erbrecht !, successio 2010*, p. 252 ss ; R. FANKHAUSER, *Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts*, Berne 2011, p. 229 ss, 253 ss.

¹⁴¹ Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police, II, Berne 1901, p. 3-4.

b) Si l'on s'attache au droit suisse, l'on observe que sur les 184 dispositions d'origine du Livre Troisième du Code civil, en l'espace de cent ans, le législateur n'en a révisé ou ajouté que moins d'une quarantaine, et cela très souvent en en touchant que le texte de façon incidente, sans en modifier la portée matérielle.

On peut certes évaluer négativement cette situation, en considérant que le droit successoral en vigueur date d'un peu plus de cent ans, et que sa seule datation déjà le rend trop ancien pour se contenter d'une révision partielle, soit qu'une révision complète soit absolument nécessaire.

Cette approche diffère complètement si l'on se penche plus précisément sur les dispositions qui ont été révisées jusqu'à aujourd'hui, qui sont pour leur majorité des dispositions de la première partie du Livre Troisième, et parmi elles, surtout les dispositions désignant les héritiers légaux et leur part réservataire. Cette indication met en évidence que les dispositions qui doivent être adaptées à l'évolution de la société et aux nouvelles conceptions sur les successeurs constituent une faible minorité de l'ensemble des règles du droit des successions, quelle qu'en soit l'importance pratique et systématique dans la loi civile. La majorité des dispositions du droit successoral, inchangées depuis 1907, constituent en quelque sorte des « institutions de nature technique » assurant la régularité de la dévolution ou l'exercice des droits des successeurs. Il n'apparaît pas par exemple que l'évolution sociale fasse apparaître comme indispensable une réforme des dispositions sur le bénéfice d'inventaire ou la liquidation officielle.

c) Le présent rapport est accompagné, à titre de document de travail, de propositions de révision législative en lien d'une part avec la thématique de la motion Gutzwiller, et en lien d'autre part avec des nécessités plus ciblées de révision des règles actuelles. Les articles dont la révision est ici proposée, ou qui sont nouveaux, sont au nombre d'une quarantaine : cela paraît démontrer, du moins aux yeux du soussigné, qu'une révision complète du droit des successions ne s'impose pas, si l'on compare ce chiffre au nombre de plus de cent huitante dispositions actuellement en vigueur dans le Livre Troisième.

d) Il est naturellement concevable, au-delà des domaines objets des propositions de révision législative annexées au présent rapport, de réviser également d'autres dispositions. Le soussigné n'y a en l'état pas donné suite, dans la mesure où il s'est borné, dans un premier temps, à formuler des dispositions dont la révision lui paraissait indispensable, et non simplement recommandable. Le présent rapport au demeurant retient, dans plusieurs domaines, la nécessité d'une réflexion plus approfondie, débordant le cas échéant le seul domaine du droit des successions. Cela porte en particulier sur la question des patrimoines séparés en lien avec la Convention de La Haye de 1985 sur le trust¹⁴².

¹⁴² Cf. *supra*, p. 34-35

Parmi les dispositions non traitées dans le document annexé, le soussigné envisage notamment des révisions recommandables ou souhaitables dans la formulation des articles suivants :

- l'art. 518 CC : le double renvoi en matière de surveillance de l'exécuteur testamentaire à l'administration officielle et par là la liquidation officielle, devrait être simplifié et exposé de façon séparée pour l'exécuteur testamentaire ;
- l'art. 559 CC : la délivrance du certificat d'héritier institué doit pouvoir être étendue expressément aux successeurs légaux, ce que la pratique a admis depuis très longtemps dès l'entrée en vigueur du Code civil : l'on peut saisir l'occasion de réviser cette disposition pour consacrer expressément le certificat d'exécution testamentaire ;
- les formulations de l'art. 469 CC (terme « nulles » à l'al.1 et texte de l'al. 3), 482 (al. 2 : terme « nulles » et présomption contraire à celle de l'art. 20 al. 2 CO pour la charge successorale immorale ou illicite), comme enfin 503 CC (al. 1 : qualité pour intervenir à l'acte, où figure encore la privation des droits civiques par jugement) mériteraient certainement une meilleure rédaction épurée ;
- les controverses liées à l'interprétation de l'art. 564 al. 2 CC, particulièrement face au légataire, devraient être éliminées en prévoyant que l'alinéa 1 ne vaut qu'en présence d'une séparation des patrimoines, et l'alinéa 2 dès la confusion des patrimoines. La réflexion ici suggérée sur les patrimoines séparés devrait permettre de mieux fixer les conditions et l'existence de telles situations juridiques ;
- le principe de la valeur vénale au moment du partage n'est exprimé que pour les immeubles (art. 617 CC) alors qu'il conviendrait sans doute de le formuler de façon plus générale ;
- si l'art. 626 al. 2 CC devait être révisé, comme suggéré dans le présent rapport, il peut se recommander de lui adapter le texte de l'art. 579 al. 1 CC.

