

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

ÉCOLE DE DROIT
FACULTÉ DE DROIT, DES SCIENCES CRIMINELLES
ET D'ADMINISTRATION PUBLIQUE

LE TRAITEMENT DE LA PART SUPPLÉMENTAIRE DU
BÉNÉFICE ATTRIBUÉE AU CONJOINT SURVIVANT PAR
CONTRAT DE MARIAGE : EFFETS PRATIQUES ET
CONSÉQUENCES

MÉMOIRE DE MAÎTRISE UNIVERSITAIRE EN DROIT

présenté

par

Manon Trisconi

sous la direction du

Professeur Denis Piotet

Lausanne, le 25 mai 2020

Table des matières

Bibliographie.....	III
Table des abréviations.....	IX
Table de jurisprudence	X
Titre 1. Introduction.....	1
1. Introduction générale.....	1
2. La révision du droit des successions	1
Titre 2. Le sort du bénéfice de l'union conjugale au décès d'un conjoint.....	3
1. La notion.....	3
2. La répartition légale.....	3
3. La répartition conventionnelle.....	4
4. La protection de la réserve des enfants non communs	4
Titre 3. La qualification de l'attribution de la part supplémentaire du bénéfice attribuée au conjoint survivant.....	6
1. La part supplémentaire de bénéfice selon le droit actuel	6
1.1. Disposition pour cause de mort et libéralités entre vifs : définitions	6
1.2. La jurisprudence du Tribunal fédéral	7
1.3. Controverse doctrinale	9
1.3.1. La qualification de libéralité entre vifs.....	9
1.3.2. La qualification d'actes entre vifs	11
1.3.3. La qualification de disposition pour cause de mort.....	12
2. La part supplémentaire de bénéfice et la révision du droit des successions.....	14
2.1. Avant-projet : la qualification de disposition pour cause de mort	14
2.2. Le Message du Conseil fédéral : la qualification de libéralité entre vifs	15
Titre 4. Problèmes pratiques soulevés par ces deux qualifications.....	17
1. Le montant de la masse de calcul des réserves	17
1.1. La masse successorale selon le droit en vigueur	17
1.2. La masse de calcul des réserves et de la quotité disponible	17
1.3. Le calcul de la réserve des enfants communs et non communs	18
1.3.1. Les méthodes de calculs selon les différentes qualifications de l'attribution d'une part supplémentaire de bénéfice	18
1.3.1.1. La qualification de libéralité entre vifs	18
1.3.1.1.1. Dissociation des masses de calcul des réserves	18

1.3.1.1.2. Masse commune du calcul des réserves	21
1.3.1.2. La qualification de disposition pour cause de mort	21
1.4. L'avant-projet	23
1.5. Le projet de révision	24
2. L'ordre des réductions	26
2.1. La réduction selon le droit en vigueur	26
2.1.1. Objet et conditions de l'action en réduction	26
2.1.2. L'ordre des réductions selon la loi et la doctrine	27
2.2. La réduction selon l'avant-projet du Conseil fédéral	32
2.3. La réduction selon le projet du Conseil fédéral	34
2.4. Illustrations	37
2.4.1. Solution de l'avant-projet	37
2.4.2. Solution du projet	37
3. L'indignité du conjoint survivant gratifié	38
3.1. Notions	38
3.2. L'avant-projet : la qualification d'acte à cause de mort	39
3.3. Le projet : la qualification d'acte entre vifs	40
3.4. Exemple	40
4. La réserve du conjoint survivant pendant la procédure de divorce	41
4.1. Le droit actuel	41
4.2. L'avant-projet	43
4.3. Le projet	45
Titre 5. Conclusion	47

Bibliographie

ABT Daniel/**WEIBEL** Thomas, *PraxisKommentar, Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung*, 4^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2019 (cité : AUTEUR, PraxisKomm).

AEBI-MÜLLER Regina, *Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten*, Stämpfli, Berne 2007.

BADDELEY Margareta, *Le droit matrimonial au service de la planification de la succession*, in : Successio Nr. 4/09, Schulthess, Zurich 2009, p. 247 (cité : BADDELEY, Successio Nr. 4/09).

BADDELEY Margareta, *De la motion Gutzwiller à l'Avant-projet du Conseil fédéral du 4 mars 2016 : aperçu sommaire de la proposition de réforme*, Die Praxis des Familienrechts, Stämpfli, Berne 2016, pp. 567-597 (cité : BADDELEY, *De la motion Gutzwiller*).

BOHNET François/**CHRISTINAT** Rachel, *Actions civiles, commentaire pratique*, 2^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2019.

BOHNET François/**GUILLOD** Olivier, *Droit matrimonial : fond et procédure, droit privé, procédure civile, droit international privé, droit des assurances sociales, droit fiscal*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016 (cité : AUTEUR-CPra droit matrimonial).

BORNHAUSER Philip R., *Die Rechtsnatur der Vorschlagszuweisung und deren Folge für die Erbteilung*, in : Successio Nr. 4/11, Schulthess, Zurich 2011, p. 318 (cité : BORNHAUSER, Successio Nr. 4/11).

BORNHAUSER Philip R., *Der Ehe- und Erbvertrag, Gogmatische Grundelage für die Praxis*, in : Zürcher Studien zum Privatrecht Band Nr. 243, Schulthess, Zurich 2012 (cité : BORNHAUSER, *Der Ehe- und Erbvertrag*).

BRACONI Andrea/**CARRON** Blaise, *Code civile suisse et Code des obligations annotés*, 10^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016 (cité : BRACONI/CARRON, CC & CO annotés).

BRÄNDLI Roger, *Vorschlagszuweisung an den vorversterbenden Ehegatten und die Frage der erbrechtlichen Herabsetzung*, in : PJA, Verlag, 2003, pp. 335-341 (cité : BRÄNDLI, *Vorschlagszuweisung*).

BREITSCHMID Peter/**EITEL** Paul/**FANKHAUSER** Roland/**GEISER** Thomas/**JUNGO** Alexandra, *Erbrecht*, 3^{ème} éd., Schulthess, Zurich 2016.

BREITSCHMID Peter/**RUMO-JUNGO** Alexandra, *Erbrecht, in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3^{ème} éd., Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : AUTEUR, CHK-ZGB).

BREITSCHMID Peter/RUMO-JUNGO Alexandra, *Personen - und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz*, in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3^{ème} éd., Schulthess, Zurich 2016 (cité : AUTEUR, CHK- Handkommentar).

CAVIN Pierre, *Régime matrimonial et droit de succession, Étude de la relation entre l'action en réduction et les contrats de mariage modifiant la répartition légale du bénéfice dans le régime de l'union des biens*, in : *Mélanges François Guisan*, Librairie de l'Université, Lausanne 1950, pp. 102-128.

CHUARD Léa, *La qualification juridique de l'attribution d'une part supérieure ou de l'entier du bénéfice de l'union conjugale au conjoint survivant par contrat de mariage et ses effets en droit des successions*, thèse, Lausanne 2014.

DESCHENAUX Henri/STEINAUER Paul-Henri/BADDELEY Margareta, *Les effets du mariage*, 3^{ème} éd., Stämpfli, Berne 2015.

DRUEY Jean Nicolas, *Grundriss des Erbrechts*, 5^{ème} éd., Stämpfli, Berne 2002.

EIGENMANN Antoine, *Action en nullité et indignité*, Journée de droit successoral 2017 (STEINAUER Paul-Henri/MOOSER Michel/EIGENMANN Antoine, édit.), Stämpfli, Berne 2017 (cité : EIGENMANN, Journée de droit successoral 2017).

EIGENMANN Antoine/LANDERT Alexa, *Actions successorales*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2019.

