

Université de Lausanne  
Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique

## MEMOIRE DE MASTER

# LA SUBSTITUTION FIDEICOMMISSAIRE : ANALYSE DE L'ART. 492A CC SPECIALEMENT DU POINT DE VUE DE L'OFFICIER PUBLIC

Présenté par

**Stéphanie Monod**

Sous la direction du Professeur Denis Piotet

Lausanne, le 13 décembre 2018

\* \* \*



# Table des matières

<b>Bibliographie</b> .....	<b>V</b>
Ouvrages juridiques .....	V
Articles divers .....	VIII
Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation .....	IX
Droit des successions .....	IX
Textes législatifs .....	X
<b>Table des abréviations</b> .....	<b>XI</b>
<b>Table de jurisprudence</b> .....	<b>XII</b>
Jurisprudence internationale.....	XII
Jurisprudences fédérales.....	XII
Jurisprudences cantonales .....	XII
<b>Titre I. Introduction générale</b> .....	<b>1</b>
§ 1. Introduction .....	1
§ 2. Historique de la substitution fidéicommissaire .....	1
2.1. Le droit romain .....	1
2.1. La législation du milieu du Moyen-Age jusqu'à l'Ancien Régime .....	3
2.3. De la législation révolutionnaire au Code de Napoléon .....	4
2.4. Travaux préparatoires du Code civil suisse .....	5
<b>Titre II. La notion de substitution</b> .....	<b>7</b>
§ 1. Les différentes sortes de substitutions.....	7
1.1. La substitution légale .....	7
1.2. La substitution vulgaire .....	7
1.2.1. Notion .....	7
1.2.2. Distinctions avec la substitution fidéicommissaire .....	8
1.2.3. Présomptions de substitution vulgaire .....	9
1.3. La substitution compendieuse.....	9
1.4. La substitution pupillaire .....	9
§ 2. La substitution fidéicommissaire .....	10
2.1. Aperçu général .....	10
2.1.1. Notion .....	10
2.1.2. Nature juridique .....	10
2.1.3. Forme .....	11
2.2. Ouverture de la substitution fidéicommissaire .....	11
2.2.1. Le moment déterminant .....	11
2.2.2. Les conditions .....	12
2.3. Les effets.....	13
2.4. La protection de l'expectative de l'appelé .....	15
<b>Titre III. La substitution fidéicommissaire pour le surplus dite « spéciale » de l'art. 492a CC ...</b>	<b>18</b>
§ 1. Régime juridique antérieur.....	18
1.1. La modification du droit de la protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation.....	18
1.2. La modification du droit successoral .....	19
§ 2. La notion .....	20
§ 3. Conditions d'application .....	21
3.1. Conditions préalables.....	21
3.2. Contenu des quatre conditions particulières .....	21
3.2.1. Le grevé est un descendant .....	21
3.2.2. Incapacité durable de discernement .....	22
3.2.3. Absence de descendant, de conjoint ou de partenaire enregistré.....	23
3.2.4. Absence de disposition pour cause de mort du descendant .....	25

3.3. Moment de la réalisation des conditions .....	25
§ 4. Effets juridiques .....	26
4.1. Généralités .....	26
4.2. Conséquences juridiques en cas de non-réalisation d'une des conditions .....	27
4.2.1. Conséquences propres à chaque condition .....	27
4.2.1.1. Aperçu .....	27
4.2.1.2. Condition n°1 .....	27
4.2.1.3. Condition n°2 .....	28
4.2.1.4. Condition n°3 .....	30
4.2.1.5. Condition n°4 .....	31
4.2.2. Conséquences générales de la non-réalisation des conditions .....	31
<b>Titre IV. Problèmes soulevés par l'art. 492a CC .....</b>	<b>33</b>
§ 1. Les problèmes relevés par la doctrine .....	33
1.2. Etendue du pouvoir de disposition du grevé.....	33
1.2. La protection juridique des créanciers du grevé .....	35
1.3. La protection de la réserve héréditaire.....	37
1.3.1. La notion de réserve et son évolution .....	37
1.3.2. Atteinte à la réserve de l'enfant handicapé .....	38
1.3.2.1. Aperçu du problème.....	38
1.3.2.2. Analyse juridique de la validité l'art. 492a CC .....	38
1.3.2.3. Propositions de modifications de l'art. 492a CC .....	40
1.3.3. Atteinte à la réserve du parent n'ayant pas disposé .....	41
1.4. Actions successorales .....	42
1.4.1. Les différentes actions successorales.....	42
1.4.1.1. Introduction .....	42
1.4.1.2. Période entre la confection de l'acte et le décès du disposant .....	42
1.4.1.2.1. Situation de tous les héritiers .....	42
1.4.1.3. Période entre le décès du disposant et le décès du grevé .....	42
1.4.1.3.1. Situation de l'héritier grevé.....	42
1.4.1.3.2. Situation des héritiers réservataires du grevé .....	43
1.4.1.3.3. Interprétation de l'étendue de « <i>l'extinction de plein droit</i> » .....	43
1.4.1.3.4. Ordre des réductions.....	45
1.4.1.4. Période entre le décès du grevé et le décès de l'appelé .....	45
1.4.2. Les délais de péremption des actions successorales .....	45
§ 2. Intervention du notaire et de l'exécuteur testamentaire .....	46
2.1. Propositions législatives concernant le rôle du notaire et de l'exécuteur testamentaire.....	46
2.2. Recommandations de l'Union Internationale du Notariat latin .....	48
<b>Titre V. Conclusion .....</b>	<b>50</b>
<b>Annexes.....</b>	<b>51</b>

# Bibliographie

## Ouvrages juridiques

- ABRAVANEL** Philippe, *Recherches sur la nature juridique de la substitution fidéicommissaire*, Impr. Vaudoise, thèse, Lausanne 1954 (cité : *Abravanel*, Recherches sur la nature juridique de la substitution fidéicommissaire) ;
- ABT** Daniel/**WEIBEL** Thomas, *Praxiskommentar - Erbrecht*, 3<sup>ème</sup> éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2015 (cité : *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-Auteur/In article N°) ;
- AUER** Andreas/**MALINVERNI** Giorgio/**HOTTELIER** Michel, *Droit constitutionnel suisse – Les droits fondamentaux*, Vol. II, 3<sup>ème</sup> éd., Stämpfli, Berne 2013 (cité : *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel suisse) ;
- BADDELEY** Margareta, *Droit des successions : l'art. 492a CC une brèche dans le système des réserves héréditaires*, in : Regards de marathoniens sur le droit suisse : mélanges publiés à l'occasion du 20e "Marathon du droit" (*Ordre des avocats de Genève, Commission de formation permanente*, édit.), Slatkine, Genève 2015, p. 55-65 (cité : *Baddeley*, Droit des successions) ;
- BRACONI** Andrea/**CARRON** Blaise, *Code civil suisse et code des obligations annotés*, 10<sup>ème</sup> éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016 (cité : *Braconi/Carron*, CC et CO annotés/In article N°) ;
- BÜCHLER** Andrea/**JAKOB** Dominique, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2<sup>ème</sup> éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2018 (cité : *Büchler/Jakob*, Kommentar ZGB-Auteur/In article N°) ;
- DEPRAZ** Alex, *La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé*, éd. Bis et Ter, thèse, Lausanne 2002 (cité : *Dépraz*, La forme authentique) ;
- DEROUSSIN** David, *Histoire du droit privé (XVI<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle)*, Ellipses éditions, Paris 2010 (cité : *Deroussin*, Histoire du droit privé) ;
- EIGENMANN** Antoine/**LANDERT** Alexa, *Actions successorales*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2019 (cité : *Eigenmann/Landert*, Actions successorales) ;
- EIGENMANN** Antoine/**ROUILLER** Nicolas, *Commentaire du droit des successions* (art. 457-640 CC ; art. 11-24 LDFR), Stämpfli, Berne 2012 (cité : *CS CC-Auteur/In article N°*) ;
- EITEL** Paul, *Die Nacherbeneinsetzung in Theorie und Praxis*, in : Successio Nr. 2/07 (revue de droit des successions), Schulthess, Zurich 2007, p. 82-106 (cité : *Eitel*, Successio Nr. 2/07) ;
- FANKHAUSER** Roland/**BIELER** Brigitte, *Erbrechtliche Neuerungen durch das neue Erwachsenenschutzrecht, insbesondere die neue Form der Nacherbschaft nach Art. 492a ZGB*, in : Successio Nr. 2/09 (revue de droit des successions), Schulthess, Zurich 2009, p. 162-170 (cité : *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09) ;
- GASPARINI** Eric/**GOJOSSO** Eric, *Introduction historique au droit et histoire des institutions*, 4<sup>ème</sup> éd., Lextenso, Paris 2011 (cité : *Gasparini/Gojosso*, Introduction historique au droit et histoire des institutions) ;
- GOSSIN** Louis, *De la distinction du legs conditionnel et de la substitution fidéicommissaire : étude de jurisprudence*, Impr. Darantière, thèse, Dijon 1911 (cité : *Gossin*, De la distinction du legs conditionnel et de la substitution fidéicommissaire) ;

- GRIMALDI** Michel, *Droit civil successions*, 6<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris 2001 (cité : *Grimaldi*, Droit civil successions) ;
- GUILLOD** Olivier, *Droit des personnes*, 5<sup>ème</sup> éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2018 (cité : *Guillod*, Droit des personnes) ;
- GUINAND** Jean/**STETTLER** Martin/**LEUBA** Audrey, *Droit des successions (art. 457-640 CC)*, 6<sup>ème</sup> éd., Schulthess, Genève 2005 (cité : *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions) ;
- HONSELL** Heinrich/**VOGT** Peter Nedim/**GEISER** Thomas, *Zivilgesetzbuch II (art. 457-977 ZGB und 1-61 SchlT ZGB)*, 5<sup>ème</sup> éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2015 (Basler Kommentar) (cité : Basler Kommentar ZGB II-Auteur/In article N°) ;
- JATON** Philippe, *Les sûretés dans la substitution fidéicommissaire*, éd. R. Thonney-Dupraz, thèse, Lausanne 1974 (cité : *Jaton*, Les sûretés dans la substitution fidéicommissaire) ;
- JEANDIN** Etienne, *La profession de notaire*, Schulthess éd. romandes, Genève 2017 (cité : *Jeandin*, La profession de notaire) ;
- KREN KOSTKIEWICZ** Jolatan/**WOLF** Stephan/**AMSTUTZ** Marc/**FRANKHAUSER** Roland, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 3<sup>ème</sup> éd., Orell füssli, Zurich 2016 (Kommentar) (cité : *Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Frankhauser*, Kommentar ZGB-Auteur/In article N°) ;
- LEUBA** Audrey, *Substitution fidéicommissaire pour le surplus en cas d'incapacité de discernement du descendant*, in : Jusletter du 9 décembre 2013, éd. Weblaw (cité : *Leuba*, Jusletter) ;
- LEVY** Jean-Philippe/**CASTALDO** André, *Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris 2010 (cité : *Levy/Castaldo*, Histoire du droit civil) ;
- MEIER** Philippe/**DE LUZE** Estelle, *Droit des personnes (articles 11-89a CC)*, Schulthess éd. romandes, Genève et al. 2014 (cité : *Meier/de Luze*, Droit des personnes) ;
- MEIER** Philippe, *Droit de la protection de l'adulte (articles 360-457 CC)*, Schulthess, Genève et al. 2016 (cité : *Meier*, Droit de la protection de l'adulte) ;
- MOOSER** Michel, *Le droit notarial en Suisse*, 2<sup>ème</sup> éd. Stämpfli, Berne 2014 (cité : *Mooser*, Le droit notarial en Suisse) ;
- MOOSER** Michel, *La substitution légale et la substitution vulgaire*, in : Journée de droit successorale 2018 (*Paul-Henri Steinauer/Michel Mooser/Antoine Eigenmann*, édit.), Stämpfli, Berne 2018, p. 44-76 (cité : *Mooser*, Journée de droit successoral 2018) ;
- OURLIAC** Paul/**GAZZANIGA** Jean-Louis, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Albin Michel, Paris 1985 (cité : *Ourliac/Gazzaniga*, Histoire du droit privé français) ;
- PICHONNAZ** Pascal/**FOËX** Bénédicte, *Code civil I art. 1-359 CC*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010 (commentaire romand) (cité : CR CC I-Auteur/In article N°) ;
- PICHONNAZ** Pascal/**FOËX**/Bénédicte/**PIOTET** Denis, *Code civil II art. 457-977 CC et art. 1-61 Tit. fin CC*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016 (commentaire romand) (cité : CR CC II-Auteur/In article N°) ;
- PIOTET** Denis, *Le droit de disposition et d'administration du grevé dans la substitution fidéicommissaire*, in : Journée de droit successoral 2018 (*Paul-Henri Steinauer/Michel*

- Mooser/Antoine Eigenmann, édit.), Stämpfli, Berne 2018, p. 14-39 (cité : *Piotet Denis*, Journée de droit successoral 2018) ;
- PIOTET Denis**, *Les inefficacités des dispositions à cause de mort en droit suisse (I-III)*, in : Quelques actions en annulation 2007 (*François Bohnet*, édit.), CEMAJ – Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel 2007, p. 51-70 (cité : *Piotet Denis*, Quelques actions en annulation 2007) ;
- PIOTET Denis**, *La substitution fidéicommissaire pour le surplus a détriment de la réserve du grevé incapable de discernement dans le projet de révision du droit de la protection de l'adulte*, in : Successio Nr. 1/07 (revue de droit des successions), Schulthess, Zurich 2007, p. 204-247 (cité : *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07) ;
- PIOTET Paul**, *Les actes de dispositions de l'héritier ou du légataire grevé d'une substitution fidéicommissaire*, in : Paul Piotet, contributions choisies, recueil offert par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de son 80ème anniversaire (Paul Piotet, édit.), Schulthess, Genève et al. 2004, p. 125-141 (cité : *Piotet Paul*, Contributions choisies) ;
- PIOTET Paul**, *Précis de droit successoral*, 2<sup>ème</sup> éd., Stämpfli, Berne 1988 (cité : *Piotet Paul*, Précis de droit successoral) ;
- PIOTET Paul**, *Droit successoral - Traité de droit privé suisse*, tome IV, 2<sup>ème</sup> éd., Helbing Lichtenhahn, Fribourg 1988 (cité : *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse) ;
- POUDRET Jean-François**, *Enquêtes sur la coutume du pays de Vaud et coutumiers vaudois à la fin du moyen âge*, Helbing et Lichtenhahn, Bâle et Stuttgart 1967 (cité : *Poudret*, Enquêtes sur la coutume du pays de Vaud et coutumiers vaudois à la fin du moyen âge) ;
- RUBIDO José Miguel**, *L'aménagement de la réserve légale en droit suisse et ses perspectives d'avenir*, in : Successio Nr. 4/16 (revue de droit des successions), Schulthess, Zurich 2016, p. 335-352 (cité : *Rubido*, Successio Nr. 4/16) ;
- SALATHE Mischa**, *Die Nacherbfolge im Schweizerischen Recht*, Helbing Lichtenhahn, thèse, Bâle 2009 (cité : *Salathé*, Die Nacherbfolge im Schweizerischen Recht) ;
- SANDOZ Suzette**, *Substitution fidéicommissaire (pour le surplus) et réserve héréditaire*, in : Mélanges en l'honneur de François Dessemontet (*Edgar Philippin/Philippe Giliéron/Pierre-François Vulliamin/Jean-Tristan Michel*, édit.), Cédidac, Lausanne 2009, p. 317-332 (cité : *Sandoz*, Mélanges en l'honneur de François Dessemontet) ;
- SAUTIER Alfred**, *Die Familienfideikommiss der Stadt und Republik Luzern*, Buchdruckerei Stämpfli et Cie, Berne 1909 (cité : *Sautier*, Die Familienfideikommiss der Stadt und Republik Luzern) ;
- SCHEFER Markus/HESS-KLEIN Caroline**, *Droit de l'égalité des personnes handicapées*, Stämpfli, Berne 2013 (cité : *Schefer/Hess-Klein*, Droit de l'égalité des personnes handicapées) ;
- STEINAUER Paul-Henri/FOUNTOULAKIS Christiana**, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Stämpfli, Berne 2014 (cité : *Steinauer/Fountoulakis*, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte) ;
- STEINAUER Paul-Henri**, *Le droit des successions*, 2<sup>ème</sup> éd., Stämpfli, Berne 2015 (cité : *Steinauer*, Le droit des successions) ;
- STETTLER Martin**, *Le critère de l'incapacité de discernement est entré dans le droit de la protection de l'adulte : un paramètre incontournable, mais pas facile à dompter !*, in : Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer (*Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz/Bettina Hürlimann-*

*Kaup/Christiana Foutoulakis*, édité.), Stämpfli, Berne 2013, p. 277-292 (cité : *Stettler*, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer) ;

**TUOR Peter/SCHNYDER Bernhard/SCHMID Jörg/JUNGO Alexandra**, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14<sup>ème</sup> éd., Schulthess, Zurich et al. 2015 (cité : *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo*, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*) ;

**TUOR Peter/PICENONI Vito**, *Berner Kommentar - Das Erbrecht*, Band III (art. 537-640 ZGB), Stämpfli, Berne 1964 (cité : *Tuor/Picenoni*, *Berner Kommentar ZGB-III/In article N°*) ;

**VAN DE SANDT Carole**, *La transmission du patrimoine et la substitution fidéicommissaire : « L'obligation de rendre la succession à un tiers »*, in : *La transmission du patrimoine, questions choisies, contributions en l'honneur de Paul-Henri Steinauer à l'occasion de ses cinquante-ans (Franz Werro/Bénédicte Foëx, édité.)*, Editions Universitaires, Fribourg 1998, p. 75-94 (cité : *Van de Sandt*, *La transmission du patrimoine*) ;

**WEIMAR Peter**, *Berner Kommentar – Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, band III (art. 457-516 ZGB), Stämpfli, Berne 2009 (cité : *Weimar*, *Berner Kommentar ZGB III/In article N°*) ;

**WOLF Stephan/HRUBESCH-MILLAUER Stéphanie**, *Grundriss des schweizerischen Erbrechts*, Stämpfli, Berne 2017 (cité : *Wolf/ Hrubesch-Millauer*, *Grundriss des schweizerischen Erbrechts*) ;

**ZEITER Alexandra**, *Neues Erwachsenenschutzrecht – Die neuen Bestimmungen im Erbrecht*, in : *successio Nr. 4/11 (revue de droit des successions)*, Schulthess, Zurich 2011, p. 254-269 (cité : *Zeiter*, *Successio Nr. 4/11*).

## Articles divers

**DEVANDAS AGUILAR Catalina**, *Réunion technique : Le rôle du notariat dans l'exercice de la capacité juridique des personnes handicapées*, in : *Notes conceptuelle*, Genève 2018 ([https://www.uinl.org/fr\\_FR/eventos-pasados/-/asset\\_publisher/KLJGKfTbLNET/content/reunion-el-rol-del-notariado-en-el-ejercicio-de-la-capacidad-juridica-de-las-personas-con-discapacidad-?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.uinl.org%2Ffr\\_FR%2Feventos-pasados%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_KLJGKfTbLNET%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_stat%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn4%26p\\_p\\_col\\_count%3D1%26\\_101\\_INSTANCE\\_KLJGKfTbLNET\\_advancedSearch%3Dfalse%26\\_101\\_INSTANCE\\_KLJGKfTbLNET\\_keywords%3D%26\\_101\\_INSTANCE\\_KLJGKfTbLNET\\_delta%3D10%26p\\_r\\_p\\_564233524\\_resetCur%3Dfalse%26\\_101\\_INSTANCE\\_KLJGKfTbLNET\\_cur%3D3%26\\_101\\_INSTANCE\\_KLJGKfTbLNET\\_andOperator%3Dtrue#p\\_73\\_INSTANCE\\_g4QgRSEIbf0Q](https://www.uinl.org/fr_FR/eventos-pasados/-/asset_publisher/KLJGKfTbLNET/content/reunion-el-rol-del-notariado-en-el-ejercicio-de-la-capacidad-juridica-de-las-personas-con-discapacidad-?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.uinl.org%2Ffr_FR%2Feventos-pasados%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_KLJGKfTbLNET%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_stat%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn4%26p_p_col_count%3D1%26_101_INSTANCE_KLJGKfTbLNET_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_KLJGKfTbLNET_keywords%3D%26_101_INSTANCE_KLJGKfTbLNET_delta%3D10%26p_r_p_564233524_resetCur%3Dfalse%26_101_INSTANCE_KLJGKfTbLNET_cur%3D3%26_101_INSTANCE_KLJGKfTbLNET_andOperator%3Dtrue#p_73_INSTANCE_g4QgRSEIbf0Q), consultation le 9 novembre 2018) (cité : *Devandas Aguilar*, *Note conceptuelle*) ;

**MEIER Philippe**, *La pratique à l'interface entre protection de l'individu et respect de l'autonomie*, Journées d'étude des 7 et 8 septembre, Fribourg 2016 ([https://www.copma.ch/application/files/7914/7368/1446/Referat5\\_f.pdf](https://www.copma.ch/application/files/7914/7368/1446/Referat5_f.pdf), consultation le 7 décembre 2018) (cité : *Meier*, *La pratique à l'interface entre protection de l'individu et respect de l'autonomie*) ;

**PICOVSCHI Gérard**, *La réforme des successions du 23 juin 2006*, in *Héritage Succession par avocat Picovschi*, Paris 2012 (<https://www.heritage-succession.com/article-la-reforme-des-successions-du-23-juin-2006.html>, consultation le 6 août 2018) (cité : *Picovschi*, *La réforme des succession du 23 juin 2006*) ;



STEINAUER Paul-Henri, *La substitution fidéicommissaire : questions choisies*, in : Institut de consultation notariale (ICONE) (<http://www.icone-consultation-notariale.ch/conf-03-06-2010.htm>, consultation le 27 mars 2018) (cité : *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies).

## Publications officielles<sup>1</sup>

### Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation

Bulletin officiel du Conseil National concernant la révision totale du droit de la tutelle (Révision totale du droit de la tutelle. Où en est ce projet ?), 04.5227 :

- 4 novembre 2004 (Intervention parlementaire) (cité : BO 2004 N 663) ;

Message du Conseil fédéral concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), 06.063, 28 juin 2006 (cité : *Message du Conseil fédéral*, FF 2006 6635) ;

Bulletin officiel du Conseil des États concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), 06.063 :

- 27 septembre 2007 (Décision modifiant le projet du Conseil Fédéral) (cité : BO 2007 E 830 ss) ;
- 4 décembre 2008 (Divergences) (cité : BO 2008 E 883 ss) ;

Bulletin officiel du Conseil National concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), 06.063 :

- 3 novembre 2008 (Divergences) (cité : BO 2008 N 1534 ss) ;
- 11 décembre 2008 (Adhésion) (cité : BO 2008 N 1797 ss) ;

Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), 06.063, 19 décembre 2008 (Adoption de la loi au vote final) (cité : *BOAF*, FF 2009 139) ;

Recueil officiel contenant la modification du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), 19 décembre 2008 (cité : *Modification du CC*, RO 2011 725).

### Droit des successions

Bulletin officiel du Conseil des États (Motion GUTZWILLER Felix : modernisation du droit des successions), 10.3524, 23 septembre 2010 (cité : BO 2010 E 872 ss) ;

Rapport de commission des affaires juridiques du Conseil National (Motion GUTZWILLER Felix : modernisation du droit des successions), 10.3524, 5 novembre 2010 (cité : *Rapport CN*, Modernisation du droit des successions) ;

Bulletin officiel du Conseil National (Motion GUTZWILLER Felix : modernisation du droit des successions), 10.3524, 2 mars 2011 (cité : BO 2011 N 108 ss) ;

Rapport de commission des affaires juridiques du Conseil des États (Motion GUTZWILLER Felix : modernisation du droit des successions), 10.3524, 30 mars 2011 (cité : *Rapport CE*, Modernisation du droit des successions) ;

---

<sup>1</sup> Par ordre chronologique.

Avant-projet et rapport explicatif relatif à une modification du Code civil suisse (droit des successions) (cité : *Droit des successions*, avant-projet) ;

Communiqué du Conseil fédéral, *Le Conseil fédéral veut moderniser le droit des successions*, 4 mars 2016 (cité : Communiqué du Conseil fédéral) ;

Synthèse des résultats de la procédure de consultation (révision du code civil suisse, droit des successions), Office fédéral de la justice, 10 mai 2017 (cité : Synthèse procédure de consultation) ;

Message du Conseil fédéral concernant la révision du Code civil suisse (Droit des successions), 18.069, 29 août 2018 (cité : *Message du Conseil fédéral*, FF 2018 5865).

## Textes législatifs

Code civil suisse (état le 1er janvier 2018) – RS.210 ;

Code de droit privé judiciaire (état le 01 février 2018) – RSV.212.02 ;

Code des obligations (état le 1er avril 2017) – RS.220 ;

Constitution fédérale de la Confédération suisse (état le 1er janvier 2018) – RS.101 ;

Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales (état le 23 février 2012) – RS.0.101 ;

Convention relative aux droits des personnes handicapées (état le 15 mai 2014) – RS.0.109 ;

Loi fédérale sur l’assurance-invalidité (état le 1er janvier 2018) – RS.831.20 ;

Loi fédérale sur le droit international privé (état le 1er avril 2017) – RS.291 ;

Loi fédérale sur l’élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (état le 1er janvier 2007) – RS.151.3 ;

Loi fédérale sur les prestations complémentaires à l’AVS et à l’AI (état le 1er juillet 2018) – RS.831.30 ;

Ordonnance sur l’élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (état le 1er janvier 2016) – RS.151.31.

## Table des abréviations

a (+ loi)	ancien (signifie qu'il s'agit d'une loi abrogée)
al.	alinéa(s)
ap. J.-C.	après Jésus-Christ
art.	article(s)
ATF	arrêt du Tribunal fédéral suisse
av. J.-C.	avant Jésus-Christ
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
c.	considérant
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS : 210)
CCF	Code civil français de 1804
CCV	Code civil vaudois de 1820
CDPH	Convention du 13 décembre 2006 relative au droit des personnes handicapées
CDPJ	Code de droit privé judiciaire du 12 janvier 2010 (RSV : 211.02)
CE	Conseil des Etats
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS : 0.101)
cf.	confer
ch.	chiffre
CN	Conseil national
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS : 220)
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS : 101)
éd.	édition (précédé d'un chiffre), ou éditeur(s)
e.g.	exempli gratia
etc.	et caetera
<i>ibid</i>	ibidem locution latine signifiant « <i>même endroit</i> »
<i>idem</i>	locution latine signifiant « <i>le même</i> »
<i>i.e.</i>	id est locution latine signifiant « <i>c'est-à-dire</i> »
<i>in</i>	dans
<i>in fine</i>	à la fin (de la disposition légale)
<i>init.</i>	au début (de la disposition légale)
JdT	Journal des Tribunaux
LAI	loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (RS : 831.20)
LDIP	loi fédérale du 1er avril 2017 sur le droit international privé (RS : 291)
let.	lettre (d'un article)
LHand	loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (RS : 151.3)
LPC	loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (RS : 821.30)
<i>loc. cit.</i>	loco citato locution latine signifiant « <i>à l'endroit cité</i> »
n.	note de bas de page
N°	numéro
OHand	ordonnance du 19 novembre 2003 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (RS : 151.31)
p.	page(s)
p.ex.	par exemple
RS.	recueil systématique fédéral
ss	et suivant(e)s
Tit. fin.	Titre final
TF	Tribunal fédéral suisse
UINL	Union Internationale du Notariat latin

## Table de jurisprudence

### Jurisprudence internationale

Arrêt de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile de la Cour de Cassation française :

- **Arrêt n°16-17198** du 27 septembre 2017

### Jurisprudences fédérales

Arrêts du Tribunal fédéral :

- |                          |                     |                |
|--------------------------|---------------------|----------------|
| - <b>ATF 135 III 614</b> | du 17 novembre 2009 | SJ 2010 I 229  |
| - <b>2P.31/2004</b>      | du 25 février 2005  |                |
| - <b>5C.53/2006</b>      | du 12 avril 2007    |                |
| - <b>ATF 133 III 309</b> | du 12 avril 2007    | JdT 2007 I 634 |
| - <b>5A_713/2011</b>     | du 2 février 2012   |                |
| - <b>ATF 116 II 248</b>  | du 3 mai 1990       | JdT 1992 I 158 |
| - <b>2C_242/2014</b>     | du 3 mai 1990       |                |
| - <b>ATF 105 II 253</b>  | du 13 décembre 1979 | JdT 1980 I 305 |
| - <b>ATF 102 II 136</b>  | du 17 août 1976     | JdT 1976 I 595 |
| - <b>ATF 100 II 92</b>   | du 3 janvier 1974   | JdT 1975 I 558 |
| - <b>ATF 67 III 13</b>   | du 17 janvier 1941  | JdT 1941 II 55 |
| - <b>ATF 64 II 186</b>   | du 13 mai 1938      | JdT 1938 I 617 |
| - <b>ATF 60 II 24</b>    | du 9 février 1934   | JdT 1934 I 562 |
| - <b>ATF 56 II 351</b>   | du 4 décembre 1930  | JdT 1931 I 485 |
| - <b>ATF 51 II 49</b>    | du 28 janvier 1925  | JdT 1925 I 343 |

Revue Suisse du notariat et du registre foncier :

- **RNRF 2015 264** du 25 mai 2013

### Jurisprudences cantonales

Arrêt de la Cour Civile de Bâle-Ville :

- **BJM 1997 188** du 25 octobre 1996

Arrêts du Tribunal d'arrondissement de Zurich :

- **ZR 1991 173** du 20 juin 1991

# Titre I. Introduction générale

## § 1. Introduction

Ce travail de mémoire a pour but d'analyser l'art. 492a CC adopté en 2008 par le législateur lors de la révision du droit de la protection de l'adulte. Nous commencerons par analyser l'historique de la substitution fidéicommissaire (I). Ensuite, nous analyserons les différences entre les différentes formes de substitutions (II). Puis, nous entrerons dans le vif du sujet en analysant les conditions d'application de l'art. 492a CC (III). Nous constaterons ainsi tous les problèmes que soulève cette disposition (IV). Et pour finir, notre conclusion permettra de donner une ébauche de solutions potentielles, pour tenter de régler une partie des problèmes relevés (V).

Avant de nous lancer dans l'historique, nous devons définir la substitution fidéicommissaire. C'est une institution qui permet à un défunt (le *de cujus*) de décider du sort de son patrimoine en l'attribuant à deux successeurs successifs. Le premier successeur est appelé le grevé, il sera le premier héritier à succéder au défunt. Lorsque ce premier successeur décède, le patrimoine grevé de la substitution fidéicommissaire devra être délivré au second successeur, soit l'appelé. Cette faculté donnée à un testateur de faire durer son patrimoine sur deux générations est prévue actuellement aux art. 488 ss CC<sup>2</sup>.

## § 2. Historique de la substitution fidéicommissaire

Pour mieux comprendre les dispositions actuelles sur la substitution fidéicommissaire ainsi que ses différentes déclinaisons, il est nécessaire de se replonger dans l'histoire de cette institution et remonter à ses origines. Nous allons donc parcourir son évolution historique. Nous commencerons par l'époque romaine (2.1.). Dans un deuxième temps, nous axerons notre analyse historique sur la France, étant donné que le droit suisse s'en est inspiré. Nous parcourrons le Moyen-Age jusqu'à l'Ancien Régime (2.2.), puis la législation révolutionnaire jusqu'au Code de Napoléon (2.3.). Pour finir, notre analyse se poursuivra sur l'évolution de la substitution fidéicommissaire en Suisse, notamment sur les travaux préparatoires du Code civil suisse (2.4.).

### 2.1. Le droit romain

Le droit romain connaissait quatre formes principales de substitutions : la substitution vulgaire, la pupillaire, la quasi-pupillaire et la fidéicommissaire<sup>3</sup>. La substitution vulgaire est un mécanisme qui permet au testateur de désigner, par disposition à cause de mort, l'héritier de remplacement dans l'éventualité où l'héritier institué ne recueille pas la succession<sup>4</sup>. La substitution pupillaire permet quant à elle au père de famille de tester pour son enfant encore impubère qui est dans l'incapacité de tester lui-même. Le but était d'éviter que l'enfant ne décède *ab intestat* avant d'avoir atteint l'âge où il pourrait tester lui-même<sup>5</sup>. Il faut rappeler que les Romains avaient une très forte considération pour les dispositions testamentaires : mourir sans avoir eu le temps de faire un testament était considéré comme déshonorant. S'agissant de la substitution quasi-pupillaire, celle-ci était utilisée lorsque l'héritier mourait aliéné, ce qui permettait au père de famille de tester à sa place pour sauver l'honneur<sup>6</sup>. Au fil des siècles, les substitutions pupillaires et quasi-pupillaires ont été abrogées parce qu'elles ne respectaient pas le principe du testament comme acte de nature purement personnel<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Steinauer, Le droit des successions, p. 303 § 547 ; Guinand/Stettler/Leuba, Droit des successions, p. 160-163 § 336-341.

<sup>3</sup> Levy/Castaldo, Histoire du droit civil, p. 1282 § 911 ; Ourliac/Gazzaniga, Histoire du droit privé français, p. 352.

<sup>4</sup> Levy/Castaldo, Histoire du droit civil, p. 1282 § 911 ; Ourliac/Gazzaniga, Histoire du droit privé français, p. 352 ; Cf. schéma explicatif des substitutions en annexe (figure n°1).

<sup>5</sup> Levy/Castaldo, Histoire du droit civil, p. 1283 § 911 ; Ourliac/Gazzaniga, Histoire du droit privé français, p. 352.

<sup>6</sup> Levy/Castaldo, Histoire du droit civil, p. 1283 § 911.

<sup>7</sup> Ibid, p. 1283-1284 § 911.