Toutefois, même ce large toilettage ne permet pas d'ascender à un nombre considérable de dispositions nouvelles ou révisées. En fin de compte, l'ampleur de la révision suggérée dans le présent rapport paraît comparable à celle qui a été opérée le 11 décembre 2009 dans le domaine des droits réels immobiliers et du registre foncier. Une révision complète du Livre Troisième sur les successions ne paraît ainsi pas nécessaire au même titre que cette révision complète n'a pas été nécessaire en matière de droits réels immobiliers.

Le soussigné s'en tient ainsi à l'idée d'une révision partielle comme étant nécessaire, mais à l'exclusion toutefois d'une révision complète.

e) Le soussigné entend toutefois encore terminer ce rapport par un avertissement. Le travail d'une révision complète n'est pas nécessairement plus difficile que celui d'une révision partielle.

Le législateur qui entend reprendre certains éléments d'un système général doit vouer un soin particulier à l'intégration de la règle nouvelle ou révisée dans le système des règles préexistantes et maintenues, de façon à conserver un système cohérent.

Le droit des successions a malheureusement déjà fait l'objet de révisions partielles qui ont, de l'avis du soussigné comme d'autres spécialistes, pas atteint cet objectif fondamental de synthèse cohérente, et pour ce motif devraient être également reprises dans le cadre de la révision envisagée.

Le premier exemple est la révision de l'art. 473 al. 2 CC par la loi fédérale du 5 octobre 2001, la fixation de la quotité disponible à un quart ne correspondant pas à celle valant dans le droit ordinaire dans la même configuration (actuellement, trois-huitièmes); cette solution est née d'un compromis de dernière minute¹⁴³. Cet écart a engendré des controverses nouvelles, nuisant à la sécurité du droit, en matière de méthode de calcul de la quotité disponible et des réserves lorsque le conjoint favorisé est en concours avec des enfants communs et des enfants non communs¹⁴⁴. Pire, cette fixation peut aboutir, contrairement au but de l'institution, à défavoriser le conjoint survivant¹⁴⁵. Si la révision à entreprendre suit l'idée d'un abaissement de la réserve des enfants, le maintien de l'extension possible sur la réserve des descendants communs de l'usufruit de l'art. 473 CC devrait donner lieu à plus ample réflexion : dans le document de travail ci-annexé, la règle est simplement adaptée à la quotité disponible ordinaire qui résulterait d'un abaissement à la moitié de la réserve des enfants.

Enfin, l'introduction par loi fédérale du 19 décembre 2008, en vigueur le 1^{er} janvier 2013, de l'art. 492a CC a permis d'autoriser la lésion de la réserve d'un enfant incapable de discernement par le biais d'une substitution fidéicommissaire pour le surplus (art. 531 CC révisé), disposition introduite sans égard au système général du droit réservataire et à la coordination nécessaire, notamment du point de vue chronologique, des conditions de la règle nouvelle avec l'exercice des droits des successeurs : l'innovation a ainsi soulevé une vague de critiques et de difficultés, là encore nuisant gravement à la sécurité du droit¹⁴⁶. Si la réserve des descendants est abaissée dans le cadre de la révision entreprise, l'utilité concrète de ce moyen d'atteindre la réserve de l'enfant incapable perd d'autant de sa justification : il s'y ajoute les innombrables défauts de la règle en vigueur qui,

¹⁴³ P. PIOTET, Avatars de l'art. 473 CC et critique de son actuel alinéa 2, RNR 2002, p. 259 ss ; S. CARLIN, Etude de l'art. 473 CC, Zurich 2011, p. 158-159 et les références.