EIGENMANN Antoine/ROUILLER Nicolas, *Commentaire du droit des successions* (art. 457-640 CC), Stämpfli, Berne 2012 (cité : AUTEUR, *Commentaire du droit des successions*).

EITEL Paul, *Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte und ihre Tragweite beim Ableben eines Ehegatten – ausgewählte Fragestellungen*, in : *Familienvermögensrecht : berufliche Vorsorge - Güterrecht – Unterhalt*, Schulthess, Zurich 2016 (cité : EITEL, *Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte*).

EITEL Paul, *Die Pflichtteilberechnungsmasse*, in : *Revue de la Société des juristes bernois*, Stämpfli, Berne 2018 (cité : EITEL, *Die Pflichtteilberechnungsmasse*).

FANKHAUSER Roland/RUMO-JUNGO Alexandra, *Entwurf zur Revision des Erbrechts vom 29. August 2018 : ein Überblick*, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Stämpfli, Berne 2019, p. 1-11 (cité : FANKHAUSER/RUMO-JUNGO, *Entwurf zur Revision des Erbrechts*).

GUINAND Jean/STETTLER Martin/LEUBA Audrey, *Droit des successions* (art. 457-640 CC), 6^{ème} éd., Schulthess, Genève 2005.

HAUSHEER Heinz/**REUSSER** Ruth/**GEISER** Thomas, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten*, Band II, Berner Kommentar, Stämpfli, Berne 1992 (cité : HAUSHEER/REUSSER/ GEISER, BK-ZGB II).

HONSELL Heinrich/**VOGT** Peter Nedim/**GEISER** Thomas, *Zivilgesetzbuch I, art. 1-476 ZGB*, 5^{ème} éd., Basler Kommentar, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2014 (cité : AUTEUR, BSK-ZGB I).

HONSELL Heinrich/**VOGT** Peter Nedim/**GEISER** Thomas, *Zivilgesetzbuch II, art. 457-977 ZGB, art 1-61 SchlT ZGB*, 5^{ème} éd., Basler Kommentar, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2015 (cité : AUTEUR, BSK-ZGB II).

KOBEL Felix/**FANKHAUSER** Roland, *Zur Herabsetzbarkeit erbrechtlichen Inestaterwerbs – ein Diskussionsbeitrag*, in : Successio Nr. 3/07, Schulthess, Zürich 2007 (cité : KOBEL/FANKHAUSER, Successio Nr. 3/07).

KOSTKIEWICZ Jolanta Kren/**WOLF** Stephan/**AMSTUTZ** Marc/**FANKHAUSER** Roland, *Zivilgesetzbuch Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Füssli Kommentar, Orell Füssli, Zurich 2016 (cité : AUTEUR, ZGB-Komm).

PICHONNAZ Pascal/**FOËX** Bénédicte, *Code civil I, art 1-359 CC*, Commentaire romand, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010 (cité : AUTEUR, CR-CC I).

PICHONNAZ Pascal/**FOËX** Bénédicte/**PIOTET** Denis, *Code civil II, art 457-977 CC et art. 1-61 Tit. Final CC*, Commentaire romand, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016 (cité : AUTEUR, CR-CC II).

PIOTET Denis, *Où porter le débat sur l'avant-projet de révision du droit des successions ?*, in : Successio, Schulthess, Zurich 2016, p. 329-334 (cité PIOTET, *Où porter le débat*).

PIOTET Denis, *L'attribution du bénéfice matrimonial et l'ordre des réductions : Réviser l'art. 532 CC autrement*, in : Revue suisse de jurisprudence, Schulthess, Zurich 2019, p. 67-75 (cité : PIOTET, *L'attribution du bénéfice matrimonial*).

PIOTET Paul, *De la distinction entre actes entre vifs et actes à cause de mort*, JdT I, Lausanne, 1968, p. 354-363 (cité : PIOTET, *La distinction*).

PIOTET Paul, *Droit successoral – Traité de droit privé suisse*, 2^{ème} éd., vol. 4, 2^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn, Fribourg 1975 (cité : PIOTET, *Traité*).

PIOTET Paul, *La réduction successorale des modifications conventionnelles de la répartition légale du bénéfice dans le régime matrimonial de l'union des biens*, RNRF Nr. 59/1978, Zurich 1978 (cité : PIOTET, *La réduction*).

PIOTET Paul, *Le régime matrimonial suisse de la participation aux acquêts*, Stämpfli, Berne 1986 (cité : PIOTET, *Le régime matrimonial*).

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

PIOTET Paul, *Réserves et réductions en cas de contrat de mariage sur la liquidation du régime matrimonial*, in : *Revue suisse de jurisprudence* 86/1990, Schulthess, Zurich 1990, p. 37-44 (cité : PIOTET, RSJ 86/1990).

PIOTET Paul, *Les libéralités par contrat de mariage ou autres donations au sens large et le droit successoral*, Stämpfli, Berne 1997 (cité : PIOTET, *Les libéralités par contrat de mariage*).

PORTMANN Wolfgang, *Pflichtteilsschutz bei Errungenschaftsbeteiligung – Schnittstelle zwischen Erbrecht und Eherecht*, in « *Recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis*, Stämpfli, Berne 1997 (cité : PORTMANN, *Pflichtteilsschutz*).

RUMO-JUNGO Alexandra, *Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden : eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen*, in : *Successio* Nr. 3/07, Schulthess, Zurich 2007, p.158 (cité : RUMO-JUNGO, *Successio* Nr. 3/07).

RUMO-JUNGO Alexandra, *Die Qualifikation der vollen Vorschlagszuweisung durch das Bundesgericht und was der Vorentwurf zur Erbrechtsevision daraus macht*, in : *Successio* Nr. 3/16, Schulthess, Zurich 2016, p. 276 (cité : RUMO-JUNGO, *Successio* Nr. 3/16).

STEINAUER Paul-Henri, *Le calcul des réserves héréditaires et de la quotité disponible en cas de répartition conventionnelle dans la participation aux acquêts*, in : *Mélanges Pierre ENGEL*, Payot, Berne 1989 (cité : STEINAUER, *Le calcul*).

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

STEINAUER Paul-Henri, *Première approche de la révision du droit des successions*, *Journée de droit successoral 2019* (STEINAUER Paul-Henri/MOOSER Michel/EIGENMANN Antoine, édit.), Stämpfli, Berne 2019, p. 205-221 (cité : STEINAUER, *Journée de droit successoral 2019*).

SCHWENZER Ingeborg/FRANKHAUSER Roland, *Scheidung*, *FamKomm* Band I, Stämpfli, Berne 2017 (cité : AUTEUR, *FamKomm*).

STETTLER Martin/WAELTI Fabien, *Le régime matrimonial : les dispositions générales (art. 181 à 195a CC), la participation aux acquêts (art. 196 à 220 CC)*, 2^{ème} éd., Éditions universitaires Fribourg suisse, Fribourg 1997.

TERCIER Pierre, *Le droit des obligations*, 6^{ème} éd., Schulthess, Genève, 2019.

TERCIER Pierre/**BIERI** Laurent/**CARRON** Blaise, *Les contrats spéciaux*, 5^{ème} éd., Schulthess, Genève 2016.

THÉVENOZ Luc, *Code des obligations, art. 1-529 CO*, Commentaire romand, 2^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2012 (cité : AUTEUR, CR-CO I).

TUOR Peter/**SCHNYDER** Bernhard/**SCHMID** Jörg/**JUNGO** Alexandra, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14^{ème} éd., Schulthess, Zürich 2005.

WEIMAR Peter, *Zur Herabsetzung ehevertraglicher Vorschlagszuweisungen - Zugleich eine Besprechung von BGE 128 III 314*, in : Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts - Festschrift für Heinz Rey, Schulthess, Zurich 2003 (cité : WEIMAR, *Zur Herabsetzung*).