La substitution fidéicommissaire permettait au testateur de charger l'héritier institué de transmettre la succession grevée, par le biais d'un fidéicommiss, à un tiers que le *de cuius* désignait par avance<sup>8</sup>. Concernant sa forme, la substitution se faisait en termes précatifs<sup>9</sup>, comme une prière à l'intérieur de dispositions de dernières volontés<sup>10</sup>. La première substitution fidéicommissaire romaine retrouvée dans un codicille<sup>11</sup>, date du I<sup>er</sup> siècle av. J.-C., durant le règne de l'Empereur AUGUSTE<sup>12</sup>. Ce mécanisme de droit romain est l'origine même de la substitution fidéicommissaire telle que nous la connaissons aujourd'hui en droit positif suisse. A l'origine, le fidéicommiss était donc confié à une personne de confiance, qui était chargée de le retransmettre à un tiers. En d'autres termes, l'héritier premièrement institué recevait la charge de délivrer les biens grevés à une deuxième personne. Cette obligation de délivrance était à l'origine fondée uniquement sur un rapport de confiance. Il n'était pas possible d'en exiger l'exécution en justice<sup>13</sup>. D'un point de vue étymologique, comme son nom l'indique la notion de *fidéicommiss* est basée sur la notion de confiance (*fidēs*)<sup>14</sup> et sur le fait de confier quelque chose à quelqu'un (*committere*)<sup>15</sup>.

La substitution fidéicommissaire était utilisée notamment pour contourner des dispositions testamentaires considérées comme illicites ou juridiquement non reconnues par le droit romain. C'était par exemple le cas des successions impliquant des pérégrins<sup>16</sup>. En effet, comme ces derniers ne bénéficiaient pas du droit de tester, il est probable qu'ils aient pu être institués héritiers par le biais des fidéicommiss romains<sup>17</sup>. La substitution fidéicommissaire était également utilisée pour permettre d'instituer de manière successive un héritier non encore né (*nasciturus*), voire même non encore conçu (*nondum conceptus*)<sup>18</sup>. De plus, l'utilisation de la substitution fidéicommissaire pour le surplus<sup>19</sup>, telle que nous la connaissons de nos jours, était aussi déjà pratiquée. Elle permettait au grevé d'utiliser les biens grevés de substitution fidéicommissaire et de transmettre uniquement ce qu'il restait à son décès à un deuxième héritier : l'appelé<sup>20</sup>.

Le droit romain nous permet de retenir que l'institution de la substitution fidéicommissaire est apparue afin de permettre à la population romaine d'exercer une très grande liberté sur leur droit de succession. En effet, les mœurs romaines étaient très attachées à la notion de testament puisqu'il ne fallait surtout pas mourir avant d'avoir eu le temps de tester<sup>21</sup>. Nous pouvons ainsi mieux comprendre cette volonté pour les parents de tester à la place de leur enfant incapable de le faire seul. Cette fonction que l'on peut qualifier de psychologique, apparue lors de l'époque romaine, se ressent encore dans nos dispositions actuelles, soit les art. 488 ss CC, et notamment l'art. 492a CC<sup>22</sup> qui retiendra toute notre attention.

<sup>8</sup> Ourliac/Gazzaniga, Histoire du droit privé français p. 352.

<sup>9</sup> La rédaction n'avait pas besoin d'être faite sous une forme particulière. Cependant, la formulation utilisée était toujours la même, étant donné qu'elle se faisait en termes précatifs. Exemple de terme précatif donné par le juriste romain Gaius : « *je te prie et je te demande, Lucius Titius, dès que tu pourras faire addition de mon hérité, que tu la rendes et restitues à Gaius Seius* ».

<sup>10</sup> Levy/Castaldo, Histoire du droit civil, p. 1297-1298 § 922.

<sup>11</sup> Le codicille est une disposition à cause de mort prise par le défunt dans le but de modifier son testament.

<sup>12</sup> Levy/Castaldo, Histoire du droit civil, p. 1297-1298 § 923 ; codicille de Lucius Lentulus qui avait grevé l'Empereur Auguste lui-même.

<sup>13</sup> Abravanel, Recherches sur la nature juridique de la substitution fidéicommissaire, p. 54-55 § 2.

<sup>14</sup> En latin : « *fidere* » signifie faire confiance.

<sup>15</sup> Levy/Castaldo, Histoire du droit civil p. 1298 § 922.

<sup>16</sup> À l'époque romaine, les pérégrins étaient des étrangers venant des contrées voisines pas encore dominées par les Romains. La distinction entre citoyens romains et pérégrins tombera après l'Édit de Caracalla en 212 ap. J.-C.

<sup>17</sup> Levy/Castaldo, Histoire du droit civil, p. 1298 § 922 ; Abravanel, Recherches sur la nature juridique de la substitution fidéicommissaire, p. 55 § 2.

<sup>18</sup> Abravanel, Recherches sur la nature juridique de la substitution fidéicommissaire, p. 55 § 2.

<sup>19</sup> Pour la substitution fidéicommissaire pour le surplus, cf. Titre III. La substitution fidéicommissaire pour le surplus dite « *spéciale* » de l'art. 492a CC.

<sup>20</sup> Levy/Castaldo, Histoire du droit civil, p. 1298 § 922.

<sup>21</sup> Grimaldi, Droit civil successions, p. 363 § 364.

<sup>22</sup> Art. 492a al. 1 CC : « *Si un descendant est durablement incapable de discernement et qu'il ne laisse ni descendant ni conjoint, le disposant peut ordonner une substitution fidéicommissaire pour le surplus* ».

## 2.1. La législation du milieu du Moyen-Age jusqu'à l'Ancien Régime

Dans ce chapitre, nous analyserons l'évolution de la substitution fidéicommissaire entre le X<sup>ème</sup> et XVIII<sup>ème</sup> siècle<sup>23</sup>. L'analyse portera essentiellement sur un droit qui a initialement inspiré le droit suisse, soit le droit français. Au Moyen-Age, les premières traces de substitution fidéicommissaire sont retrouvées dès le X<sup>ème</sup> siècle, dans la région du Midi en France<sup>24</sup>. L'apparition de la substitution fidéicommissaire dans cette région de la France coïncide avec la délimitation entre les régions appliquant le droit écrit (qui ont comme source le droit romain) et les régions appliquant les coutumes<sup>25</sup>. Dès le XI<sup>ème</sup> siècle, la substitution fidéicommissaire avait pour coutume de se faire dans le cadre de conventions solennelles, le plus souvent dans des dispositions de dernières volontés<sup>26</sup>. Cependant, il n'était pas rare de trouver un tel mécanisme également dans des contrats de mariage et des donations<sup>27</sup>. Il arrivait très souvent d'avoir des doutes sur la nature de la substitution, en ce sens qu'on ne savait pas si la substitution était vulgaire ou fidéicommissaire. Ainsi, dans de telles circonstances on qualifiait la substitution de « *compendieuse* »<sup>28</sup> ou de « *conjoncturale* »<sup>29</sup>. Cette qualification permettait de combiner les deux sortes de substitutions, sans avoir à choisir entre les deux. Quant à son utilisation, la substitution fidéicommissaire était au début surtout utilisée par les aristocrates, puis finalement adoptée par toutes les strates de la société<sup>30</sup>, du cuisinier au notable, en passant par le brassier et le colporteur<sup>31</sup>. Durant le XV<sup>ème</sup> siècle, environ quarante pourcent des dispositions à cause de mort contenaient des clauses de substitutions<sup>32</sup>. L'utilisation de cette institution était devenue très populaire<sup>33</sup>.

Deux fonctions de la substitution fidéicommissaire semblent se démarquer durant cette période de l'histoire<sup>34</sup>. La première est la fonction familiale de la substitution fidéicommissaire. Elle permettait aux familles de conserver un patrimoine de génération en génération, très souvent de « *mâle en mâle et par ordre de primogéniture* »<sup>35</sup>. L'institution était au début liée essentiellement aux successions de familles aristocratiques<sup>36</sup>. Au sein de cette fonction, il existait alors deux sortes de substitutions fidéicommissaires : les substitutions graduelles (à plusieurs degrés)<sup>37</sup> et les substitutions perpétuelles (prévues pour toute une lignée de fils aînés). Ces deux substitutions permettaient de conserver

<sup>23</sup> Nous ne nous intéressons pas à la période entre la chute de l'Empire romain et le X<sup>ème</sup> siècle, étant donné que la substitution fidéicommissaire n'évolue pas durant cette période (l'évolution du droit de manière générale est mise en suspens durant cette première partie du Moyen-âge).

<sup>24</sup> A cette époque, on trouvait également une trace de cette institution dans d'autres pays voisins tels que l'Angleterre, l'Allemagne et l'Italie ; *Levy/Castaldo*, Histoire du droit civil, p. 1304-1304 § 928 ; Durant le Moyen-âge, le droit germanique était très similaire au droit français, voir à ce sujet : *Abravanel*, Recherches sur la nature juridique de la substitution fidéicommissaire, p. 59-67 § 1-4 ; *Gasparini/Gojosso*, Introduction historique au droit et histoire des institutions, p. 166-167.

<sup>25</sup> Dès le XII<sup>ème</sup> siècle, sous le règne de Louis VII la France était divisée en deux parties, une qui prônait le droit écrit (Sud) et l'autre qui prônait la coutume (Nord). Cette séparation entre régions de droit écrit et régions de coutume disparaîtra au XIX<sup>ème</sup> siècle lors des codifications. Sur ce sujet, voir : *Poudret*, Enquêtes sur la coutume du pays de Vaud et coutumiers vaudois à la fin du Moyen-âge, p. 60 ss ; *Gasparini/Gojosso*, Introduction historique au droit et histoire des institutions, p. 166-167.

<sup>26</sup> *Ourliac/Gazzaniga*, Histoire du droit privé français, p. 352.

<sup>27</sup> *Levy/Castaldo*, Histoire du droit civil, p. 1303-1304 § 928.

<sup>28</sup> Vient de *compendium*, qui signifie abrégée en latin.

<sup>29</sup> *Levy/Castaldo*, Histoire du droit civil, p. 1304 § 929.

<sup>30</sup> Cependant, l'utilisation n'a pas été la même dans les différentes strates sociales, cf. *Ourliac/Gazzaniga*, Histoire du droit privé français, p. 355.

<sup>31</sup> *Ourliac/Gazzaniga*, Histoire du droit privé français, p. 354.

<sup>32</sup> *Idem*.

<sup>33</sup> Il nous semble que cette institution était beaucoup plus populaire à l'époque, que de nos jours.

<sup>34</sup> *Grimaldi*, Droit civil successions, p. 363-364 § 364.

<sup>35</sup> En France : la substitution fidéicommissaire est considérée comme un des fondements de la dévolution de la couronne et notamment du *droit d'aînesse*. Cette institution était également utilisée par la couronne française pour garder la mainmise sur le patrimoine royal ; *Levy/Castaldo*, Histoire du droit civil, p. 1304 § 929 ; En Suisse : le patrimoine des grandes familles était également transmis par ordre de primogéniture (« *bona decedentium veniant in primogenitum* »), notamment par le biais de l'institution du fidéicommiss de famille. Pour des explications et des illustrations concernant la situation de la Suisse au XVII<sup>ème</sup> siècle, voir : *Sautier*, Die Familienfideikommiss der Stadt und Republik Luzern, p. 137 ss.

<sup>36</sup> *Levy/Castaldo*, Histoire du droit civil, p. 1304 § 929.

<sup>37</sup> *Grimaldi*, Droit civil successions, p. 363 § 364 ; *Ourliac/Gazzaniga*, Histoire du droit privé français, p. 353.

précieusement le patrimoine familial au sein d'une même lignée et sur plusieurs générations successives. Le droit est allé jusqu'à admettre aux défunts aristocratiques une présomption de substitution fidéicommissaire, lorsque ces derniers appartenaient à une maison que l'on pouvait qualifier « *d'illustre* », ou lorsque la famille avait pour coutume immémoriale d'utiliser cette institution<sup>38</sup>. Au fil des siècles, cet accroissement de fortune des familles, en grande majorité nobiliaires, a fini par être redouté du pouvoir royal, qui tentait du mieux que possible de conserver son pouvoir totalitaire. La deuxième fonction de la substitution fidéicommissaire avait, quant à elle pour but de garantir des ressources viagères aux descendants du défunt. Cependant, cette dernière a eu pour conséquence, d'un point de vue économique, de rendre le marché de moins en moins liquide car les grandes familles soustrayaient des biens du marché par le biais de ce mécanisme<sup>39</sup>. De plus, cette fonction avait également pour conséquence de rendre la propriété incertaine. En effet, des créanciers se retrouvaient bien souvent face à un patrimoine rendu insaisissable par le biais de cette institution. On parlait à ce propos de substitutions dites *occultes*<sup>40</sup>. Guy COQUILLE, un grand coutumier français de l'époque, disait que « *l'événement fait quelques fois l'hérédité coquine de celui que l'on pensoit estre riche* »<sup>41</sup>. Etant donné que la circulation des richesses est un facteur clé de l'économie d'un pays et que la propriété n'en est pas moins essentielle, ces deux inconvénients de la substitution fidéicommissaire auront pour effet, au fil des siècles, de renforcer l'idée selon laquelle elle doit être prohibée de la législation française<sup>42</sup>. L'utilisation de cette institution par les grandes familles était ainsi très souvent une réaction face aux règles successorales, qu'elles considéraient comme insuffisantes pour protéger leur patrimoine familial<sup>43</sup>.

### 2.3. De la législation révolutionnaire au Code de Napoléon

Au 18<sup>ème</sup> siècle, les substitutions fidéicommissaires devenaient de plus en plus courantes au sein du peuple. Toutefois, leur popularité a engendré des complications<sup>44</sup>. De plus en plus de divergences au sein de la jurisprudence ont commencé à apparaître<sup>45</sup>. Des catégories et de sous-catégories ont été créées afin de répertorier les substitutions fidéicommissaires, de plus en plus nombreuses. Déjà au 14<sup>ème</sup> siècle, les grands juristes, tel que BARTOLE, se penchaient sur cette question<sup>46</sup>. Au fil des siècles, la multiplicité de ces catégories a ainsi contribué à créer des incertitudes. Il a donc fallu une intervention royale pour rétablir l'ordre au sein de l'institution. Il y a donc eu la promulgation d'une ordonnance en 1747 sous Louis XV<sup>47</sup> qui a eu pour effet non seulement d'unifier le droit<sup>48</sup>, mais également de freiner le nombre de substitutions fidéicommissaires<sup>49</sup>.

Le début de la Révolution Française marquait la fin des substitutions fidéicommissaires en France<sup>50</sup>. Ainsi, le 25 août 1792, l'Assemblée nationale abrogeait les substitutions de son régime juridique et déclarait nul tout acte antérieur comportant un tel mécanisme. Les arguments d'une telle abrogation

<sup>38</sup> *Ourliac/Gazzaniga*, Histoire du droit privé français, p. 353.

<sup>39</sup> *Grimaldi*, Droit civil successions, p. 364 § 364.

<sup>40</sup> *Levy/Castaldo*, Histoire du droit civil, p. 1306 § 932.

<sup>41</sup> Ce dicton signifie que bien souvent les créanciers étaient trompés sur la prétendue fortune de leurs débiteurs ; *Coutume de Nivernais, ch. XXXIII, art. 10* ; *Levy/Castaldo*, Histoire du droit civil, p. 1307 § 932.

<sup>42</sup> En effet, la substitution fidéicommissaire finira par être prohibée en droit français. D'autres pays l'ont prohibée aussi par la suite, notamment l'Italie ; *Levy/Castaldo*, Histoire du droit civil, p. 1307 § 932 ; *Grimaldi*, Droit civil successions, p. 364 § 364.

<sup>43</sup> *Ourliac/Gazzaniga*, Histoire du droit privé français, p. 353.

<sup>44</sup> *Ourliac/Gazzaniga*, Histoire du droit privé français, p. 355 ; *Levy/Castaldo*, Histoire du droit civil, p. 1303 § 928.

<sup>45</sup> Divergences au sein de la jurisprudence sur le calcul des degrés, les conditions ainsi que les effets de la substitution.

<sup>46</sup> Jurisconsulte italien du XIV<sup>ème</sup> siècle, il était professeur de droit et spécialiste du droit romain.

<sup>47</sup> Vient d'une intervention du chancelier Daguesseau ; *Ourliac/Gazzaniga*, Histoire du droit privé français, p. 354 ; *Ourliac/Gazzaniga*, Histoire du droit privé français, p. 355 ; *Levy/Castaldo*, Histoire du droit civil, p. 1307 § 932 ; Ces ordonnances finiront par être abolies quelques années plus tard.

<sup>48</sup> *Levy/Castaldo*, Histoire du droit civil, p. 1307 § 932.

<sup>49</sup> *Ourliac/Gazzaniga*, Histoire du droit privé français, p. 355.

<sup>50</sup> *Ourliac/Gazzaniga*, Histoire du droit privé français, p. 356 ; Dès le XIX<sup>ème</sup> siècle, les droits allemands et autrichiens se sont distancés du droit français et ont maintenu le système des substitutions fidéicommissaires. Historiquement, aucun grand bouleversement de l'institution n'est à relever dans ces deux pays, voir à ce sujet : *Abravanel*, Recherches sur la nature juridique de la substitution fidéicommissaire, p. 64-66 § 4.



ont été que cette institution était dans les faits : un privilège accordé aux aristocrates pour leur permettre de faire perdurer leur fortune au détriment de l'économie et de la société<sup>51</sup>. Au début du 19<sup>ème</sup> siècle, lors de la rédaction du Code civil napoléonien<sup>52</sup>, les rédacteurs ont jugé nécessaire de maintenir<sup>53</sup> la prohibition des substitutions fidéicommissaires (art. 896 CCF) car elles n'étaient plus conformes aux mœurs postrévolutionnaires<sup>54</sup>. Cependant, une exception très restreinte a été maintenue pour les substitutions fidéicommissaires qui portent sur la quotité disponible, concernent des héritiers du cercle de la famille proche et ne comportent pas de préférence s'agissant de l'âge ou du sexe de l'héritier<sup>55</sup>.

Actuellement, le droit français en vigueur autorise les substitutions vulgaires. En revanche il prohibe toujours largement les substitutions fidéicommissaires (sous réserve d'exceptions limitées à un seul degré, cf. art. 896 et 897 CCF en vigueur)<sup>56</sup>. La dernière modification du droit successoral français date du 23 juin 2006 et a eu pour effet d'élargir légèrement le champ d'application des exceptions concernant la substitution fidéicommissaire<sup>57</sup>. Il est impressionnant de voir à quel point cette institution, peu connue du grand public et même devenue aujourd'hui prohibée en France, a eu un parcours ancré dans l'histoire même de la couronne de France. Elle a su traverser plusieurs siècles et a finalement été reprise par les premiers codificateurs suisses.

## 2.4. Travaux préparatoires du Code civil suisse

En Suisse, avant l'unification du droit civil, chaque canton détenait son propre droit civil cantonal. S'agissant de la notion de substitution fidéicommissaire, on distinguait trois systèmes<sup>58</sup> dont la différence principale résidait dans le statut juridique de la masse grevée de substitution fidéicommissaire<sup>59</sup>. Le point commun de ces trois systèmes était l'obligation pour le grevé de fournir des sûretés, dans le but de protéger la qualité d'héritier successif de l'appelé<sup>60</sup>. Les codes cantonaux latins, notamment celui du canton de Vaud, ont été largement influencés par la réglementation du Code de Napoléon de 1804. Ainsi, ils ont eux aussi prohibé les substitutions fidéicommissaires, sous réserve d'exceptions<sup>61</sup>. Près d'un siècle plus tard, lors de l'élaboration de l'avant-projet de Code civil suisse<sup>62</sup> d'Eugène HUBER, le législateur s'inspira à son tour des réglementations cantonales et *a fortiori* du Code de Napoléon. Cependant, il ne reprit pas entièrement le concept français, étant donné

<sup>51</sup> Ourliac/Gazzaniga, Histoire du droit privé français, p. 356 ; Levy/Castaldo, Histoire du droit civil, p. 1307 § 933 ; Deroussin, Histoire du droit privé, p. 343-344 § 340-341, cet auteur rajoute que les substitutions fidéicommissaires étaient considérées comme contraire à l'égalité de traitement entre citoyens.

<sup>52</sup> CCF entré en vigueur en 1804.

<sup>53</sup> Il faut apporter une nuance à ce propos. D'un point de vue chronologique, il y a eu une interdiction des substitutions fidéicommissaires qui a été promulguée en 1792, puis au XIX<sup>ème</sup> siècle il y a eu une réintroduction du double legs conditionnel qui se rapprochait très fortement d'une substitution fidéicommissaire. On peut donc considérer qu'il y a eu un léger retour en arrière. Pour finir, lors de la rédaction du Code Napoléon la prohibition des substitutions fidéicommissaires a été ancrée dans la loi, ce qui a eu pour effet d'exclure toute forme juridique ayant des conséquences analogues à la substitution fidéicommissaire. Voir à ce sujet : Deroussin, Histoire du droit privé, p. 343-344 § 340-341 et p. 368-369 § 576.

<sup>54</sup> Ourliac/Gazzaniga, Histoire du droit privé français, p. 356.

<sup>55</sup> Levy/Castaldo, Histoire du droit civil, p. 1308 § 933.

<sup>56</sup> Grimaldi, Droit civil successions, p. 362 § 363 et p. 380 § 380.

<sup>57</sup> Picovschi, La réforme des successions du 23 juin 2006 : le CCF prévoit qu'« une libéralité peut être grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte » (nouvel article 1048 du Code civil). Il prévoit également qu'il « peut être prévu dans une libéralité qu'une personne sera appelée à recueillir ce qui subsistera du don ou legs fait à un premier gratifié à la mort de celui-ci » (nouvel article 1057 du Code civil) ; Levy/Castaldo, Histoire du droit civil, p. 1309-1310 § 935.

<sup>58</sup> Les trois systèmes initiaux étaient ceux de Bâle-Ville, de Berne et de Saint-Gall.

<sup>59</sup> Abravanel, Recherches sur la nature juridique de la substitution fidéicommissaire, p. 22 § 3.

<sup>60</sup> *Idem*.

<sup>61</sup> Cf. art. 687 CCV : « Toute substitution au-delà du premier degré est prohibée » ; Abravanel, Recherches sur la nature juridique de la substitution fidéicommissaire, p. 22-23 § 3.

<sup>62</sup> Adoption du Code civil suisse en 1907 et entrée en vigueur en 1912.

que l'exception prévue en droit français est devenue le principe en droit suisse. Le législateur ne jugea pas opportun de conserver une telle prohibition en droit suisse<sup>63</sup>.

L'histoire nous permet de constater que la substitution fidéicommissaire a vu son utilisation se diversifier au fil des époques, non seulement dans ses fonctions, mais également dans ses utilisateurs. Le fondement même de l'institution fidéicommissaire ne cesse d'animer les débats, cela depuis un certain nombre de siècles. En gardant en mémoire l'origine de ce système, nous allons pouvoir dans un deuxième temps, analyser le droit suisse actuellement en vigueur.

---

<sup>63</sup> *Abravanel*, Recherches sur la nature juridique de la substitution fidéicommissaire, p. 22-23 § 3 ; CR CC I-Piotet D./In article N°335 al. 2, p. 2047 § 26 : E. HUBER était favorable à l'institution du fidéicommissaire, cependant c'est la Grande Commission d'experts qui a pris la décision de faire interdire l'institution du fidéicommissaire (interdiction qui se retrouve actuellement à l'art. 335 al. 2 CC). En revanche, la substitution fidéicommissaire au sens des art. 488 ss CC a été admise, mais avec une limite à deux successions ; Voir aussi ATF 135 III 614, p. 621 c. 4.3.3.

## Titre II. La notion de substitution

En droit suisse des successions, il existe plusieurs sortes de substitutions (§1). Dans un premier temps, nous définirons de manière succincte la substitution légale (1.1.), la vulgaire (1.2.), la compendieuse (1.3.), ainsi que la pupillaire (1.4.)<sup>64</sup>. Dans un deuxième temps, nous analyserons plus en détails la substitution fidéicommissaire (§2), sujet central de ce travail.

### § 1. Les différentes sortes de substitutions

#### 1.1. La substitution légale

La substitution est qualifiée de légale, lorsqu'elle est opérée de par la loi dans le cadre d'une succession *ab intestat*. Elle a pour vocation de permettre aux héritiers légaux qui ne recueillent pas d'être représentés par leurs descendants (représentation par souche)<sup>65</sup>. Ce système se trouve exprimé aux art. 457 al. 3, 458 al. 3-4, 459 al. 3-5 CC. Pour empêcher l'application de la substitution légale, le disposant peut avoir recours à la substitution vulgaire (art. 487 CC)<sup>66</sup>.

#### 1.2. La substitution vulgaire

##### 1.2.1. Notion

La substitution vulgaire est un mode de disposition figurant dans un acte à cause de mort<sup>67</sup>, qui permet au disposant de désigner l'héritier ou le légataire qui succédera définitivement dans le cas où le ou les premiers héritiers appelés à la succession ne succèdent pas. Ce système est prévu à l'art. 487 CC<sup>68</sup>. Cette institution peut être utilisée aussi bien dans le cadre d'une institution d'héritier (légaux ou institués)<sup>69</sup>, que dans celle de la désignation d'un légataire<sup>70</sup>. Cependant, il faut préciser que dans l'un ou l'autre cas, le successeur définitif aura le même statut que le successeur n'ayant initialement pas succédé<sup>71</sup>, c'est-à-dire soit la qualité d'héritier ou de légataire. L'intérêt pour un *de cuius* de faire usage d'une substitution vulgaire<sup>72</sup>, est qu'elle lui permet d'éviter l'application du système légal<sup>73</sup>. Ce mode de disposition, qui peut être qualifié « *d'instrument de planification* »<sup>74</sup>, permet donc au *de cuius* de faire usage de sa liberté de disposer de son patrimoine<sup>75</sup>. En pratique, il est courant que les couples mariés fassent usage, dans leur testament respectif ou dans un pacte successoral commun, d'une clause de substitution vulgaire qui prévoit qu'ils se désignent mutuellement comme héritiers et qu'en cas de décès de l'un ou de l'autre, ce seront leurs descendants qui hériteront subsidiairement<sup>76</sup>.

<sup>64</sup> Se référer à l'annexe (figure n°1) pour un schéma des différentes sortes de substitutions.

<sup>65</sup> Guinand/Stettler/Leuba, Droit des successions, p. 157-158 § 329.

<sup>66</sup> Cf. 1.2. La substitution vulgaire.

<sup>67</sup> Cf. le titre du chapitre III des art. 481 ss CC ; CR CC II-Baddeley/In article N°487, p. 193 § 5.

<sup>68</sup> Steinauer, Le droit des successions, p. 300 § 542 ; Piotet Paul, Précis de droit successoral, p. 36-37 ; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, p. 870 § 32 ; Guinand/Stettler/Leuba, Droit des successions, p. 158 § 332 ; CR CC II-Baddeley/In article N°487, p. 192 § 1 ; Piotet Paul, Traité de droit privé suisse, p. 92-93 § 19.

<sup>69</sup> Guinand/Stettler/Leuba, Droit des successions, p. 159 § 334.

<sup>70</sup> Steinauer, Le droit des successions, p. 300 § 542.

<sup>71</sup> Steinauer, Le droit des successions, p. 302 § 546b ; CR CC II-Baddeley/In article N°487, p. 196 § 18.

<sup>72</sup> Steinauer, Le droit des successions, p. 300 § 543 ; Piotet Paul, Précis de droit successoral, p. 36.

<sup>73</sup> On parle de substitution légale lorsque la loi a pour effet d'opérer un remplacement d'héritier légal, cf. art. 457-466 CC. La substitution vulgaire s'applique par exemple lorsque le descendant unique du défunt décède et qu'il n'a pas d'autres héritiers légaux. Dans ce cas sa part est normalement dévolue au canton du dernier domicile du défunt au sens de l'art. 466 CC, à moins que le testateur n'ait prévu un héritier de remplacement pour le cas où le descendant unique ne pourrait pas succéder pour une des causes prévues. Pour la substitution légale voir : Guinand/Stettler/Leuba, Droit des successions, p. 157-158 § 329, ainsi que : Mooser, Journée de droit successoral 2018, p. 49-63.

<sup>74</sup> Mooser, Journée de droit successoral 2018, p. 64 § 55.

<sup>75</sup> Sous réserve, bien évidemment, du respect de la réserve successorale de l'héritier réservataire (art. 471 CC).

<sup>76</sup> Weimar, Berner Kommentar ZGB III/In article N°487, p. 378 § 3.

Deux sortes de substitutions vulgaires existent. La première est « *l'accroissement* », qui a pour effet d'accroître la part du bénéficiaire de la substitution. Ce dernier voit sa part successorale augmenter dû au fait qu'il était déjà héritier ou légataire avant<sup>77</sup>. La deuxième est « *la succession à la place* » : elle a pour effet de faire succéder le bénéficiaire qui n'était pas encore partie à la succession du *de cuius*<sup>78</sup>. En revanche, si la substitution prévoit que l'héritier ou le légataire succédera « *à la suite* » d'un autre, on retombe sur une substitution fidéicommissaire au sens des art. 488 ss CC<sup>79</sup>.

Il existe plusieurs situations dans lesquelles une substitution vulgaire est applicable. Elles sont prévues par la loi à l'art. 487 CC. Il s'agit premièrement du prédécès (art. 542-545 CC) et de la répudiation (art. 566-579 CC)<sup>80</sup>. Cependant, selon la doctrine, il faut étendre son application également aux cas de renonciation (art. 495-497 CC), d'indignité (art. 540-541 CC), d'invalidité (art. 513-515 CC) et de révocation (art. 509 CC)<sup>81</sup>. La validité de la substitution vulgaire ne doit pas être remise en cause dans le cas où la désignation de l'appelé n'est pas expresse, mais découle indirectement de la volonté du testateur (exprimée dans une disposition à cause de mort)<sup>82</sup>. La substitution vulgaire s'ouvre dès le moment où il est possible d'établir de manière définitive que la succession ne peut pas être recueillie par l'héritier ou le légataire premièrement institué<sup>83</sup>.

### 1.2.2. Distinctions avec la substitution fidéicommissaire

La substitution vulgaire et la fidéicommissaire comportent des différences, mais également des points communs. La première différence concerne l'ordre de succession : la substitution fidéicommissaire a pour effet de faire se succéder dans le temps deux héritiers ou légataires (système successif qui comporte deux successions), alors que la substitution vulgaire a, quant à elle, pour effet de faire succéder un premier héritier ou légataire et, à défaut, un second (système alternatif qui concerne une seule succession)<sup>84</sup>. La deuxième différence concerne la limitation. La substitution fidéicommissaire comporte une limite à deux successions universelles. Cette dernière s'arrête au moment de la mort de l'appelé. À l'inverse, la substitution vulgaire n'a pas de limite d'héritiers ou légataires alternatifs possibles<sup>85</sup>. Ces deux institutions ont deux points communs. Dans les deux cas l'héritier ou le légataire (qu'il soit successif ou alternatif) hérite du *de cuius* initial<sup>86</sup> et ces deux substitutions permettent une plus grande liberté de tester du défunt.

Dans certaines situations, il ne faut pas comprendre ces deux institutions de manière séparée, mais plutôt les appréhender de manière commune. En effet, prenons par exemple des dispositions prises par un conjoint A dans son testament, suivant l'ordre du décès de ses héritiers, soit sa femme B et son fils C, nous pouvons nous trouver dans une substitution vulgaire ou fidéicommissaire, par le biais de la même clause. Dans l'hypothèse où A transmet une partie de sa succession à B, à charge pour elle de

<sup>77</sup> *Piotet Paul*, Précis de droit successoral, p. 37 ; à ne pas confondre avec la clause dite d'accroissement qui consiste à prévoir plusieurs bénéficiaires pour le cas où un seul héritier ou légataire ne succède pas. Voir à ce propos : *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 159 § 332 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 92-93 § 19.

<sup>78</sup> *Piotet Paul*, Précis de droit successoral, p. 37.

<sup>79</sup> *Idem*.

<sup>80</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 301 § 546 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°487, p. 192 § 2.

<sup>81</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 301 § 546 ; *Piotet Paul*, Précis de droit successoral, p. 36 ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 159 § 333 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°487, p. 377 § 2 ; *Mooser*, Journée de droit successoral 2018, p. 65 § 57, qui rajoute encore les cas de relations avec les effets du divorce, et la relation avec l'existence d'enfant ou le recouvrement de capacité, pour éviter la caducité de la substitution fidéicommissaire prévue en application de l'art. 492 CC.

<sup>82</sup> ATF 64 II 186 qui concerne l'interprétation d'un testament contenant une substitution fidéicommissaire. Dans cet arrêt le recours des héritiers a été rejeté ; *Braconil/Carron*, CC et CO annotés/In article N°487, p. 249.

<sup>83</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°487, p. 196 § 15 ; *Mooser*, Journée de droit successoral 2018, p. 72 § 70 ; L'héritier ou légataire de substitution doit quant à lui être apte à recueillir la succession (part ou legs) du *de cuius* : *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°487, p. 378 § 6.

<sup>84</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 300 § 545 ; *Piotet Paul*, Précis de droit successoral, p. 36-37 ; *Mooser*, Journée de droit successoral 2018, p. 73 § 73 ; CS CC-*Cotti*/In article N°487, p. 152 § 3 ; Se référer au schéma en annexe (figure n°1).

<sup>85</sup> Voir art. 487 et 488 al.2 CC.

<sup>86</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 300 § 542 et 545 ; *Piotet Paul*, Précis de droit successoral, p. 37.

transmettre ce patrimoine grevé à C. Dans cette première situation, la clause ordonne une substitution fidéicommissaire. En revanche, si B ne recueille pas la succession pour une cause telle que le prédécès, sa part sera dévolue directement à C. Dans cette deuxième situation, la clause devient une substitution vulgaire dite légale.

### 1.2.3. Présomptions de substitution vulgaire

Deux situations doivent être distinguées, quant à l'existence d'une présomption de substitution vulgaire. La première situation est celle prévue par l'art. 492 al. 3 CC, qui présume l'existence d'une substitution vulgaire dite légale dans le cas où le grevé d'une substitution fidéicommissaire devait ne pas succéder au défunt<sup>87</sup>. La deuxième situation est celle dans laquelle il existe un doute s'agissant du type de substitution (vulgaire ou fidéicommissaire), la doctrine semble partagée. Certains auteurs estiment qu'en cas de doute, la substitution vulgaire doit être présumée<sup>88</sup>. Alors que d'autres auteurs sont d'avis qu'il n'existe aucune présomption découlant de la loi et que, par conséquent, il est du devoir du tribunal saisi dans une telle affaire de déterminer la réelle intention du testateur, selon les règles d'interprétation usuelle. En d'autres termes, selon ce deuxième avis, c'est à celui qui se prévaut de l'existence d'une substitution fidéicommissaire qui doit le prouver devant le juge en conformité avec l'art. 8 CC<sup>89</sup>.