¹⁴⁴ P.-H. STEINAUER, L'art. 473 du Code civil, RNR 2003, p. 342, 348 s ; C. WILDISEN, Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, Fribourg 1997, p. 252 ; Th. SUTTER-SOMM / B. SEILER, Art. 473 ZGB und das Pflichtteilsrecht bei Vorhandensein nicht gemeinsamer Nachkommen, Recht 2009, p. 183 ss ; S. CARLIN, op. cit., p. 200 ss.

¹⁴⁵ P. PIOTET, op. cit., 2002, p. 270 ss.

¹⁴⁶ Cf. notamment D. PIOTET, La substitution fidéicommissaire pour le surplus au détriment de la réserve du grevé incapable de discernement dans le projet de révision du droit de la protection de l'adulte, *successio* 2007, p. 240 ss ; P. BREITSCHMID, Die Erwachsenenschutz rechtliche Behandlung künftiger Erblasserinnen und Erblasser, *successio* 2008, p. 28 ; A. ZEITER, Neues Erwachsenenschutzrecht – die neue Bestimmungen im Erbrecht, *successio* 2011, p. 263 ss ; R. FANKHAUSER / B. BIELER, Erbrechtliche Neuerungen durch das neue Erwachsenenschutzrecht, insbesondere die neue Form der Nacherbschaft nach Art. 492 a ZGB, *successio* 2009, p. 162 ss.

bien que résultant du droit de la protection de l'adulte, ne prend pas en considération les risques de soustraction de sa réserve à l'enfant handicapé pour favoriser un appelé, le cas échéant au détriment de l'entretien de l'enfant ou de la collectivité publique qui en est la créancière pour l'aide sociale. Il paraîtrait certainement plus justifié d'insérer dans la codification, par exemple dans un nouveau texte de l'art. 492a CC, les conditions dispositives d'une substitution fidéicommissaire pour le surplus en général, qui font encore aujourd'hui défaut dans le système de la loi.

V. Modifications proposées

Le Code civil du 10 décembre 1907 est modifié comme il suit :

Art. 120

Voir rapport, p. 36-38.

¹ Inchangé

² Sauf stipulation contraire, le divorce ou la litispendance de l'action en divorce entraînant une perte de la réserve du conjoint rendent caduques les dispositions pour cause de mort en faveur du conjoint survivant.

IV. Dépôt et
ouverture

Art. 184 a

Voir rapport, p. 50-52.

¹ Les contrats de mariage contenant des dispositions applicables au décès de l'un des conjoints sont conservés au même titre que les pactes successoraux.

² La communication de tels contrats de mariage au décès du conjoint concerné suit les règles applicables aux pactes successoraux. Ils ne donnent toutefois lieu à ouverture par l'autorité successorale que pour les dispositions déterminant la liquidation matrimoniale en cas de décès. Les parties peuvent préciser cette mesure par avance.

Art. 217

Voir rapport, p. 38.

¹ Inchangé.

² Il en va de même lorsque la litispendance du divorce entraîne une perte de la réserve du conjoint survivant.

Art. 241

Voir rapport, p. 38.

¹ Inchangé.

² Inchangé.

³ Les clauses qui modifient le partage légal ne s'appliquent pas, à moins que le contrat de mariage ne prévoie expressément le contraire. Il en va de même lorsque la litispendance du divorce entraîne une perte de la réserve du conjoint survivant.

a. Fondation de
famille

Art. 335

Voir rapport, p. 32-34.

¹ Les fondations de famille peuvent être créées conformément au droit des personnes ou des successions pour tout but d'assistance, d'entretien, ou de maintien en jouissance d'un patrimoine familial, au profit de parents ou alliés désignés.

² S'il y a jouissance de bénéficiaires successifs, la fondation ne peut contourner les règles du droit des successions.

II. Réserve en général

Art. 471

Voir rapport, p. 18 à 29.