WEIMAR Peter, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band III (art. 457-516 ZGB), Stämpfli, Berne 2009 (cité : WEIMAR, BK-ZBG III).

WOLF Stephan, *Vorschlag – und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten – mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen*, in : Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Band Nr. 584, Stämpfli, Berne 1996 (cité : WOLF, *Vorschlag*).

WOLF Stefan, *Erbrecht Band I, Schweizerisches Privatrecht, IV/I*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2012 (cité : WOLF, *Erbrecht*).

WOLF Stephan/**HOFFER** Sibylle/**HRUBESCH-MILLAUER** Stephanie/**AEBI-MÜLLER** Regina, *Erbrechtsrevision : Gedanken zum Vorentwurf des EJPD*, in : PJA, Verlag, 2016, pp. 1419-1429.

WOLF Stephan/**HRUBESCH-MILLAUER** Stephanie, *Grundriss des schweizerischen Erbrechts*, Stämpfli, Berne 2017.

Publications officielles

Rapport adressé l'Office fédéral de la justice sur la révision du Livre Troisième du Code civil suisse, « *Des successions* » ensuite de l'adoption par les Chambres fédérales de la motion Gutwiller 10.3524, Denis Piotet, 20 décembre 2012 (cité : PIOTET, rapport).

Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz, Bericht zur Motion 10.3524 Gutwiller « *Für ein zeitgemässes Erbrecht* » zuhanden des Bundesamts für Justiz, Michelle Cottier, Avril 2013 (cité : COTTIER, Rapport).

Bericht zu den Konturen eines « zeitgemässen Erbrechts » zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der « Motion Gutzwiller » (10.3524 vom 17.06.2010), Peter Breitschmid, 6 juillet 2013 (cité : BREITSCHMID, Rapport).

Avant-projet du Code civil suisse, Droit des successions, 4 mars 2016 (cité : Avant-projet, *Droit des successions*).

Rapport explicatif relatif à une modification du Code civil suisse (droit des successions), 4 mars 2016 (cité : Rapport, *Droit des successions*).

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

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 consultation).

Communiqué de presse du Conseil fédéral, *Droit des successions : décisions de principe*, 10 mai 2017 (cité : Communiqué, mai 2017).

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

Bulletin officiel du Conseil des États concernant la révision du Code civil suisse, 18.069, 12.09.19 (cité : BO 2019 E 676 ss).

Communiqué de presse de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, 18 octobre 2019 (cité : Communiqué CAJ-CN, octobre 2019).

Table des abréviations

al.	alinéa
art.	article
ATF	arrêt du Tribunal fédéral suisse
AP	avant-projet (suivi de l'abréviation de l'acte législatif)
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
CAJ-CN	Commission des affaires juridiques du Conseil national
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
<i>cf.</i>	confer
chap.	chapitre
CHF	francs suisses
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations) (RS 220)
consid.	considérant
CR	commentaire romand
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
FamKomm	Familie Kommentar
FF	Feuille fédérale
<i>ibid.</i>	ibidem
JdT	Journal des Tribunaux
let.	lettre
no	numéro
N	numéro
Nr.	Nummer
P	projet (suivi de l'abréviation de l'acte législatif)
p.	page
PJA	pratique juridique actuelle
pp.	pages
PraxisKomm	Praxis Kommentar
RNRF	revue suisse du notariat et du registre foncier
RS	recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
SJ	La Semaine judiciaire
ss	et suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral suisse
vol.	volume
ZGB	Zivilgesetzbuch (= CC)
§	paragraphe

Table de jurisprudence

Jurisprudences fédérales

ATF 58 II 1	du 22 janvier 1932	JdT 1932 I 631
ATF 58 II 423	du 3 novembre 1932	JdT 1933 I 340
ATF 76 II 8	du 16 février 1950	JdT 1950 I 514
ATF 82 II 477	du 13 septembre 1956	JdT 1957 I 483
ATF 99 II 268	du 1 novembre 1973	JdT 1974 I 337
ATF 102 II 313	du 18 novembre 1976	JdT 1977 I 130
ATF 106 II 272	du 29 décembre 1980	JdT 1982 I 201
ATF 113 II 270	du 5 août 1987	JdT 1988 I 170
ATF 115 II 321	du 3 novembre 1989	JdT 1991 I 350
ATF 116 II 243	du 12 juillet 1990	JdT 1992 I 130
ATF 122 III 308	du 25 juillet 1996	JdT 1998 I 140
ATF 127 III 390	du 17 avril 2001	JdT 2001 I 267
ATF 137 III 113	du 15 février 2011	

Titre 1. Introduction

1. Introduction générale

Par contrat de mariage, les époux ont la possibilité d'aménager le régime matrimonial auquel ils sont soumis. Ils peuvent régler le sort de leurs biens comme ils le souhaitent en prévision de la dissolution de leur union, plus particulièrement en cas de décès. Ce travail traite de la favorisation par contrat de mariage du conjoint survivant. Selon l'art. 216 al. 1 CC¹ (régime matrimonial de la participation aux acquêts) et l'art. 241 al. 2 CC (régime matrimonial de la communauté de biens), les clauses de contrat de mariage peuvent attribuer des parts de liquidation supplémentaires du bénéfice de l'union conjugale au conjoint survivant au détriment des enfants communs (dans le régime matrimonial de la participation aux acquêts). La nature juridique de cet acte de favorisation fait l'objet d'une controverse doctrinale² : est-ce une disposition pour cause de mort ou une libéralité entre vifs ? Suivant la qualification choisie, quelles sont les conséquences et sont-elles différentes ? Actuellement, la révision du droit des successions traite de cette problématique. Au fil de ce travail, nous étudierons l'incidence de ces clauses d'attribution supplémentaire sur le montant de la masse successorale, sur l'ordre des réductions, sur la capacité de l'époux indigne à recevoir le bénéfice de l'union conjugale, ainsi que la réserve et le bénéfice dus au conjoint survivant lorsqu'une procédure de divorce est en cours³. Ces différents points seront développés selon le droit en vigueur, l'avant-projet et le projet de révision du Conseil fédéral.

2. La révision du droit des successions

Depuis l'élaboration du Code civil⁴ au début du XX^{ème} siècle, très peu de modifications ont été apportées au droit des successions⁵. Une motion⁶, (10.3524) déposée le 17 juin 2010 par le Conseiller aux États GUTZWILLER, chargeait le Conseil fédéral de moderniser le droit des successions, celui-ci n'étant plus adapté aux nouvelles structures familiales⁷. Cette motion mettait l'accent sur l'augmentation de la quotité disponible, afin de favoriser le partenaire de vie non marié ou d'autres proches du concubin, tout en maintenant l'essence du droit des successions actuel. De plus, le Conseil fédéral devait « examiner également s'il y a lieu d'apporter autres modifications au droit des successions »⁸. L'Office fédéral de la Justice mandata les professeurs, D. PIOTET, P. BREITSCHMID, et M. COTTIER afin d'élaborer des rapports

¹ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

² GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 124 § 247 ; AEBI-MÜLLER, p. 107.

³ Rapport, *Droit des successions*, p. 22 ; FANKHAUSER/RUMO-JUNGO, *Entwurf zur Revision des Erbrecht*, pp. 5 et 7.

⁴ Adoption du Code civil suisse en 1907 et entrée en vigueur en 1912.

⁵ Rapport, *Droit des successions*, p. 1.

⁶ BO 2010 E 872.