### 1.3. La substitution compendieuse

La substitution est qualifiée de compendieuse dans le cas où le testateur combine une substitution vulgaire et une fidéicommissaire dans la même disposition à cause de mort<sup>90</sup>. La conséquence est que l'appelé va succéder à la suite du grevé (substitution fidéicommissaire), mais également à sa place dans le cas où ce dernier ne recueillerait pas la succession (substitution vulgaire)<sup>91</sup>.

### 1.4. La substitution pupillaire

La substitution pupillaire et quasi-pupillaire n'existe plus en droit positif suisse. Ces deux institutions peuvent être actuellement qualifiées d'histoire du droit<sup>92</sup>.

<sup>87</sup> *Piotet Paul*, Précis de droit successoral, p. 37 ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 161-162 § 337 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°487, p. 379 § 8.

<sup>88</sup> Dans ce sens : *Piotet Paul*, Précis de droit successoral, p. 37 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°487, p. 379 § 8 ; 2C\_242/2014, in RNR 2015, p. 246-249 : Le Tribunal fédéral semble être de cet avis également (c. 2.2.8 : « *Ist auch nach erfolgter Auslegung ungewiss, ob der Erblasser eine Ersatzerben - oder eine Nacherbeneinsetzung vornehmen wollte, ist von einer Ersatzverfügung auszugehen* ») ; Selon nous, cette solution nous semble plus facile à appliquer en pratique étant donné qu'il arrive couramment qu'un *de cuius* d'un testament olographe utilise des termes trop vagues dans ses dispositions de dernières volontés. L'utilisation d'une présomption permet d'éviter que les tribunaux soient sollicités si la solution de la substitution vulgaire ne pose pas de problème. Dans le cas où l'héritier (l'éventuel appelé) ne serait pas d'accord avec ce choix, il est tout à fait possible pour lui d'aller devant les tribunaux renverser la présomption. Cette solution permet donc une meilleure flexibilité et évite d'avoir recours immédiatement aux tribunaux.

<sup>89</sup> Dans ce sens : *Steinauer*, Le droit des successions, p. 300 § 545 n. 4 ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 159 § 335 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°487, p. 197 § 25 ; *Mooser*, Journée de droit successoral 2018, p. 75 § 76 ; CS CC-*Cotti*/In article N°487, p. 152 § 4 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 91 ; Selon PIOTET P. « *En cas de doute sur le point de savoir si la substitution est vulgaire ou fidéicommissaire, on présume la substitution vulgaire, qui ne limite pas les droits du premier héritier. C'est, en effet, à celui qui s'en prévaut d'établir la charge que constitue pour le grevé la substitution fidéicommissaire* ».

<sup>90</sup> *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 158 § 331 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°487, p. 195 § 14 ; *Mooser*, Journée de droit successoral 2018, p. 74 § 75 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 91.

<sup>91</sup> *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 91 ; CS CC-*Cotti*/In article N°487, p. 152 § 4 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°488, p. 203 § 15.

<sup>92</sup> Cf. § 2. Historique de la substitution fidéicommissaire.

## § 2. La substitution fidéicommissaire

### 2.1. Aperçu général

#### 2.1.1. Notion

La substitution fidéicommissaire se trouve dans le chapitre qui concerne les différents modes de disposition à cause de mort et elle est régie aux art. 488 à 492a CC, ainsi qu'aux art. 531 et 545 CC<sup>93</sup>. La substitution fidéicommissaire est définie comme étant une disposition à cause de mort voulue<sup>94</sup> par le testateur, qui a pour but d'instituer deux successeurs successifs, soit deux héritiers (art. 488 al. 1 CC) ou soit deux légataires (art. 488 al. 3 CC)<sup>95</sup>. Le premier successeur - le grevé - est tenu de délivrer la succession au moment de son décès, au deuxième successeur - l'appelé<sup>96</sup>. S'il s'agit de deux héritiers successifs, tous deux héritent à titre universel<sup>97</sup> et s'il s'agit de deux légataires, ils recueilleront tous deux à titre particulier<sup>98</sup>. Dans les deux cas de figure, les successeurs (grevés et appelés) héritent du *de cuius* initial<sup>99</sup>.

La substitution fidéicommissaire s'ouvre en principe à la mort du grevé, mais le testateur a la possibilité de choisir un terme différent (art. 492 al. 1 CC)<sup>100</sup>. Les conditions concernant la capacité à succéder de l'appelé sont examinées, quant à elles, au moment de l'ouverture de la substitution<sup>101</sup>. En d'autres termes, l'ouverture de la substitution est conditionnée à la capacité de succéder de l'appelé<sup>102</sup>.

#### 2.1.2. Nature juridique

La nature juridique de la substitution fidéicommissaire doit être analysée sous l'angle du patrimoine successoral, qui est recueilli dans un premier temps par le grevé puis dans un deuxième temps par l'appelé. On qualifie cette part successorale grevée de patrimoine distinct<sup>103</sup> ou spécial<sup>104</sup>. En effet, la part successorale grevée de substitution fidéicommissaire, doit pouvoir être distinguée des actifs personnels du grevé. Cette distinction permet un contrôle de la sauvegarde du patrimoine grevé<sup>105</sup>, dans l'intérêt de l'appelé, étant donné que c'est lui qui en deviendra propriétaire au moment de l'ouverture<sup>106</sup> de la substitution<sup>107</sup>. Pour permettre une protection optimale de ce patrimoine séparé, le

<sup>93</sup> Sandoz, Mélanges en l'honneur de François Dessemontet, p. 318.

<sup>94</sup> À comprendre comme étant une disposition à cause de mort volontaire.

<sup>95</sup> Les règles des art. 488 ss CC s'appliquent également aux legs, voir : *Steinauer*, Le droit des successions, p. 304 § 550a ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 303 § 547 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°488, p. 199 § 2 ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 160 § 336 ; *Piotet Paul*, Contributions choisies, p. 125 ; *Piotet Paul*, Précis de droit successoral, p. 37 ; *Sandoz*, Mélanges en l'honneur de François Dessemontet, p. 318 ; *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, p. 870 § 33 ; *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 2 ; *Van de Sandt*, La transmission du patrimoine, p. 76-77 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 90-91 et p. 93-94.

<sup>96</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 303 § 548 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°488, p. 199 § 2.

<sup>97</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°488, p. 199 § 2.

<sup>98</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 304 § 550a ; *Piotet Denis*, Journée de droit successoral 2018, p. 14 § 3 ; *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 2.

<sup>99</sup> L'appelé n'est donc pas l'héritier du grevé mais du testateur initial ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 303-304 § 550.

<sup>100</sup> Cf. 2.2. Ouverture de la substitution fidéicommissaire ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 303 § 547 ; *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, p. 870 § 33-34.

<sup>101</sup> Cf. 2.2.2. Les conditions ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 303-304 § 550.

<sup>102</sup> Cf. 2.2.2. Les conditions ; *Piotet Paul*, Contributions choisies, p. 125 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 94.

<sup>103</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°488, p. 200 § 5.

<sup>104</sup> *Piotet Paul*, Précis de droit successoral, p. 37 ; *Piotet Paul*, Contributions choisies, p. 127.

<sup>105</sup> Cf. 2.4. La protection de l'expectative de l'appelé.

<sup>106</sup> Cf. 2.2. Ouverture de la substitution fidéicommissaire.

<sup>107</sup> *Piotet Denis*, Journée de droit successoral 2018, p. 21-22 § 24-28 : ce patrimoine séparé a pour effet de créer un effet de subrogation patrimonial (subrogation réelle) en cas de remplacement des biens grevés par d'autres de mêmes valeurs ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°491, p. 418-420 § 7-10 : le patrimoine est qualifié ici de séparé « *Sondervermögen* » ; *Sandoz*, Mélanges en l'honneur de François Dessemontet, p. 318-319 ; CS CC-*Cotti*/In article N°491, p. 169-170 § 7-9 ; *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, p. 871 § 34 : explications sur la subrogation réelle « *dingliche Surrogation* » ; *Gossin*, De la distinction du legs conditionnel et de la substitution

législateur a prévu une obligation pour le grevé de dresser un inventaire et de déposer des sûretés<sup>108</sup>. En d'autres termes, cette distinction entre ces deux patrimoines permet avant tout de savoir quel patrimoine est grevé au moment de l'ouverture de la substitution fidéicommissaire, pour permettre ainsi, au moment de la dévolution à l'appelé, de délimiter sa part successorale.

La substitution fidéicommissaire permet ainsi au testateur de désigner deux héritiers ou légataires successifs, ce qui implique par conséquent que le sort du patrimoine du *de cuius* peut être réglé sur une période temporelle<sup>109</sup> plus longue que dans une succession que l'on peut qualifier « d'ordinaire »<sup>110</sup>. La substitution fidéicommissaire doit dès lors être considérée comme un instrument de planification successorale<sup>111</sup>.

### 2.1.3. Forme

La substitution fidéicommissaire est une disposition qui doit se trouver dans un acte à cause de mort, soit dans un testament (art. 498 CC) ou un pacte successoral (art. 512 CC)<sup>112</sup>. La jurisprudence estime que la forme n'est pas respectée dans l'hypothèse où le *de cuius* fait une simple recommandation à l'égard de l'héritier institué dans laquelle il le charge de transmettre à son tour à un autre héritier subséquent<sup>113</sup>.

## 2.2. Ouverture de la substitution fidéicommissaire

### 2.2.1. Le moment déterminant

L'appelé devient à son tour héritier du *de cuius* au moment de l'ouverture de la substitution fidéicommissaire<sup>114</sup>. Sauf disposition contraire du testateur, l'art. 489 al. 1 CC<sup>115</sup> prévoit que l'ouverture a lieu au moment de la mort du grevé<sup>116</sup>. Cependant, s'il le souhaite, le *de cuius* peut choisir de faire dépendre l'ouverture de la substitution à un terme défini ou à l'avènement d'une condition<sup>117</sup>. Le terme (*dies certus an*) peut consister en un jour précis<sup>118</sup>, un événement déterminé<sup>119</sup> ou une durée fixe<sup>120</sup>. La condition (*dies incertus an*) peut dépendre de l'avènement d'un fait générateur ou spécifique et peut ou non dépendre des actes de la personne concernée ou d'un tiers<sup>121</sup>. Il est tout à fait envisageable de cumuler un terme et une condition<sup>122</sup>, si ces derniers ne sont pas contradictoires dans leur interprétation.

---

fidéicommissaire, p. 10 ; *Van de Sandt*, La transmission du patrimoine, p. 83 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°488, p. 200 § 5.

<sup>108</sup> Cf. 2.4. La protection de l'expectative de l'appelé.

<sup>109</sup> *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, p. 871 § 35.

<sup>110</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 305 § 552 ; *Piotet Denis*, Journée de droit successoral 2018, p. 14 § 3.

<sup>111</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°488, p. 200 § 7.

<sup>112</sup> *Sandoz*, Mélanges en l'honneur de François Dessemontet, p. 318 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°488, p. 202 § 9-11 ; *Basler Kommentar ZGB II-Bessenich*/In article N°488, p. 216 § 1 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°488, p. 391-392 § 6.

<sup>113</sup> ATF 56 II 351 ; ATF 105 II 253 ; le même principe est applicable par analogie aux légataires ; *Braconi/Carron*, CC et CO annotés/In article N°488 al. 1, p. 250.

<sup>114</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°488, p. 199-200 § 3 et N°489, p. 212 § 1.

<sup>115</sup> Art. 489 al.1 CC : « *La substitution s'ouvre, sauf disposition contraire, à la mort du grevé* ».

<sup>116</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°489, p. 212 § 1 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 101 : « *l'art. 489 al.1 CC est une règle supplétive et interprétative* ».

<sup>117</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 306 § 556 ; *Piotet Denis*, Journée de droit successoral 2018, p. 14 § 3 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°488, p. 204-205 § 21-23.

<sup>118</sup> Par ex. le 25 octobre 2025.

<sup>119</sup> Par ex. le premier jour de la prochaine fête des vignerons à Vevey.

<sup>120</sup> Par ex. 20 ans après le décès du *de cuius* ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°489, p. 213 § 4 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 306-307 § 556.

<sup>121</sup> Par ex. Si le *de cuius* devient grand-père, ou si le projet de construction d'une Université se réalise ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°489, p. 213 § 5 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 306-307 § 556.

<sup>122</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°489, p. 213 § 6.

Dans le cas où le grevé est une personne morale, l'ouverture de la substitution doit avoir lieu au plus tard cent ans après le décès du *de cuius* (art. 749 al. 2 CC par analogie). Cette limite temporelle maximale est également applicable aux termes et conditions<sup>123</sup>. La limite des cent ans ne semble pas unanime au sein de la doctrine minoritaire, certains auteurs préconisent une durée plus longue<sup>124</sup> ou bien plus courte<sup>125</sup>. Si le terme ou la condition interviennent plus tard dans le temps, soit après le décès du grevé, ce sont les héritiers (institués ou légaux) du grevé qui auront la charge de délivrer le patrimoine grevé à l'appelé<sup>126</sup>. Dans l'hypothèse où l'appelé est un héritier non encore conçu (*nondum conceptus*), soit le *de cuius* avait prévu que l'héritier désigné ne serait pas encore conçu à son décès et il a institué un héritier grevé, soit il n'avait pas prévu la situation. Dans cette deuxième hypothèse, ce seront les héritiers légaux du *de cuius* qui endosseront le rôle de grevé en attendant la conception de l'enfant (art. 545 al. 1 et 2 CC)<sup>127</sup>. L'art. 545 al. 2 CC est une disposition de droit dispositif qui s'applique lorsqu'aucun grevé n'a été désigné par le testateur<sup>128</sup>. La doctrine est divisée s'agissant du moment exact de l'ouverture de la substitution. Pour certains l'ouverture est présumée être au moment de la conception de l'appelé<sup>129</sup> et pour d'autres le moment déterminant est la naissance de l'appelé<sup>130</sup>. La conséquence de l'ouverture de la substitution fidéicommissaire est que l'appelé devient légalement propriétaire de sa part successorale, avec tous les effets qui y sont liés<sup>131</sup>.

### 2.2.2. Les conditions

La condition principale qui doit être réalisée pour que la substitution fidéicommissaire puisse exister est : la capacité successorale de l'appelé. En effet, l'appelé doit être apte à succéder au *de cuius* pour permettre à la substitution fidéicommissaire de s'ouvrir en sa faveur. L'art. 542 CC prévoit deux conditions pour être héritier : survivre au défunt et avoir la capacité de succéder (l'art. 543 CC prévoit également deux conditions similaires pour être légataire)<sup>132</sup>. Cette capacité est examinée au moment déterminant, c'est-à-dire à l'ouverture de la substitution (art. 489 et 492 al. 1 CC)<sup>133</sup>.

<sup>123</sup> PIOTET P. propose d'appliquer l'art. 749 CC par analogie, voir : *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 101 ; dans le même sens : *Steinauer*, Le droit des successions, p. 307 § 556a ; Selon nous, une durée de cent ans permet d'éviter qu'on puisse sortir du marché des valeurs patrimoniales grevées pour une durée infinie, une limite maximale fixée à cent ans semble correspondre à la limite maximale que le législateur accorde pour d'autres dispositions du CC, cf. art. 546 al. 2, 550 al. 2, 678 al. 2, 749 al. 2, 7791 al. 1 et 2 CC.

<sup>124</sup> *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°488, p. 394-395 § 14, selon WEIMAR : « *Es wäre nicht ausgeschlossen, dass der Erblasser seinen Sohn als Vorerben einsetzt und den 1 August 2291 als Zeitpunkt der Auslieferung an die Eidgenossenschaft oder einen dann geboren männlichen Nachfahren als Nacherben bestimmt* ».

<sup>125</sup> BADDELEY est favorable à une durée de 30 ans, qui est plus respectueuse de la volonté du législateur, et également de l'interdiction des fidéicommissaires de famille (art. 335 al.2 CC) : CR CC II-Baddeley/In article N°488, p. 208 § 31 et N°489, p. 214 § 14.

<sup>126</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 307 § 556b.

<sup>127</sup> *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 101 ; CS CC-Couchepin, Maire/In article N°545, p. 473 § 3 ; Lorsque seul le grevé ou seul l'appelé est désigné par le *de cuius*, on parle à ce sujet de « *substitution virtuelle* », voir à ce sujet : CR CC II-Baddeley/In article N°488, p. 202 § 10.

<sup>128</sup> CS CC-Couchepin, Maire/In article N°545, p. 473 § 5 ; *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-Abt/In article N°545, p. 944 § 9.

<sup>129</sup> Le moment déterminant est la conception de l'appelé, dans ce sens : *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 101 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 490 § 916 ; *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-Abt/In article N°545, p. 943 § 4 ; Sans avis apparent : CS CC-Couchepin, Maire/In article N°545, p. 473 § 4 ; Selon nous, cette première solution semble plus en adéquation avec les règles ordinaires sur la capacité successorale. En effet, pour être héritier (capacité à succéder), il faut être vivant à l'ouverture de la succession. On parle à ce propos de « *point de survie* ». Cependant, dans le cas où l'enfant n'est pas encore né au moment de l'ouverture de la succession, mais qu'il est possible d'affirmer que sa conception a eu lieu, ce dernier pourra acquérir la qualité d'héritier à condition de naître vivant. En attendant sa naissance, le *nasciturus* sera représenté par ses parents ou un curateur. Voir sur ce sujet : *Steinauer*, Le droit des successions, p. 489 ss § 911 ss.

<sup>130</sup> Le moment déterminant est la naissance de l'appelé, dans ce sens : *Tuor/Picenoni*, Berner Kommentar ZGB-III/In article N°545, p. 517-518 § 2 ; CR CC II-Baddeley/In article N°488, p. 205 § 21 ; CR CC II-Baddeley/In article N°489, p. 212 § 2.

<sup>131</sup> Il peut par exemple requérir l'inscription au registre foncier, à son nom, de l'immeuble hérité ; CR CC II-Baddeley/In article N°489, p. 213 § 9.

<sup>132</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°488, p. 205 § 22 et N°489, p. 215 § 16, au sujet du *nasciturus*, cf. N°489, p. 215 § 17 ; Pour plus de détails sur la capacité de succéder, cf. : *Steinauer*, Le droit des successions, p. 489 ss § 911 ss ; *Piotet Paul*, Contributions choisies, p. 125 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 102 ; *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 2 ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 4-7 § 9-19.

<sup>133</sup> *Piotet Denis*, Journée de droit successoral 2018, p. 14-15 § 4 ; CR CC II-Baddeley/In article N°488, p. 203 § 13.



La substitution fidéicommissaire doit également remplir trois conditions supplémentaires (certains auteurs parlent de limitations). Ces trois éléments doivent être respectés pour que l'ouverture d'une substitution fidéicommissaire puisse avoir lieu. Premièrement, l'ouverture de la substitution ne doit pas être impossible<sup>134</sup>. Cette dernière devient impossible lorsque l'héritier ou le légataire ne remplit pas les conditions personnelles pour succéder, lorsque l'avènement de la condition devient définitivement impossible ou lorsque le terme prévu ne peut être atteint d'une manière ou d'une autre<sup>135</sup>. L'impossibilité ne doit cependant pas découler du comportement contraire à la bonne foi du grevé (application par analogie de l'art. 156 CO)<sup>136</sup>. Une impossibilité définitive aurait donc pour effet de permettre au grevé ou ses descendants de conserver en mains propres le patrimoine qui devait être destiné à l'appelé (art. 489 al. 3 CC)<sup>137</sup>. Deuxièmement, la substitution fidéicommissaire ne doit pas se faire à la chaîne. En effet, l'art. 488 al. 2 CC prévoit que la possibilité de grever encore un autre héritier après l'appelé n'est pas possible<sup>138</sup>. Cette interdiction doit être mise en parallèle avec l'interdiction des fidéicommissaires de famille (art. 335 al. 2 CC). En l'occurrence, le législateur a voulu éviter, par le biais de cette interdiction, que des patrimoines se trouvent transmis de manière perpétuelle entre les mains des familles<sup>139</sup>. Cette règle se trouve être de droit impératif et sa violation a pour effet de rendre la clause contraire annulable pour illicéité (art. 519 al. 1 ch. 3 CC)<sup>140</sup>. Cette interdiction est également applicable aux substitutions de légataires<sup>141</sup>. Troisièmement, le patrimoine grevé de substitution fidéicommissaire ne peut porter en principe que sur la quotité disponible (cf. art. 470 ss et 531 CC)<sup>142</sup>. Lorsque le grevé est un héritier réservataire, sa réserve ne doit pas être entamée à raison de l'utilisation d'un tel mode de disposition par le testateur<sup>143</sup>. Il existe malgré tout une exception à ce principe, qui réside dans l'art. 492a CC. Par le biais de cette disposition, il est possible pour le *de cuius* de porter atteinte à la réserve de l'héritier grevé<sup>144</sup>.

### 2.3. Les effets

La toute première étape de l'ouverture d'une succession commence toujours par le décès du *de cuius* ; c'est une variable qui ne change pas<sup>145</sup>. La décision par laquelle le testateur décide d'inclure une clause

<sup>134</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°489, p. 215-16 § 15-23 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 307-308 § 557-558b ; CS CC-Cotti/In article N°489, p. 161-162 § 4-7.

<sup>135</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°489, p. 215 § 15-19 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 307-308 § 557-558b.

<sup>136</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°489, p. 216 § 21 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 308 § 558b et 325 § 584d.

<sup>137</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°489, p. 216 § 22 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 308 § 558 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°489 al.3, p. 401 § 12-13.

<sup>138</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°488, p. 210 § 36 et p. 206-209 § 27-33 ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 163 § 341 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 305 § 553 et 306 § 555-555b ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°488 al.2, p. 393 § 9 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 95 ; CS CC-Cotti/In article N°488, p. 158-159 § 13 ; *Büchler/Jakob*, Kommentar ZGB-Grüniger/In article N°488, p. 1498 § 10 ; *Basler Kommentar ZGB II-Bessenich*/In article N°488, p. 216 § 2 ; *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 2.

<sup>139</sup> Cf. § 2. Historique de la substitution fidéicommissaire ; L'interdiction des fidéicommissaires de famille a été introduite dans l'avant-projet de Code civil d'Eugène HUBER, voir à ce sujet : CR CC I-Piotet D./In article N°335 al.2, p. 2047-2048 § 26-32 ; CR CC II-Baddeley/In article N°488, p. 207 § 28 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 306 § 555a ; *Piotet Paul*, Précis de droit successoral, p. 38 ; *Salathé*, Die Nacherbfolge im Schweizerischen Recht, p. 108-109.

<sup>140</sup> ATF 135 III 614, p. 620-621 c. 4.3.2. et 4.3.3., selon le Tribunal fédéral l'interdiction des fidéicommissaires de famille ne fait pas partie de l'ordre public suisse au sens de l'art. 18 LDIP et par conséquent ce n'est pas un principe de droit impératif. Ainsi, une telle violation ne peut pas relever de la nullité, mais seulement de l'annulabilité ; Dans ce sens : *Piotet Paul*, Précis de droit successoral, p. 38 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 95 ; *Piotet Denis*, Quelques actions en annulation 2007, p. 62-63 § 27-28 ; *Contra* : *Steinauer*, Le droit des successions, p. 306 § 555-555a, selon lui une telle clause est frappée de nullité absolue ; CR CC II-Baddeley/In article N°488, p. 206-207 § 28, idem que STEINAUER.

<sup>141</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°488, p. 210 § 39 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 306 § 555.

<sup>142</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°488, p. 200 § 4 et p. 204 § 17-20 ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 163 § 341 ; CS CC-Cotti/In article N°488, p. 158 § 12 et N°491, p. 173 § 29 ; *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 2.

<sup>143</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°488, p. 200 § 4 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 309-310 § 561-562 : dans le cas où la réserve du grevé devait être entamée par la clause de substitution fidéicommissaire, ce dernier ou ses héritiers auraient la possibilité d'ouvrir une action en réduction.

<sup>144</sup> Nous reviendrons sur ce point-ci dans le chapitre consacré à l'art. 492a CC ; CR CC II-Baddeley/In article N°488, p. 200 § 4 et p. 204 § 19.

<sup>145</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°488, p. 199 § 3 ; CS CC-Cotti/In article N°491, p. 168 § 1.

de substitution fidéicommissaire dans ses dispositions de dernières volontés<sup>146</sup> a pour effet de créer une deuxième étape à la succession. Dans un deuxième temps, en principe lors du décès<sup>147</sup> du grevé, la substitution fidéicommissaire s'ouvre en faveur de l'appelé. Lors de l'ouverture de la substitution fidéicommissaire, l'appelé devient à son tour pleinement propriétaire des biens hérités<sup>148</sup>. Les effets qui sont liés à l'enchaînement de ces deux phases doivent être distingués selon si cette dernière est une substitution fidéicommissaire ordinaire ou pour le surplus. Dans l'hypothèse où la substitution fidéicommissaire est ordinaire, le grevé devient pleinement propriétaire. Toutefois, il a l'obligation de conserver la substance des biens grevés de la substitution<sup>149</sup>. Son statut se rapproche grandement de celui d'un usufruitier<sup>150</sup>. Il ne doit pas disposer des biens reçus du *de cuius*<sup>151</sup>. Une nuance doit être faite à ce sujet. La doctrine est d'avis que le grevé peut devoir faire des actes d'administration pour conserver la substance du patrimoine grevé. Cette obligation de bonne administration résulte de l'art. 488 al. 1 et 491 al. 2 CC<sup>152</sup>. Ainsi, le grevé peut devoir faire des réparations s'il s'agit de biens mobiliers, voire même vendre la chose pour la remplacer par une neuve si nécessaire. La nouvelle chose entre dans le patrimoine grevé, pour remplacer l'ancienne par le mécanisme de la subrogation patrimoniale<sup>153</sup>. Le principe est donc l'interdiction de disposer du patrimoine grevé, mais si les circonstances impliquent que le grevé doit disposer du patrimoine grevé pour en conserver sa substance, c'est admis. Malgré cette limitation, l'appelé ne peut pas être préservé d'un abus du pouvoir de disposition du grevé étant donné que le grevé hérite en pleine propriété du patrimoine grevé<sup>154</sup>. En effet, si le patrimoine grevé porte sur une somme d'argent, ou des biens mobiliers, il n'existe aucun moyen de limiter ces actions (alors que pour un bien immobilier, une mention est faite au registre foncier, qui empêchera la vente – art. 490 al. 2 CC). Ainsi, le grevé peut très bien décider de disposer du patrimoine grevé, la conséquence est, qu'au moment de l'ouverture de la substitution fidéicommissaire, il devra des dommages-intérêts qui seront payés grâce aux sûretés<sup>155</sup>.

C'est ainsi, qu'à titre préventif, un certain nombre de mesures protectrices<sup>156</sup> devront être prises, afin de protéger ce patrimoine grevé (et *a fortiori* de protéger la future part successorale de l'appelé)<sup>157</sup>. Par contre, dans l'hypothèse où la substitution fidéicommissaire est dite « *pour le surplus* »<sup>158</sup>, le grevé n'a aucune obligation de conserver la substance du patrimoine grevé de la substitution<sup>159</sup>. En effet, ce

<sup>146</sup> Testament ou pacte successoral, cf. 2.1.3. Forme.

<sup>147</sup> Ou lors du terme fixé ou de l'avènement de la condition.

<sup>148</sup> *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 2 ; *Piotet Denis*, Journée de droit successoral 2018, p. 14-15 § 4.

<sup>149</sup> *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 2 ; CS CC-Cotti/In article N°491, p. 170-171 § 15.

<sup>150</sup> *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 4 ; CR CC II-Baddeley/In article N°488, p. 201 § 8 ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 160-161 § 337 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 311 § 563 ; CS CC-Cotti/In article N°491, p. 172 § 22 ; Les attributs de l'usufruitier : *usus* et *fructus*, mais pas *abusus*.

<sup>151</sup> *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 2 ; Selon BADDELEY, le grevé peut disposer des biens, mais ce droit est limité par la condition de la restitution des biens à l'appelé, cf. CR CC II-Baddeley/In article N°488, p. 205 § 24 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 311 § 563-564 ; Sur la restriction du pouvoir de disposition, cf. : *Van de Sandt*, La transmission du patrimoine, p. 81.

<sup>152</sup> *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 104 ; CR CC II-Baddeley/In article N°488, p. 217 § 1 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 309 § 560.

<sup>153</sup> *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 97.

<sup>154</sup> *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 94 ; CS CC-Cotti/In article N°491, p. 168 § 1.

<sup>155</sup> *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 100 ; CS CC-Cotti/In article N°490, p. 165 § 6.

<sup>156</sup> Cf. 2.4. La protection de l'expectative de l'appelé.

<sup>157</sup> *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 7-9 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 314-318 § 570-557 ; Sur l'obligation du grevé de rendre la succession, cf. : *Piotet Paul*, Contributions choisies, p. 130.

<sup>158</sup> Cf. Titre IV. Problèmes soulevés par l'art. 492a CC, dans lequel nous détaillerons cette forme de substitution ; Aussi appelée : « *substitution fidéicommissaire sur les biens résiduels* » ou « *substitution fidéicommissaire réduite au solde* ».

<sup>159</sup> La substitution fidéicommissaire pour le surplus n'est pas prévue par le CC (exception faite de l'art. 492a CC) mais admise par la doctrine et la jurisprudence, cf. notamment : ATF 133 III 309 c. 5, ATF 100 II 92, 5C.53/2006 c. 5, du 12.04.2007, ATF 2P.31/2004 c. 3.2, 5A\_713/2011 c. 4.2 du 02.02.2012 ; *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 5 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 110-111 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 313-314 § 567-568 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 110-111 ; CS CC-Cotti/In article N°491, p. 172-173 § 25-28 ; *Sandoz*, Mélanges en l'honneur de François Dessemontet, p. 319-320 ; *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-Liatowitsch/Schürmann/In article N°491, p. 454-457 § 21-27 ; Basler Kommentar ZGB II-Bessenich/In article N° 491, p. 234-236 § 9 ; *Wolf/Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 197-199 § 724-732.

dernier peut jouir à sa guise<sup>160</sup> du patrimoine hérité et c'est uniquement le surplus restant, lors de l'ouverture<sup>161</sup> de la substitution fidéicommissaire, qui devra revenir à l'héritier en deuxième ligne – l'appelé<sup>162</sup>. Ainsi, la grande différence entre ces deux sortes de substitution fidéicommissaire<sup>163</sup> réside dans le contenu de l'obligation de restitution du grevé. Cette obligation, de droit dispositif, permet ainsi au testateur de moduler son contenu et d'opter, s'il le souhaite, pour une substitution fidéicommissaire pour le surplus (c'est par exemple le cas de l'art. 492a CC)<sup>164</sup>.

## 2.4. La protection de l'expectative de l'appelé

Au jour du décès du défunt, le grevé hérite (à titre universel si c'est un héritier, ou à titre particulier si c'est un légataire) des biens successoraux du *de cuius*. Jusqu'au moment de l'ouverture de la substitution fidéicommissaire, un certain nombre de mesures de protection du patrimoine grevé vont lui être imposées, afin de protéger l'expectative successorale de l'appelé<sup>165</sup>. Ces mesures de protection sont prévues par l'art. 490 CC<sup>166</sup>. La première mesure, qui doit être faite de manière impérative, est l'inventaire des biens grevés de la substitution fidéicommissaire (art. 490 al. 1 CC)<sup>167</sup>. Elle est faite d'office par l'autorité compétente du dernier domicile du *de cuius*<sup>168</sup>. Cet inventaire a pour but premier de fixer l'étendue de la restitution dont le grevé aura la charge, au moment de l'ouverture de la substitution<sup>169</sup>. Même si la substitution est faite pour le surplus, la tenue d'un inventaire est obligatoire<sup>170</sup>. La deuxième mesure qui est, en principe, imposée au grevé, est celle de fournir des sûretés suffisantes (art. 490 al. 2 CC)<sup>171</sup>. Lorsque la substitution est ordinaire, les sûretés devront être

<sup>160</sup> ATF 133 III 309 : selon la jurisprudence, une nuance doit être faite, le grevé n'est quand pas entièrement libre de ses actes concernant le patrimoine grevé, il ne peut malgré tout pas faire de donation et ne peut pas disposer de ce patrimoine à cause de mort ; Au sujet des limitations du pouvoir de dispositions du grevé, cf. : *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 241 ; voir également : CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 248 § 18.

<sup>161</sup> Pour l'ouverture de la substitution fidéicommissaire, cf. 2.2.1. Le moment déterminant.

<sup>162</sup> *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 110-111 ; *Piotet Denis*, Journée de droit successoral 2018, p. 18-19 § 14 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 313-314 § 567-568 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 110-111 ; *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-*Liatowitsch/Schürmann*/In article N°491, p. 454-457 § 21-27 ; Basler Kommentar ZGB II-*Bessenich*/In article N° 491, p. 234-236 § 9 ; *Wolf/ Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 197-199 § 724-732.

<sup>163</sup> Se référer au schéma en annexe (figure n°2).

<sup>164</sup> *Piotet Denis*, Journée de droit successoral 2018, p. 15 § 5 ; 5A\_713/2011 c. 4.2 du 02.02.2012 : « Dans la substitution fidéicommissaire sur les biens résiduels, le grevé peut disposer des biens successoraux et entamer le patrimoine reçu, non seulement pour ses besoins de base mais également pour mener une vie plus aisée ; il peut, le cas échéant, épuiser le patrimoine hérité » ; CS CC-*Cotti*/In article N°491, p. 171 § 16 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 313-314 § 567-568 ; Concernant la différence entre la substitution fidéicommissaire ordinaire et pour le surplus, se référer au tableau des différences en annexe (figure n°3) ; Cf. 1.2. Etendue du pouvoir de disposition du grevé.