¹ La réserve est, pour un descendant, le conjoint ou partenaire enregistré survivant, ou encore le père ou la mère, de la moitié de son droit de succession.

² Le père ou la mère n'ont pas de réserve en concours avec le conjoint ou partenaire enregistré survivant réservataire.

III. Absence de réserve du conjoint ou partenaire enregistré

Art. 472

Voir rapport, p. 36-38 (R.FANKHAUSER, Die Ehekrise als Grenze des Egegattenerbrechts, Bâle 2011, p. 270).

Le conjoint ou le partenaire enregistré survivant ne sont pas héritiers réservataires lorsqu'une procédure de divorce ou de dissolution du partenariat est pendante lors du décès

- si cette litispendance a été introduite ou continuée par requête commune ;

- si cette litispendance a été introduite par requête unilatérale plus de deux ans avant le décès, et que le conjoint ou partenaire enregistré ne menait plus de vie commune avec le défunt depuis six mois au moins avant le décès.

Art. 473

Voir rapport, p. 21 à 23, 67.

¹ Inchangé.

² Cet usufruit tient lieu de réserve ordinaire du conjoint survivant en concours avec des descendants. Outre l'usufruit, le disposant peut librement attribuer la quotité disponible d'une demi de la succession.

³ Inchangé.

3. Acquisition de valeurs hors succession

Art. 476

Voir rapport, p. 44-45.

Les acquisitions à cause de mort s'ajoutent aux biens existants si elles portent sur des valeurs qui n'appartiennent plus au défunt à l'ouverture de sa succession. Il en va ainsi des sommes d'assurances-vie constituées sur la tête du défunt.

II. Exhérédation
1. Causes

Art. 477

Voir rapport, p. 23-24.

¹ L'héritier réservataire peut être exhéredé par disposition pour cause de mort :

1. Lorsqu'il a commis un crime ou un délit contre le défunt ou l'un de ses proches ;

2. Lorsqu'il a gravement failli, par sa faute, aux obligations que la loi lui impose envers le défunt ou sa famille ;

3. Lorsque, par son comportement envers le défunt ou ses proches, il a délibérément gravement porté atteinte à la personnalité du défunt, de sorte que toute relation affective avec le défunt en a été irrémédiablement altérée.

² Le pardon rend l'exhérédation caduque.

Art. 480

Voir rapport, p. 25.

¹ Inchangé.

² L'exhérédation peut être supprimée judiciairement si, au décès du disposant, les dettes de l'exhéréhé ne dépassent pas la moitié de la réserve.

Art. 481

Voir rapport, p. 33-34.

¹ Inchangé.

² Inchangé.

³ L'efficacité d'une disposition pour cause de mort cesse au plus tard cent ans après l'ouverture de la succession du disposant.

**3. Substitution
pour le surplus****Art. 492 a**

Voir rapport, p. 22, 67-68.

¹ Le grevé peut être libéré totalement ou partiellement de l'obligation de restituer. Il est dans la même mesure libéré de la fourniture de sûretés.

² Sauf disposition contraire, le grevé libéré de l'obligation de restituer doit s'abstenir de ne disposer que des seuls biens substitués à l'exclusion de ceux constituant son patrimoine propre.

Art. 494

Voir rapport, p. 56-57.

¹ Inchangé.

² Inchangé.

³ Inchangé.

⁴ L'attribution au conjoint survivant contenue dans un contrat de mariage est traitée dans la succession comme un pacte successoral. Il en va de même de l'attribution au partenaire enregistré survivant contenue dans une convention sur les biens.

Art. 508

Voir rapport, p. 52.

¹ Inchangé.

² Même si le testament peut être annulé après échéance de ce délai, l'autorité judiciaire qui a recueilli le texte doit pourvoir à sa conservation. L'autorité militaire qui l'a recueilli le confie à cet effet à l'autorité compétente du canton où le disposant est domicilié.

II. Dépôt**Art. 512 a**

Voir rapport, p. 52.

Les cantons pourvoient à ce que les pactes successoraux soient conservés par l'officier public qui les a instrumentés ou remis par celui-ci en dépôt à une autorité désignée à cet effet.

Note marginale
inchangée

Art. 519

Voir rapport, p. 30-31, 60-61.