⁷ *Ibid.* ; Rapport, *Droit des successions*, p.1 ; BADDELEY, *De la motion Gutwiller*, p. 567 ; WOLF/HOFER/HRUBESCH-MILLAUER/AEBI-MÜLLER, p. 1420.

⁸ Motion 10.3524.

à ce sujet⁹. Dans ces expertises, ces derniers présentaient leurs opinions au sujet de la réforme qui ont servi de base aux propositions de modification du droit des successions. Le 4 mars 2016, l'avant-projet est mis en consultation, principalement au sujet de la diminution des réserves et de l'instauration d'un legs d'entretien¹⁰. Toutefois, le rapport explicatif présentait de nombreuses autres questions qui appelaient à une clarification de la part du législateur¹¹. La procédure de consultation se termina le 20 juin 2016¹². Il en est ressorti un large consensus au sujet de l'augmentation de la part à disposition du testateur¹³. Toutefois, des critiques et d'autres nouvelles propositions non traitées dans l'avant-projet ont été émises durant cette procédure de consultation. Le 29 août 2018, le Conseil fédéral publia un Message sur la révision du droit des successions¹⁴. Dans ce projet, il proposa d'augmenter la liberté de tester du futur défunt en réduisant les réserves héréditaires des descendants et du conjoint de moitié et en supprimant la réserve des parents¹⁵. Aussi, il suggéra d'introduire une créance d'assistance en faveur du partenaire de vie¹⁶ et il clarifia certains autres points controversés et leurs conséquences, notamment la qualification de l'attribution d'une part supplémentaire attribuée au conjoint survivant par contrat de mariage, sujet de ce travail de mémoire¹⁷. Suite à cela, lors des délibérations parlementaires du 12 septembre 2019, le Conseil des États (conseil prioritaire) a adhéré en grande partie à ce projet de révision¹⁸.

⁹ Rapport, *Droit des successions*, p. 18 ; PIOTET, rapport, p. 1 ss ; BREITSCHMID, Rapport, p. 1 ss ; COTTIER, Rapport, p. 1 ss.

¹⁰ Rapport, *Droit des successions*, pp. 8 et 19 ; BADDELEY, *De la motion Gutzwiller*, p. 567 ; WOLF/HOFER/HRUBESCH-MILLAUER/AEBI-MÜLLER, p. 1420 ; Communiqué, mars 2016.

¹¹ Avant-projet, *Droit des successions*, point 6 pp. 21 à 57.

¹² FF 2018 5865, p. 5877.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ FF 2018 5865.

¹⁵ FF 2018 5865, p. 5866.

¹⁶ FF 2018 5865, p. 5909 ss.

¹⁷ FF 2018 5865, p 5895 ss ; NUSPLIGER, ZGB-Komm, N 4 et 5 *ad* art. 216.

¹⁸ BO 2019 E 686.

Titre 2. Le sort du bénéfice de l'union conjugale au décès d'un conjoint

1. La notion

En droit suisse, il existe trois formes de régimes matrimoniaux : le régime ordinaire légal de la participation aux acquêts (art. 196 ss CC) et deux régimes conventionnels, qui sont la communauté de biens (art. 221 ss CC) et la séparation de biens (art. 247 ss CC). Selon l'art. 181 CC, les époux sont soumis au régime ordinaire de la participation aux acquêts s'ils n'ont pas prévu un autre régime par contrat de mariage¹⁹. Avant ou après leur mariage, les époux peuvent conclure un contrat de mariage pour choisir un autre régime matrimonial ou alors aménager certains aspects de leur régime actuel²⁰.

Dans ce travail, nous nous intéresserons principalement au régime de la participation aux acquêts et au régime de la communauté de biens, ainsi qu'à la modification de ces régimes matrimoniaux par contrat de mariage au sujet de la répartition du bénéfice de l'union conjugale et l'incidence de cette attribution lors du décès d'un des époux. Selon l'art. 204 al. 1 CC, le décès de l'un des époux entraîne la dissolution du régime matrimonial et l'ouverture de sa succession (art. 537 al. 1 CC)²¹. Pour calculer la masse successorale à partager entre les héritiers du défunt, il convient dans un premier temps de liquider le régime matrimonial des époux²². La liquidation de la succession a lieu dans un deuxième temps²³. Le conjoint survivant touche d'abord le résultat de la liquidation du régime matrimonial, puis il participe à la succession de son époux comme héritier légal et réservataire.

2. La répartition légale

Si les époux n'ont pas conclu de contrat de mariage, ils sont soumis au régime légal ordinaire de la participation aux acquêts (art. 196 ss CC)²⁴. Le bénéfice de l'union conjugale est la somme des acquêts des deux époux qui sont les biens patrimoniaux économisés et acquis pendant la durée du mariage (art. 210 al. 1 CC)²⁵. Selon l'art. 215 al. 1 CC, « *chaque époux ou sa succession a droit à la moitié du bénéfice de l'autre* ». Ce bénéfice est divisé par deux, même lorsque seulement un des deux conjoints a participé à ce bénéfice²⁶. En cas de décès d'un époux, la moitié revient au conjoint survivant et l'autre moitié est dévolue à la succession du *de cujus*²⁷.

¹⁹ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 487 § 757 ; STETTLER/WAELTI, p. 19.

²⁰ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 492 § 772.

²¹ *Idem*, p. 673 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 37 ; PIOTET, *Le régime matrimonial*, p. 147.

²² DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 674 ; EIGENMANN/LANDERT, p. 62.

²³ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 674.

²⁴ *Idem* p. 762 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 38.

²⁵ PIOTET, *Le régime matrimonial*, p. 13.

²⁶ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 762 § 1345.

²⁷ *Idem*, p. 762 § 1346 ; STETTLER/WAELTI, N 430, p. 238.

Dans le régime de la communauté de bien, l'art. 241 al. 1 CC prévoit aussi un partage par moitié des biens de la communauté entre les époux au décès de l'un d'eux.

3. La répartition conventionnelle

Toutefois, selon l'art. 216 al. 1 CC, « *par contrat de mariage, les époux peuvent convenir d'une autre participation au bénéfice* »²⁸. Il s'agit d'un contrat bilatéral, dans lequel les époux s'écartent du régime légal ordinaire volontairement, de manière réciproque et concordante²⁹. Lorsque les époux décident de s'écarter du régime légal de la participation aux acquêts ou de le modifier dans les limites de la loi, ils doivent le faire en respectant la forme authentique (art. 184 CC)³⁰. Les conjoints peuvent donc prévoir une autre clé de répartition du bénéfice de l'union conjugale que celle par moitié³¹. Par exemple, ils peuvent décider que la totalité du bénéfice reviendra au conjoint survivant ou seulement les 3/4³². Cette modification entraîne une diminution de la masse successorale à partager entre les héritiers, puisqu'une plus grande partie des biens du *de cuius* sera attribuée au conjoint survivant au moment de la liquidation du régime matrimonial et non au moment du partage successoral³³. Cette dérogation conventionnelle ne s'applique pas dans tous les cas. Selon l'art. 217 CC, si le régime matrimonial est dissous par un divorce, une séparation de corps, une séparation de biens judiciaires ou à cause de la nullité du mariage, il ne faut pas tenir compte de la modification de ces règles de partage³⁴. Le régime matrimonial sera liquidé comme dans le régime légal par le partage de la moitié du bénéfice de l'union conjugale, sauf si les époux prévoient expressément le contraire dans leur contrat de mariage³⁵.

L'art. 241 al. 2 CC prévoit aussi la possibilité, par contrat de mariage, d'un autre partage du bénéfice de l'union conjugale dans le régime de la communauté de biens.