<sup>165</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 314-318 § 570 ; CS CC-*Cotti*/In article N°490, p. 164 § 1 ; *Piotet Paul*, Précis de droit successoral, p. 39 ; *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, p. 872 § 38 ; sur le sujet, voir : *Jaton*, Les sûretés dans la substitution fidéicommissaire.

<sup>166</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 314-315 § 570-575 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°490, p. 217 § 2.

<sup>167</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 315 § 571 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°490, p. 218 § 6 ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 160-161 § 337 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°490, p. 405-407 § 3-7 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 105-106 ; CS CC-*Cotti*/In article N°490, p. 164-165 § 2-5 ; *Büchler/Jakob*, Kommentar ZGB-*Grüniger*/In article N°490, p. 1503 § 3-5 ; *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-*Liatowitsch/Schürmann*/In article N°490, p. 438-441 § 2-11 ; Basler Kommentar ZGB II-*Bessenich*/In article N°490, p. 223-224 § 1-2 ; *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 7-8 ; *Wolf/ Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 194 § 707-709 ; *Van de Sandt*, La transmission du patrimoine, p. 88.

<sup>168</sup> S'agissant du canton de Vaud, c'est le juge de paix qui est compétent au sens de l'art. 5 al. 1 ch. 1 CDPJ ; ATF 60 II 24 : « Les cantons désignent librement les personnes compétentes pour dresser l'inventaire prévu à l'art. 490 al. 1 CC ». En l'espèce, dans ce jugement l'autorité cantonale saint-galloise avait désigné l'office des tutelles comme autorité compétente pour l'établissement de l'inventaire de l'art. 490 al. 1 CC ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°490, p. 219 § 10 ; *Braconi/Carron*, CC et CO annotés/In article N°490 al.1, p. 251 ; CS CC-*Cotti*/In article N°490, p. 164 § 3.

<sup>169</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 315 § 571 ; CS CC-*Cotti*/In article N°490, p. 164-165 § 4.

<sup>170</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 315 § 571 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 110.

<sup>171</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 316 § 572-572a ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°490, p. 220-221 § 13-15 ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 160-161 § 337 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°490, p. 407-413 § 8-22 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 106 ; CS CC-*Cotti*/In article N°490, p. 165-166 § 6-8 ; *Büchler/Jakob*, Kommentar ZGB-*Grüniger*/In article N°490, p. 1504 § 6-9 ; *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-*Liatowitsch/Schürmann*/In article N°490, p. 441-443 § 12-17 ; Basler Kommentar ZGB II-*Bessenich*/In article N°490, p.

fournies par le grevé, sous réserve d'une mention contraire exprimée expressément par le *de cuius* dans ses dispositions testamentaires<sup>172</sup>. En revanche, lorsque la substitution est faite pour le surplus, la présomption est inversée. Cela signifie que sans précision de la part du *de cuius*, le grevé n'est pas tenu de fournir des sûretés<sup>173</sup>. S'agissant du montant des sûretés, il doit correspondre à la valeur totale des biens qui devront être restitués à l'appelé<sup>174</sup>. Dans le cas où les biens grevés contiennent des immeubles au sens de l'art. 655 al. 2 CC, il est possible de faire inscrire une annotation au registre foncier, pour éviter que le grevé ne puisse prendre la décision d'aliéner un immeuble<sup>175</sup>. Dans le cas où le grevé n'est pas en mesure de déposer les sûretés nécessaires prévues par l'art. 490 al. 2 CC, qu'il ne s'exécute pas ou qu'il met en péril les droits de l'appelé<sup>176</sup>, une administration d'office de la succession sera mise en place par l'autorité compétente (art. 490 al. 3 et 554 CC)<sup>177</sup>.

D'un point de vue de la pratique juridique, la dévolution de la succession à l'appelé est une étape périlleuse<sup>178</sup>. Prenons l'hypothèse d'une substitution fidéicommissaire pour le surplus, dans laquelle le grevé et l'appelé n'ont aucun lien de parenté. Dans un tel cas, il existe un risque qu'au décès du grevé, ses héritiers légaux n'aient pas connaissance de la clause de substitution fidéicommissaire et, de ce fait, n'entament aucune démarche pour contacter l'appelé. La simple tenue d'un inventaire initial n'est très certainement pas suffisante pour permettre à l'appelé d'avoir la certitude d'être contacté au moment déterminant. Au vu de ce risque d'absence de démarches de la part de la Justice de Paix, il pourrait être envisagé de créer une catégorie supplémentaire dédiée à ce genre de problème, au sein du registre central des testaments<sup>179</sup>. Selon nous, au moment du dépôt des dispositions de dernières volontés du disposant, une inscription pourrait être faite dans ce registre et mentionner l'existence d'une clause de substitution fidéicommissaire, avec le nom du grevé<sup>180</sup> et de l'appelé. Ainsi, au décès du grevé, il serait plus facile pour la Justice de Paix de retrouver l'appelé. Ce mécanisme permettrait une meilleure sécurité juridique, à condition qu'un contrôle systématique soit opéré par la Justice de Paix lors de chaque décès.

224-225 § 3 ; *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 7-8 ; *Wolff Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 195-196 § 711-719 ; *Van de Sandt*, La transmission du patrimoine, p. 88-89.

<sup>172</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 316 § 572 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°490, p. 221 § 17 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°490, p. 413 § 21-22 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 106 ; *Wolff Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 195-196 § 714-715.

<sup>173</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 316 § 572 ; *Braconi/Carron*, CC et CO annotés/In article N°490 al.2, p. 251.

<sup>174</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 316 § 572a ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°490, p. 411-412 § 18-19.

<sup>175</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 316 § 573 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°490, p. 221 § 16 et p. 222-223 § 22-26 ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 160-161 § 337 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°490, p. 410-411 § 14-15 ; *Piotet Paul*, Contributions choisies, p. 137-139 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 107 ; CS CC-*Cotti*/In article N°490, p. 165 § 9-12 ; *Büchler/Jakob*, Kommentar ZGB-*Grüniger*/In article N°490, p. 1503 § 9 ; *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-*Liatowitsch/Schürmann*/In article N°490, p. 443-444 § 18-19 ; Basler Kommentar ZGB II-*Bessenich*/In article N°490, p. 225-226 § 4 ; *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 8 ; *Wolff Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 196 § 716 ; *Van de Sandt*, La transmission du patrimoine, p. 90-91.

<sup>176</sup> Si les droits sont compromis postérieurement, c'est en principe à l'appelé de faire la demande pour qu'une administration d'office soit effectuée.

<sup>177</sup> L'autorité compétente pour le canton de Vaud est le juge de paix (art. 5 al. 1 ch. 1 CDPJ) ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 317-318 § 574-575 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°490, p. 221 § 18 et p. 223-224 ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 160-161 § 337 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°490, p. 413-414 § 23-24 ; *Piotet Paul*, Traité de droit privé suisse, p. 109-110 ; CS CC-*Cotti*/In article N°490, p. 166-167 § 13-15 ; *Büchler/Jakob*, Kommentar ZGB-*Grüniger*/In article N°490, p. 1503 § 10-11 ; *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-*Liatowitsch/Schürmann*/In article N°490, p. 444 § 20-2 ; Basler Kommentar ZGB II-*Bessenich*/In article N°490, p. 227 § 5 ; *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 8 ; *Wolff Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 196 § 720-723 ; *Van de Sandt*, La transmission du patrimoine, p. 89.

<sup>178</sup> Voir notamment : CR CC II-*Baddeley*/In article N°490, p. 217-218 § 3-5 ; *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 8-9.

<sup>179</sup> *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 9 : notre réflexion rejoint celle de STEINAUER.

<sup>180</sup> Pour une meilleure sécurité juridique, il faudrait pouvoir lier cette inscription avec celle de l'éventuelle existence de dispositions testamentaires du grevé.

Une autre possibilité qui pourrait être envisagée parallèlement, serait de prévoir une fonction d'exécuteur testamentaire, que l'on pourrait qualifier de « *prolongée* »<sup>181</sup>. Cette dernière permettrait ainsi au *de cujus* de désigner un premier exécuteur testamentaire et, si nécessaire, un deuxième qui lui succéderait dans le cas où l'ouverture de la substitution fidéicommissaire serait trop éloignée dans le temps<sup>182</sup>. Cette démarche permettrait d'avoir un meilleur suivi de l'ouverture de la substitution fidéicommissaire, en faveur de l'appelé<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> ATF 51 II 49.

<sup>182</sup> D'un point de vue pratique, nous sommes d'avis qu'il serait préférable de désigner un exécuteur testamentaire ayant de bonnes connaissances juridiques en la matière ; Dans ce sens : *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 9.

<sup>183</sup> Ces deux propositions de démarches, que l'on pourrait qualifier de publicité parallèle au système légal, ne sont que très peu développées par la doctrine ; Cf. § 2. Intervention du notaire et de l'exécuteur testamentaire.

## Titre III. La substitution fidéicommissaire pour le surplus dite « spéciale » de l'art. 492a CC

Dans ce chapitre nous analyserons premièrement le régime juridique antérieur de la substitution fidéicommissaire (§1), puis nous passerons à la notion (§2), aux conditions d'applications (§3) et terminerons par les effets juridiques de la substitution fidéicommissaire (§4).

### § 1. Régime juridique antérieur

Pour permettre une meilleure analyse de l'art. 492a CC nous devons, dans un premier temps, passer en revue l'évolution législative qui a conduit le législateur à adopter cette disposition en 2008 (1.1.)<sup>184</sup> et, dans un deuxième temps, son évolution attendue dans un futur plus ou moins proche (1.2.)<sup>185</sup>.

#### 1.1. La modification du droit de la protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation

L'adoption de l'art. 492a CC s'inscrit dans un cadre plus large que le simple droit des successions<sup>186</sup>. Initialement son développement est étroitement lié à un autre domaine du droit qui se trouve être : le droit de la protection de l'adulte (anciennement le droit de la tutelle)<sup>187</sup>. Ce droit n'ayant pas été modifié depuis l'entrée en vigueur du Code civil en 1912, la volonté de le modifier a été exprimée par le biais d'une intervention parlementaire du Conseiller national SCHAFFER en 1963<sup>188</sup>. Cette évolution n'aura pas été rapide. En effet, ce sont presque cinquante années qui séparent la genèse de ce projet en 1963 de son achèvement en 2013 lors de l'entrée en vigueur du droit de la protection de l'adulte, du droit des personnes et du droit de la filiation<sup>189</sup>. L'entrée en vigueur aura su se faire attendre, un rappel par les parlementaires aura même été nécessaire pour que le Conseil fédéral charge enfin l'Assemblée fédérale d'élaborer un projet de loi sur la base de son message<sup>190</sup>. Selon le message du Conseil fédéral du 28 juin 2006, le but premier de cette révision « *est de favoriser le droit de la personne de disposer d'elle-même* »<sup>191</sup>. L'impact de cette révision s'étend donc également aux autres domaines du droit, tel que le droit des successions et plus particulièrement l'art. 492a CC, qui a vu le jour dans le cadre de ce projet législatif<sup>192</sup>. Cet article a pour volonté de permettre dorénavant aux parents d'un descendant souffrant d'handicap mental durable, de prévoir dans leurs dispositions à cause de mort, une substitution fidéicommissaire pour le surplus en faveur de cet enfant<sup>193</sup>. Ce dernier deviendrait donc héritier grevé au décès de ses parents et sa part successorale non utilisée<sup>194</sup> à son propre décès reviendrait quant à elle à l'héritier appelé<sup>195</sup>. De plus, le message prévoit que cette substitution

<sup>184</sup> Cette première partie concerne : la modification du droit de la protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation.

<sup>185</sup> Cette deuxième partie concerne : la modification attendue du droit des successions ; CR CC II-Baddeley/In article N°488, p. 209 § 33.

<sup>186</sup> *Modification du CC*, RO 2011 725 ; *Braconi/Carron*, CC et CO annotés/In article N°492a, p. 251 ; *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 162 § 2.

<sup>187</sup> *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 162 § 1.

<sup>188</sup> *Meier*, Droit de la protection de l'adulte, p. V.

<sup>189</sup> Étant donné que l'entrée en vigueur de la modification date du 19 décembre 2008 ; *Meier*, Droit de la protection de l'adulte, p. V ; Pour les délibérations des chambres parlementaires, se référer à : BO 2007 E 830 ss ; BO 2008 E 883 ss ; BO 2008 N 1534 ss ; BO 2008 N 1797 ss ; *BOAF*, FF 2009 139.

<sup>190</sup> BO 2004 N 663 : intervention de la conseillère nationale Hubmann VRENI le 4 novembre 2004. Dans son intervention lors du temps imparti aux questions, cette dernière interroge le Conseil fédéral sur l'avancement du projet de révision totale du droit de la tutelle. Une réponse est donnée par le conseiller fédéral Christoph BLOCHER, qui explique que la consultation des milieux concernés prend du temps.

<sup>191</sup> *Message du Conseil fédéral*, FF 2006 6635, p. 6636-6638.

<sup>192</sup> *Meier*, Droit de la protection de l'adulte, p. V.

<sup>193</sup> *Message du Conseil fédéral*, FF 2006 6635, p. 6735-6736.

<sup>194</sup> Soit : le surplus.

<sup>195</sup> *Message du Conseil fédéral*, FF 2006 6635, p. 6735-6736.

fidéicommissaire est possible également dans la mesure où le surplus est constitué de la réserve de l'enfant grevé<sup>196</sup>. Cette dernière possibilité est une nouveauté par rapport à l'ancien droit, qui ne permettait pas qu'une clause de substitution fidéicommissaire pour le surplus puisse grever la réserve d'un héritier réservataire<sup>197</sup>. Ce nouveau droit pose bien évidemment des limites à l'application d'une telle disposition légale, par le biais d'un certain nombre de conditions<sup>198</sup>.

## 1.2. La modification du droit successoral

Le droit des successions est un droit que l'on peut qualifier de centenaire, qui n'a connu que très peu de modifications depuis son élaboration au début du 20<sup>ème</sup> siècle<sup>199</sup>. Depuis quelques années, une volonté de moderniser ce droit se fait ressentir. En 2010, une motion parlementaire s'intitulant : « *Moderniser le droit des successions* » est proposée par le Conseiller aux Etats GUTZWILLER<sup>200</sup>. Le Conseil fédéral<sup>201</sup>, ainsi que les deux chambres parlementaires sont favorables à cette modification, qu'ils jugent nécessaire pour aligner les aspects juridiques du droit des successions aux réalités sociales et familiales du 21<sup>ème</sup> siècle<sup>202</sup>. Très rapidement, le projet est soutenu par les milieux intéressés<sup>203</sup>. Ce projet est principalement axé sur une volonté de réduire les réserves héréditaires et permettre ainsi une plus grande liberté de tester pour le *de cuius*<sup>204</sup>. Cependant, le législateur ne souhaite pas modifier uniquement les aspects liés aux réserves, mais veut profiter de cette modernisation du droit pour modifier également d'autres dispositions légales qui mériteraient un toilettage<sup>205</sup>. Il y a donc une volonté de modifier également des dispositions jugées incompatibles avec ce nouveau droit, ou n'ayant plus de raison d'être. Lors de la consultation des milieux intéressés, l'Université de Lausanne propose une abrogation pure et simple de l'art. 492a CC, étant donné son application très critiquée en doctrine<sup>206</sup>. Cette disposition légale est certes récente, mais déjà très critiquée<sup>207</sup>.

<sup>196</sup> *Message du Conseil fédéral*, FF 2006 6635, p. 6735-6736.

<sup>197</sup> Ancien texte légal de l'art. 531 aCC : « *Toutes clauses de substitution sont nulles à l'égard de l'héritier, dans la mesure où elles grevent sa réserve* » ; *Message du Conseil fédéral*, FF 2006 6635, p. 6735-6736.

<sup>198</sup> Conditions que nous analyserons en détail, cf. § 3 Conditions d'application.

<sup>199</sup> *Droit des successions*, avant-projet, p. 1.

<sup>200</sup> BO 2010 E 872 ss ; *Rapport CN*, Modernisation du droit des successions ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°488, p. 209 § 33.

<sup>201</sup> Communiqué du Conseil fédéral.

<sup>202</sup> BO 2011 N 108 ss ; *Rapport CE*, Modernisation du droit des successions.

<sup>203</sup> Synthèse procédure de consultation.

<sup>204</sup> En effet, une réduction des réserves héréditaires a pour effet de faire augmenter la quotité disponible. D'un point de vue du droit comparé, nous pouvons remarquer qu'un grand nombre d'États faisant partie du Common-law, ne connaissent pas la notion de réserve. Il est difficile de dire que le droit suisse a la volonté de supprimer les réserves et se calquer sur le droit anglais. Ce n'est actuellement pas le cas, le législateur a trouvé un compromis et a, pour l'heure, simplement réduit la réserve des descendants de  $\frac{3}{4}$  à  $\frac{1}{2}$ . Il est difficile à dire si cette modification a pour but de mettre à niveau la réserve du conjoint survivant et celle des descendants, ou si cette modification a plutôt pour but de faire augmenter la quotité disponible, et donc d'augmenter le pouvoir de disposition du testateur. Nous ne nous pouvons ainsi pas conclure à un abandon du système des réserves en droit suisse, mais plutôt à une mise à jour du système en vigueur ; Cf. à ce sujet : *Droit des successions*, FF 2018 5865, 3.2. p. 5879 ss. Cependant, comme nous le verrons dans : 1.3.2. Atteinte à la réserve de l'enfant handicapé. Certains auteurs vont jusqu'à qualifier ce nouveau droit de rupture avec un « *concept fondamental du droit successoral, la réserve héréditaire* », cf. à ce sujet : *Baddeley*, *Droit des successions*, p. 64.

<sup>205</sup> *Droit des successions*, avant-projet, p. 14 ch. 3.10 ; Dans son message, le Conseil fédéral explique que la modernisation va se faire en deux étapes, voir à ce sujet : *Message du Conseil fédéral*, FF 2018 5865.

<sup>206</sup> Synthèse procédure de consultation, p. 13 et 67 ; Les critiques concernent notamment le fait que la réserve de l'enfant handicapé n'est pas protégée, pour les autres critiques, cf. § 1 Les problèmes relevés par la doctrine.

<sup>207</sup> Nous analyserons toutes les critiques faites à propos de l'art. 492a CC ultérieurement dans ce travail ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°488, p. 209 § 33 ; *Piotet Denis*, *Successio* Nr. 1/07, p. 240 ; *Baddeley*, *Droit des successions*, p. 64-65 ; *Frankhauser/Bieler*, *Successio* Nr. 2/09, p. 164 § 7.

## § 2. La notion

L'entrée en vigueur de l'art. 492a CC introduit une base légale à la substitution fidéicommissaire pour le surplus, dont l'existence<sup>208</sup> était déjà reconnue en droit suisse par la jurisprudence<sup>209</sup> et la doctrine<sup>210</sup>. La volonté du législateur est de mettre à disposition de la pratique juridique une base légale<sup>211</sup>. L'art. 492a CC (complété par l'art. 531 *in fine* CC) introduit une substitution fidéicommissaire pour le surplus, que la doctrine qualifie de « spéciale »<sup>212</sup>. A noter que les règles et principes concernant la substitution fidéicommissaire ordinaire sont applicables par analogie pour tout ce qui n'est pas couvert par les règles spéciales introduites par l'art. 492a CC<sup>213</sup>. Le but de cette substitution spéciale est de permettre à des parents d'instituer héritier leur enfant handicapé, avec la charge à son décès de remettre ce patrimoine grevé restant à un héritier subséquent, l'appelé<sup>214</sup>. C'est uniquement le patrimoine spécial restant qui devra être redonné à l'appelé. Ce patrimoine spécial doit être distingué du patrimoine propre de l'enfant, qui reviendra quant à lui aux héritiers légaux de ce dernier<sup>215</sup>. L'intérêt pour les parents de mettre en place ce système est de permettre ainsi de désigner en avance les héritiers de l'enfant et, de ce fait, choisir comme héritier par exemple un établissement spécialisé, une personne ayant compté pour l'enfant, ou ayant investi du temps dans l'assistance et l'éducation de ce dernier<sup>216</sup>. Ce système permet d'éviter que des membres de la famille (héritiers légaux de l'enfant), n'ayant jamais eu le moindre contact avec l'enfant, puissent hériter de ce dernier<sup>217</sup>. De plus, ce système permet également de repousser l'acquisition de la succession par l'Etat<sup>218</sup>, dans l'hypothèse où l'enfant décède sans un seul héritier dans les trois parentèles<sup>219</sup>. L'art. 492a CC permet donc aux parents d'avoir une influence sur le sort d'une partie du patrimoine de leur enfant, qui n'a lui-même pas la capacité de disposer à cause de mort étant donné son incapacité de discernement durable<sup>220</sup>.

La particularité de l'art. 492a CC est de permettre à la clause de substitution fidéicommissaire de grever l'entier de la succession de l'enfant, y compris sur sa réserve. Cet article a donc pour effet de déroger au principe strict de la protection de la réserve des héritiers réservataires (art. 531 *in fine* CC)<sup>221</sup>. Pour qu'une telle dérogation soit possible, un certain nombre de conditions

<sup>208</sup> L'origine de la substitution fidéicommissaire pour le surplus remonte à l'époque romaine, se référer à ce sujet à l'introduction historique, cf. § 2. Historique de la substitution fidéicommissaire ; Voir aussi : *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 241.

<sup>209</sup> Voir notamment : ATF 100 II 92 ; ATF 133 III 309 c. 5 ; 5C.35/2006 c. 5 ; 2P.31/2004 c. 3.2 ; 5A\_713/2011 ; BJM 1997 188 ; ZR 1991 173.

<sup>210</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°488, p. 206 § 26 et N°492a, p. 248 § 14 ; *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 7 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 313 § 567 ; *Baddeley*, Droit des successions, p. 55-57 ; *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 164 § 7.

<sup>211</sup> *Zeiter*, Successio Nr. 4/11, p. 263 ; Basler Kommentar ZGB II-*Bessenich*/In article N° 492a, p. 239-240 § 1.

<sup>212</sup> En allemand : « *die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest* », cf. *Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Frankhauser*, Kommentar ZGB-*Studhalter*/In article N°492a, p. 986-987 § 3 ; *Rubido*, Successio Nr. 4/16, p. 349 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 436 § 2-4.

<sup>213</sup> Basler Kommentar ZGB II-*Bessenich*/In article N° 492a, p. 240 § 2 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 247 § 9 et p. 249 § 20 ; Pour les différences entre la substitution fidéicommissaire ordinaire et pour le surplus, se référer au tableau en annexe (figures n°2 et n°3).

<sup>214</sup> *Wolf Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 200-201 § 737 ; *Baddeley*, Droit des successions, p. 55-57 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 436 § 2-4 ; *Büchler/Jakob*, Kommentar ZGB-*Grüniger*/In article N°492a, p. 1509 § 1 ; *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-*Liatowitsch*/In article N°492a, p. 463 § 1-3 ; *Rubido*, Successio Nr. 4/16, p. 349.

<sup>215</sup> Sur la notion de patrimoine séparé, cf. : CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 247 § 10-11.

<sup>216</sup> *Message du Conseil fédéral*, FF 2006 6635 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 246 § 5.

<sup>217</sup> *Message du Conseil fédéral*, FF 2006 6635 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 244-246 § 2 ; Se référer notamment à l'exemple donné dans : *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 164 § 6 ; *Baddeley*, Droit des successions, p. 56 ; *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 7.

<sup>218</sup> Il faut nuancer ce propos. Dans l'hypothèse où aucune administration d'office (art. 490 al. 3 CC) n'est mise en place, si l'enfant a été entretenu toute sa vie durant par l'Etat, ce dernier sera créancier de la succession au décès de l'enfant (grevé). Ainsi, avec ce système l'Etat n'est pas héritier, mais peut très bien être créancier.

<sup>219</sup> Cf. art. 466 CC ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 436 § 2.

<sup>220</sup> Voir art. 467 et 468 CC sur les conditions de la capacité de disposer à cause de mort ; *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 7 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 244-246 § 2.

<sup>221</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°488, p. 200 § 4, p. 204 § 19 et N°492a, p. 248 § 16 ; *Rubido*, Successio Nr. 4/16, p. 349 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 436 § 3.



strictes doivent être remplies<sup>222</sup> : premièrement, le grevé peut être uniquement un descendant du disposant ; deuxièmement, il doit être incapable de discernement durablement ; troisièmement, il ne doit avoir ni descendants, ni conjoint ou partenaire enregistré ; enfin, il ne doit pas avoir pris de disposition à cause de mort. L'analyse de ces conditions sera l'objet du chapitre suivant.

### § 3. Conditions d'application

#### 3.1. Conditions préalables

Avant d'analyser les quatre conditions que fixe l'art. 492a CC, il faut premièrement s'assurer que la clause en question concerne bien évidemment une substitution fidéicommissaire qui est dite pour le surplus. Cette condition étant implicite, nous ne nous y arrêtons pas<sup>223</sup>. De plus, il faut préciser que l'art. 492a CC ne s'applique qu'à condition que le disposant soit décédé après l'entrée en vigueur de cette disposition légale, c'est-à-dire après le 31 décembre 2012 (art. 16 al. 3 Tit. fin. CC<sup>224</sup>). En revanche, la date de confection des dispositions à cause de mort contenant la clause de substitution fidéicommissaire spéciale n'est pas déterminante<sup>225</sup>.

#### 3.2. Contenu des quatre conditions particulières

##### 3.2.1. Le grevé est un descendant

Le grevé doit être un descendant en ligne directe du disposant, c'est-à-dire être un héritier se trouvant dans la première parentèle au sens de l'art. 457 CC<sup>226</sup>. Par conséquent, ce descendant est donc un héritier légal et réservataire au sens de l'art. 471 CC<sup>227</sup>. Initialement, l'avant-projet de l'art. 492a CC prévoyait que cette disposition était applicable à tous les héritiers réservataires incapables de discernement durablement. Mais, finalement, dû à une objection exprimée lors de l'étape de la consultation, cette disposition a été restreinte aux seuls descendants<sup>228</sup>. Ainsi, seul le descendant (incapable de discernement de manière durable) peut voir sa réserve entamée par le biais de la clause de l'art. 492a CC<sup>229</sup>. De plus, le grevé doit être en vie au moment où le disposant rédige ses

<sup>222</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 246 § 4 ; *Rubido*, Successio Nr. 4/16, p. 349 ; *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 165 § 9 ; Cf. § 3. Conditions d'application.

<sup>223</sup> *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 165 § 9 ; *Wolff/Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 201 § 738 : ces auteurs érigent en condition le fait que la substitution fidéicommissaire soit bel et bien dite pour le surplus. Pour la distinction entre la substitution fidéicommissaire ordinaire et pour le surplus, voir § 2. La substitution fidéicommissaire, ainsi que l'annexe (figures n°2 et n°3) ; Voir aussi : *Büchler/Jakob*, Kommentar ZGB-*Grüninger*/In article N°492a, p. 1510 § 7.

<sup>224</sup> L'art. 492a CC tombe dans le champ d'application de l'art. 16 al.3 Tit. fin CC étant donné qu'il concerne « l'aménagement d'un mode de disposer qui augmente la liberté de disposer du de cujus et a un effet sur la réserve du grevé » : *Leuba*, Jusletter, p. 7 § 47.

<sup>225</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 262 § 85 ; *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 164 § 8 ; *Leuba*, Jusletter, p. 7 § 47.

<sup>226</sup> Cette disposition peut donc aussi bien concerner les enfants, que les petits-enfants et voire même les arrière-petits-enfants : *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 165 § 11 ; *Leuba*, Jusletter, p. 3 § 11.

<sup>227</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 249 § 22 ; *Basler Kommentar ZGB II-Bessenich*/In article N° 492a, p. 241 § 6 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 436 § 3 ; *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 165-166 § 9-12 ; *Büchler/Jakob*, Kommentar ZGB-*Grüninger*/In article N°492a, p. 1509 § 3 ; *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-*Liatowitsch*/In article N°492a, p. 464 § 4-5 ; *Baddeley*, Droit des successions, p. 57 ; *Kren Kostkiewicz/Wolff/Amstutz/Frankhauser*, Kommentar ZGB-*Studhalter*/In article N°492a, p. 987 ; *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, p. 873 § 39 ; *Zeiter*, Successio Nr. 4/11, p. 264 ; *Wolff/Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 201 § 738 ; *Rubido*, Successio Nr. 4/16, p. 349.

<sup>228</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 247 § 12 ; *Basler Kommentar ZGB II-Bessenich*/In article N° 492a, p. 241 § 6 ; *Baddeley*, Droit des successions, p. 58 ; *Zeiter*, Successio Nr. 4/11, p. 264 ; *Leuba*, Jusletter, p. 3 § 12 : qui regrette cette restriction aux seuls descendants.

<sup>229</sup> Cette différence de traitement entre les héritiers réservataires pourrait être qualifiée d'inégalité de traitement parce qu'il n'existe aucun motif objectif qui puisse justifier cette distinction selon *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 165-166 § 11-12 ; Dans le cas où cette clause a pour effet de restreindre la part successorale de l'enfant handicapé, ce n'est pas une solution satisfaisante selon : *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 436 § 3-4 ; *Büchler/Jakob*, Kommentar ZGB-*Grüninger*/In article N°492a, p. 1509 § 3 ; *Baddeley*, Droit des successions, p. 57.

dispositions de dernières volontés contenant la clause de substitution<sup>230</sup> et ne pas avoir renoncé à son droit de succession par le biais d'un pacte successoral abdicatif au sens des art. 495 à 497 CC. Cette situation concerne l'hypothèse où le descendant aurait signé le pacte successoral avant la perte de sa capacité de discernement<sup>231</sup>.

### 3.2.2. Incapacité durable de discernement

Le descendant doit être empêché de disposer à cause de mort du fait de son incapacité de discernement qui doit être durable<sup>232</sup>. Cette condition doit donc être analysée en deux étapes. Ainsi, il faut se demander si le descendant est incapable de discernement et si cette incapacité est durable. En droit suisse, il existe une présomption générale de capacité de discernement qui se détermine par le biais de l'art. 16 CC<sup>233</sup>. L'incapacité est l'exception qu'il faut démontrer. Les exigences permettant de qualifier une personne d'incapable de discernement sont très strictes<sup>234</sup>. L'art. 492a CC vise principalement le cas des personnes gravement handicapées mentales et n'ayant par conséquent pas la capacité de tester<sup>235</sup>. L'héritier ne doit pas avoir les facultés mentales qui lui permettent de comprendre la signification d'un héritage ou d'un legs<sup>236</sup>. Selon BADDELEY, les exigences de l'art. 492a CC concernant l'incapacité de discernement ne doivent pas être interprétées de manière plus restrictive que pour déterminer la capacité d'une personne à se marier ou à conclure un partenariat enregistré<sup>237</sup>. PIOTET D. n'est pas de cet avis, selon lui les exigences pour conclure un mariage sont moins exigeantes que celles pour confectionner un testament (qui demande une plus grande compréhension de la notion même de « succession »)<sup>238</sup>. Dans certaines situations, comme les cas de démences avec des périodes de capacité suivies de périodes d'incapacité, il est recommandé d'effectuer une évaluation médicale pour déterminer si on peut qualifier la personne comme étant incapable de discernement<sup>239</sup>. À noter que le jeune âge ne doit pas être considéré comme remplissant la condition de l'incapacité de discernement, étant donné que c'est une période temporaire dans la vie d'un individu. Le législateur vise essentiellement les cas d'incapacité qui sont dus à un « handicap mental lourd et en principe incurable »<sup>240</sup>. En outre, l'incapacité de discernement doit être durable, ce qui implique que le

<sup>230</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 249 § 23.

<sup>231</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 249 § 23 ; Dans une telle situation, le descendant qui est parti au pacte successoral abdicatif intervient uniquement en tant que partenaire contractuel, il faut ainsi appliquer les règles générales sur le droit des personnes, et plus particulièrement les règles sur l'exercice des droits civils (art. 11 ss CC). Si le descendant était déjà sous curatelle avec restriction des droits civils, il est tout à fait possible qu'il ait pris part au pacte successoral de son parent, par le biais de son représentant légal. En effet, la signature d'un pacte successoral n'est pas un acte strictement personnel, *a fortiori* la représentation est tout à fait envisageable. Cependant, un tel acte de représentation nécessite, en plus, le consentement de l'autorité de protection de l'adulte (art. 416 ch. 3 CC).

<sup>232</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 249 § 24 ; *Leuba*, Jusletter, p. 3 § 14 ; *Büchler/Jakob*, Kommentar ZGB-Grüniger/In article N°492a, p. 1509 § 4 ; *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-Liatowitsch/In article N°492a, p. 464-465 § 6 ; *Basler Kommentar ZGB II-Bessenich*/In article N° 492a, p. 241 § 5 ; *Baddeley*, Droit des successions, p. 58 ; *Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Frankhauser*, Kommentar ZGB-Studhalter/In article N°492a, p. 987 § 6 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 437 § 5-7 ; *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, p. 873 § 39 ; *Zeiter*, Successio Nr. 4/11, p. 264 § 54 ; *Wolf/Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 201 § 738 ; *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 166-167 § 13-14 ; *Rubido*, Successio Nr. 4/16, p. 349.

<sup>233</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 250 § 25 ; *Leuba*, Jusletter, p. 3 § 14 ; Sur la notion d'incapacité de discernement, voir : *Stettler*, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, p. 280-283 ; Sur l'incapacité totale, voir aussi : *Guillod*, Droit des personnes, p. 86 § 105 ; Sur l'incapacité totale, voir aussi : *Meier/de Luze*, Droit des personnes, p. 76-79 § 129-134.

<sup>234</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 250 § 26 ; *Leuba*, Jusletter, p. 3 § 14 ; Selon BADDELEY « l'incapacité doit être jugée avec sévérité afin de ne pas restreindre indûment les droits de tels réservataire » : *Baddeley*, Droit des successions, p. 58 ; *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 166 § 13.

<sup>235</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 250 § 26 ; *Leuba*, Jusletter, p. 3 § 14 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 437 § 5 : c'est également le cas d'une personne se trouvant dans le coma et qui ne va probablement jamais se réveiller ; *Baddeley*, Droit des successions, p. 58 ; *Zeiter*, Successio Nr. 4/11, p. 264 § 54.