¹ Les dispositions pour cause de mort peuvent être annulées :

1. lorsqu'elles sont faites par une personne incapable au moment de l'acte ;
2. lorsqu'elles ne sont pas l'expression d'une volonté libre ;
3. lorsqu'elles sont illicites ou contraires aux mœurs, soit par elles-mêmes, soit par les conditions dont elles sont grevées. Est en particulier annulable la libéralité gratifiant un professionnel ayant largement accès à la sphère privée ou patrimoniale du défunt et qui, par son comportement, a contrevenu à l'éthique de sa profession

² L'action peut être intentée par toute personne ayant un intérêt légitime à l'annulation.

³ Les clauses contractuelles viciées d'un pacte successoral peuvent être annulées en justice du vivant du disposant déjà : en cas de défaut de capacité, ou d'un vice de la volonté apprécié selon les règles du Code des obligations, l'action n'appartient qu'à la victime du vice.

III. Prescription

Art. 521

Voir rapport, p. 53.

¹ Inchangé.

² Elle se prescrit par trente ans contre le défendeur de mauvaise foi.

³ Inchangé.

Note marginale
inchangée

Art. 522

Voir rapport, p. 10-12, 54-55.

¹ Les héritiers qui ne reçoivent pas le montant de leur réserve ont l'action en réduction jusqu'à due concurrence contre les attributions qui excèdent la quotité disponible.

² La restitution de valeurs au réservataire n'a lieu qu'au-delà des montants qui lui sont acquis au titre de la prévoyance professionnelle du défunt.

(l'alinéa 2 actuel devient l'alinéa 3)

2. Action en
réduction contre
des réservataires

Art. 523

Voir rapport, p. 10-12, 54-55.

Les acquisitions pour cause de mort réalisées par quelques-uns des héritiers réservataires et qui dépassent la quotité disponible sont réductibles entre cohéritiers proportionnellement au montant de ce qui excède leur réserve, dans la mesure où celle-ci n'est pas couverte au titre de prestations de prévoyance professionnelle du défunt.

II. Pluralité de
prétentions
a. En général

Art. 525

Voir rapport, p. 54, 55.

¹ La réduction s'opère au marc le franc contre tous les bénéficiaires d'acquisitions à cause de mort, si le défunt n'en a pas disposé autrement.

² Sous cette même condition, les legs et charges grevant la part du successeur assujetti à réduction sont eux-mêmes réduits directement par le réservataire, proportionnellement à la part que ce successeur doit lui restituer. Si cette réduction n'est pas ou plus possible, le légataire doit restituer à son débiteur cette part proportionnelle.

b. Cas particuliers

Art. 526

Voir rapport, p. 54-55.

¹ Le pacte successoral est réduit subsidiairement aux acquisitions fondées sur des actes à cause de mort postérieurs aux pactes qui ont épuisé la quotité disponible.

² Sauf disposition contraire, l'acquisition à cause de mort résultant de la loi est réduite avant celle résultant des dispositions à cause de mort qui ne réaliseraient pas déjà la lésion de la réserve.

3. A l'égard des
libéralités entre
vifs

Art. 527

Voir rapport, p. 42-43.

Sont sujettes à réduction comme les libéralités à cause de mort :

1. Les libéralités que le disposant pouvait librement révoquer jusqu'à son décès ;
2. Les libéralités, au-delà de ce qui doit être le cas échéant rapporté à la succession, qui sont exécutées dans les cinq années antérieures au décès, les présents d'usage exceptés ;
3. Les libéralités résultant d'un dépassement des droits héréditaires liquidés par pacte successoral abdicatif ;
4. Les aliénations faites par le défunt dans l'intention manifeste d'éluder les règles concernant la réserve.

Art. 528

Voir rapport, p. 53-54.

¹ Inchangé.

² La réduction dirigée contre l'attributaire d'un pacte successoral onéreux ne porte que sur la part de cette attribution qui excède le montant des contreprestations effectuées entre vifs au disposant ou à un tiers désigné par lui.

4. Restitution en
nature impossible

Art. 529

Voir rapport, p. 55.