4. La protection de la réserve des enfants non communs

L'aménagement du régime ordinaire doit se faire dans les limites de la loi³⁶. L'art. 216 al. 2 CC prévoit que la modification de la répartition du bénéfice de l'union conjugale ne peut pas porter

²⁸ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 763 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 38 ; BADDELEY, *Successio* Nr. 4/09, p. 249.

²⁹ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 492 ; STETTLER/WAELTI, pp. 21 et 28 ; CHRISTINAT, *CPra droit matrimonial*, N 7 *ad art* 216 ; ATF 137 III 113, c. 4.2.3. et 4.3.

³⁰ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 765 ; STETTLER/WAELTI, p. 25 ; CPra-CHRISTINAT, N *ad art* 216 ; ATF 137 III 113, c. 4.2.3. et 4.3. ; BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 10 *ad art*. 216 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 372.

³¹ STETTLER/WAELTI, p. 23 ; PIOTET, *Le régime matrimonial*, p. 146 ; STEINAUER, CR-CC I, N 1 *ad art*. 216 ; FRANKHAUSER/STECK, *FamKomm* N 10 *ad art*. 216 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 372.

³² DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 764 ; PIOTET, *Le régime matrimonial*, p. 146 ; CR-CC, STEINAUER, N 6 *ad art*. 216 ; CHRISTINAT, *CPra droit matrimonial*, N 6 *ad art* 216.

³³ STETTLER/WAELTI, p. 38.

³⁴ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 771.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ STETTLER/WAELTI, p. 40 § 70 ; FRANKHAUSER/STECK, *FamKomm* N 5 *ad art*. 216 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK-ZGB I, N 8 *ad art*. 216.

atteinte à la réserve des enfants non communs et de leurs descendants³⁷. Les enfants non communs sont les enfants qui sont nés d'une précédente union (entre le *de cuius* et l'ancien conjoint). La *ratio legis* est que la situation des enfants non communs ne doit pas être péjorée en faveur du conjoint survivant qui n'est pas leur parent³⁸. En effet, si le *de cuius* ne possède pas de biens propres (art. 198 CC) ou très peu, tous ses acquêts passeront au conjoint survivant³⁹. Lors du décès du deuxième époux, les acquêts passeront aux enfants communs lors du décès du deuxième époux) et les enfants non communs ne recevront aucun héritage⁴⁰. Leur part successorale serait diminuée voir anéantie si tout était attribué au conjoint survivant⁴¹. L'art. 216 al. 2 CC s'applique lorsque le conjoint survivant reçoit plus de la moitié du bénéfice de l'union conjugale par contrat de mariage⁴². Les descendants non communs sont donc protégés et peuvent intenter une action en réduction (art. 522 CC) contre cette libéralité si leur part réservataire est lésée⁴³. *A contrario*, les enfants communs du défunt n'ont pas cette possibilité si leur réserve est touchée, car ils hériteront de cette part supplémentaire au moment du décès du dernier époux⁴⁴. Ce régime conventionnel permet donc de favoriser dans une plus grande mesure le conjoint survivant au détriment des enfants communs.

Dans le régime de la communauté de biens, la modification du partage du bénéfice ne peut pas porter atteinte à la réserve des descendants non communs ni des descendants communs, contrairement au régime de la participation aux acquêts (art. 241 al. 3 CC)⁴⁵. Si leur réserve est lésée, tous les descendants du défunt (les enfants communs et les enfants nés d'une précédente union) peuvent agir en réduction. Cette protection se justifie en raison du régime propre de la communauté de biens. En effet, les biens communs, ne formant qu'une seule masse commune, comprennent aussi tous les biens appartenant au défunt déjà avant le mariage ou acquis à titre gratuit pendant celui-ci (ce qui correspond aux biens propres du régime ordinaire de la participation aux acquêts)⁴⁶. Ce régime péjore la situation des descendants communs et non communs : ils ne touchent pas leur part de biens propres lors du partage successoral, contrairement au régime de la participation aux acquêts. Si tout le bénéfice de l'union conjugale est attribué par contrat de mariage, les descendants communs et non communs sont lésés et leur part réservataire peut être fortement réduite⁴⁷. Ainsi, l'art. 241 al. 3 CC permet de les protéger en leur octroyant la possibilité d'intenter une action en réduction pour reconstituer leur réserve.

³⁷ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 766 ; PIOTET, *Le régime matrimonial*, p. 147 ; GUINAND/STETTTLER/LEUBA, p. 38 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 372.

³⁸ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1353, p. 766.

³⁹ STETTTLER/WAELTI, N 438 p. 244.

⁴⁰ *Ibid.* ; CHRISTINAT, CPra droit matrimonial, N 9 *ad* art 216.

⁴¹ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 766 § 1353 ; CHRISTINAT, CPra droit matrimonial, N 9 *ad* art 216.

⁴² DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 767 § 1353a ; GUINAND/STETTTLER/LEUBA, p. 75 § 148.

⁴³ GUINAND/STETTTLER/LEUBA, p. 75 § 148 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 767 § 1356 ; CHRISTINAT, CPra droit matrimonial, N 12 *ad* art 216 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 372.

⁴⁴ STETTTLER/WAELTI, p. 25 § 438 ; NUSPLIGER, ZGB-Komm, N 5 *ad* art. 216 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 372.

⁴⁵ GUINAND/STETTTLER/LEUBA, p. 75 § 148 ; Art. 241 al. 3 CC : « Ces conventions ne peuvent porter atteinte à la réserve des descendants. » ; STEINAUER, CR-CC I, N 10 *ad* art. 216 ; MEIER, CR-CC I, N 14 *ad* art. 241 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 386 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK-ZGB I, N 15 *ad* art. 241.

⁴⁶ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 277 § 505b ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 893 § 1583.

⁴⁷ MEIER, CR-CC I, N 14 *ad* art. 241 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK-ZGB I, N 15 *ad* art. 241.

Titre 3. La qualification de l'attribution de la part supplémentaire du bénéfice attribuée au conjoint survivant

1. La part supplémentaire de bénéfice selon le droit actuel

1.1. Disposition pour cause de mort et libéralités entre vifs : définitions

La qualification de l'attribution d'une part supplémentaire du bénéfice de l'union conjugale est controversée. Les avis divergent au sujet de cette qualification⁴⁸ : il peut s'agir soit d'une disposition pour cause de mort, soit d'une libéralité entre vifs⁴⁹. Pour distinguer ces deux qualifications, il convient tout d'abord de les définir.

Une disposition pour cause de mort est un acte juridique pris par le futur *de cuius* qui grève son patrimoine afin d'aménager le sort de ses biens à son décès, en instituant des héritiers, des legs et des charges⁵⁰. Ces dispositions sont soumises à un *numerus clausus*⁵¹. Elles sont prises soit dans un testament soit dans un pacte successoral⁵². Elles sont régies principalement par les règles du droit des successions (art. 457 ss CC)⁵³. Les actes à cause de mort produisent leurs effets au jour du décès du *de cuius*, dès l'ouverture de la succession (art. 537 CC et art. 560 CC)⁵⁴. Les biens de la succession sont dévolus aux héritiers lorsque le disposant est décédé⁵⁵. Au contraire, les libéralités entre vifs ont des effets dès la conclusion de l'acte, du vivant du testateur⁵⁶. Par définition, une libéralité entre vifs est un acte juridique qui déploie ses effets dès que les parties ont manifesté de manière réciproque et concordante leur volonté⁵⁷. Elles sont régies par les règles du droit des obligations⁵⁸. Le critère qui permet de distinguer ces deux actes est « *le moment où se produisent les effets* »⁵⁹. Dans ce travail, le critère⁶⁰ élaboré qui différencie les actes pour cause de mort et les actes entre vifs est le décès du *de cuius*, car il s'agit de l'évènement qui fait naître les prétentions qui découlent de la liquidation du régime matrimonial et successoral.