<sup>236</sup> *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 437 § 5.

<sup>237</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 250 § 26.

<sup>238</sup> *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 244.

<sup>239</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 250 § 27.

<sup>240</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 250 § 28 ; *Leuba*, Jusletter, p. 4 § 16.

recouvrement de la capacité doit être très peu probable aux vues des circonstances<sup>241</sup>. L'art. 492a al. 2 CC souligne notamment cette improbabilité par les termes « *contre toute attente* »<sup>242</sup>. Dans l'hypothèse d'un recouvrement de capacité temporaire et ensuite une nouvelle perte de discernement, ce sont des faits suffisants pour considérer que ce n'est pas durable et donc que la condition n'est pas remplie<sup>243</sup>. De plus, il faut également rajouter que si le descendant recouvre sa capacité discernement, cela implique également qu'il lui est possible de prendre des dispositions à cause de mort<sup>244</sup>.

Il est ainsi préférable pour le disposant de requérir du médecin une expertise médicale qui atteste de l'incapacité de discernement durable du descendant, afin d'éviter que la validité de cette condition ne soit contestée par la suite par les héritiers légaux du descendant<sup>245</sup>. Lorsque la clause de substitution fidéicommissaire spéciale se trouve dans un acte à cause de mort fait en la forme authentique, il nous semble être du devoir du notaire de conseiller au disposant de faire établir une expertise médicale qui sera annexée à l'acte<sup>246</sup>. En effet, s'il s'avère que la cause d'incapacité de discernement n'est pas durable mais uniquement passagère, la substitution fidéicommissaire devra être considérée comme étant nulle de plein droit (art. 492 al. 2 CC)<sup>247</sup>.

S'agissant du moment de l'existence de l'incapacité de discernement du descendant, la doctrine est divisée. La majorité de la doctrine estime que le descendant devait déjà être incapable de discernement au moment de la confection de l'acte contenant la substitution fidéicommissaire spéciale<sup>248</sup>. LEUBA considère, quant à elle, que lors de la confection de l'acte, il n'est pas nécessaire que le descendant soit déjà incapable de discernement de manière durable et qu'il suffit que cette condition de l'incapacité soit remplie au moment où le descendant recueille sa part successorale<sup>249</sup>. Cependant, dans cette deuxième hypothèse, il devait être prévisible au moment de la confection de l'acte que le descendant deviendrait incapable de discernement durablement au moment du décès du disposant.

Entre le moment de l'acte ou le décès du disposant (suivant l'avis doctrinal)<sup>250</sup> et le décès du grevé, ce dernier ne doit pas avoir recouvert son discernement. Dans le cas où il recouvre le discernement, la substitution fidéicommissaire s'éteint de par la loi (art. 492a al. 2 CC)<sup>251</sup>.

#### 3.2.3. Absence de descendant, de conjoint ou de partenaire enregistré

La substitution fidéicommissaire de l'art. 492a CC n'est possible qu'à condition que le grevé n'ait ni descendant, ni conjoint ou partenaire enregistré. La loi ne mentionne pas le partenaire enregistré, mais

<sup>241</sup> BADDELEY dit « *impossible ou invraisemblable* » : CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 251 § 29 ; Leuba, Jusletter, p. 3 § 16 et p. 4 § 17 : exemple du coma éthylique qui n'est, bien évidemment, pas une incapacité de discernement que l'on qualifie de « *durable* ».

<sup>242</sup> Leuba, Jusletter, p. 4 § 17 ; CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 251 § 29.

<sup>243</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 254 § 45.

<sup>244</sup> Ainsi, en cas de dispositions à cause de mort, l'art. 492a CC ne pourra plus s'appliquer par la suite.

<sup>245</sup> Leuba, Jusletter, p. 4 § 18 ; CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 251 § 32 ; Baddeley, Droit des successions, p. 58 et 62 ; Weimar, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 437 § 5 ; Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Frankhauser, Kommentar ZGB-Studhalter/In article N°492a, p. 987 § 6 ; Zeiter, Successio Nr. 4/11, p. 264 § 55.

<sup>246</sup> Au sujet des obligations du notaire dans le domaine successoral, voir : Mooser, Le droit notarial en Suisse, p. 144-147 § 235b-235i et Jeandin, La profession de notaire, p. 82 ss ; Zeiter, Successio Nr. 4/11, p. 264 § 55.

<sup>247</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 251 § 30.

<sup>248</sup> Dans ce sens : CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 251 § 31 ; Baddeley, Droit des successions, p. 58 ; Basler Kommentar ZGB II-Bessenich/In article N° 492a, p. 240-241 § 3-5 ; Frankhauser/Bieler, Successio Nr. 2/09, p. 166 § 13 ; A notre sens, il faut privilégier une interprétation restrictive de l'art. 492a CC et par conséquent il est préférable que lors de la confection de l'acte le disposant sache de manière définitive que son descendant est incapable de discernement de manière durable. Cette solution permet ainsi au disposant de prendre des précautions et se munir d'un certificat médical attestant de l'incapacité de discernement de l'héritier grevé.

<sup>249</sup> Leuba, Jusletter, p. 4 § 18.

<sup>250</sup> Sur les avis divergents en doctrine, cf. 3.2.3. Absence de descendant, de conjoint ou de partenaire enregistré ; E.g. : un descendant qui était incapable de discernement durant toute sa vie et qui en fin de vie, recouvre le discernement pour quelle que raison que se soit, la clause de substitution fidéicommissaire tombera et par conséquent il ne sera plus possible que sa réserve soit entamée ; Pour d'autres exemples, voir : Weimar, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 438-439 § 10-12.

<sup>251</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 254 § 45.

c'est une simple omission du législateur<sup>252</sup>. Dans l'hypothèse où le grevé a été marié ou partenariat par le passé, mais qu'au moment de l'analyse de cette condition l'union a été dissoute, la condition de l'absence de conjoint ou partenaire enregistré doit être considérée comme étant réalisée<sup>253</sup>. L'existence de cette condition a pour but d'éviter de priver ces deux catégories d'héritiers légaux de leur réserve héréditaire<sup>254</sup>. La condition ne doit pas être considérée comme réalisée dans le cas de figure où le grevé incapable de discernement a un descendant, un conjoint ou un partenaire enregistré, qui est également incapable de discernement<sup>255</sup>.

En ce qui concerne le moment auquel cette condition doit être réalisée, la doctrine est aussi divisée. La doctrine majoritaire<sup>256</sup> soutient qu'elle doit être remplie lors du décès du grevé, s'appuyant ainsi sur une interprétation littérale du texte légal. Selon elle, le texte légal semble utiliser le verbe « *laisser* » en parlant des descendants, conjoint ou partenaire du grevé et cette notion doit donc être comprise comme « *laisser derrière soi après son décès* ». Elle soutient donc l'interprétation littérale qui consiste à dire que le moment déterminant de l'analyse de la condition se fait au décès du grevé<sup>257</sup>. ZEITER estime quant à elle que cette condition doit être remplie au moment de la confection de l'acte à cause de mort contenant la clause de substitution fidéicommissaire spéciale<sup>258</sup>. Cet auteur préconise plutôt une interprétation téléologique. Elle estime que le disposant qui prend d'avance des dispositions à cause de mort qui spéculent sur le décès des héritiers légaux du grevé est contraire à la morale. Elle estime que le moment déterminant pour l'évaluation de la condition doit se faire au moment de la confection de l'acte par le disposant.

Concernant le moment propice à la réalisation des conditions<sup>259</sup>, d'un point de vue du principe de l'autodétermination de l'incapable de discernement, il serait contraire à la volonté du législateur de permettre à des parents de prendre des dispositions à cause de mort contenant une clause de substitution fidéicommissaire spéciale, alors même que le descendant en question a encore des héritiers légaux. Il serait en effet immoral de spéculer sur la mort prochaine des héritiers légaux du grevé. Si l'on suit le principe de l'autodétermination, il faudrait ainsi plutôt suivre l'avis de LEUBA<sup>260</sup> et ne pas se contenter d'une simple interprétation littérale de la loi. La volonté du législateur est de protéger un enfant qui est dans un cas d'incapacité permanente et qui n'aura pas la possibilité de prendre des dispositions à cause de mort<sup>261</sup>. Selon nous, l'art. 492a CC devrait plutôt être interprété restrictivement pour éviter d'étendre son champ d'application, étant donné qu'il a pour effet de porter atteinte à la réserve de l'enfant. L'analyse des conditions de validité directement au moment de la confection de l'acte est plus propice à faire réfléchir le parent. Cependant, pour permettre à la disposition de remplir son but qui est notamment d'anticiper le risque pour le grevé incapable de discernement de mourir *ab intestat* sans héritier institué, il est préférable de suivre l'avis de la doctrine

<sup>252</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 251 § 33 ; Leuba, Jusletter, p. 4 § 19 ; Weimar, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 437-438 § 8 ; Büchler/Jakob, Kommentar ZGB-Grüninger/In article N°492a, p. 1509 § 2 ; Abt/Weibel, Praxiskommentar ZGB-Liatowitsch/In article N°492a, p. 465 § 7-9 ; Basler Kommentar ZGB II-Bessenich/In article N° 492a, p. 239-240 § 1-2 ; Kren Kostkiewicz/Wolff/Amstutz/Frankhauser, Kommentar ZGB-Studhalter/In article N°492a, p. 988 § 7 ; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, p. 873 § 39 ; Zeiter, Successio Nr. 4/11, p. 264 § 56 ; Wolf/ Hrubesch-Millauer, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 201-202 § 738 ; Frankhauser/Bieler, Successio Nr. 2/09, p. 167 § 15 ; Rubido, Successio Nr. 4/16, p. 349.

<sup>253</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 255 § 49.

<sup>254</sup> Baddeley, Droit des successions, p. 58-59.

<sup>255</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 252 § 35 ; Zeiter, Successio Nr. 4/11, p. 264 § 57 ; Frankhauser/Bieler, Successio Nr. 2/09, p. 167 § 15.

<sup>256</sup> Doctrine majoritaire : CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 251-252 § 34-35, selon BADDELEY : « *la formulation du texte légal semble se référer au seul moment du décès du grevé* » ; Weimar, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 438 § 9 ; Baddeley, Droit des successions, p. 59 ; Frankhauser/Bieler, Successio Nr. 2/09, p. 167-168 § 16.

<sup>257</sup> Baddeley, Droit des successions, p. 59.

<sup>258</sup> Doctrine minoritaire : Zeiter, Successio Nr. 4/11, p. 265-266 § 61-65 ; Nous sommes également de cet avis.

<sup>259</sup> Se référer à l'analyse des quatre hypothèses, en annexe (figure n°4).

<sup>260</sup> Cf. 3.3. Moment de la réalisation des conditions.

<sup>261</sup> Le législateur et LEUBA parlent de « *protection* » du descendant incapable de discernement cependant, rappelons que l'art. 492a CC est une disposition qui a pour effet de porter atteinte à la réserve de ce descendant. Il existe ainsi une certaine contradiction entre les termes utilisés (notamment dans le message du Conseil fédéral) et le concept de cette disposition légale.

majoritaire. Ainsi, c'est au moment de l'ouverture de la substitution fidéicommissaire qu'il faudrait constater si cette condition de l'absence de descendant, conjoint ou partenaire enregistré est remplie.

### 3.2.4. Absence de disposition pour cause de mort du descendant

L'absence de dispositions à cause du mort du descendant est une condition qui n'existe pas dans le texte légal mais qui a été développée par la doctrine<sup>262</sup>. L'art. 492a CC doit être interprété en tenant compte des objectifs amenés par le biais de la révision du nouveau droit de la protection de l'adulte. Cette révision a pour but de respecter le plus possible la volonté de la personne concernée avant qu'elle ait perdu sa capacité de discernement ; ce qui implique que si cette dernière a pris des dispositions de dernières volontés de manière anticipée avant de devenir incapable de discernement, il ne sera ensuite plus possible qu'on lui applique une substitution fidéicommissaire pour le surplus de l'art. 492a CC<sup>263</sup>.

Selon nous, il est du devoir du notaire de renseigner une personne dont l'état de santé se dégrade et qui risque de devenir incapable de discernement de manière durable, sur la possibilité de prévoir en avance le sort de son patrimoine (principe de l'autodétermination). En effet, dans l'hypothèse où cette personne (enfant) a encore ses parents en vie, elle doit être mise au courant de l'existence de l'art. 492a CC. Ce renseignement de la part de son notaire lui permettra de prendre des dispositions testamentaires et ainsi d'avoir la garantie que sa volonté primera sur celle de ses parents (dans le cas où ils décideraient de mettre en place une substitution fidéicommissaire pour le surplus spéciale)<sup>264</sup>. De ce fait, sa réserve héréditaire ne pourra pas être atteinte par le mécanisme de l'art. 492a CC, s'il prend des dispositions à cause de mort (valables).

### 3.3. Moment de la réalisation des conditions

Le texte légal n'est pas très clair s'agissant du moment de la réalisation des conditions qui permettent d'appliquer l'art. 492a CC<sup>265</sup>. La doctrine tente de combler ses lacunes, cependant les avis sont divergents<sup>266</sup>. Il y a trois moments clés à distinguer. Le premier moment est celui de la confection de l'acte de disposition du *de cuius* dans lequel se trouve la clause de substitution fidéicommissaire spéciale. Le deuxième moment est celui de la mort du *de cuius* et de l'ouverture de la succession en faveur du grevé. Et le troisième moment est celui du décès du grevé, qui a pour effet d'ouvrir la substitution fidéicommissaire<sup>267</sup>.

Pour résumer les divergences doctrinales, nous pouvons classer la doctrine en trois catégories : la doctrine majoritaire<sup>268</sup>, ZEITER<sup>269</sup> et LEUBA<sup>270</sup>. La doctrine majoritaire estime que les conditions

<sup>262</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 254 § 36 ; Böhler/Jakob, Kommentar ZGB-Grüninger/In article N°492a, p. 1509 § 2 ; Leuba, Jusletter, p. 4 § 23 ; Basler Kommentar ZGB II-Bessenich/In article N° 492a, p. 241 § 4 ; Baddeley, Droit des successions, p. 60 ; Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Frankhauser, Kommentar ZGB-Studhalter/In article N°492a, p. 987 § 5 ; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, p. 873 § 39 ; Zeiter, Successio Nr. 4/11, p. 265 § 58 ; Wolf/ Hrubesch-Millauer, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 202 § 738 ; Frankhauser/Bieler, Successio Nr. 2/09, p. 169-170 § 22 ; Rubido, Successio Nr. 4/16, p. 349.

<sup>263</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 252 § 37 ; Leuba, Jusletter, p. 4-5 § 24 ; Selon LIATOWITSCH les dispositions à cause du mort du descendant priment sur les dispositions prises par les parents de ce dernier, sur la base de l'art. 492a CC : Abt/Weibel, Praxiskommentar ZGB-Liatowitsch/In article N°492a, p. 466 § 10 ; Baddeley, Droit des successions, p. 60 ; Par le biais de cette révision, le législateur veut renforcer le droit à l'autodétermination de la personne, voir à ce sujet : Zeiter, Successio Nr. 4/11, p. 265 § 60.

<sup>264</sup> Dans ce sens : Zeiter, Successio Nr. 4/11, p. 265 § 59-60 ; Frankhauser/Bieler, Successio Nr. 2/09, p. 169-170 § 22 ; Sur le principe de l'autodétermination, voir : Meier, Droit de la protection de l'adulte, p. 19-20 § 33-34 ; Autres mesures en lien avec l'autodétermination : le mandat pour cause d'incapacité et les directives anticipées.

<sup>265</sup> Il est en effet regrettable que la loi n'ait rien prévu au sujet du moment de réalisation des conditions. À notre sens c'est une lacune du législateur. Nous espérons que la jurisprudence répondra un jour à cette question lorsqu'elle sera amenée à trancher un litige d'ordre successoral.

<sup>266</sup> Se référer au tableau récapitulatif des avis doctrinaux en annexe (figure n°5).

<sup>267</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 249 § 21.

<sup>268</sup> La doctrine majoritaire comprend : CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 249-255 § 21-50 ; Böhler/Jakob, Kommentar ZGB-Grüninger/In article N°492a, p. 1509 § 4 ; Abt/Weibel, Praxiskommentar ZGB-Liatowitsch/In article N°492a, p. 465-466 § 6-11 ; Basler Kommentar ZGB II-Bessenich/In article N° 492a, p. 240 § 3 ; Baddeley, Droit des

doivent être remplies au jour de la confection de l'acte par le *de cuius*. Cependant, elle estime que s'agissant de l'incapacité de discernement durable du descendant, cette condition doit s'analyser au jour du décès du grevé<sup>271</sup>. ZEITER estime quant à elle que les quatre conditions doivent être remplies au jour de la confection de l'acte, y compris s'agissant de la condition de l'incapacité durable de discernement<sup>272</sup>. Même s'il est en effet plus simple en pratique, pour le notaire, de vérifier la réalisation de l'ensemble des conditions au moment de la confection de l'acte, il est à notre sens trop risqué de constater l'incapacité de discernement du descendant aussi tôt dans le déroulement de la substitution fidéicommissaire. LEUBA estime quant à elle que les quatre conditions doivent être remplies seulement à partir du jour du décès du *de cuius*<sup>273</sup>. A notre sens, il n'est pas judicieux de permettre à un *de cuius* de pouvoir intégrer une clause de substitution fidéicommissaire spéciale dans ses dispositions de dernières volontés sans être certain que les conditions seront remplies lors de son décès. Une telle solution permettrait au disposant de confectionner l'acte sans savoir si son descendant sera effectivement dans un état d'incapacité de discernement durable au moment de son décès. Une telle situation pourrait avoir pour effet d'entraîner des abus<sup>274</sup>. Nous sommes d'avis, qu'il faut suivre l'avis de la doctrine majoritaire et constater la réalisation des conditions au moment de l'acte à cause de mort et que, s'agissant de l'absence de descendant, conjoint et partenaire enregistré, il faut vérifier cette condition au moment de l'ouverture de la substitution. Cette condition doit s'interpréter plutôt comme étant une acquisition par l'appelé qui est conditionnée à la réalisation de cette condition. Si le descendant a un enfant au moment de l'ouverture de la substitution fidéicommissaire, cette dernière devient caduque.

S'agissant, de la condition supplémentaire selon laquelle le descendant doit survivre au *de cuius* et faire partie de ses héritiers légaux, la doctrine dans son ensemble, la considère comme étant une condition implicite<sup>275</sup>. À notre sens, il n'y a pas matière à diverger sur une telle question.

## § 4. Effets juridiques

### 4.1. Généralités

Lorsque les quatre conditions d'une substitution fidéicommissaire pour le surplus de l'art. 492a CC sont remplies, certains effets doivent être pris en considération. Il faut distinguer les effets que l'on peut qualifier de généraux, des effets spéciaux. Les effets généraux<sup>276</sup> s'appliquent à toutes les substitutions fidéicommissaires qui sont ordonnées pour le surplus. Alors que les effets spéciaux s'appliquent, quant à eux, en s'additionnant aux effets généraux uniquement lorsque l'on se trouve

---

successions, p. 57 ss ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 437-439 § 5-12 ; *Wolff Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 202-203 § 739-741 ; *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 165 ss § 9 ss.

<sup>269</sup> *Zeiter*, Successio Nr. 4/11, p. 265-266 § 61-65.

<sup>270</sup> *Leuba*, Jusletter, p. 5-6 § 25-33.

<sup>271</sup> Dans ce sens : CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 249-255 § 21-50 ; *Büchler/Jakob*, Kommentar ZGB-*Grüninger*/In article N°492a, p. 1509 § 4 ; *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-*Liatowitsch*/In article N°492a, p. 465-466 § 6-11 ; *Basler Kommentar ZGB II-Bessenich*/In article N° 492a, p. 240 § 3 ; *Baddeley*, Droit des successions, p. 57 ss ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 437-439 § 5-12 ; *Wolff Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 202-203 § 739-741 ; *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 165 ss § 9 ss.

<sup>272</sup> *Zeiter*, Successio Nr. 4/11, p. 265-266 § 61-65.

<sup>273</sup> *Leuba*, Jusletter, p. 5-6 § 25-33.

<sup>274</sup> Nous pensons par exemple au cas du parent qui décide d'intégrer une telle clause de substitution fidéicommissaire spéciale, pour l'hypothèse où son enfant deviendrait effectivement incapable de discernement. Le disposant pourrait donc spéculer sur la capacité de discernement futur, sans certitude, pour des motifs uniquement personnels. Nous devons rappeler que cette disposition s'inscrit dans une révision du droit de la protection de l'adulte et par conséquent elle ne devrait pas être détournée de son but premier.

<sup>275</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 249-255 § 21-50 ; *Büchler/Jakob*, Kommentar ZGB-*Grüninger*/In article N°492a, p. 1509 § 4 ; *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-*Liatowitsch*/In article N°492a, p. 465-466 § 6-11 ; *Basler Kommentar ZGB II-Bessenich*/In article N° 492a, p. 240 § 3 ; *Baddeley*, Droit des successions, p. 57 ss ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 437-439 § 5-12 ; *Wolff Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 202-203 § 739-741 ; *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 165 ss § 9 ss ; *Leuba*, Jusletter, p. 5-6 § 25-33 ; *Zeiter*, Successio Nr. 4/11, p. 265-266 § 61-65.

<sup>276</sup> Voir annexe (figure n°3).

dans le champ d'application de l'art. 492a CC. Les effets généraux de la substitution fidéicommissaire pour le surplus ayant déjà été expliqués ultérieurement<sup>277</sup>, nous passons directement aux effets spéciaux. L'effet supplémentaire apporté par l'application de l'art. 492a CC est qu'il permet au *de cuius* de disposer non seulement de la quotité disponible, mais également de la réserve de son descendant. Cet article a donc pour effet de créer une exception aux règles ordinaires sur la protection de la réserve des héritiers légaux (art. 471 CC)<sup>278</sup>. Par conséquent, cette disposition exclut l'action en réduction (art. 531 CC)<sup>279</sup>. La doctrine critique cette atteinte à la réserve légale d'une personne privée de discernement<sup>280</sup>.

## 4.2. Conséquences juridiques en cas de non-réalisation d'une des conditions

### 4.2.1. Conséquences propres à chaque condition

#### 4.2.1.1. Aperçu

Comme nous l'avons exposé au préalable, la substitution fidéicommissaire spéciale de l'art. 492a CC est subordonnée à la réalisation de quatre conditions<sup>281</sup>. Dans le cas où une de ces conditions posées de manière stricte par le législateur fait défaut, cette disposition légale ne pourra pas être appliquée. Le législateur veut ainsi s'assurer que l'exception à l'art. 531 CC, faite par l'art. 492a CC, ne s'élargisse pas davantage. Nous devons donc distinguer deux causes qui ont pour effet d'exclure l'application de l'art. 492a CC. La première est l'invalidité initiale, qui suppose qu'une condition est manquante lors de la confection de l'acte<sup>282</sup> (si l'on suit la doctrine majoritaire qui préconise une analyse de trois des quatre conditions au moment de la confection de l'acte du disposant)<sup>283</sup>. La deuxième est la caducité, qui suppose que les conditions étaient remplies initialement au moment de la confection de l'acte, mais qu'ultérieurement (i.e. entre la confection de l'acte et le décès du grevé) une condition n'est plus réalisée<sup>284</sup>. Notre raisonnement va se faire en suivant une analyse dans l'ordre des quatre conditions requises.

#### 4.2.1.2. Condition n°1

Nous allons premièrement analyser le cas où la première condition de l'art. 492a al. 1 CC (i.e. condition selon laquelle le grevé doit être un descendant du disposant) n'est pas remplie. En effet, si le disposant a institué comme grevé d'une substitution fidéicommissaire spéciale un héritier n'étant pas l'un de ses descendant<sup>285</sup>, la clause ne sera pas nulle, mais devra être interprétée comme étant une substitution fidéicommissaire ordinaire pour le surplus. On y appliquera les art. 488 ss CC. Si, de plus, cet héritier institué fait partie du cercle des héritiers réservataires du *de cuius* et que sa réserve est lésée, il pourra intenter une action en réduction au sens de l'art. 531 CC<sup>286</sup>.

<sup>277</sup> Pour les effets généraux, cf. 2.3. Les effets.

<sup>278</sup> Pour tout ce qui dépasse le montant de la réserve, on applique les dispositions sur la substitution fidéicommissaire ordinaire des art. 488 ss CC, voir à ce sujet : CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 247 § 9 ; *Baddeley*, Droit des successions, p. 61.

<sup>279</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 255-258 § 51-64 et 246 § 3 ; *Leuba*, Jusletter, p. 7 § 42-45 ; *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 161 § 2 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 436 § 2-4 ; *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 240 ; *Büchler/Jakob*, Kommentar ZGB-*Grüniger*/In article N°492a, p. 1509 § 2 ; *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-*Liatowitsch*/In article N°492a, p. 463 § 1 ; *Basler* Kommentar ZGB II-*Bessenich*/In article N° 492a, p. 239 § 1 et 242 § 9 ; *Baddeley*, Droit des successions, p. 61 ; *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, p. 870 § 33 ; *Zeiter*, Successio Nr. 4/11, p. 266 § 69 ; *Rubido*, Successio Nr. 4/16, p. 349.

<sup>280</sup> Pour les critiques, cf. Titre IV. Problèmes soulevés par l'art. 492a CC.

<sup>281</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 259 § 65.

<sup>282</sup> *Ibid*, p. 259 § 66.

<sup>283</sup> S'agissant du conflit de doctrine, voir l'annexe (figure n°5).

<sup>284</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 259 § 67.

<sup>285</sup> Peu importe ici que cet héritier soit capable ou incapable de discernement.

<sup>286</sup> *Leuba*, Jusletter, p. 6 § 39.

## 4.2.1.3. Condition n°2

S'agissant de la deuxième condition relative à l'incapacité de discernement durable du descendant, il faut diviser l'analyse en deux temps. Si le descendant ne remplissait pas le critère d'incapacité de discernement au moment de la confection de l'acte, l'art. 492a CC ne peut pas s'appliquer et cette hypothèse constitue un cas d'invalidité initiale. La clause de substitution fidéicommissaire spéciale sera par conséquent d'emblée nulle<sup>287</sup>. En revanche, si au moment de la confection de l'acte, le descendant remplissait la condition de l'incapacité de discernement, mais que seulement ultérieurement sa capacité de discernement est retrouvée, on appliquera pour ce cas de figure l'aliéna 2 de l'art. 492a CC, qui traite de la caducité de la clause de substitution fidéicommissaire spéciale. La conséquence de cette deuxième hypothèse est que la clause devient nulle de plein droit. Le législateur a voulu que le descendant retrouvant sa capacité de discernement n'ait pas à faire de démarche pour faire annuler les dispositions prises par ses ascendants concernant sa part successorale<sup>288</sup>.

Malheureusement, la loi n'a rien prévu sur les conséquences en cas de retour à un nouvel épisode d'incapacité de discernement durable du descendant<sup>289</sup>. Cette question concerne la manière d'interpréter l'alinéa 2 de l'art. 492a CC. Le législateur n'a pas donné d'indications plus précises s'agissant de l'interprétation à donner à l'extinction de « *plein droit* » de la substitution fidéicommissaire, dans l'hypothèse où le descendant retrouve sa capacité de discernement. La doctrine est divisée sur la manière dont il faut comprendre ce texte légal. Selon la doctrine majoritaire<sup>290</sup>, dès l'instant où le grevé redevient capable de discernement, la disposition s'éteint de plein droit de manière définitive. Par conséquent, si par la suite il retombe en incapacité de discernement durable, la clause ne renaîtra pas. Si le disposant est encore vivant et souhaite conserver une telle clause, il devra refaire les démarches initiales pour intégrer une substitution fidéicommissaire spéciale à ses dispositions à cause de mort. Il faudra à nouveau vérifier la validité des conditions<sup>291</sup>. Le choix d'un tel raisonnement se justifie, selon BADDELEY par un argument de protection des droits du descendant et de sécurité juridique. Si le descendant est redevenu capable de discernement, cela signifie que la condition du pronostic initial d'incapacité durable n'était pas réalisée<sup>292</sup>.

Selon LEUBA<sup>293</sup>, si l'on permettait à la substitution fidéicommissaire de revivre en cas d'incapacité de discernement du descendant, cela aurait pour effet de dépasser les limites acceptables de la liberté de disposition du *de cuius*<sup>294</sup>. Le descendant qui est redevenu capable de discernement a la possibilité de disposer à cause de mort et donc de décider seul du sort de ses biens. De plus, il pourrait très bien décider de maintenir la dévolution légale de son patrimoine<sup>295</sup>. Ce sont pour ces raisons que LEUBA estime que le retour à la capacité de discernement éteint de manière définitive la substitution

<sup>287</sup> S'agissant de la nullité, il faut réserver le cas où la volonté du *de cuius* était de favoriser le descendant en lui attribuant, en plus, le montant de la quotité disponible ; Sur la nullité, voir : CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 254 § 45.

<sup>288</sup> WEIMAR est d'avis que le législateur voulait justement éviter au descendant de devoir faire des démarches, la clause devient nulle de plein droit et tombe sans que le descendant doive faire quoi que se soit, cf. : Weimar, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 438 § 10 ; CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 254 § 45 ; Leuba, Jusletter, p. 5 § 29 et p. 6 § 35 ; Frankhauser/Bieler, Successio Nr. 2/09, p. 168 § 17-18 ; Abt/Weibel, Praxiskommentar ZGB-Liatowitsch/In article N°492a, p. 466-467 § 12-13 ; Basler Kommentar ZGB II-Bessenich/In article N° 492a, p. 241-242 § 8 ; Kren Kostkiewicz/Wolff/Amstutz/Frankhauser, Kommentar ZGB-Auteur/In article N°492a, p. 988 § 8 ; Zeiter, Successio Nr. 4/11, p. 266 § 66 ; Wolff Hrubesch-Millauer, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 203 § 743 ; La doctrine n'est pas unanime sur le recours aux actions successorales dans un tel cas. Nous analyserons en détail ce sujet consacré aux problèmes liés à la non-réalisation des conditions de l'art. 492a CC, cf. I.4. Actions successorales.

<sup>289</sup> Leuba, Jusletter, p. 6 § 34-39.

<sup>290</sup> Nous hésitons entre qualifier ces auteurs de partie de doctrine ou de doctrine majoritaire étant donné que la majorité n'est que très faible par rapport aux avis divergents d'autres auteurs.

<sup>291</sup> Dans ce sens : CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 254 § 46 ; Leuba, Jusletter, p. 6 § 35 ; Abt/Weibel, Praxiskommentar ZGB-Liatowitsch/In article N°492a, p. 466-467 § 13 ; Zeiter, Successio Nr. 4/11, p. 267 § 73.

<sup>292</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 254 § 45.

<sup>293</sup> Leuba, Jusletter, p. 6 § 35.

<sup>294</sup> En effet, le *de cuius* qui utilise l'art 492a CC a la faculté de réduire le montant de la réserve héréditaire de son descendant incapable de discernement. Il a la faculté de disposer d'un montant plus grand que la simple quotité disponible.

<sup>295</sup> Leuba, Jusletter, p. 6 § 35.



fidéicommissaire<sup>296</sup>. ZEITER et LIATOWITSCH sont également de l'avis de LEUBA, pour les mêmes raisons<sup>297</sup>.

FRANKHAUSER et BIELER semblent distinguer deux situations. La première situation est celle du retour durable à la capacité de discernement suivi bien plus tard d'une incapacité de discernement. La deuxième situation est celle d'un simple intervalle lucide suivi d'un retour à l'état d'incapacité. Malgré cette distinction apportée, ils ne tranchent pas sur la question et restent donc indécis<sup>298</sup>.

Selon PIOTET D., deux situations doivent se distinguer. La première est celle du grevé qui retrouve sa capacité de discernement et prend des dispositions de dernières volontés, puis ensuite redevient incapable de discernement et décède. Dans cette hypothèse, il faut considérer que la substitution fidéicommissaire a été supprimée définitivement (il rejoint sur ce point l'avis des autres auteurs<sup>299</sup>). La deuxième est celle où le grevé ne prend aucune disposition à cause de mort lors de son retour à la capacité de discernement. Dans cette deuxième hypothèse, PIOTET D. estime que si le grevé redevient incapable de discernement de manière durable, ceci fait revivre la disposition supprimée de plein droit. Il précise qu'il faudrait pouvoir s'assurer que cette perte soit définitive<sup>300</sup>.

WEIMAR est quant à lui plus nuancé, il ajoute une composante temporelle. Son raisonnement s'appuie par analogie sur les art. 508 et 469 al. 2 CC<sup>301</sup>. Si le descendant redevenu capable de discernement n'a pas pris de disposition à cause de mort dans un certain délai (i.e. 14 jours ou au maximum une année) et qu'il retombe en incapacité de discernement, il se verra appliquer à nouveau la clause de substitution fidéicommissaire spéciale de l'art. 492a CC.

Nous sommes d'avis que l'extinction de plein droit de la clause de substitution fidéicommissaire spéciale devrait être définitive. Premièrement, si le descendant est redevenu capable de discernement alors même que le pronostic initial prévoyait que son état d'incapacité serait durable, soit l'expertise médicale n'avait pas été faite correctement (aucun avis médical n'avait été demandé ou un avis avait été donné mais de manière succincte), soit l'expertise ne pouvait pas le prévoir à l'époque. La loi semble viser plutôt cette deuxième hypothèse, étant donné qu'elle formule le retour à la capacité de discernement comme étant un événement inattendu (« *contre toute attente* »). A notre sens, si la détermination de la notion de *durabilité* de l'incapacité de discernement a été un échec lors de la première tentative, nous ne voyons pas l'intérêt de prendre le risque d'une récurrence. De plus, nous pourrions même nous demander si la condition n'était pas déjà non-réalisée au début lors de la confection de l'acte (i.e. une invalidité initiale s'agissant de la notion de durabilité). Par conséquent, permettre à la disposition de revivre de plein droit irait à l'encontre de cette invalidité initiale. De plus, cette disposition permet au disposant d'accroître son pouvoir de disposition au détriment de son descendant qui est une personne handicapée<sup>302</sup>. Une interprétation restrictive de cet art. 492a CC devrait selon nous être de rigueur.