¹ Lorsque le legs ou la libéralité entre vifs porte sur une chose déterminée qui ne peut être divisée sans perdre de sa valeur et soumise à réduction, le gratifié tenu à restituer a le droit soit de conserver ou d'obtenir la chose contre remboursement de l'excédent, soit de réaliser le disponible en y renonçant.

b. En cas de substitution

Art. 531

Voir rapport, p. 22, 67-68.

Toute clause de substitution portant sur une part réservataire peut être anéantie par la réduction.

IV. Prescription

Art. 533

Voir rapport, p. 52.

¹ L'action en réduction se prescrit par un an à compter du jour où les héritiers connaissent la lésion de leur réserve et, dans tous les cas, par dix ans qui courent pour les dispositions ouvertes par l'autorité successorale dès cette ouverture, liée à l'égard d'autres acquisitions, dès que la succession est ouverte.

Art. 538

Voir rapport, p. 62.

¹ Inchangé.

² Les autorités du dernier domicile du défunt sont impérativement compétentes pour statuer sur les mesures en rapport avec la dévolution. Si le décès n'est pas survenu au domicile, l'autorité du lieu du décès communique le fait à l'autorité du domicile et prend les mesures nécessaires pour assurer la conservation des biens sis au lieu du décès.

A. En général

Art. 551

Voir rapport, p. 52, 62.

¹ Inchangé.

² Ces mesures sont notamment, en suivant les prescriptions qui suivent et les formalités de la loi cantonale, l'apposition des scellés, l'inventaire, l'administration d'office et l'ouverture des dispositions pour cause de mort.

³ Les mesures provisionnelles de sûreté ordonnées en lien avec un procès civil sont régies par le code de procédure civile.

E. Ouverture des actes à cause de mort

1. Obligation de les communiquer

Art. 556

Voir rapport, p. 49-52.

¹ La disposition pour cause de mort découverte lors du décès est remise sans délai à l'autorité compétente, même si elle paraît entachée de nullité.

² Sont tenus, dès qu'ils ont connaissance du décès, de satisfaire à cette obligation, sous leur responsabilité personnelle : l'officier public qui a dressé acte ou reçu dépôt d'une disposition pour cause de mort et quiconque en a accepté la garde ou en a trouvé une parmi les effets du disposant. Les cantons peuvent substituer à la responsabilité des personnes, d'officiers publics ou des membres de l'autorité du dépôt, celle de la collectivité publique.

³ Après la remise de la disposition pour cause de mort, l'autorité envoie les héritiers légaux en possession provisoire des biens ou ordonne l'administration d'office ; les intéressés sont si possible entendus.

1 bis. Registre central des testaments

Art. 556a

Voir rapport, p. 49-52.

¹ Un registre central d'annonce des testaments, pactes successoraux et contrats de mariage visés à l'art. 184a, est tenu conformément à une ordonnance du Conseil fédéral.

² Le Conseil fédéral peut confier la tenue de ce registre à un organisme privé aux conditions définies par l'ordonnance. Si tel est le cas, cet organisme est soumis au même titre qu'un organe fédéral à la loi fédérale sur la protection des données pour le traitement de toute donnée non publique.

³ Un émolument fixé par ordonnance peut être prélevé pour chaque annonce ou consultation.

2. Contenu

Art. 556b

Voir rapport, p. 49-52.

¹ Toute inscription au registre doit indiquer :

a. le nom de famille (et s'il y a lieu, le nom antérieur au mariage) du testateur, ou celui du ou des disposants par pacte successoral ou contrat de mariage ;

b. la nationalité, la date et le lieu de naissance de la personne susmentionnée ; à défaut de lieu précis, le pays doit être indiqué ;

c. l'adresse de la personne susmentionnée, telle que déclarée ;

d. l'indication de la nature de l'acte ;

e. le nom et l'adresse de l'autorité publique, du notaire ou de l'officier public qui tient l'acte en dépôt, à défaut qui l'a reçu. Faute de dépôt officiel, le nom et l'adresse de la personne qui conserve l'acte peuvent être indiqués si elle y consent.

² Le Conseil fédéral règle par ordonnance l'épuration périodique des écritures et la procédure de correction.