⁴⁸ GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 124 § 247 ; RUMO-JUNGO, *Successio* Nr. 3/07, p. 158 ; CHRISTINAT, CPra droit matrimonial, N 11 *ad* art 216.

⁴⁹ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 765 ; CHUARD, p. 5 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 124 § 247 ; BADDELEY, *De la motion Gutzwiller*, p. 590 ; RUMO-JUNGO, *Successio* Nr. 3/07, p. 158.

⁵⁰ PIOTET, *Traité*, p. 74 ; STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 360 § 654 et p. 433 § 829 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 117 § 233 ; PIOTET, *La distinction*, p. 355.

⁵¹ GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 147 § 296.

⁵² GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 117 § 233 ; STEINAUER, *Le droit des successions*, pp. 360-361 § 656 et 658.

⁵³ TERCIER, p. 61 § 236 ; PIOTET, *Précis*, p. 51.

⁵⁴ TERCIER, p. 61 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 117 § 233 ; PIOTET, *La distinction*, p. 355.

⁵⁵ GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 119 § 238 et p. 121 § 264.

⁵⁶ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 185 § 283 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 121 § 241 ; PIOTET, *Précis*, p. 51.

⁵⁷ CHUARD, p. 6 ; PIOTET, *Traité*, p. 75.

⁵⁸ GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 121 § 241.

⁵⁹ TERCIER, p. 61 § 234 ; TERCIER/BIERI/CARRON, p. 210 § 40 ; ATF 113 II 270, consid. 2b., Jdt 1988 I 170.

⁶⁰ PIOTET, CR-CC II, N 5 *ad* art. 532.

1.2. La jurisprudence du Tribunal fédéral

La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral (TF) énonce que l'attribution par contrat de mariage de l'entier du bénéfice de l'union conjugale est une disposition pour cause de mort soumise à l'art. 245 al. 2 CO, c'est-à-dire une donation dont l'exécution est fixée au décès du donateur⁶¹. Pour arriver à cette conclusion, le Tribunal fédéral a dû poser des critères afin de distinguer les notions de libéralités entre vifs des dispositions pour cause de mort. Toutefois, aucun critère n'est clairement défini pour qualifier à juste titre cette attribution, car tout dépend des circonstances du cas d'espèce et de la volonté des parties⁶². Dans un arrêt du 13 décembre 1988, le Tribunal fédéral a relevé que « *la distinction théorique entre actes entre vifs et actes à cause de mort est particulièrement difficile à l'égard des actes bilatéraux gratuits, tels que la donation* »⁶³. À son article 245 al. 2 CO, le Code des obligations prévoit une règle spéciale au sujet des donations à cause de mort : « *les donations dont l'exécution est fixée au décès du donateur sont soumises aux règles concernant les dispositions pour cause de mort* ».

Dans sa jurisprudence antérieure, le Tribunal fédéral considérait que l'attribution par contrat de mariage de la totalité du bénéfice de l'union conjugale était considérée comme un contrat entre vifs de droit matrimonial et non à une disposition pour cause de mort⁶⁴. Le Tribunal fédéral soutenait que la cause de cette attribution par contrat de mariage était le régime matrimonial et non la mort d'un des conjoints⁶⁵. Le décès d'un des époux était uniquement l'évènement qui mettait un terme à la convention⁶⁶. Le Tribunal fédéral énonça que « *par ailleurs, les libéralités à cause de mort ne peuvent être faites que par des dispositions pour cause de mort. Or, par dispositions pour cause de mort le Code civil entend exclusivement le testament et le pacte successoral* »⁶⁷. Cette attribution ne pouvait dès lors pas être assimilée à une disposition pour cause de mort et ne pouvait pas faire l'objet d'une action en réduction (art. 522 CC) car ce contrat de mariage n'était pas soumis aux règles du droit des successions⁶⁸. L'attribution par contrat de mariage du bénéfice était protégée et seul l'actif net du *de cujus* était attribué à la succession⁶⁹. Les réserves de ses héritiers étaient calculées sur le patrimoine du défunt, sous déduction de l'attribution du bénéfice en vertu du droit matrimonial⁷⁰.

Toutefois, depuis l'arrêt Nobel du 18 novembre 1976⁷¹, le TF assimile l'attribution par contrat de mariage de l'entier du bénéfice de l'union conjugale (dans le régime de l'union des biens⁷²)

⁶¹ PIOTET, *Traité*, p. 179 ; ATF 137 III 113, consid. 4.2.2.

⁶² SJ 1989 p. 231 ; ATF 99 II 268.

⁶³ SJ 1989 p. 231, consid. 2a.

⁶⁴ ATF 58 II 1, JdT 1932 631 ; ATF 76 II 8, JdT 1950 I 514 ; ATF 82 II 477, consid. 2., JdT 1957 I 483 ; AEBI-MÜLLER, p. 107.

⁶⁵ ATF 82 II 477, consid. 2., JdT 1957 I 483.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ AEBI-MÜLLER, p. 107.

⁷⁰ *Idem*, p. 108.

⁷¹ ATF 102 II 313, consid. 4., JdT 1977 I 130.

⁷² Le 1 janvier 1988, date d'entrée en vigueur du nouveau droit de la famille, le régime ordinaire de la participation aux acquêts a remplacé le régime de l'union des biens.

à une donation pour cause de mort au sens de l'art. 254 al. 2 CO⁷³. Selon le Tribunal fédéral, tous les actes gratuits en faveur du bénéficiaire lors du décès du disposant sont soumis à l'art. 245 al. 2 CO⁷⁴. La clause qui attribue tout ou une part supplémentaire de bénéfice au conjoint survivant en fait partie. Le Tribunal fédéral a changé sa jurisprudence en énonçant que cette attribution est réductible, en tant que disposition pour cause de mort, si les descendants ne touchent pas le montant de leur réserve⁷⁵. Le raisonnement qui a conduit le Tribunal à assimiler l'attribution du bénéfice de l'union conjugale à une disposition pour cause de mort au sens de l'art. 254 al. 2 CO tient en deux conditions. La première consiste en une donation et la seconde doit comprendre un terme fixé au décès du donateur. Pour commencer, le Tribunal fédéral se demande si cette attribution est une donation au sens de l'art. 239 al. 1 CO⁷⁶. Il en déduit que « *l'attribution du bénéfice est un prélèvement sur les biens du disposant* »⁷⁷. Il s'agit d'une expectative qui existe dans le patrimoine des époux déjà durant le mariage, soit avant la dissolution du régime matrimonial⁷⁸. Ensuite, le Tribunal fédéral a examiné si cette attribution était faite « *sans contre-prestation correspondante* »⁷⁹. Il y a donation quand la cession d'un bien du patrimoine est faite à titre gratuit⁸⁰. Il en a conclu que l'attribution de l'entier du bénéfice est due « *au hasard de l'ordre de leur décès* »⁸¹ et n'est pas une contre-prestation à la constitution du bénéfice de l'union conjugale⁸². Au sens du Tribunal fédéral, tous les éléments sont réunis pour qualifier ces attributions par contrat de mariage de « *donation dont l'exécution est fixée au décès du donateur* » et qui « *sont soumises aux règles concernant les dispositions pour cause de mort* »⁸³. L'art. 245 al. 2 CO renvoie aux règles du droit des successions. Pour régler sa succession, le disposant a la possibilité rédiger un testament ou un pacte successoral. Les donations pour cause de mort ne constituent pas une troisième sorte d'actes que le disposant peut utiliser pour prévoir sa succession. La doctrine majoritaire considère qu'il s'agit d'une sorte de pacte successoral et que ces donations pour cause de mort sont soumises à la forme du pacte successoral⁸⁴. L'art. 245 al. 2 CO vaut pour tous les actes gratuits dont l'exécution est fixée au décès. Le critère retenu est le moment de l'exécution. Si l'exécution de l'acte est fixée avant le décès, il ne s'agit donc pas d'un acte à cause de mort. Toutefois, l'arrêt Nobel n'est pas très clair et ne tranche pas définitivement la question de la qualification de l'attribution par contrat de mariage du bénéfice de l'union conjugale⁸⁵. Il traite principalement de la forme que doit revêtir ce contrat.