Pour éviter ce genre de questionnement tant que le législateur ou les tribunaux n'ont pas réglé la question, nous pensons qu'un notaire consulté sur un tel cas doit prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que le descendant est bien dans un cas d'incapacité de discernement et que la durabilité est certaine. A notre sens, il faudrait même aller jusqu'à une interprétation se rapprochant

---

<sup>296</sup> Leuba, Jusletter, p. 6 § 35.

<sup>297</sup> Zeiter, Successio Nr. 4/11, p. 267 § 73 ; Abt/Weibel, Praxiskommentar ZGB-Liatowitsch/In article N°492a, p. 466-467 § 13.

<sup>298</sup> Frankhauser/Bieler, Successio Nr. 2/09, p. 168 § 17.

<sup>299</sup> Sur cette question, il est du même avis que les autres auteurs cités dans le présent chapitre : 4.2.1.3.

<sup>300</sup> Piotet Denis, Successio Nr. 1/07, p. 245-246.

<sup>301</sup> Weimar, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 438 § 11 ; L'art. 508 CC prévoit que lorsqu'une personne peut à nouveau prendre des dispositions à cause de mort, son testament oral cesse d'être valable après 14 jours ; L'art. 469 al.2 CC prévoit qu'une disposition nulle est maintenue si elle n'est pas révoquée dans l'année ; A notre sens, la théorie suivie par WEIMAR se réfère à des dispositions légales qui visent le *de cuius* même, alors que dans le cadre de l'application de l'art. 492a CC, le descendant incapable de discernement ne prend pas lui-même de dispositions à cause de mort. Ainsi, l'analogie n'est pas très heureuse.

<sup>302</sup> Sur la notion d'handicap, voir : CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 250 § 28.

de la notion d'incurabilité. En effet, le disposant devrait s'abstenir de mettre en place une telle disposition s'il est probable que le descendant rencontre des phases potentielles de lucidité s'agissant de son discernement. En cas de doute, le disposant peut utiliser d'autres mesures successorales pour arriver à des fins très similaires, par exemple en ordonnant une substitution fidéicommissaire ordinaire sur l'entier de la quotité disponible (cela aura pour effet de renvoyer le grevé à sa réserve successorale).

Cependant, une dernière interrogation se pose. Le législateur n'a nullement mentionné l'hypothèse inverse, soit celle où le *de cuius* décide volontairement d'accorder une part successorale plus grande à son descendant incapable de discernement. Nous devons ainsi nous poser la question du sort de la substitution fidéicommissaire ordonnée selon l'art. 492a CC qui concernerait une part plus importante, par exemple le montant de la quotité disponible (en plus du montant de la réserve). Dans une telle situation, si le descendant incapable ne remplit plus les conditions d'application de l'art. 492a CC, notamment parce qu'il redevient capable de discernement, il faut se demander si la clause devient forcément caduque. A notre sens, dès le moment où il n'y a plus lieu d'appliquer la disposition impérative de l'art. 531 CC, qui a pour but de protéger la réserve des héritiers réservataires, le disposant retrouve sa liberté testamentaire. Si le montant de la réserve est ainsi largement couvert par le biais de la quotité disponible, il est tout à fait envisageable que tout ce qui dépasse sa réserve soit soumis à l'art. 492a CC. Etant donné que le montant de la réserve doit être donné en valeur économique à l'héritier réservataire, tout ce qui dépasse peut très bien se trouver dans le patrimoine grevé pour le surplus. Ces explications valent pour chacune des conditions de l'art. 492a CC qui pourrait ne pas être réalisée.

Prenons l'exemple suivant<sup>303</sup> : le disposant X, a une épouse Y, un premier fils A et un deuxième fils H. Au moment de faire son testament, le fils H du disposant, est incapable de discernement de manière durable. Dans une telle situation, le disposant peut ordonner l'application de l'art. 492a CC (si toutes les autres conditions sont remplies). Il peut décider d'attribuer à H sa réserve soit (3/4 de 1/4, soit 3/16) ainsi que le montant de la quotité disponible (6/16). Le *de cuius* peut prévoir que l'art. 492a CC s'applique, même si une condition venait à faire défaut. Une telle solution est, selon nous, envisageable si le patrimoine grevé concerne un montant équivalent à la quotité disponible (c'est-à-dire tout ce qui dépasse de la réserve héréditaire de H). Au moment du décès de H, ce qui restera du patrimoine grevé sera transmis à son frère A. Dans une telle hypothèse, tout ce qui dépasse la réserve de H est soumis à l'art. 492a CC. Ainsi, s'il redevient capable de discernement ou qu'il a un enfant, en principe l'art. 492a CC ne devrait plus pouvoir s'appliquer. Cependant, dans une telle situation, il reçoit l'entier de la quotité disponible et ce montant total représente une part plus élevée que sa réserve. Ainsi, il faut se demander si dans une telle situation, le *de cuius* ne pourrait pas demander d'appliquer malgré tout l'art. 492a CC, même si les conditions ne sont plus remplies. L'art. 531 CC qui est une disposition impérative n'est pas un obstacle ici, étant donné que H reçoit bel et bien sa réserve non grevée de substitution fidéicommissaire et que seule la quotité disponible est grevée<sup>304</sup>. Selon nous, l'art. 492a CC est une disposition dispositive, ainsi, si une condition n'est pas remplie et que les parts successorales n'ont pas pour effet de léser la réserve du descendant, il n'y a pas de raison de rendre caduque la substitution fidéicommissaire pour le surplus. La volonté du testateur doit être suivie dans un tel cas de figure. Pour l'heure, cette question n'est évoquée, ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine.

#### 4.2.1.4. Condition n°3

Pour l'analyse de la troisième condition, il faut distinguer le cas d'absence de descendant du cas d'absence de conjoint ou partenaire enregistré. Si l'on suit la doctrine majoritaire<sup>305</sup>, cette condition doit être réalisée au plus tard au moment du décès du grevé. Cette application a pour conséquence que

---

<sup>303</sup> Se référer au schéma en annexe (figure n°6).

<sup>304</sup> Tout ce qui compte est que la réserve soit reçue en valeur économique, peut importe que se soit sous forme de legs ou sous forme d'acquisition universelle.

<sup>305</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 255 § 50 ; *Leuba*, Jusletter, p. 6 § 37-38.

si après la confection de l'acte le grevé a un descendant qui ne lui survit pas, la substitution fidéicommissaire spéciale pourra s'ouvrir au décès du grevé. Et dans l'hypothèse où le descendant du grevé lui survit, la clause de substitution fidéicommissaire s'éteindra de plein droit<sup>306</sup>.

En revanche, s'agissant du mariage ou partenariat du grevé, plusieurs cas de figure doivent être distingués. Si le grevé était marié ou partenariat avant la confection de l'acte et qu'au moment de son décès l'union a été dissoute<sup>307</sup>, la condition est réalisée selon la doctrine majoritaire<sup>308</sup>. Si le grevé était marié ou partenariat avant la confection de l'acte et que son conjoint lui survit, la condition ne sera pas réalisée. Si le grevé se marie ou se partenariat entre le moment de la confection de l'acte et le décès du grevé, cela implique que sa capacité de discernement lui a permis de contracter une union et que, par conséquent, la condition de l'incapacité de discernement n'est plus remplie, partant la clause de substitution fidéicommissaire s'éteindra de plein droit selon l'art. 492a al. 2 CC par analogie<sup>309</sup>.

#### 4.2.1.5. Condition n°4

S'agissant de la quatrième condition, qui concerne l'absence de disposition à cause de mort du grevé, il faut également faire une analyse différenciée selon le moment auquel ont été prises des dispositions de dernières volontés par le grevé. On se trouve dans un cas d'invalidité initiale, si le grevé avait pris des dispositions à cause de mort avant de devenir incapable de discernement de manière durable et que, lors de la confection de l'acte, le disposant l'ignorait ou a voulu l'ignorer en pleine connaissance de cause. Dans une telle situation, la clause de substitution fidéicommissaire spéciale de l'art. 492a CC ne pourra pas s'appliquer. La clause sera nulle dès le début<sup>310</sup>. Comme rappelé par le message du Conseil fédéral, dans le cadre de cette révision du droit de la protection de l'adulte, la priorité est mise sur le droit à l'autodétermination<sup>311</sup>. C'est pourquoi les dispositions à cause de mort prises dans le passé par l'enfant devenu incapable de discernement primeront sur tout acte de disposition postérieur pris par ses propres parents. Si en revanche il existait des dispositions à cause de mort qui ont été faites après la confection de l'acte, c'est un cas de caducité. La non-réalisation de cette dernière condition doit donc s'analyser également selon l'art. 492a al. 2 CC par analogie. En effet, si le descendant a pu prendre des dispositions à cause de mort, cela implique forcément qu'il est redevenu capable de discernement, étant rappelé que la capacité de tester est liée à l'exercice des droits civils (ce qui inclut la capacité de discernement). La conséquence de cette caducité est l'extinction de plein droit de la clause de substitution fidéicommissaire spéciale<sup>312</sup>.

Peu importe si l'on se trouve dans un cas d'invalidité initiale ou dans un cas de caducité, les dispositions testamentaires du descendant seront applicables à sa succession. La conséquence sera que seuls les héritiers institués et légaux du descendant hériteront de son patrimoine<sup>313</sup>.

#### 4.2.2. Conséquences générales de la non-réalisation des conditions

Les conséquences liées à l'extinction de plein droit de la clause de substitution fidéicommissaire spéciale sont les suivantes : restitution des sûretés éventuelles, radiation de l'annotation au registre

<sup>306</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 255 § 50 ; *Leuba*, Jusletter, p. 6 § 37-38.

<sup>307</sup> Voir à ce sujet les causes de dissolution du mariage ou partenariat.

<sup>308</sup> Cf. 3.2.3. Absence de descendant, de conjoint ou de partenaire enregistré.

<sup>309</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 255 § 49 ; *Leuba*, Jusletter, p. 6 § 37-38 ; *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-Liatowitsch/In article N°492a, p. 465-466 § 8 ; *Basler Kommentar ZGB II-Bessenich/In article N° 492a*, p. 242 § 9 ; *Zeiter*, Successio Nr. 4/11, p. 266 § 68 ; *Wolf/ Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 203 § 743.

<sup>310</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 254 § 48.

<sup>311</sup> *Message du Conseil fédéral*, FF 2006 6635.

<sup>312</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 255 § 48 ; *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 168 § 18 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 438-439 § 10-12 ; *Zeiter*, Successio Nr. 4/11, p. 267 § 73 ; *Wolf/ Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 203 § 743.

<sup>313</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 257 § 60 ; *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 169-170 § 22 ; *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-Liatowitsch/In article N°492a, p. 465-466 § 10 ; *Zeiter*, Successio Nr. 4/11, p. 266 § 67.

foncier et extinction des droits de l'appelé. Ces conséquences énumérées concernent uniquement la partie de la succession grevée de la substitution fidéicommissaire spéciale de l'art. 492a CC<sup>314</sup>.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, il faut réserver le cas particulier de l'utilisation de l'art. 492a CC par le *de cuius* dans le but de favoriser l'enfant handicapé par rapport aux autres héritiers, c'est notamment le cas lorsque le testateur lui attribue la quotité disponible en plus de sa réserve. Lorsque la réserve de l'enfant n'est pas atteinte la situation est totalement différente, étant donné que l'art. 531 CC ne s'applique pas. Dans un tel cas, la non-réalisation des conditions n'aura pas pour effet d'éteindre les droits de l'appelé. Selon nous, la clause contenant la substitution fidéicommissaire ne sera pas caduque.

Après avoir parcouru les conséquences de la non-réalisation des conditions déduites de l'art. 492a CC, nous constatons qu'il reste un nombre non négligeable de problèmes non résolus par le législateur. Ces nombreux problèmes d'interprétation concernant les conséquences liées à la non-réalisation des conditions seront analysés dans le chapitre suivant<sup>315</sup>.

---

<sup>314</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 256 § 55.

<sup>315</sup> Cf. Titre IV. Problèmes soulevés par l'art 492a CC.

## Titre IV. Problèmes soulevés par l'art. 492a CC

Au fil de ce travail d'analyse, nous avons pu constater que la doctrine est divisée sur plusieurs aspects de l'interprétation de l'art. 492a CC. Dans ce chapitre nous allons tenter d'analyser les problèmes que soulève cette disposition (§1). Les éléments sur lesquels le législateur n'a pas légiféré concernent : l'étendue du pouvoir de disposition du grevé dans le cadre d'une substitution fidéicommissaire pour le surplus (1.1.), la protection juridique des créanciers du grevé (1.2.), la protection de la réserve héréditaire (1.3.), ainsi que les actions successorales ouvertes aux héritiers (1.4.). Pour finir nous tenterons d'appréhender les problèmes sous l'angle de l'intervention du notaire et de l'exécuteur testamentaire (§2). Une proposition législative sera tentée (2.1.), en prenant également en compte les recommandations de l'Union Internationale du Notariat latin sur le sujet (2.2.).

### § 1. Les problèmes relevés par la doctrine

#### 1.2. Etendue du pouvoir de disposition du grevé

Selon PIOTET D. et LEUBA, il est regrettable que le législateur ait adopté uniquement un article qui traite d'une situation particulière de substitution fidéicommissaire pour le surplus (art. 492a CC), sans pour autant légiférer sur le principe même de cette notion<sup>316</sup>. Il existe par conséquent des zones d'ombres, que la doctrine tente de combler. Ces lacunes concernent l'étendue du pouvoir de disposition du grevé. Actuellement, la loi ne prévoit aucune limite à ce pouvoir, étant donné que le législateur n'a pas encore jugé opportun de légiférer sur le sujet de la substitution fidéicommissaire pour le surplus.

La doctrine est d'accord pour admettre que si le disposant n'a pas posé de restriction, le grevé peut utiliser le patrimoine grevé pour se procurer le nécessaire et mener une vie agréable. En d'autres termes, le grevé jouit d'une liberté d'administration et de disposition des biens du patrimoine grevé. Il peut ainsi décider d'entamer le capital<sup>317</sup>.

S'agissant des prélèvements sur le patrimoine grevé, les avis de la doctrine divergent. BESSENICH pense qu'il faut faire des prélèvements de manière proportionnelle entre patrimoine propre et patrimoine grevé<sup>318</sup>. PIOTET D. est d'avis qu'il faut nuancer le propos parce qu'il n'est pas possible d'imposer de manière stricte au grevé un tel calcul de proportion. Il estime qu'il faut plutôt préconiser une application des règles de l'équité et de la bonne foi. Le grevé doit agir conformément aux règles de la bonne foi (art. 2 CC) lorsqu'il utilise le patrimoine grevé. Il doit par conséquent faire preuve d'une utilisation proportionnelle du patrimoine grevé par rapport à son propre patrimoine, sans pour autant tenir des comptes précis des prélèvements effectués<sup>319</sup>. Nous sommes également de cet avis. Il serait complètement démesuré d'exiger un respect exact des proportions utilisées, étant donné que les montants varient de manière indépendante et selon des facteurs différents. Par exemple, si le patrimoine grevé se trouve sur un compte en banque, alors que le patrimoine propre se trouve investi dans l'immobilier, les taux de rendement et les intérêts seront différents. Il serait très difficile en pratique de tenir des calculs justes lorsque les variations des montants sont différentes. De plus, en instituant un héritier grevé et un héritier appelé, plutôt que d'instituer deux héritiers ordinaires en même temps, le *de cuius* accepte une telle situation et accorde sa confiance au grevé. Si telle n'était pas le cas, il n'y aurait aucun intérêt pour le disposant d'instituer le grevé et il passerait directement par une institution unique de l'appelé (sous réserve des cas où l'utilisation d'un héritier grevé est le

<sup>316</sup> *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 241-242 ; *Leuba*, Jusletter, p. 8 § 48.

<sup>317</sup> 5A\_713/2011 c. 4.2 ; *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 241-242 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 313-314 § 568 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°491, p. 232-233 § 33 ; *Wolff/ Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 198 § 727 ; *Salathé*, Die Nacherbfolge im Schweizerischen Recht, p. 97-98 ; *Leuba*, Jusletter, p. 7 § 44.

<sup>318</sup> Basler Kommentar ZGB II-*Bessenich*/In article N°491, p. 234-236 § 9.

<sup>319</sup> *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 241-242.

seul moyen pour le disposant de choisir aussi l'appelé comme héritier ; c'est par exemple le cas lorsque l'appelé n'est pas encore en mesure d'hériter au moment du décès du *de cuius*). D'autres auteurs sont d'avis que le pouvoir de disposition est libre, sous réserve de l'abus de droit au sens de l'art. 2 CC<sup>320</sup>. Ils n'évoquent en revanche pas le principe de proportionnalité comme le font BESSENICH et de manière plus nuancée PIOTET D. Un Tribunal civil bâlois a estimé quant à lui que le grevé avait le droit de protéger son patrimoine propre et d'utiliser en priorité les biens se trouvant dans le patrimoine grevé<sup>321</sup>. STEINAUER semble également être de cet avis. Étant donné que le Tribunal fédéral a laissé cette question ouverte<sup>322</sup>, l'avis de ce Tribunal bâlois reste pour l'instant un avis parmi d'autres<sup>323</sup>.

Après avoir analysé l'étendue de ce pouvoir de disposition, nous allons maintenant nous pencher sur ses limites. Il faut distinguer les limites applicables lorsque le disposant n'a pas lui-même prescrit de restrictions, on pourrait les qualifier de « *limites légales* » et les limites que le disposant a lui-même imposées au grevé, que l'on pourrait qualifier de « *limites expresses* ». S'agissant des limites légales, plusieurs éléments ressortent de la doctrine et de la jurisprudence. Premièrement, le grevé a l'interdiction de transférer le patrimoine grevé dans son propre patrimoine<sup>324</sup>. Cette restriction découle de l'obligation pour le grevé de conserver le patrimoine grevé comme étant un patrimoine distinct. Deuxièmement, le grevé n'a pas le droit de détruire, endommager ou supprimer de manière dolosive les biens du patrimoine grevé. Cette restriction découle quant à elle de l'obligation pour le grevé de disposer de manière raisonnable du patrimoine grevé (principe découlant de l'art. 2 CC)<sup>325</sup>. Troisièmement, le grevé n'a pas le droit de faire des attributions à cause de mort ou des donations (sous réserve des présents d'usage) aux dépens du patrimoine grevé<sup>326</sup>. Le Tribunal fédéral est prudent s'agissant de l'exclusion des donations : il estime qu'une donation est interdite si elle excède « *les limites habituelles des libéralités courantes* »<sup>327</sup>. Nous pensons qu'il faut comprendre ces termes comme étant une réserve pour les présents d'usage. Les conséquences en cas de violation de ces restrictions sont les suivantes : l'appelé a la possibilité de demander une administration d'office du patrimoine grevé (art. 490 al. 3 CC)<sup>328</sup> et il peut même exiger une indemnisation de la part du grevé<sup>329</sup>.

Il pourrait être proposé au législateur suisse de suivre les dispositions du BGB allemand concernant la substitution fidéicommissaire pour le surplus<sup>330</sup>. En effet, le législateur allemand est précis sur la manière d'appréhender l'étendue du pouvoir de disposition du grevé. Le droit allemand prévoit ainsi que le grevé n'a pas le droit de faire des attributions gratuites (sous réserve des présents d'usage) ou promesses de donations (§ 2113(2) BGB, par renvoi du § 2137 BGB). De plus, un acte de disposition fait par le grevé sur un bien du patrimoine grevé, qui aurait pour effet d'empêcher ou compromettre les droits de l'appelé, est nul (§ 2113(1), par renvoi du § 2137 BGB). Le droit allemand prévoit également

<sup>320</sup> Wolf/ Hrubesch-Millauer, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 198 § 727 ; Abt/Weibel, Praxiskommentar ZGB-Liatowitsch/Schürmann/In article N°491, p. 456 § 26 ; CR CC II-Baddeley/In article N°491, p. 235 § 43 ; Weimar, Berner Kommentar ZGB III/In article N°491, p. 426 § 24 ; Leuba, Jusletter, p. 7 § 45.

<sup>321</sup> RNRF 1998 252.

<sup>322</sup> ATF 100 II 92.

<sup>323</sup> Steinauer, Le droit des successions, p. 313-314 § 568 ; LIATOWITSCH et SCHÜRMANN soulèvent le problème, mais ne donnent pas leur avis : Abt/Weibel, Praxiskommentar ZGB-Liatowitsch/Schürmann/In article N°491, p. 456 § 26.

<sup>324</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°491, p. 231 § 27.

<sup>325</sup> 2P.31/2004 c. 3.2 du 25.02.2005. ; CR CC II-Baddeley/In article N°491, p. 231 § 27 ; Piotet Denis, Successio Nr. 1/07, p. 241-242 ; Steinauer, Le droit des successions, p. 313-314 § 568.

<sup>326</sup> Basler Kommentar ZGB II-Bessenich/In article N°491, p. 236 § 9 ; CR CC II-Baddeley/In article N°491, p. 231 § 28 et 232-233 § 33 ; Steinauer, Le droit des successions, p. 313-314 § 568 ; CS CC-Cotti/In article N°491, p. 173 § 28 ; Weimar, Berner Kommentar ZGB III/In article N°491, p. 424 § 20 ; Selon nous, il est peu probable que la question d'une donation se pose dans le cadre de l'art. 492a CC. En effet, pour faire une donation au sens de l'art. 239 CO, le donateur doit avoir l'exercice des droits civils (art. 240 al. 1 CO et 12 CC). Un incapable de discernement au sens de l'art. 492a CC n'est de ce fait pas en mesure de faire une donation, il pourra uniquement faire des présents d'usage (art. 240 al. 2 CO). De plus, les donations sont exclues du pouvoir du curateur. Partant, si la personne incapable de discernement ne peut pas faire de donation, personne d'autre ne pourra en faire à sa place. Le raisonnement est identique pour les dispositions à cause de mort.

<sup>327</sup> ATF 100 II 92.

<sup>328</sup> Steinauer, Le droit des successions, p. 313-314 § 568.

<sup>329</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°491, p. 235 § 44.

<sup>330</sup> Proposition de PIOTET D., voir : Piotet Denis, Successio Nr. 1/07, p. 241-242.

qu'en cas de diminution du patrimoine grevé dans le but de discriminer l'appelé, le grevé devra des dommages et intérêts à l'appelé (§ 2138(2) BGB). Nous constatons donc que le droit allemand est plus complet que le droit suisse s'agissant de la substitution fidéicommissaire pour le surplus<sup>331</sup>.

Nous allons maintenant analyser les limites expresses au pouvoir de disposition du grevé. Ce sont des restrictions posées clairement par le disposant dans ses dispositions à cause de mort. Il est tout à fait admis en pratique que le disposant décide de prévoir des restrictions au pouvoir de disposition du grevé. L'art. 492a CC permet justement au disposant de restreindre le pouvoir de disposition du grevé. Cette restriction peut même aller jusqu'à entamer la réserve successorale du descendant incapable de discernement<sup>332</sup>.

Ce qu'il faut savoir, c'est qu'en Suisse, toute personne naissant handicapée ou devenant handicapé est couverte par son assurance invalidité<sup>333</sup> et, pour tout ce qui n'est pas couvert par son assurance, son représentant légal peut faire une demande pour qu'elle reçoive des aides financières de l'Etat. S'agissant du canton de Vaud, la demande doit se faire au service de prévoyance et d'aide sociale<sup>334</sup>. Cette aide permet aux personnes en situation de handicap d'être aidées financièrement. En effet, ce service paie les frais généraux de l'institution spécialisée non couverts par l'assurance-invalidité<sup>335</sup>. Peu importe la fortune des parents, ces derniers se verront aidés par ce service de prévoyance et d'aide sociale. Cependant, tous les frais ne sont pas couverts. En effet, une personne souhaitant faire des activités supplémentaires ou souhaitant s'acheter certaines choses qui sortent de ses besoins essentiels, ne verra pas ses dépenses couvertes par les aides de l'assurance et de l'Etat<sup>336</sup>. Ces quelques dépenses accessoires ne sont cependant pas très courantes et correspondent à de faibles montants.

Dans le cadre d'une substitution fidéicommissaire spéciale de l'art. 492a CC, la loi permet notamment au disposant de restreindre le pouvoir de disposition du grevé à ses seuls frais non couverts par les assurances et aides d'Etat. À notre sens, le *de cuius* n'est malheureusement pas tenu de respecter un quelconque minimum (le montant de sa fortune n'est pas pris en compte<sup>337</sup>). Une telle disposition permet ainsi d'entamer la réserve du descendant incapable de discernement de manière totalement licite (art. 531 CC). Aucune condition supplémentaire n'est requise. Selon PIOTET D. et BADDELEY, cette situation est choquante et heurte très certainement les buts poursuivis par la révision du droit de la protection de l'adulte<sup>338</sup>. Nous analyserons ultérieurement toutes les difficultés que cause cette disposition sur les droits de ce descendant incapable de discernement qui est un héritier réservataire du *de cuius*.

## 1.2. La protection juridique des créanciers du grevé

En pratique, il est très courant que le droit cantonal prévoie que l'aide octroyée par l'État pour les personnes handicapées doit être remboursée par le biais de l'héritage touché par la personne concernée<sup>339</sup>. Dans un tel cas de figure, la collectivité publique devient ainsi créancière du grevé. Le législateur ne règle pas la question des droits des créanciers du grevé dans le cadre de l'application des

<sup>331</sup> Cf. en annexes les dispositions légales allemandes complètes (figure n°7).

<sup>332</sup> *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 241-242 ; La question qui pourrait être soulevée serait de se demander l'utilité de choisir une substitution fidéicommissaire pour le surplus, si au final le disposant la restreint presque entièrement. Ce mécanisme a pour effet de rapprocher une telle substitution, d'une substitution fidéicommissaire ordinaire des art. 488 ss CC.

<sup>333</sup> Cf. Loi sur l'assurance-invalidité (LAI) et loi sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (LPC) ; *Schefer/Hess-Klein*, Droit de l'égalité des personnes handicapées, p. 4.

<sup>334</sup> <https://www.vd.ch/themes/sante-soins-et-handicap/handicap/prestations-offertes-aux-personnes-en-situation-de-handicap/>, site consulté le 25.10.18.

<sup>335</sup> Ce qu'il faut savoir c'est que la rente AI représente seulement 180.- des 300 à 800.- par jours de frais pour l'institution spécialisée.

<sup>336</sup> Explications données par un collaborateur du service de prévoyance et d'aide sociale du canton de Vaud lors d'un entretien téléphonique en date du 25.10.2018.

<sup>337</sup> Ni en termes de valeur ni en termes de proportion.

<sup>338</sup> *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 241-242 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°491, p. 258 § 64.

<sup>339</sup> Voir notamment l'art. 25 de la Loi vaudoise sur la prévoyance et l'aide sociale (LPAS) ; *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 242-243 ; En revanche, l'aide sous forme d'assurance sociale ne devra pas être remboursée.

art. 492a et 531 CC. Cette question s'inscrit dans un cadre plus large. Le principe est que le grevé répond de ses dettes personnelles sur son patrimoine propre et des dettes liées au patrimoine grevé, sur celui-ci. Le problème, dans le cadre de l'art. 492a CC, réside dans le fait que le grevé n'a pratiquement pas de patrimoine propre. Sans protection de sa réserve, le patrimoine grevé peut très bien constituer l'entier de ce que possède le grevé. Se pose alors la question de savoir si les créanciers du grevé peuvent se rembourser sur le patrimoine distinct lorsque le patrimoine propre du grevé n'est pas suffisant pour rembourser ses dettes<sup>340</sup>.

La question a été débattue s'agissant d'une substitution fidéicommissaire ordinaire. WEIMAR estime que si le grevé a fourni des sûretés (art. 490 al. 2 CC), ses dettes devront être payées au moyen de ces dernières. Et dans l'hypothèse où il n'y a pas de sûreté, le patrimoine grevé pourra être utilisé pour payer les dettes. Il sera ainsi diminué au détriment de l'appelé<sup>341</sup>. Alors que la doctrine majoritaire estime quant à elle qu'il n'y a aucune raison que l'appelé soit désavantagé à cause de dettes du grevé. Le *de cuius* avait la volonté de transmettre à l'appelé un patrimoine grevé non criblé de dettes. Selon BADDELEY « *le patrimoine destiné à l'appelé doit être maintenu dans sa composition au moment du décès du disposant dans la mesure du possible en vue de la restitution en nature à l'appelé au moment de la substitution* »<sup>342</sup>.

S'agissant de la substitution fidéicommissaire pour le surplus la question est plus délicate, notamment due au fait qu'en principe des sûretés ne sont pas exigées. La théorie de WEIMAR applicable à la substitution fidéicommissaire ordinaire semble donc à première vue difficilement applicable par analogie dans ce présent cas de figure. En revanche, la théorie de la doctrine majoritaire, qui ne prend pas en compte les sûretés et qui fait passer l'appelé avant les créanciers du grevé, peut aussi s'appliquer à la substitution fidéicommissaire pour le surplus<sup>343</sup>. Selon BADDELEY, la garantie accordée aux créanciers est ainsi réduite en présence d'une substitution fidéicommissaire pour le surplus en faveur de l'appelé. Le patrimoine grevé échappe à la masse en faillite du grevé. Étant donné que l'art. 492a CC exclut l'action en réduction des art. 522 ss CC (par le biais de l'art. 531 CC), les créanciers n'ont aucun moyen de défendre leurs intérêts<sup>344</sup>.

PIOTET D. estime que la théorie de la doctrine majoritaire n'est pas admissible pour plusieurs raisons<sup>345</sup>. Premièrement, les créanciers se voient écartés de la possibilité de faire valoir leurs droits par le biais de l'art. 524 CC<sup>346</sup>. Deuxièmement, cette théorie implique que l'on doive reconnaître un droit absolu à l'appelé sur le patrimoine grevé (les modalités de ce droit seraient fixées par le biais de l'acte à cause de mort du disposant, suivant l'étendu du pouvoir de disposition octroyé au grevé). Selon PIOTET D. ce n'est pas soutenable, il faudrait plutôt retenir « *un droit personnel à la restitution de l'ensemble du patrimoine substitué dont le grevé ne s'est pas valablement dessaisi pendant la durée de sa propriété* »<sup>347</sup>. Une controverse existe s'agissant du statut juridique du patrimoine grevé destiné à l'appelé. PIOTET D. estime que l'appelé bénéficie d'un droit personnel à la restitution qui naît à l'ouverture de la substitution<sup>348</sup>. Un vieil arrêt du Tribunal fédéral soutient en revanche que les droits de l'appelé sont de nature réelle<sup>349</sup>. La controverse n'est à ce jour pas réglée.

Dans le cadre de la substitution fidéicommissaire pour le surplus, en principe aucune sûreté n'est exigée. En revanche, l'administration d'office peut être demandée en tout temps par l'appelé

<sup>340</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°491, p. 230-231 § 24-28 et N°492a, p. 256 § 54.

<sup>341</sup> Weimar, Berner Kommentar ZGB III/In article N°491, p. 422-423 § 16.

<sup>342</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°491, p. 231 § 26 ; Basler Kommentar ZGB II-Bessenich/In article N°491, p. 230-231 § 5 ; Eitel, Successio Nr. 2/07, p. 325 ss.

<sup>343</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°491, p. 231 § 27 ; Basler Kommentar ZGB II-Bessenich/In article N°491, p. 230-231 § 5.

<sup>344</sup> BADDELEY soutient cette théorie, mais admet qu'elle n'est toutefois pas satisfaisante vis-à-vis des droits des créanciers : Baddeley, Droit des successions, p. 64.

<sup>345</sup> Piotet Denis, Successio Nr. 1/07, p. 243.

<sup>346</sup> L'art. 524 CC permet aux créanciers de faire valoir leurs droits, lorsque l'héritier réservataire renonce à sa réserve. Voir à ce sujet : Steinauer, Le droit des successions, p. 219 § 361, p. 417 § 786 et p. 421 ss § 796 ss.

<sup>347</sup> Piotet Denis, Successio Nr. 1/07, p. 243.

<sup>348</sup> Piotet Paul, Contributions choisies, p. 26-27 § 37-39 et p. 28 § 43.

<sup>349</sup> ATF 67 III 13.



(art. 490 al. 3 CC). La doctrine unanime est d'avis que la meilleure garantie de protection contre les créanciers du grevé est la demande d'administration officielle du patrimoine grevé. Ce mécanisme permet ainsi à l'appelé de s'assurer que le patrimoine grevé sera bien distingué du patrimoine propre de l'héritier grevé<sup>350</sup>. À notre sens, ce mécanisme est le meilleur moyen pour permettre une protection et une conservation du patrimoine futur de l'appelé. De plus, il permet de compenser l'absence de sûreté exigée dans le cadre d'une substitution fidéicommissaire pour le surplus. Dans l'état actuel du droit, l'art. 492a et 531 CC ne prennent pas en compte les intérêts des créanciers de l'héritier grevé<sup>351</sup>.

### 1.3. La protection de la réserve héréditaire

#### 1.3.1. La notion de réserve et son évolution

Actuellement, le droit suisse ne permet pas à un testateur de disposer librement de l'entier de sa succession. La loi l'oblige à réserver une partie de sa succession à ses héritiers les plus proches. Ces héritiers les plus proches sont appelés les héritiers réservataires (art. 470 al. 1 CC). Ce sont les descendants, les parents, le conjoint et le partenaire enregistré du testateur. Le montant de leur réserve est déterminé par une fraction de leur part légale (art. 471 CC)<sup>352</sup>. Lorsque ces héritiers réservataires ne reçoivent pas le montant intégral de leur part réservataire au décès du *de cuius*, ils peuvent ouvrir une action en réduction (art. 522 CC). Cette action leur permet de retrouver le montant de leur réserve qui leur est dû de par la loi. Ce droit à la réserve est transmissible. Les héritiers d'un réservataire peuvent ouvrir action pour exiger le recouvrement de sa réserve<sup>353</sup>.

La plupart des pays européens continentaux connaissent l'institution de la réserve héréditaire pour les proches du défunt. En revanche, le droit anglais ne connaît pas de réserve héréditaire. Les proches du défunt qui démontrent être dans le besoin peuvent éventuellement réclamer une prestation d'entretien qui sera à la charge de la succession (*reasonable financial provision* ou *family provision*). Cette demande des héritiers devra ensuite être tranchée par le juge en fonction des circonstances du cas d'espèce. Par conséquent, le droit anglais ne connaît pas de protection automatique des héritiers légaux les plus proches du *de cuius*<sup>354</sup>.