3. Effets

Art. 556c

Voir rapport, p. 49-52.

¹ Les inscriptions portées au registre sont publiques dès décès ou jugement d'absence de la personne visée à l'art. 556b, al. 1, let. a, à laquelle elle se rapporte. Une procédure d'appel direct de la donnée peut être prévue.

² A chaque décès, l'autorité successorale doit consulter le registre central s'il apparaît que, dans les dix dernières années, le défunt avait un domicile hors du canton, si les données cantonales y sont centralisées, ou hors de la commune.

4. Annonces

Art. 556d

Voir rapport, p. 49-52.

¹ L'annonce des testaments non olographes intervient d'office par l'autorité et l'officier public qui les a en dépôt. Les autres dispositions à cause de mort et les contrats de mariage visés à l'art. 184a ne sont annoncés qu'à l'unanimité des parties.

² Le retrait d'annonce doit avoir lieu à la demande du disposant à cause de mort, ou de l'accord des deux conjoints pour les contrats de mariage.

³ Le droit cantonal règle les modalités de transmission de l'annonce et l'information des particuliers intéressés à cette opération.

5.
Communications
internationales

Art. 556e

Voir rapport, p. 49-52.

¹ Le registre central des testaments est l'organisme central prévu par la convention du 16 mai 1972 relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments. Le Département fédéral de justice et police assure la communication entre le registre et les autorités étrangères selon l'art. 3 de la convention.

² La communication aux autorités étrangères doit être spécialement requise dans l'annonce.

II. Ouverture

Art. 557

Voir rapport, p. 52.

¹ La disposition pour cause de mort est ouverte par l'autorité compétente dans le mois qui suit la remise de l'acte.

² Inchangé.

³ Si le défunt a laissé plusieurs dispositions pour cause de mort, elles sont toutes déposées entre les mains de l'autorité, qui procède à leur ouverture.

III.
Communication
aux ayants droit

Art. 558

Voir rapport, p. 52.

¹ Tous ceux qui ont des droits dans la succession reçoivent aux frais de celle-ci, copie des clauses du testament ou du pacte successoral qui les concerne.

² Inchangé.

Note marginale
inchangée

Art. 578

Voir rapport, p. 58-59.

¹ Lorsqu'un héritier obéré répudie dans le but de porter préjudice à ses créanciers, ceux-ci ou la masse en faillite ont le droit d'attaquer la répudiation dans les six mois en justice.

² L'action est dirigée contre ceux qui profitent de la répudiation ; ils peuvent l'écarter en fournissant des sûretés.

³ Si la nullité de la répudiation est prononcée dans une succession où le répudiant était héritier unique, il y a lieu à liquidation officielle. L'excédent actif est destiné à couvrir en première ligne les créanciers demandeurs, puis ensuite les autres créanciers, et le solde restant revient aux héritiers en faveur desquels la répudiation a eu lieu.

⁴ S'il y a plusieurs héritiers, la part du répudiant est représentée par l'autorité dans le partage en vue de sa réalisation.

Note marginale
inchangée

Art. 594

Voir rapport, p. 52.

¹ Les créanciers du défunt qui ont des raisons sérieuses de craindre qu'ils ne soient pas payés, peuvent requérir la liquidation officielle dans les trois mois à partir du décès ou de l'ouverture de la disposition pour cause de mort si, à leur demande, ils ne sont pas désintéressés ou n'obtiennent pas des sûretés.

² Inchangé.

A. Conditions

Art. 598

Voir rapport, p. 63.

¹ Inchangé.

² Les mesures provisionnelles peuvent tendre à un paiement ou à la constitution de sûretés : elles sont régies par la procédure civile.

Note marginale
inchangée

Art. 600

Voir rapport, p. 52.

¹ L'action en pétition d'hérédité se prescrit contre le possesseur de bonne foi par un an à compter du jour où le demandeur a eu connaissance de son droit préférable et de la possession du défendeur ; en tout cas, par dix ans, qui courent dès le décès ou dès l'ouverture de la disposition pour cause de mort.

² Inchangé.

Chapitre VI : Droit à l'information

Droit à
l'information
successorale

Art. 601a

Voir rapport, p. 46 à 48.