Quelques années plus tard, le Tribunal fédéral s'est retrouvé face à cette problématique à plusieurs reprises⁸⁶. Dans sa jurisprudence, le TF fait état de ce conflit de doctrine, en exposant

⁷³ ATF 102 II 313, consid. 4.

⁷⁴ PIOTET, *Traité*, p. 179 ; JdT 1933 I 340.

⁷⁵ ATF 102 II 313, consid. 5.

⁷⁶ Art. 239 al. 1 CO : « *La donation est la disposition entre vifs par laquelle une personne cède tout ou partie de ses biens à une autre sans contre-prestation correspondante* ».

⁷⁷ ATF 102 II 313, consid. 4a.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ ATF 102 II 313, consid. 4b. ; Art. 254 al. 1 CO.

⁸⁰ ATF 102 II 313, consid. 4b.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ Art. 254 al. 2 CO ; ATF 102 II 313, consid. 4d.

⁸⁴ ATF 127 III 390, consid. 2f.

⁸⁵ CHRISTINAT, CPra droit matrimonial N 11 ad art 216 ; ATF 137 III 113, consid. 4.3.

⁸⁶ ATF 106 II 276, consid. 2. ; ATF 115 II 321, consid. 3., JdT 1991 I 350 ; ATF 116 II 243, consid. 3., Jdt

les différents points de vue mais sans choisir une solution plutôt qu'une autre. Dans un arrêt du 15 février 2011⁸⁷, le Tribunal fédéral constate que le contrat de mariage qui déroge au partage légal est traité dans le chapitre des régimes matrimoniaux et non dans celui du droit des successions. Celui-ci règle les dispositions pour cause de mort⁸⁸. L'art. 216 CC est régi par des règles qui lui sont propres et est en aucun cas soumis au respect des formes du pacte successoral⁸⁹. Avec ces arguments, le TF semble pencher plutôt pour une qualification de libéralité entre vifs. Toutefois, depuis l'arrêt Nobel, la jurisprudence du TF est restée inchangée et la question de la qualification de l'attribution supplémentaire du bénéfice est restée ouverte⁹⁰.

1.3. Controverse doctrinale

Ce chapitre présente les différentes classifications choisies par certains auteurs de doctrine au sujet de la qualification de l'attribution de plus de la moitié ou de l'entier du bénéfice de l'union conjugale. Les critères mis en avant par la doctrine pour différencier ces deux qualifications sont le « *moment où l'acte est destiné à produire ses effets* » et le patrimoine de l'époux donateur qui est grevé⁹¹. Les auteurs partisans de la qualification de disposition pour cause de mort soutiennent que cette attribution du bénéfice est une donation soumise à l'art. 245 al. 2 CO. Elle produit ses effets le jour du décès du donateur⁹². De leur vivant, les époux n'ont que de simples expectatives⁹³. Mais dès le décès d'un époux, le conjoint survivant a une créance contre la succession en délivrance du bénéfice de l'union conjugale⁹⁴. À l'inverse, les auteurs qualifiant cette attribution de libéralité entre vifs, mettent en avant la volonté des époux de régler leur régime matrimonial et les effets produits par ce contrat de mariage dès sa conclusion, donc de leur vivant⁹⁵. Le patrimoine des époux est grevé dès que l'acte est conclu⁹⁶.

1.3.1. La qualification de libéralité entre vifs

Selon BADDELEY, la modification conventionnelle du bénéfice de l'union conjugale est une libéralité entre vifs et non une donation pour cause de mort⁹⁷. Cette auteure explique que l'attribution de plus de la moitié ou de l'entier du bénéfice est « *la dernière libéralité entre vifs faite par le de cujus* »⁹⁸. Les effets de cette libéralité se produisent lors de la liquidation du régime matrimonial, la dernière étape qui précède la liquidation de la succession⁹⁹. Pour étayer son affirmation, elle s'appuie sur la systématique de la loi. L'art. 216 al. 1 CC se trouve dans le

1992 I 130 ; ATF 137 II 113, consid. 4.2.2.

⁸⁷ ATF 137 III 113.

⁸⁸ ATF 137 III 113, consid. 4.3.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ FANKHAUSER/STECK, FamKomm N 15 *ad* art. 216 ; AEBI-MÜLLER, p. 107.

⁹¹ TERCIER/BIERI/CARRON, p. 210.

⁹² *Ibid.*; BADDELEY, CR-CO I, N 53 *ad* art. 245 al. 2 CO.

⁹³ BADDELEY, CR-CO I, N 52 *ad* art. 245 al. 2 CO.

⁹⁴ *Ibid.* ; TERCIER/BIERI/CARRON, p. 210 ; Jdt 1988 I 173, consid. 2b.

⁹⁵ BADDELEY, CR-CO I, N 53 *ad* art. 254 al. 2 CO.

⁹⁶ *Ibid.* ; TERCIER/BIERI/CARRON, p. 210 ; Jdt 1988 I 173, consid. 2b.

⁹⁷ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 765 § 1351 ; BADDELEY, Successio Nr. 4/09, p. 256.

⁹⁸ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 765 § 1351.

⁹⁹ *Ibid.*

titre sixième « *Du régime matrimonial* » et non dans la partie du droit des successions¹⁰⁰. Les effets de cette disposition légale sont régis par le droit du régime matrimonial, qui a permis aux époux d'aménager de leur vivant leur bénéfice de l'union conjugale par contrat de mariage¹⁰¹. La liquidation de la succession intervient du vivant des époux. Pour ces raisons, l'attribution de la part supplémentaire du bénéfice est considérée comme une libéralité entre vifs.

STEINAUER est du même avis. Il considère que cette répartition conventionnelle du bénéfice est une libéralité entre vifs qui « *prend effet à la dernière seconde de la vie du conjoint, soit juste avant le moment de l'ouverture de la succession* »¹⁰². Même si le contrat de mariage déploie ses effets le jour du décès d'un des conjoints, l'attribution du bénéfice de l'union conjugale a lieu lors de la liquidation du régime matrimonial, qui est la dernière étape faite entre vifs, avant la liquidation de la succession¹⁰³. STEINAUER s'oppose à la qualification de disposition pour cause de mort. Selon lui, il ne s'agit pas d'une donation pour cause de mort au sens de l'art. 245 al. 2 CO (soumise aux règles du droit des successions), mais d'une libéralité propre au droit matrimonial car l'art. 216 al. 1 CC trouve sa place dans le chapitre « *Du régime matrimonial* » et non dans celui du droit des successions¹⁰⁴. Aussi, cet auteur considère que la volonté des époux d'aménager leur patrimoine par contrat de mariage est importante et que cette volonté se manifeste pendant la durée de leur union¹⁰⁵. Ces éléments se rattachent à la vie conjugale – vie menée de leur vivant – et non à la succession. Par conséquent, le contrat de mariage modifiant la répartition du bénéfice est soumis aux règles du droit matrimonial et il en est tenu compte lors de la liquidation du régime matrimonial et non successoral¹⁰⁶.

DESCHENAUX¹⁰⁷ et EIGENMANN¹⁰⁸ qualifient également cette attribution de libéralités entre vifs pour les mêmes raisons évoquées ci-dessus.