Les jurisprudences suisses et européennes se sont penchées sur la question de l'importance de l'institution de la réserve héréditaire. Se pose ainsi la question de savoir si le droit interne suisse peut appliquer un droit étranger, dans un acte à cause de mort, qui ne prévoit aucune réserve. Que faire si par exemple un anglais décide de faire son testament en Suisse mais fait une *professio iuris* en faveur du droit anglais (art. 90 al. 2 LDIP). Un tel choix a pour conséquence que les héritiers du *de cuius* ne pourront aucunement prétendre à recevoir leur part réservataire. Il est nécessaire de se demander si un tel choix de droit est possible en droit suisse. Un arrêt du Tribunal fédéral datant de 1976 a décrété que la réserve héréditaire de droit suisse des art. 470 ss CC ne fait pas partie de l'ordre public suisse de l'art. 17 LDIP<sup>355</sup>. Et s'agissant de la jurisprudence européenne, le constat est identique. Dans un arrêt « Jarre », la Cour de Cassation civile française a déterminé que la réserve héréditaire ne relève pas de l'ordre public international. Cependant, les juges ont estimé que la réserve héréditaire française peut quand même s'appliquer lorsque les héritiers réservataires font valoir qu'ils se trouvent dans une situation de précarité économique ou dans le besoin<sup>356</sup>. Cette jurisprudence européenne a pour effet d'être légèrement plus large que ce que le droit suisse prévoit actuellement en matière d'ordre public. Seul le temps nous dira si le Tribunal fédéral s'alignera sur la jurisprudence européenne.

<sup>350</sup> *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 243 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°491, p. 423 § 17 ; CR CC II-*Baddeley*/In article N°491, p. 231 § 27 ; Basler Kommentar ZGB II-*Bessenich*/In article N°491, p. 230-231 § 5.

<sup>351</sup> *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 243.

<sup>352</sup> Sur la notion de réserve, voir : *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 43-56 § 87-113 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 217-221 § 354-372.

<sup>353</sup> Sur l'action en réduction, voir : *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 76-85 § 150-169 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 417 ss § 783 ss.

<sup>354</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 217-218 § 356-357.

<sup>355</sup> ATF 102 II 136 c. 4.

<sup>356</sup> Arrêt de la Cour de Cassation, 1ère chambre civile, 27.09.2017, n°16-17198.

Récemment, le Conseil fédéral a décidé que le droit successoral suisse devait être modernisé. Il a donc décidé de se lancer dans une série de modifications législatives qui touchent aux successions, dont notamment la réserve héréditaire. Il a ainsi proposé de réduire le montant de la réserve des héritiers réservataires de la première parentèle et supprimer celle de la deuxième parentèle<sup>357</sup>.

Le but de ce développement était de montrer que la notion de réserve est ancrée dans le droit suisse, mais qu'elle semble être sujette à des modifications. Le droit a pour vocation de suivre l'évolution sociale. Actuellement, la réserve héréditaire de droit suisse fait encore partie des valeurs familiales et sociales. Mais comme nous pouvons le constater, le montant des réserves va très prochainement diminuer.

### 1.3.2. Atteinte à la réserve de l'enfant handicapé

#### 1.3.2.1. Aperçu du problème

L'art. 492a CC a pour but de créer une exception aux règles concernant la réserve. Lorsque des conditions strictes sont remplies, le législateur permet aux parents d'un descendant incapable de discernement de disposer de davantage que la seule quotité disponible. En effet, la clause de substitution fidéicommissaire pour le surplus dite « spéciale » peut grever une partie, voire même l'entier de la réserve du grevé<sup>358</sup>. L'art. 492a CC permet au disposant d'imposer des restrictions s'agissant de l'utilisation du patrimoine grevé de substitution fidéicommissaire<sup>359</sup>. De plus, ces restrictions ne peuvent pas être contestées par le biais de l'action en réduction, étant donné que cette dernière est exclue par l'art. 531 CC<sup>360</sup>. La possibilité offerte au disposant de porter atteinte à la réserve de son propre enfant est dérangeante<sup>361</sup>.

#### 1.3.2.2. Analyse juridique de la validité l'art. 492a CC

Est-ce légitime de porter atteinte à la réserve d'une personne incapable de discernement ? Une personne incapable de discernement de manière durable est la plupart du temps en situation de handicap. « *Est considérée comme personne handicapée [...] toute personne dont la déficience corporelle, mentale ou psychique présumée durable l'empêche d'accomplir les actes de la vie quotidienne, d'entretenir des contacts sociaux, de se mouvoir, de suivre une formation ou une formation continue ou d'exercer une activité professionnelle, ou la gêne dans l'accomplissement de ces activités* » (art. 2 al. 1 LHand). Cette situation de handicap place la personne dans une position de vulnérabilité accrue<sup>362</sup>. Une personne handicapée ne bénéficiera pas de la même protection de sa réserve que celle en bonne santé. Nous allons nous interroger sur la justification de cette réduction, voire suppression de la réserve héréditaire d'une personne en état d'incapacité de discernement. Nous devons analyser si le droit suisse permet une telle atteinte discriminatoire.

Au niveau du droit interne, il existe une loi fédérale qui concerne l'égalité des personnes handicapées<sup>363</sup>. Cette loi a pour but « *de prévenir, de réduire ou d'éliminer les inégalités qui frappent*

<sup>357</sup> *Droit des successions*, avant-projet, p. 18 ss ; *Message du Conseil fédéral*, FF 2018 5865 (la réserve héréditaire du conjoint survivant reste, quant à elle, inchangée).

<sup>358</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 246 § 3 ; *Büchler/Jakob*, Kommentar ZGB-Grüniger/In article N°492a, p. 1509 § 2 ; *Abt/Weibel*, Praxiskommentar ZGB-Liatowitsch/In article N°492a, p. 461 § 1 ; *Basler Kommentar ZGB II-Bessenich*/In article N°492a, p. 239 § 1 et 242 § 9 ; *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, p. 870 § 33 ; *Rubido*, Successio Nr. 4/16, p. 349.

<sup>359</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 258 § 64.

<sup>360</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 248 § 16 ; *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies, p. 7 § 2 ; *Baddeley*, Droit des successions, p. 61 ; *Zeiter*, Successio Nr. 4/11, p. 266 § 69.

<sup>361</sup> *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 240 ; CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 255-258 § 51-64 ; LEUBA critique la présomption faite par le législateur selon laquelle, si le grevé avait le discernement, il ne voudrait pas gratifier des héritiers non méritants, voir : *Leuba*, Jusletter, p. 7 § 42-45.

<sup>362</sup> *Schefer/Hess-Klein*, Droit de l'égalité des personnes handicapées, p. 3-4.

<sup>363</sup> LHand – RS.151.3 et son ordonnance : OHand – RS.151.31 ; La LHand est une concrétisation de l'art. 8 al. 4 Cst. féd.

*les personnes handicapées* » (art. 1 al. 1 LHand)<sup>364</sup>. Cependant, le champ d'application de la LHand couvre uniquement des discriminations en lien avec des installations, prestations, équipements publics (art. 3 LHand)<sup>365</sup>. Elle ne s'applique donc pas à une discrimination se trouvant potentiellement dans la loi. Il faut ainsi passer aux protections offertes par un rang législatif supérieur. La Constitution fédérale protège des droits et principes fondamentaux, tels que le principe de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst. féd.) et l'interdiction de la discrimination (art. 8 al. 2 Cst. féd.). Il existe également une disposition constitutionnelle spécifique, portant sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (art. 8 al. 4 Cst. féd.). Cependant, cette dernière disposition ne garantit aucun droit fondamental, nous allons par conséquent la laisser de côté.

S'agissant de la distinction entre l'égalité et l'interdiction de la discrimination, nous partirons plutôt sur une analyse de l'interdiction de la discrimination, étant donné qu'elle est plus incisive et qu'elle s'applique lorsqu'un critère prohibé est présent (art. 8 al. 2 Cst. féd.)<sup>366</sup>. Cette disposition implique une obligation négative de l'État de ne pas faire de discrimination (en droit ou dans les faits) en fonction de critères prohibés, sans justification objective et raisonnable. L'art. 8 al. 2 Cst. féd. contient une liste non exhaustive de critères qui sont prohibés. Comme autres critères admis, il y a notamment le handicap ou l'état de santé. L'état d'incapacité de discernement requis par l'art. 492a CC semble ainsi correspondre à un critère prohibé de l'art. 8 al. 2 Cst. féd. Cependant, la loi permet de faire des différenciations de manière admissible lorsque ces discriminations sont fondées sur des critères objectifs et raisonnables. Lorsque la différenciation se trouve dans la loi, le but poursuivi par le législateur doit être légitime et respecter le principe de proportionnalité. Il est nécessaire de faire une pesée des intérêts pour le déterminer. S'agissant de l'art. 492a CC, cette modification successorale s'inscrit dans le cadre d'une révision du droit de la protection de l'adulte. Cette révision introduit des modifications conséquentes qui ont pour but de mettre en avant la primauté de la volonté de la personne incapable de discernement. L'art. 492a CC permet au disposant de gratifier de manière plus conséquente des personnes qui ont contribué à aider le descendant incapable de discernement durant sa vie. Le législateur veut permettre aux parents de ce descendant d'écarter des héritiers légaux qui ne seraient pas dignes de son héritage. Étant donné que l'enfant ne peut pas prendre l'initiative de le faire lui-même, cette disposition permet à ses ascendants de choisir à sa place. Cependant, si nous nous plaçons du côté des parents qui disposent à cause de mort pour leur descendant incapable, cet art. 492a CC leur permet d'accroître leur pouvoir de disposition sur leur patrimoine. En effet, ils ne sont plus contraints de respecter la réserve héréditaire de leur descendant. La loi permet ainsi une différenciation entre la réserve d'un enfant capable de discernement, qui est intouchable et celle d'un enfant incapable de discernement, qui pourra quant à elle être réduite voire supprimée. À première vue, nous pouvons clairement conclure à une discrimination qui a pour base le handicap. Existe-t-il un motif justificatif admissible à une telle situation discriminante ? Nous pouvons laisser cette question ouverte, car l'art. 492a CC se trouve être une base légale de droit fédéral qui est protégé par l'art. 190 Cst. féd. Ainsi, l'art. 8 al. 2 Cst. féd. ne permet pas de fonder une quelconque violation des droits fondamentaux du descendant incapable de discernement, étant donné que la disposition légale est couverte par la protection constitutionnelle des lois fédérales<sup>367</sup>. Ainsi, notre analyse démontre qu'aucune protection juridique n'existe en droit interne suisse.

Au niveau du droit international, il existe la Convention européenne des droits de l'homme<sup>368</sup>, qui contient également une protection contre la discrimination (art. 14 CEDH). L'analyse à faire est la même que celle de l'art. 8 al. 2 Cst. féd. La CEDH n'accorde toutefois pas de protection aux lois

<sup>364</sup> Au sujet de la LHand, voir : *Schefer/Hess-Klein*, Droit de l'égalité des personnes handicapées, p. 6-7 et 9-11.

<sup>365</sup> Sur le champ d'application de la LHand, voir : *Schefer/Hess-Klein*, Droit de l'égalité des personnes handicapées, p. 53-60.

<sup>366</sup> L'art. 8 al. 2 Cst. féd. est d'application directe et indirecte selon l'art. 35 al. 2 et 3 Cst. féd. ; *Schefer/Hess-Klein*, Droit de l'égalité des personnes handicapées, p. 9-11 ; *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel suisse, p. 503-530 § 1080-1135.

<sup>367</sup> Il faut préciser que le recours abstrait contre une loi fédérale est exclu par l'art. 190 Cst. féd., mais, il n'est cependant pas exclu de faire un recours concret dans lequel la proportionnalité de la charge serait examinée. En effet, les tribunaux ont une obligation d'appliquer la loi, mais aucune interdiction de la contrôler. Cela implique qu'il est possible pour un tribunal, de vérifier à titre préjudiciel, si une loi fédérale est conforme à la Constitution fédérale et le cas échéant, dans son arrêt, ce dernier peut inviter le législateur à modifier la loi fédérale en question.

<sup>368</sup> CEDH – RS.0.101.

fédérales des États membres, il n'y a donc pas de pendant de l'art. 190 Cst. féd. dans la CEDH. L'inconvénient est que l'art. 14 CEDH est une disposition qui ne peut pas être invoquée seule. En effet, il est nécessaire d'invoquer conjointement une autre disposition de la Convention. Cette conséquence réduit considérablement le champ d'application de l'art. 14 CEDH. L'art. 492a CC ne semble pas porter atteinte à un autre droit fondamental prévu dans la Convention<sup>369</sup>. Partant de cette conclusion, la CEDH ne peut ainsi pas être utilisée pour contrôler la légalité de l'art. 492a CC. Selon nous, une nuance doit être apportée. En effet, en introduisant l'art. 5 al. 4 Cst. féd. le législateur suisse a émis la volonté de respecter le droit international dans le cadre de son droit interne. Ainsi, il est très probable que le droit suisse doit être interprété de manière conforme au droit international. Par conséquent, l'art. 190 Cst. féd. ne devrait pas constituer un obstacle à cette interprétation conforme au droit supérieur. Dans le doute, il serait préférable de suivre une interprétation qui aille dans le sens de l'art. 8 CEDH, ce qui ne semble pas être le cas actuellement s'agissant de l'art. 492a CC. Cette question concernant l'interprétation reste ainsi sans réponse pour l'instant, nous devons attendre que le Tribunal fédéral se prononce sur un tel cas.

La dernière convention qu'il nous reste à analyser est la Convention de 2006 relative aux droits des personnes handicapées<sup>370</sup>. Cette convention confère des droits et obligations aux États contractants concernant la protection des personnes handicapées<sup>371</sup>. Les États doivent prendre des mesures afin d'éliminer les discriminations, stigmatisations et différenciations envers les handicapés (art. 4 CDPH). Les handicapés font partie des groupes vulnérables et défavorisés qui doivent être protégés de manière active par les États. À première vue, cette convention semble s'appliquer. Cependant, cette convention vise surtout des objectifs à atteindre et ne constitue pas en soi une loi contraignante à l'égard de la Suisse, étant donné que le protocole facultatif n'a pas été ratifié. Ce protocole permet normalement les recours individuels au Comité des droits des personnes handicapées (art. 34 ss CDPH). Par conséquent, aucun individu suisse n'a la possibilité de recourir directement au Comité. Aucune procédure d'enquête sur la validité du droit suisse ne pourra avoir lieu par ce biais. Ainsi, le contrôle du droit suisse par le Comité n'est possible que sur demande de la Suisse<sup>372</sup>.

Malgré les aspects choquants de l'art. 492a CC, nous constatons que le droit suisse et le droit international n'apportent aucune protection concrète aux personnes handicapées dans un tel cas de figure. Selon nous, cette disposition est critiquable d'un point de vue de l'art. 8 al. 4 Cst. féd. Cependant, cette disposition constitutionnelle n'énonce que des buts à atteindre ; il est donc du ressort du législateur ou, à défaut, du pouvoir judiciaire, de modifier légèrement cet art. 492a CC pour le rendre ainsi plus acceptable au regard des buts poursuivis par les règles sur la protection des personnes handicapées.

### 1.3.2.3. Propositions de modifications de l'art. 492a CC

Comment nous l'avons vu jusqu'à présent, la plupart de la doctrine soulève le problème de l'atteinte à la réserve de l'enfant handicapé<sup>373</sup>, cependant seul PIOTET D. présente une solution pour tenter de remédier au problème ; il propose que la réserve du descendant incapable de discernement ne puisse être grevée que « *d'une substitution avec libre droit de disposition sur les biens substitués* »<sup>374</sup>. Cette

<sup>369</sup> À notre sens la protection de la propriété n'entre pas en ligne de compte, étant donné que le droit de l'héritier n'est qu'une expectative et non pas un droit réel.

<sup>370</sup> CDPH – RS.0.109.

<sup>371</sup> Pour des explications sur la CDPH, voir : <https://www.humanrights.ch/fr/droits-humainsuisse/interieure/groupes/handicapes/suisse-a-ratifie-convention-handicapees>.

<sup>372</sup> Lors de débats dans le cadre d'une conférence en matière de protection des mineurs et des adultes, il semble que la CDPH est, malgré tout, utilisée dans le but d'interpréter le droit suisse de la protection de l'adulte, pour le rendre conforme au droit international. Ainsi, nous pouvons supposer que cette convention a quand même une certaine influence sur le droit suisse, voir à ce sujet : *Meier*, La pratique à l'interface entre protection de l'individu et respect de l'autonomie. Cependant, tant que le protocole facultatif n'a pas été ratifié par le Parlement, aucune garantie d'applicabilité directe ne peut être déduite de la CDPH pour le moment. Voir également sur ce sujet la thèse (non encore publiée) de Sarah GROS qui concerne : « *La capacité de discernement de l'adulte en droit privé : Aspects matériels et procéduraux* ».

<sup>373</sup> Cf. 1.3.2. Atteinte à la réserve de l'enfant handicapé.

<sup>374</sup> *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 240.

proposition a pour conséquence de permettre au descendant d'utiliser comme bon lui semble le patrimoine grevé, sans être restreint par le disposant. Seul le patrimoine grevé restant à son décès sera transmis à l'appelé. Dans l'hypothèse où le descendant ne fait pas usage de l'entier de sa réserve, ceci n'a pas d'impact, étant donné que cette atteinte à sa réserve aura été volontaire. Il ne devrait exister aucune limite restreignant son pouvoir de disposition. L'art. 492a CC en l'état semble être plutôt une disposition qui vise à favoriser le disposant au détriment du descendant. Cette norme légale qui s'inscrit dans la révision du droit de la protection de l'adulte devrait pourtant être interprétée plutôt dans le sens de l'intérêt de la personne incapable de discernement<sup>375</sup> : ce qui n'est actuellement pas le cas.

Nous sommes d'avis que la proposition de PIOTET D. permettrait de mieux respecter les intérêts de chacun. Le grevé pourrait ainsi disposer librement du patrimoine grevé et le disposant pourrait être rassuré pour l'hypothèse où le grevé dispose de moins que le montant de sa réserve. Ainsi, le patrimoine grevé restant serait assurément versé à l'appelé, sans qu'une partie ne parte à la collectivité publique. Il pourrait être intéressant de rajouter également un alinéa à l'art. 492a CC concernant le droit de la protection de l'adulte. Lorsqu'une personne est incapable de discernement, elle n'a plus l'exercice des droits civils. Pour tous les actes qui requièrent d'avoir la capacité de discernement, cette personne devra agir par le biais de son représentant légal ou d'un curateur. En principe, un curateur est désigné lorsque la famille n'arrive pas à faire face seule à la charge de travail que représentent la gestion et l'aide personnelle apportées à la personne incapable de discernement (art. 390 ss CC). Dans l'hypothèse où le parent qui s'occupe de la gestion du patrimoine de l'enfant en tant que représentant légal est aussi le disposant qui ordonne une substitution fidéicommissaire au sens de l'art. 492a CC, il existe à notre sens un conflit d'intérêts. En effet, le parent ne devrait pas pouvoir gérer l'argent de son enfant et en même temps vouloir le restreindre pour privilégier au maximum l'appelé. Selon nous, il faudrait désigner de manière automatique un curateur à l'enfant lorsque l'art. 492a CC est appliqué. La loi prévoit qu'un curateur doit être désigné lorsque la personne a besoin de protection (art. 390 al. 2 CC). La loi prévoit également que le curateur ne doit pas être dans une situation de conflit d'intérêts avec les intérêts de l'enfant (art. 403 CC)<sup>376</sup>. À notre sens, un membre de la famille qui peut être qualifié d'intéressé dans une telle situation ne doit pas pouvoir être représentant légal ou curateur de l'enfant. La meilleure solution serait de rajouter un alinéa qui prévoit simplement qu'un curateur indépendant est désigné à l'enfant au plus tard au jour du décès du disposant.

### 1.3.3. Atteinte à la réserve du parent n'ayant pas disposé

BADDELEY<sup>377</sup> soulève une autre difficulté que pose l'art. 492a CC, lorsque la clause de substitution fidéicommissaire est prise par un seul des deux parents de l'enfant incapable de discernement. Dans de telles circonstances, le parent n'ayant pas pris de disposition au sens de l'art. 492a CC se verra également écarté en tant qu'héritier réservataire de son propre enfant décédé avant lui (art. 471 ch. 2 CC)<sup>378</sup>. Le législateur semble privilégier la protection de certains héritiers réservataires au détriment d'autres. Ainsi, le descendant et le conjoint ou partenaire enregistré du grevé voient leur réserve héréditaire épargnée, ce qui n'est pas le cas du parent n'ayant pas disposé. Le législateur semble estimer que ce parent doit se sacrifier pour son enfant. Cependant, cette situation crée une inégalité dans les droits des deux parents de l'enfant. Le parent ayant choisi d'utiliser l'art. 492a CC renonce volontairement à sa réserve héréditaire, ce qui n'est pas le cas de l'autre parent<sup>379</sup>.

En effet, aucune raison ne justifie l'atteinte à la réserve du parent n'ayant pas fait usage de l'art. 492a CC. Normalement, tout héritier qui refuse volontairement de se voir attribuer le montant de sa réserve doit le faire par le biais d'un pacte successoral abdicatif (art. 495 CC). Il serait ainsi préférable que la clause de substitution fidéicommissaire puisse s'exécuter par le biais d'un pacte

<sup>375</sup> *Piotet Denis*, *Successio* Nr. 1/07, p. 240.

<sup>376</sup> Sur le conflit d'intérêts, voir : *Steinauer/Fountoulakis*, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, p. 519 § 1164 et p. 550-551 § 1239-1242.

<sup>377</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 257 § 59.

<sup>378</sup> *Baddeley*, *Droit des successions*, p. 59 ; *Leuba*, *Jusletter*, p. 4 § 20-22.

<sup>379</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 257 § 59.

successoral incluant les deux parents de l'enfant. De la sorte, les deux parents renoncent volontairement à leur réserve en cas de prédécès de leur enfant.

## 1.4. Actions successorales

### 1.4.1. Les différentes actions successorales

#### 1.4.1.1. Introduction

S'agissant des actions successorales, deux situations doivent être distinguées. La première situation concerne l'hypothèse où toutes les conditions de l'art. 492a CC sont réalisées. Dans cette situation, la substitution fidéicommissaire pour le surplus dite « *spéciale* » peut s'appliquer pleinement. La conséquence est que l'action en réduction (art. 522 ss CC, soit notamment 531 CC) ne peut pas être invoquée lorsque la réserve du descendant incapable de discernement est touchée par la clause de substitution<sup>380</sup>. Ainsi, le grevé (ou son représentant légal) ne peut pas réclamer le recouvrement du montant de sa réserve. En revanche, dans l'hypothèse où une des conditions prévues par l'art. 492a CC n'est pas ou plus réalisée, le grevé ou ses héritiers réservataires pourront ouvrir action pour faire constater et corriger les conséquences liées à cette invalidité. Ce présent chapitre va traiter des actions successorales possibles lorsque les conditions de l'art. 492a CC ne sont plus réalisées. L'analyse doit être faite en distinguant trois périodes temporelles. La première période allant de la confection de l'acte au décès du disposant, la seconde allant du décès du disposant jusqu'à la mort du grevé et la dernière allant du décès du grevé à la mort de l'appelé.

#### 1.4.1.2. Période entre la confection de l'acte et le décès du disposant

##### 1.4.1.2.1. Situation de tous les héritiers

Tant que le disposant n'est pas décédé, les héritiers n'ont qu'une expectative sur la succession de ce dernier. Étant donné que le disposant peut encore décider de modifier ou révoquer ses dispositions à cause de mort jusqu'à son décès, le sort des héritiers n'est ainsi pas encore déterminé de manière fixe. Ces derniers n'ont aucun moyen judiciaire pour contester la charge de la substitution fidéicommissaire<sup>381</sup>.

#### 1.4.1.3. Période entre le décès du disposant et le décès du grevé

##### 1.4.1.3.1. Situation de l'héritier grevé

Dès le décès du disposant, l'acte à cause de mort déploie pleinement ses effets. L'art. 492a CC prévoit que lorsqu'une condition fait défaut, la substitution fidéicommissaire s'éteint de plein droit<sup>382</sup>. Le problème est que la loi ne prévoit pas la manière dont il faut interpréter cette extinction. Le législateur voulait éviter que le descendant doive faire lui-même des démarches pour faire annuler la clause. Cependant, la doctrine<sup>383</sup> estime qu'il est préférable pour le descendant (ou son représentant légal) d'adopter un comportement actif pour faire constater cette extinction de plein droit. Le grevé dispose

<sup>380</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 248 § 16 ; *Zeiter*, Successio Nr. 4/11, p. 266 § 69 ; *Leuba*, Jusletter, p. 7 § 42 ; *Baddeley*, Droit des successions, p. 61 ; *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, p. 870 § 33 ; *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 162 § 2 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 437-438 § 8 ; *Wolff/Hrubesch-Millauer*, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, p. 203 § 743.

<sup>381</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 259-260 § 71.

<sup>382</sup> CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 259 § 68.

<sup>383</sup> Dans ce sens : CR CC II-*Baddeley*/In article N°492a, p. 259 § 68 ; *Baddeley*, Droit des successions, p. 63 ; *Weimar*, Berner Kommentar ZGB III/In article N°492a, p. 439 § 12 ; *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 244-247 ; *Baddeley*, Droit des successions, p. 62 ; LEUBA ne semble pas être de cet avis, selon elle le législateur voulait juste éviter à l'incapable de discernement de devoir faire des démarches, surtout dans l'hypothèse où il est incapable de discernement : *Leuba*, Jusletter, p. 6 § 37.

de plusieurs actions successorales dans un tel cas<sup>384</sup>. Si sa réserve est atteinte, il peut ouvrir une action en réduction (art. 522 ss CC)<sup>385</sup>. Cette action lui permet de récupérer le montant de sa réserve. La deuxième action possible est celle de l'action en nullité (art. 519 al. 1 ch. 3 CC)<sup>386</sup>. Cette action a pour effet de rendre nulle la charge, pour cause de non-respect des conditions de l'art. 492a CC et également pour cause de non-respect du montant de la réserve (art. 471 ch. 1 CC). La troisième action possible est celle en constatation de l'inefficacité de la charge imposée par l'acte à cause de mort du disposant (art. 88 CPC). Cette action permet de faire constater l'invalidité de la clause de substitution fidéicommissaire<sup>387</sup>. De plus, il est aussi possible pour le grevé d'opposer une exception en réduction (art. 533 al. 3 CC) ou en nullité (art. 521 al. 3 CC) face à des prétentions successorales de l'appelé, devenues sans fondement suite à l'invalidité de l'art. 492a CC<sup>388</sup>.

#### 1.4.1.3.2. Situation des héritiers réservataires du grevé

Tant que le grevé n'est pas décédé, la loi ne permet pas aux héritiers réservataires du grevé d'ouvrir action pour faire tomber la charge de substitution fidéicommissaire, qui ne remplit plus les conditions de l'art. 492a CC<sup>389</sup>. Ils peuvent éventuellement demander la constitution d'un inventaire (art. 490 CC appliqué par analogie)<sup>390</sup>. Il leur est aussi possible de demander l'administration d'office de la succession (art. 490 al. 3 CC)<sup>391</sup>. PIOTET D.<sup>392</sup> estime que la loi contient une lacune au sens de l'art. 1 al. 2 CC et que le législateur aurait dû prévoir une action propre anticipée pour les héritiers réservataires. En l'état, l'art. 492a CC ne protège aucunement les héritiers réservataires du grevé dans une telle situation, malgré le fait que le but de la loi soit de les protéger. Il faudrait ainsi mettre en place une mesure ou une action permettant de protéger « l'atteinte à leur expectative de réserve future »<sup>393</sup>.

#### 1.4.1.3.3 Interprétation de l'étendue de « l'extinction de plein droit »

S'agissant de la nullité de la substitution fidéicommissaire : que le grevé fasse le choix d'adopter un comportement actif en faisant valoir une action en nullité ou qu'il laisse la loi s'appliquer de plein droit, un problème se pose concernant l'étendue de la nullité de la clause. La question est de savoir comment interpréter : « l'extinction de plein droit »<sup>394</sup>. Il y a deux possibilités concernant cette invalidité : soit l'entier de la clause tombe et le descendant récupère sa part légale *ab intestat* ou sa part testamentaire antérieure, soit la clause reste et le descendant récupère uniquement le montant de sa réserve. La loi n'apporte pas de réponse à cette question : c'est une lacune<sup>395</sup>. Plusieurs avis doctrinaux existent à ce sujet<sup>396</sup>.

ZEITER<sup>397</sup> ne semble pas relever ces deux possibilités. Elle dit que si l'art. 492a CC n'est plus applicable, le grevé récupère sa réserve et ainsi la succession légale est rétablie.

<sup>384</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 260 § 72-76.

<sup>385</sup> Sur l'action en réduction, voir : *Steinauer*, Le droit des successions, p. 417 ss § 783 ss ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 76-85 § 76-169 ; *Eigenmann/Landert*, Actions successorales, p. 49-78 § 1-134.

<sup>386</sup> Sur l'action en nullité, voir : *Steinauer*, Le droit des successions, p. 408 ss § 754 ss ; *Eigenmann/Landert*, Actions successorales, p. 27-48 § §-105.

<sup>387</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 402 ss § 742 ss ; *Baddeley*, Droit des successions, p. 63.

<sup>388</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 260 § 76 ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 77-78 § 152-153.

<sup>389</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 260-261 § 77.

<sup>390</sup> Avec hésitations : *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 244 ; *Leuba*, Jusletter, p. 6 § 38.

<sup>391</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 256 § 53 ; *Frankhauser/Bieler*, Successio Nr. 2/09, p. 167-168 § 16.

<sup>392</sup> *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 244.

<sup>393</sup> *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 244.

<sup>394</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 261 § 82.

<sup>395</sup> *Idem*.

<sup>396</sup> STEINAUER évoque le problème, mais ne donne pas de solution : *Steinauer*, La substitution fidéicommissaire : questions choisies ; *Zeiter*, Successio Nr. 4/11, p. 266 § 66 ; CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 261-262 § 82 ; *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 245-246.

<sup>397</sup> *Zeiter*, Successio Nr. 4/11, p. 266 § 66.

Selon BADDELEY<sup>398</sup>, deux hypothèses sont envisageables. Si la volonté du disposant était de favoriser le grevé, elle estime que le grevé doit pouvoir récupérer l'entier de sa part *ab intestat* ou part testamentaire antérieure. L'entier de la clause de substitution fidéicommissaire tombe. Si, par contre, le disposant voulait favoriser l'appelé, la clause reste et le descendant ne récupère que le montant de sa réserve. Cette deuxième hypothèse est l'équivalent d'un renvoi à la réserve de l'héritier. Cet auteur est d'avis que, sans indice sur la volonté du disposant, il faut plutôt opter pour la première solution<sup>399</sup>. Selon elle, il est ainsi préférable de favoriser le grevé lorsque la volonté du disposant ne peut pas être reconstituée. Nous sommes d'avis que cette solution permettrait en effet de corriger le caractère choquant de l'atteinte à la réserve qui est autorisée par l'art. 492a CC.

Selon PIOTET D.<sup>400</sup> lorsque les conditions de l'art. 492a CC ne sont plus remplies, soit le disposant avait la volonté de supprimer entièrement la clause de substitution, soit il avait la volonté de la garder et de renvoyer l'héritier grevé seulement à sa réserve. La loi ne répond pas à cette question : il faut ainsi se tourner vers l'interprétation de la volonté du disposant. Dans la première hypothèse, la suppression de la clause a pour effet qu'il faut se demander si on retombe sur les règles *ab intestat* ou sur des dispositions testamentaires antérieures. Dans la deuxième hypothèse, l'extinction de plein droit a pour conséquence de supprimer la substitution fidéicommissaire pour le surplus spéciale et de la transformer en une clause de substitution fidéicommissaire ordinaire au sens des art. 488 ss CC. Pour déterminer quelle option choisir, il faut analyser la volonté du disposant. S'il voulait favoriser au maximum les héritiers qui ne sont pas privés de leur discernement, sa volonté doit être comprise comme étant d'utiliser pleinement la possibilité offerte par l'art. 492a CC pour réduire la réserve de l'enfant incapable de discernement. Ainsi, dans ce cas de figure, la clause de substitution reste, mais l'héritier grevé hérite uniquement du montant de sa réserve. En revanche, si la volonté du disposant peut être interprétée comme voulant favoriser le descendant incapable, la clause de substitution devra être supprimée entièrement<sup>401</sup>.

Pour pousser le raisonnement plus loin, une dernière solution doit être apportée. Dans l'hypothèse où le descendant est toujours incapable de discernement de manière durable, mais que ce dernier a un enfant. Une telle situation a pour effet qu'une des conditions d'application de l'art. 492a CC n'est plus remplie. Ainsi, il faut choisir entre la solution du renvoi à la réserve ou du retour à la part légale du descendant. Cependant, une solution encore différente pourrait être conseillée par le notaire au disposant. Étant donné l'incapacité de discernement du descendant, la situation est inchangée sous cet angle. Il pourrait être judicieux de prévoir dans l'acte à cause de mort, que dans le cas où le descendant devient lui-même parent, il est renvoyé à sa réserve et que la différence entre la part légale de ce dernier et sa réserve sera ensuite transmise directement au petit-enfant du disposant. Par le biais de cette solution, le défunt permet un rétablissement de l'égalité entre les souches.

À notre sens, il est également important de se poser la question de l'importance du choix de l'appelé par le disposant. En effet, si l'appelé est choisi dans l'intérêt du disposant plutôt que dans celui du grevé, cet élément permettra de démontrer que la volonté du disposant était plutôt d'utiliser l'art. 492a CC pour contourner les règles sur la réserve. Par le biais de cette réflexion, nous concluons au caractère inapproprié de l'art. 492a CC qui peut être utilisé à des fins de contournement des règles sur la réserve héréditaire.

<sup>398</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 261-262 § 82.