¹ Quiconque est légitimé par la loi à exercer une prétention successorale a le droit d'obtenir des successeurs et de tiers ayant géré ou possédé les valeurs du défunt des informations lui permettant de fixer l'étendue de ses droits.

² Ce droit à l'information existe aussi longtemps qu'existe la prétention successorale.

³ Si la prétention successorale ne peut être écartée par le défunt, le droit à l'information y relatif ne peut être supprimé par testament, et le secret professionnel ne peut lui être opposé.

Note marginale
inchangée

Art. 606

Voir rapport, p. 13 à 17.

Le texte actuel devient l'alinéa 1.

² Sauf disposition contraire, la personne qui formait avec le défunt une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès, ou qui doit subvenir à l'entretien d'un ou de plusieurs enfants communs, a droit à charge de la succession au règlement d'un montant égal à la moitié de la part nette qui serait revenue au conjoint survivant : cette personne n'a pas ce droit si le défunt était marié avec un conjoint survivant réservataire.

Art. 612a

Voir rapport, p. 16-17.

¹ Inchangé.

² Inchangé.

³ Inchangé.

⁴ Inchangé.

⁵ Sauf disposition à cause de mort contraire, lorsqu'un partenaire ayant été en communauté de vie avec le défunt acquiert des droits contre la succession de ce fait, il peut exercer les droits conférés par la présente disposition en lieu et place du conjoint survivant, en imputation et à concurrence de ses droits contre la succession.

A. Obligations de
rapporter

Art. 626

Voir rapport, p. 39 à 42.

¹ L'héritier gratifié entre vifs de l'avancement d'hoirie est tenu de le rapporter dans la succession de son auteur.

² Sauf dispense expresse, est réputée avancement d'hoirie toute dotation tendant à l'établissement de descendants dans la vie sociale ou économique ; l'art. 631 al. 1 est réservé.

³ L'obligation de rapporter, née ensuite du décès par la loi ou la volonté du défunt, s'exerce dans le partage.

La loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 18 juin 2004 est modifiée comme il suit :

Convention sur les biens

Art. 25

Voir rapport, p. 49 à 52.

¹ Inchangé.

² Inchangé.

³ Inchangé.

⁴ Les art. 184a, 185 et 193 CC sont applicables par analogie.

Note marginale inchangée

Art. 31

Voir rapport, p. 36 à 38.

Le texte actuel devient l'alinéa 1.

² Sauf disposition contraire, la dissolution judiciaire ou la litispendance de cette action entraîne privation de la réserve du partenaire enregistré survivant aux mêmes conditions que pour les conjoints divorcés ou en litispendance de divorce.

La loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural est modifiée comme il suit :

Note marginale inchangée

Art. 11

Voir rapport, p. 52.

¹ Inchangé.

² Inchangé.

³ Si l'entreprise agricole est attribuée à un héritier autre que le conjoint survivant, celui-ci peut demander, en imputant sur ses droits, la constitution d'un usufruit sur un appartement ou d'un droit d'habitation, si les circonstances le permettent. Les conjoints peuvent, par convention matrimoniale ou successorale passée en la forme authentique, modifier ce droit ou l'exclure ; l'art. 184a du Code civil est applicable à cette convention.

Le Code de procédure civile du 19 décembre 2008 est modifié comme il suit :

Note marginale
inchangée

Art. 1^{er}

Voir rapport, p. 62.

La présente loi règle la procédure applicable devant les juridictions cantonales :

- a. aux affaires civiles contentieuses ;
- b. aux décisions civiles gracieuses que le droit fédéral place dans la compétence d'un juge ;
- c. aux décisions judiciaires en matière de droit de la poursuite pour dette et la faillite ;
- d. à l'arbitrage.

Art. 28

Voir rapport, p. 62.

¹ Inchangé.

² Abrogé.

³ Devient alinéa 2.

Art. 269

Voir rapport, p. 62-63.

¹ Inchangé.

² La mesure provisionnelle qui a le même objet que la mesure de sûreté successorale n'est exécutoire que tant que cette autorité n'a pas encore statué.

Dorigny, le 20 décembre 2012



Denis Rotet, professeur