<sup>399</sup> *Idem*.

<sup>400</sup> *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 245-246.

<sup>401</sup> *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 245-246 ; C'est par exemple, le cas du disposant qui attribue la quotité disponible à son descendant incapable de discernement en plus du montant de sa réserve. Dans une telle hypothèse, il faut interpréter la volonté du disposant de favoriser son enfant. Ainsi, en cas d'invalidité de la clause de substitution fidéicommissaire de l'art. 492a CC il faut préconiser un retour au système des parts légales. Cette solution permet de retrouver une égalité entre les descendants.



#### 1.4.1.3.4. Ordre des réductions

Lorsque l'extinction de la clause de substitution se fait de plein droit (art. 492a al. 2 CC), l'héritier grevé doit pouvoir intenter une action en réduction pour récupérer le montant de sa réserve<sup>402</sup>. Dans un tel cas de figure se pose la question de l'ordre des réductions (art. 532 CC)<sup>403</sup>. L'art. 532 CC prévoit que ce sont premièrement les dispositions à cause de mort qui doivent être réduites et seulement ensuite les libéralités entre vifs. Cependant, PIOTET D.<sup>404</sup> soulève un problème concernant cet ordre de réduction. Selon lui « *l'action en réduction n'est possible qu'au-delà de la valeur que la substitution fidéicommissaire pour le surplus retire à la réserve du grevé : cette valeur doit être imputée nécessairement à la prétention du grevé réservataire à l'égard d'autres libéralités, à cause de mort ou entre vifs* »<sup>405</sup>. Un tel problème se pose notamment lorsqu'une libéralité entre vifs est faite à une personne qui est également l'appelé dans le cadre de la substitution fidéicommissaire.

#### 1.4.1.4. Période entre le décès du grevé et le décès de l'appelé

Concernant la période qui suit le décès du grevé, les héritiers réservataires de ce dernier pourront à leur tour agir lorsque les conditions de l'art. 492a CC n'étaient manifestement pas remplies lors du vivant du grevé<sup>406</sup>. Ils peuvent intenter les mêmes actions que celles qui étaient ouvertes au grevé, de son vivant. En outre, ils peuvent également ouvrir une action supplémentaire qui est l'action en pétition d'hérédité (art. 598 ss CC)<sup>407</sup>. Cette action permet aux héritiers du grevé d'agir contre l'appelé qui a pris possession des biens de la succession, alors même que les conditions de la substitution fidéicommissaire spéciales ne sont plus remplies.

#### 1.4.2. Les délais de péremption des actions successorales

Que ces actions successorales soient intentées par le grevé ou par ses héritiers réservataires, elles sont soumises à des délais de péremption. Les seuls moyens de contestation qui ne dépendent d'aucun délai sont les moyens de défense qui sont invoqués à titre d'exception (art. 521 al. 3 et 533 al. 3 CC)<sup>408</sup> et l'action en constatation de l'inefficacité de la charge (art. 88 CPC)<sup>409</sup>. Pour les autres actions, soit celles en réduction, nullité et pétition d'hérédité, des délais devront être respectés. Le premier délai est le délai relatif de un an dès le jour où l'héritier se rend compte de l'atteinte à sa réserve (art. 533 al. 3 CC), un an dès que l'héritier a connaissance de la disposition et de la cause de nullité (art. 521 al. 1 CC) ou un an dès que les héritiers du grevé se rendent compte que l'appelé est en possession de la succession (art. 600 al. 1 CC)<sup>410</sup>. Ce premier délai ne pose pas de problème étant donné qu'il commence à courir seulement dès l'instant où le grevé ou ses héritiers se rendent compte que les conditions de l'art. 492a CC ne sont plus réalisées. Le deuxième délai est le délai absolu de 10 ans. Ce délai commence à courir dès l'ouverture de l'acte à cause de mort du disposant (art. 521 al. 1, 533 al. 1 et 600 al. 1 CC)<sup>411</sup>. En revanche, ce deuxième délai est indépendant de la connaissance que le demandeur a pu avoir de son action. Le délai de 10 ans pose problème s'agissant de l'invalidité de

<sup>402</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 262 § 83 ; Cette hypothèse concerne seulement le cas de figure où la clause de substitution de l'art. 492a CC est en quelque sorte transformée en substitution ordinaire selon la volonté interprétée du *de cuius*.

<sup>403</sup> Sur l'ordre des réductions, voir : *Steinauer*, Le droit des successions, p. 432 ss § 827 ss ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 79 § 155-156.

<sup>404</sup> *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 246.

<sup>405</sup> *Idem*.

<sup>406</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 260-261 § 77.

<sup>407</sup> Sur l'action en pétition d'hérédité, voir : *Steinauer*, Le droit des successions, p. 575 ss § 1114 ss ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p.239-242 § 501-507 ; *Eigenmann/Landert*, Actions successorales, p. 141-162 § 1-78.

<sup>408</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 412-414 § 768-773b et 430-431 § 821-825a ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 77-78 § 152-153 ; Ces moyens de défense ne sont pas soumis aux délais de péremption. D'un point de vue formel, ils ne devraient pas être abordés dans un chapitre consacré aux délais de péremption.

<sup>409</sup> *Steinauer*, Le droit des successions, p. 402 ss § 742 ss.

<sup>410</sup> *Ibid*, p. 412-414 § 768-773b et 430-431 § 821-825a.

<sup>411</sup> *Ibid*, p. 412-414 § 768-773b et 430-431 § 821-825a.

l'art. 492a CC<sup>412</sup>. En effet, suivant le laps de temps qui sépare l'ouverture de l'acte à cause de mort et le moment de l'invalidité des conditions, le délai peut être déjà échu.

Selon BADDELEY<sup>413</sup>, le problème du délai absolu se pose si le grevé redevient capable de discernement ou que l'on découvre qu'il existe des dispositions à cause de mort du grevé, plus de 10 ans après l'ouverture de l'acte à cause de mort qui instaure la substitution fidéicommissaire. Dans un tel cas de figure, il apparaît choquant que l'on puisse considérer que l'action soit périmée. Cette situation soulève à nouveau un problème de lacune de la loi au sens de l'art. 1 al. 2 CC. Le constat est que le législateur a oublié d'adapter les délais des actions successorales pour un tel cas de figure. Si les délais de péremption ne sont pas adaptés, les intérêts de l'héritier grevé ainsi que les intérêts de ses propres héritiers réservataires seront atteints. Selon toujours le même auteur, deux solutions sont envisageables pour résoudre le problème. Il faudrait ainsi « *convertir l'action intentée en une action imprescriptible en constatation de l'invalidité* », ou sinon « *faire abstraction du délai absolu de l'action successorale intentée, en s'appuyant éventuellement sur les règles relatives à la restitution de délais* »<sup>414</sup>.

Si nous suivons l'interprétation de LEUBA<sup>415</sup>, ce problème de délai de péremption est évité. En effet, elle préconise une extinction de plein droit de la substitution fidéicommissaire, sans que le descendant ne doive ouvrir action. Selon cette théorie, aucun délai ne devrait ainsi s'opposer à cette extinction de plein droit<sup>416</sup>. À notre sens, ce raisonnement n'est pas assez complet pour être appliqué en pratique<sup>417</sup>.

À notre avis, une autre possibilité pour contrer le problème du délai absolu serait de proposer d'appliquer par analogie le délai de 30 ans (application par analogie des art. 521 al. 2 ou 600 al. 2 CC). Cette solution aurait pour effet de donner plus de temps aux héritiers réservataires pour réclamer le montant de leur réserve. Lorsqu'une action en réduction est intentée, il faut malgré tout éviter de pouvoir remonter trop loin dans le temps sinon il n'y aurait plus aucune sécurité juridique. Nous estimons que rendre l'action successorale imprescriptible n'est pas la meilleure solution d'un point de vue de la prévisibilité du droit, notamment pour les défendeurs à l'action. Le législateur devrait ainsi prévoir un entre-deux, entre le délai trop court et l'absence de délai. Une autre solution serait de prévoir un point de départ du délai de 10 ans plus loin dans le temps<sup>418</sup>.

## § 2. Intervention du notaire et de l'exécuteur testamentaire

### 2.1. Propositions législatives concernant le rôle du notaire et de l'exécuteur testamentaire

Pour améliorer la substitution fidéicommissaire de l'art. 492a CC, il pourrait être intéressant de proposer une modification législative selon laquelle toute substitution fidéicommissaire spéciale qui porte sur la réserve de l'enfant handicapé doit être faite en la forme authentique. Une telle modification aurait pour effet de permettre aux personnes touchées dans le cadre de l'art. 492a CC d'être informées par leur notaire. En effet, en tant qu'officier public, le notaire est chargé de conseiller et d'aider ses clients dans le cadre de la confection d'actes faits en la forme authentique<sup>419</sup>. La forme authentique a donc pour but de protéger les parties lors d'engagements importants. Elle permet au

<sup>412</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 261 § 78-80 ; *Piotet Denis*, Successio Nr. 1/07, p. 246.

<sup>413</sup> CR CC II-Baddeley/In article N°492a, p. 261 § 78-80.

<sup>414</sup> *Ibid*, p. 261 § 80.

<sup>415</sup> *Leuba*, Jusletter, p. 6 § 37.

<sup>416</sup> *Idem*.

<sup>417</sup> Dans l'hypothèse où la substitution fidéicommissaire s'éteint automatiquement de plein droit, comme le préconise LEUBA, que faire si l'appelé a hérité et est entré en possession des valeurs grevées ? Dans une telle situation, pour récupérer les valeurs grevées qui doivent revenir au grevé (ou ses propres héritiers légaux), seule une action en pétition d'hérédité est possible (art. 600 al. 1 CC). À notre sens, il n'est ainsi pas possible de s'affranchir des règles successorales qui contiennent des délais de péremption.

<sup>418</sup> Par exemple prévoir que le délai de 10 ans commence à courir seulement dès le moment où les conditions de l'art. 492a CC ne sont plus réalisées.

<sup>419</sup> *Jeandin*, La profession de notaire, p. 82-84 ; *Mooser*, Le droit notarial en Suisse, p. 144-147 § 235b-235l.

testateur de prendre le temps de réfléchir aux conséquences de son acte<sup>420</sup>. Nous sommes ainsi d'avis que le choix d'utiliser l'art. 492a CC ne devrait pas pouvoir être fait en la simple forme écrite par le testateur, étant donné que de nombreuses conséquences découlent de ce choix, dont notamment l'atteinte possible à la réserve du descendant.

Les étapes pourraient ainsi être les suivantes : premièrement le disposant contacte un notaire de son choix qui le renseigne sur l'application possible de l'art. 492a CC. Lors du premier entretien le notaire se renseigne sur l'état mental de l'enfant, par le biais de son représentant légal ou de son curateur. Si l'état de l'enfant le permet, il le convoque pour vérifier en personne que l'enfant ne semble pas être capable de discernement<sup>421</sup>. L'entretien avec l'enfant se fait séparément de ses parents, afin de vérifier sa compréhension et tenter de lui donner des indications simplifiées. Bien évidemment, cette étape de discussion ne se prête pas à toutes les maladies psychiques. Après cet éventuel entretien avec l'enfant, le notaire requiert ensuite une expertise médicale de son état psychologique. L'expert mandaté prépare une expertise qui permet de constater que ce descendant est incapable de discernement et que de plus cette incapacité est durable. Selon nous, cet état doit être proche d'un état irrémédiable (par exemple une maladie incurable). En cas de doute sur le caractère durable du discernement, il est préférable de ne pas se lancer dans une telle clause de substitution fidéicommissaire. Dans un deuxième temps, après avoir vu les parties le notaire prépare le projet de testament ou de pacte successoral. Nous estimons qu'il est préférable de passer par le biais d'un pacte successoral si les deux parents de l'enfant sont encore en vie. Ce pacte successoral permet ainsi aux deux parents de renoncer valablement à leur propre réserve dans l'hypothèse où l'enfant prédécède. Si par contre, le disposant est veuf ou veuve, la forme du testament en la forme authentique est tout à fait appropriée. C'est au moment de la confection de l'acte que le notaire vérifie si les conditions légales sont remplies. Dans l'hypothèse où le descendant a des enfants ou qu'il est marié ou partenariat au jour de la confection de l'acte, la réalisation de la condition de leur absence devra être vérifiée au jour de l'ouverture de la substitution fidéicommissaire.

Si les conditions sont remplies, certains points doivent encore être respectés. Premièrement, dans la clause de substitution fidéicommissaire, le disposant ne peut pas ordonner de restriction à la libre disposition du patrimoine grevé. En effet, nous privilégions une interprétation très restrictive de l'art. 492a CC. Ainsi, l'héritier grevé doit pouvoir jouir librement du patrimoine grevé. Seul le reste sera ensuite transmis à l'appelé<sup>422</sup>. Deuxièmement, si le descendant n'est pas déjà accompagné d'un curateur ou d'un représentant légal neutre, l'Etat lui en désigne un d'office. En effet, il faut éviter qu'un membre de la famille du descendant ou un proche de l'appelé, ne puisse être le représentant légal de l'enfant. Il faut empêcher à tout prix que la jouissance ou l'administration du patrimoine de l'enfant puisse être influencée par une personne qui est dans une situation de conflit d'intérêts.

Si les conditions de la substitution fidéicommissaire spéciale ne sont pas remplies, il faut passer par les actions successorales pour permettre un retour à l'état initial du descendant. L'extinction de « *plein droit* » de l'art. 492a al. 2 CC doit être comprise comme étant un retour à l'état *ab intestat*. Sauf si le disposant a expressément précisé qu'en cas d'extinction de la clause de l'art. 492a CC, il renvoie son héritier à sa part réservataire. Il est donc nécessaire que le disposant ait fait valoir sa volonté expresse de renvoyer son descendant à sa réserve. Et dans la dernière hypothèse, où le testateur ne porte nullement atteinte à la réserve de l'enfant étant donné qu'il lui attribue également la quotité disponible. Selon nous, il est tout à fait envisageable que la substitution fidéicommissaire pour le surplus reste régie par l'art. 492a CC, si un montant correspondant à la réserve de l'enfant ne se trouve pas dans le

<sup>420</sup> Dépraz, La forme authentique, p. 61 § 105.

<sup>421</sup> Si son état de santé le permet. Il pourrait même être envisagé que le notaire se déplace lui-même dans l'hypothèse où la personne n'a qu'une mobilité réduite.

<sup>422</sup> Le reste doit avoir été volontairement épargné.

patrimoine grevé. S'agissant du délai absolu pour ouvrir une action en réduction, en nullité ou en pétition d'hérédité, nous pensons qu'il pourrait être intéressant d'appliquer par analogie le délai de 30 ans de l'art. 521 al. 2 ou 600 al. 2 CC. Cette extension du délai permet une meilleure protection de l'héritier sans pour autant tomber dans un cas d'insécurité du droit<sup>423</sup>.

Vu la complexité, tant d'un point de vue théorique que pratique, que pose l'application de l'art. 492a CC, il pourrait être intéressant que le notaire propose au disposant de désigner un exécuteur testamentaire qui puisse aider au transfert du patrimoine restant entre le grevé et l'appelé. La période temporelle entre la confection de l'acte chez le notaire et le moment du décès du grevé peut être très longue. Il pourrait être opportun pour le disposant de désigner le notaire comme exécuteur testamentaire et à défaut son successeur. Ainsi, cette substitution d'exécuteur testamentaire permet de couvrir une période temporelle plus grande. Ce mécanisme permettrait ainsi une meilleure transition entre l'héritier grevé et l'héritier appelé<sup>424</sup>.

À titre de proposition pour l'Association des notaires suisses, il serait intéressant de mettre en place pour les stagiaires notaires, une journée de formation pour les sensibiliser à la notion du handicap. Étant donné qu'ils vont être confrontés un jour ou l'autre à des personnes pouvant être à la frontière entre la capacité et l'incapacité de discernement, il est important qu'ils puissent avoir la formation adéquate pour déterminer si une expertise médicale est nécessaire dans un cas d'espèce.

## 2.2. Recommandations de l'Union Internationale du Notariat latin

L'analyse du droit interne et du droit international nous a permis de conclure à la légalité de l'art. 492a CC. Cependant, cette disposition comporte, à notre sens, un aspect choquant. Elle permet de réduire les droits successoraux des personnes en situation d'handicap. Nous allons tenter une dernière analyse de cet article sous l'angle des recommandations de l'Union Internationale du Notariat latin (UINL).

L'UINL est une organisation internationale, créée en 1948 à Buenos Aires. Son but est de promouvoir, coordonner et développer les intérêts et les fonctions de la profession notariale à travers le monde. Actuellement, elle compte huitante-six Notariats nationaux membres<sup>425</sup>. Le Notariat latin suisse est membre depuis 1948<sup>426</sup>. Cette organisation met en avant certaines valeurs qui doivent être respectées.

En avril 2018, l'UINL a tenu une réunion à Genève au Palais des Nations Unies. Cette conférence avait pour thème « *Le rôle du notariat dans l'exercice de la capacité juridique des personnes handicapées* »<sup>427</sup>. À cette occasion, vingt-cinq représentants des Notariats nationaux et experts dans le domaine étaient présents. La présidence des débats a été assurée par Madame DEVANDAS AGUILAR qui se trouve être la rapporteuse spéciale des Nations unies sur les droits des personnes handicapées. Le but de ces débats était de mettre en lien l'application de l'art. 12 CDPH et le rôle du notaire<sup>428</sup>. Cet art. 12 CDPH reconnaît la pleine capacité juridique des personnes handicapées. Elle vise l'égalité dans

<sup>423</sup> À notre sens, il serait contraire à la sécurité du droit de supprimer complètement le délai absolu comme le propose certains auteurs, cf. 1.4.2. Les délais de péremption des actions successorales.

<sup>424</sup> Sur l'exécution testamentaire prolongée, voir : ATF 51 II 49 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 9 ; Sur l'exécuteur testamentaire, voir : CR CC II-*Baddeley*/In article N°488, p. 202 § 8 ; *Guinand/Stettler/Leuba*, Droit des successions, p. 247-259 § 513-540 ; *Steinauer*, Le droit des successions, p. 589-610 § 1158-1186b.

<sup>425</sup> <http://www.old.uinl.org/documents/BrochureFR.pdf>, consulté le 09.11.18.

<sup>426</sup> [http://www.old.uinl.org/399/id\\_22/notariats-membres-payscarte](http://www.old.uinl.org/399/id_22/notariats-membres-payscarte), consulté le 09.11.18.

<sup>427</sup> Le procès-verbal complet de la conférence n'est pas encore paru, nous nous basons sur le résumé (Note conceptuelle) et sur nos notes personnelles prises durant la conférence.

<sup>428</sup> *Devandas Aguilar*, Note conceptuelle, p. 1.

les faits et dans le droit. En tant qu'officier public de l'État, le notaire doit veiller à la protection des droits humains. Toute personne vulnérable doit pouvoir bénéficier de cette protection<sup>429</sup>.

Les personnes en situation d'incapacité de discernement sont très souvent discriminées en raison de leur handicap. Ce constat peut se faire dans pratiquement toutes les juridictions du monde. À chaque fois, leur capacité juridique est limitée ou leur pouvoir de décision est substitué par un tiers (représentant légal, curateur ou tuteur). Déjà à l'époque romaine, il existait ce phénomène de catégorisation et restriction des droits des personnes vulnérables. Encore de nos jours, certains pays musulmans appliquent le même principe de restrictions des droits pour les femmes<sup>430</sup>. Le constat est que les personnes en situation de vulnérabilité doivent bénéficier d'une plus grande protection. Les États doivent éviter de créer des discriminations et des exclusions de la vie en société de ces personnes handicapées. Ainsi, le but de la CDPH est d'assurer une reconnaissance universelle de la capacité juridique. Elle veut permettre un exercice effectif de ce droit par les personnes handicapées<sup>431</sup>.

Un certain nombre de propositions ont été faites pour tenter d'améliorer l'application de la CDPH en lien avec le notariat. Le point central qui a été soulevé est que le notaire doit prendre en compte la volonté de la personne considérée et non pas l'intérêt présumé de cette dernière. Les restrictions à la volonté de la personne ainsi que la substitution de volonté doivent être évitées. Le notaire doit favoriser la participation des personnes en situation de handicap à l'acte juridique. Il doit prendre en compte autant que possible la volonté de la personne. Des moyens doivent être pris pour s'adapter au mieux à la personne handicapée. Il peut par exemple requérir l'assistance de témoins ou de professionnels (psychologues) pour l'assister<sup>432</sup>.

Cette conférence nous permet de constater que la volonté de l'UINL est de favoriser l'égalité juridique des personnes handicapées. Il faut prioritairement suivre la volonté de la personne concernée et éviter de se substituer à sa volonté. Si nous interprétons l'art. 492a CC à la lumière des recommandations de l'UINL, nous constatons que cet article semble aller dans le sens contraire. Premièrement, il permet aux parents de l'enfant incapable de discernement de se substituer à sa propre volonté. Deuxièmement, cet article permet une réduction, voire suppression des droits successoraux du descendant. Il crée ainsi une discrimination par rapport aux autres descendants ne souffrant pas de handicap. Un notaire confronté à l'application de l'art. 492a CC en l'état actuel du droit, va à l'encontre de son devoir de protection des personnes handicapées. Le législateur suisse, en adoptant une telle disposition, ne s'est pas rendu compte de l'effet discriminatoire causé sur les personnes incapables de discernement. Une modification législative de cet article, comme proposé dans le chapitre précédent, permettrait une meilleure harmonisation du droit suisse avec les règles de droit international. Les recommandations de l'UINL ne sont pas contraignantes, mais elles donnent aux notaires un moyen d'améliorer en continu leur législation nationale respective.

---

<sup>429</sup> L'UINL propose un modèle type de loi sur le notariat. Il contient des règles juridiques et éthiques. L'art. 5.5 prévoit qu'une des tâches du notaire est de « *garantir la sécurité et la vérité juridique* ». En d'autres termes, il doit faire respecter les droits fondamentaux des personnes. Pour cette loi uniforme voir : <http://www.old.uinl.org/675/deontologie-et-regles-d-organisation-du-notariat>, consulté le 09.11.18.

<sup>430</sup> Exemples donnés par Monsieur CHAVEZ lors du débat.

<sup>431</sup> *Devandas Aguilar*, Note conceptuelle, p. 1-2.

<sup>432</sup> Interventions de Madame GUILARTE, Madame ALMUDENA, Monsieur VASQUEZ et Maître RUBIDO.

## Titre V. Conclusion

Tout au long de ce travail, nous avons analysé la notion de substitution fidéicommissaire pour le surplus spéciale de l'art. 492a CC<sup>433</sup>. Nous avons constaté que cette disposition est critiquée par la doctrine pour les nombreux problèmes d'interprétation qu'elle pose. L'étendue du pouvoir de disposition du grevé n'est pas fixée par le législateur. La protection dont les créanciers du grevé bénéficient en cas de patrimoine distinct n'est pas non plus réglée. La disposition pose également des problèmes d'atteinte à la réserve du descendant. Nous avons pu constater que le droit interne et le droit international ne s'opposent pas à l'application de cette disposition, mais cependant si nous l'interprétons selon les recommandations de l'UINL, cette dernière est discriminatoire pour les personnes handicapées. De plus, nous avons pu constater que cette disposition porte également atteinte à la réserve du parent n'ayant pas ordonné de substitution fidéicommissaire spéciale au sens de l'art. 492a CC. Et pour finir, nous avons mentionné les différents problèmes relatifs aux actions successorales possibles en cas d'invalidité ou caducité de l'art. 492a CC. Face à ces nombreux problèmes rencontrés, nous estimons que pour permettre une application de cette disposition, il faut modifier la forme légale qui est exigée. Actuellement, le droit permet d'ordonner une substitution fidéicommissaire spéciale dans un simple testament olographe. Nous pensons que cette disposition est trop complexe dans son application pour permettre à un testateur de la choisir sans conseil avisé d'un notaire. La forme authentique est le moyen le plus sûr pour permettre un contrôle des conditions de validité au moment de la confection de l'acte du disposant. Le disposant doit comprendre la gravité de l'atteinte portée à son descendant. À titre de conclusion, nous estimons que l'art. 492a CC doit être possible uniquement en la forme authentique devant un notaire, qu'il ne doit pas être possible de restreindre volontairement la réserve du descendant et que seul un libre droit de disposition sur le patrimoine grevé doit être permis.

---

<sup>433</sup> Une thèse de doctorat sur le sujet permettrait un meilleur approfondissement de la matière et notamment une comparaison avec le droit des pays qui nous entourent.

# Annexes

Figure 1 – Les différentes sortes de substitutions

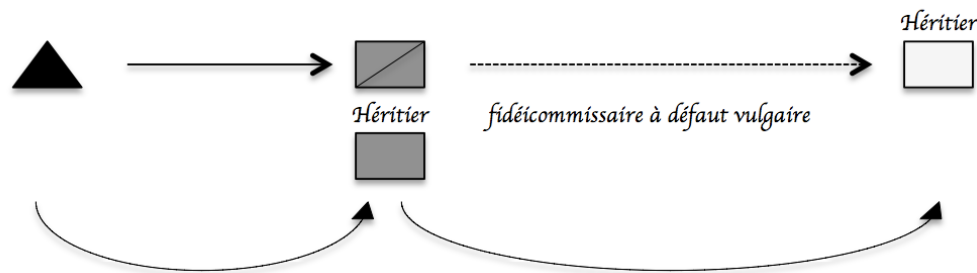
Substitution légale



Substitution vulgaire



Substitution compendieuse



Substitution fidéicommissaire

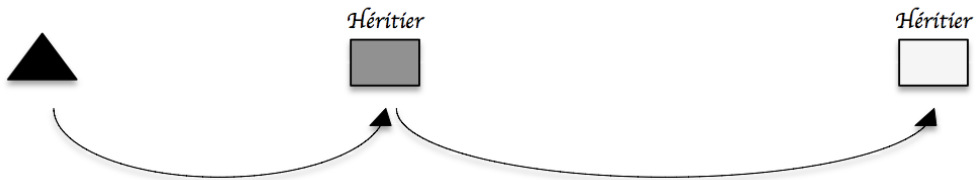


Figure 2 - Schéma temporel concernant la substitution fidéicommissaire ordinaire et pour le surplus

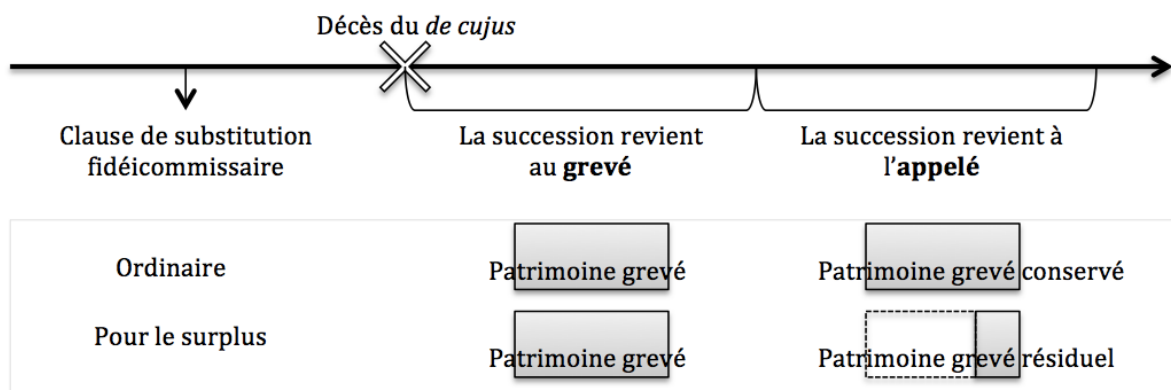


Figure 3 - Tableau des différences entre la substitution fidéicommissaire ordinaire et pour le surplus

	Condition de la quotité disponible	Mesures de protection	Héritier/légataire avantage	Conservation du patrimoine
Ordinaire	Pouvoir de disposition limité par la condition de la restitution	Protection de la réserve du grevé	Inventaire obligatoire Sûretés fournies sauf avis contraire expresse du <i>de cuius</i> (490 CC)	Avantage plutôt l'appelé
Pour le surplus	Pouvoir de disposition presque sans limite (pas prévu dans le CC mais reconnu par jurisprudence et doctrine)	Protection de la réserve du grevé, exception faite de l'art. 492a CC, qui permet de porter atteinte à la réserve du descendant incapable de discernement durablement	Inventaire obligatoire Sûretés non fournies sauf avis contraire du <i>de cuius</i> (490 CC)	Avantage plutôt le grevé

Figure 4 – Tableau d'analyse des avis doctrinaux concernant le moment de réalisation de la condition de l'absence de descendant, conjoint ou partenaire enregistré

Hypothèses	Moment de la confection de l'acte (doctrine minoritaire)	Moment du décès du grevé (doctrine majoritaire)	Constat
N°1	<b>Absence</b> de descendant, conjoint ou partenaire enregistré	<b>Absence</b> de descendant, conjoint ou partenaire enregistré	Dans cette première hypothèse, tant du point de vue de la doctrine majoritaire que minoritaire, la condition d'absence de descendant, conjoint ou partenaire enregistré est remplie. Le disposant peut donc prévoir une clause de substitution fidéicommissaire spéciale au sens de l'art. 492a CC.
N°2	<b>Existence</b> de descendants, conjoint ou partenaire enregistré	<b>Absence</b> de descendant, conjoint ou partenaire enregistré	Dans cette deuxième hypothèse, la doctrine minoritaire estime que la condition n'est pas remplie au moment de la confection de l'acte, étant donné que le grevé a des descendants, conjoint ou partenaire enregistré. En revanche, la doctrine majoritaire permet au disposant de confectionner l'acte avec la clause de substitution fidéicommissaire spéciale, alors même qu'il connaît l'existence d'au moins un héritier légal du grevé. Étant donné que pour ce dernier, le moment déterminant est l'ouverture de la substitution fidéicommissaire.
N°3	<b>Existence</b> de descendants, conjoint ou partenaire enregistré	<b>Existence</b> de descendants, conjoint ou partenaire enregistré	Dans cette troisième hypothèse, s'agissant de la doctrine minoritaire la condition n'est pas remplie. Et s'agissant de la doctrine majoritaire, il serait possible pour le disposant de prendre des dispositions, mais ces dernières seront nulles au moment du décès du grevé, étant donné qu'à ce moment-là la condition d'absence de descendant, conjoint ou partenaire n'est toujours pas remplie. Si on suit l'avis de la doctrine minoritaire, dans une telle situation on évite de prendre des dispositions alors que la condition n'est pas remplie et de devoir dans un deuxième temps les faire annuler parce que la condition n'est toujours pas remplie.
N°4	<b>Absence</b> de descendant, conjoint ou partenaire enregistré	<b>Existence</b> de descendants, conjoint ou partenaire enregistré	Dans cette quatrième hypothèse, la doctrine minoritaire permet au disposant de prendre des dispositions contenant une substitution fidéicommissaire, étant donné qu'au moment de la confection, ce dernier n'a pas encore connaissance de l'existence d'héritiers légaux. Cependant, si l'on suit cette doctrine



			minoritaire lors du décès il faudra à nouveau faire un constat et cette fois-ci la condition n'est plus remplie. Ainsi, au lieu de devoir faire deux constats différés dans le temps, il est plus logique de suivre la doctrine majoritaire et de vérifier si la condition est réalisée au moment de l'ouverture de la substitution (qui est en principe le jour du décès du grevé).
--	--	--	--

Figure 5 – Tableau explicatif des divergences doctrinales s'agissant du moment de la réalisation des quatre conditions d'application de l'art. 492a CC

Tableau

Auteurs	Acte de disposition du <i>de cujus</i>	Décès du de cujus	Décès du grevé
Doctrines majoritaires	Condition n°1		
	Condition n°2		
			Condition n°3
	Condition n°4		
LEUBA		Condition n°1	
		Condition n°2	
		Condition n°3	
		Condition n°4	
ZEITER	Condition n°1		
	Condition n°2		
	Condition n°3		
	Condition n°4		
		Condition implicite : le descendant doit survivre au <i>de cujus</i> et être héritier de ce dernier	

Légende

Condition n°1	Le grevé est un descendant
Condition n°2	Incapacité durable de discernement
Condition n°3	Absence de descendant, conjoint ou partenaire enregistré
Condition n°4	Absence de disposition pour cause de mort du descendant

Figure 6 – Illustration

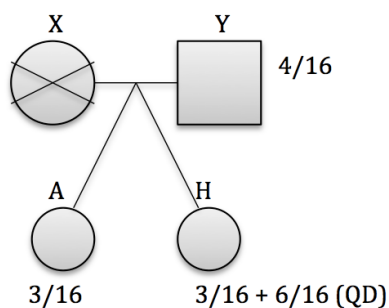


Figure 7 – Dispositions légales du Code civil allemand (BGB)

§ 2113	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <i>Die Verfügung des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder Recht an einem Grundstück oder über ein zur Erbschaft gehörendes eingetragenes Schiff oder Schiffsbauwerk ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde.</i></li> <li>2. <i>Das Gleiche gilt von der Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt. Ausgenommen sind Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird.</i></li> <li>3. <i>Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung.</i></li> </ol>
§ 2137	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <i>Hat der Erblasser den Nacherben auf dasjenige eingesetzt, was von der Erbschaft bei dem Eintritt der Nacherbfolge übrig sein wird, so gilt die Befreiung von allen in § 2136 bezeichneten Beschränkungen und Verpflichtungen als angeordnet.</i></li> <li>2. <i>Das Gleiche ist im Zweifel anzunehmen, wenn der Erblasser bestimmt hat, dass der Vorerbe zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein soll.</i></li> </ol>
§ 2138	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <i>Die Herausgabepflicht des Vorerben beschränkt sich in den Fällen des § 2137 auf die bei ihm noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände. Für Verwendungen auf Gegenstände, die er infolge dieser Beschränkung nicht herauszugeben hat, kann er nicht Ersatz verlangen.</i></li> <li>2. <i>Hat der Vorerbe der Vorschrift des § 2113 Abs. 2 zuwider über einen Erbschaftsgegenstand verfügt oder hat er die Erbschaft in der Absicht, den Nacherben zu benachteiligen, vermindert, so ist er dem Nacherben zum Schadensersatz verpflichtet.</i></li> </ol>