RUMO-JUNGO s'appuie principalement sur les arguments développés par BADDELEY et STEINAUER. Elle estime que le contrat de mariage passé entre les conjoints produit des effets déjà du vivant des époux¹⁰⁹. Il s'agit d'une convention faite entre personnes vivantes, qui se mettent d'accord sur le sort de leurs biens dans leur régime matrimonial au moment présent et non pour leur succession future¹¹⁰. Ce qui relève de la succession est déterminé seulement après la dissolution du régime matrimonial¹¹¹. La créance du bénéfice de l'union conjugale, à laquelle l'un des époux a droit, a son origine dans le droit matrimonial et non successoral. La volonté des époux de répartir autrement le bénéfice de l'union conjugale est importante et cette

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 187 § 285e ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 765 § 1351 ; STEINAUER, CR-CC I, N 9 *ad* art. 216 CC ; STEINAUER, *Le calcul*, p. 412.

¹⁰³ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 187 § 285e ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 765 § 1351 ; STEINAUER, CR-CC I, N 9 *ad* art. 216 CC ; STEINAUER, *Le calcul*, p. 412.

¹⁰⁴ STEINAUER, *Le calcul*, p. 411.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 765 § 1351.

¹⁰⁸ EIGENMANN, *Commentaire du droit des successions*, N 8 *ad* art. 475 CC et N 9 *ad* art. 532 CC ; PIOTET, *Les libéralités par contrat de mariage*, p. 31 § 70.

¹⁰⁹ RUMO-JUNGO, *Successio* Nr. 3/07, p. 161 ; RUMO-JUNGO, *CHK-Handkommentar*, N 12 *ad* art. 216.

¹¹⁰ RUMO-JUNGO, *Successio* Nr. 3/07, p. 161.

¹¹¹ *Ibid.* ; RUMO-JUNGO, *CHK-Handkommentar*, N 12 *ad* art. 216.

modification conventionnelle ne dépend pas de la dissolution du régime matrimonial par le décès¹¹².

Pour arriver à une qualification de libéralité entre vifs¹¹³, BORNHAUSER s'appuie sur le critère qui permet de distinguer les dispositions pour cause de mort et les libéralités entre vifs, soit le moment où l'acte produit des effets¹¹⁴. Il retient que la répartition du bénéfice de l'union conjugale produit des effets lors du dernier instant de vie du *de cuius*, donc encore du vivant de celui-ci¹¹⁵. Cela correspond au moment de la liquidation du régime matrimonial, avant le décès et le moment où il faut procéder au calcul du montant de la masse successorale¹¹⁶. Aussi, la créance de participation au bénéfice de l'union conjugale grève les biens de défunt pendant le régime matrimonial¹¹⁷. Ce n'est qu'une fois la dissolution et la liquidation de ce régime effectuées, que les créances sont réglées entre les époux¹¹⁸. Les biens sont distribués dans un deuxième temps à la succession. La modification de la répartition du bénéfice trouve donc son fondement dans le droit matrimonial indépendamment du droit des successions¹¹⁹. Pour cela, cette attribution doit être considérée comme une libéralité entre vifs¹²⁰.

1.3.2. La qualification d'actes entre vifs

WOLF et WEIMAR sont deux auteurs qui considèrent que l'attribution du bénéfice de l'union conjugale par contrat de mariage sont des actes entre vifs¹²¹.

Selon WOLF, le contrat de mariage est un contrat synallagmatique parfait qui produit des effets entre vifs¹²². Chaque époux a une obligation individuelle envers l'autre, d'attribuer son bénéfice de l'union conjugale à son décès¹²³. L'autre partie au contrat, le conjoint survivant, exige l'attribution de part supplémentaire ou la totalité du bénéfice de l'union conjugale¹²⁴. Chacun a donc une créance conditionnelle pour l'octroi de cette attribution du bénéfice ; chacun exerce sa prestation à la condition que l'autre fasse de même¹²⁵. Ces deux obligations sont interdépendantes, d'où le caractère synallagmatique de l'acte¹²⁶. Selon WOLF, il ne s'agit pas d'une donation entre les conjoints car leurs prestations sont faites à titre onéreux¹²⁷. L'attribution du bénéfice au conjoint survivant se produit lors de la liquidation du régime

¹¹² RUMO-JUNGO, *Successio* Nr. 3/07, p. 161.

¹¹³ BORNHAUSER, *Der Ehe- und Erbvertrag*, p. 48 ; BORNHAUSER, *Successio* Nr. 4/11, p. 322 ; BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK-ZGB I N 27 *ad* art. 216.

¹¹⁴ BORNHAUSER, *Der Ehe- und Erbvertrag*, p. 48 ; BORNHAUSER, *Successio* Nr. 4/11, p. 322.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ BORNHAUSER, *Der Ehe- und Erbvertrag*, p. 48.

¹¹⁷ BORNHAUSER, *Successio* Nr. 4/11, p. 322.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ BORNHAUSER, *Successio* Nr. 4/11, pp. 323 et 324.

¹²⁰ BORNHAUSER, *Der Ehe- und Erbvertrag*, p. 48.

¹²¹ CHUARD, p. 74 et 76.

¹²² WOLF, *Vorschlag*, p. 32 ; WOLF, *Erbrecht*, p. 143 ; PIOTET, *Les libéralités par contrat de mariage*, p. 31.

¹²³ WOLF, *Vorschlag*, p. 30.

¹²⁴ *Idem*, p. 31 ; WOLF, *Erbrecht*, p. 143.

¹²⁵ WOLF, *Vorschlag*, pp. 30 et 33.

¹²⁶ *Idem*, pp. 31-33.

¹²⁷ *Idem*, p. 31 ; WOLF, *Erbrecht*, p. 143.

matrimonial et non lors de la liquidation de la succession¹²⁸. Tous ces éléments tendent à qualifier cette convention d'acte entre vifs¹²⁹.

De même, WEIMAR considère que les clauses de contrats de mariage attribuant une part supplémentaire de bénéfice sont des actes juridiques entre vifs¹³⁰. Les clauses du contrat de mariage, dont celle de l'attribution du bénéfice, lient immédiatement les époux¹³¹. Ce contrat de répartition du bénéfice existe dès sa conclusion mais produit des effets à la mort de *de cujus* ; le bénéficiaire ne touchera ce qui est prévu qu'au décès du *de cujus*¹³². Le sort des biens du défunt doit être clarifié avant de procéder au partage successoral, c'est pourquoi les règles du droit matrimonial doivent s'appliquer en premier pour définir la composition du patrimoine du *de cujus*¹³³. Même si la convention d'attribution du bénéfice produit ses effets au moment du décès du *de cujus*, son existence naît de l'acte fait entre les époux de leur vivant¹³⁴. Cet auteur s'appuie aussi sur la systématique de la loi qui prévoit la liquidation du régime matrimonial (dans le chapitre « *Du régime matrimonial* ») avant la liquidation de la succession (dans le chapitre « *Des successions* »). D'après lui, le contrat de mariage est un contrat propre au régime du droit matrimonial. L'ordre dans lequel les articles sont énoncés dans la loi, indique que la liquidation du régime matrimonial se produit avant la liquidation de la succession¹³⁵. Il faut suivre la systématique de la loi et non la suite temporelle des événements¹³⁶. Aussi, pour distinguer les actes à cause de mort et les actes entre vifs, WEIMAR se demande si l'attribution du bénéfice par contrat de mariage concerne le patrimoine du conjoint survivant ou celui de ses héritiers. Cette favorisation par contrat de mariage provient du patrimoine des époux. Il s'agit d'un autre élément en faveur de la qualification d'acte entre vifs¹³⁷. De plus, WEIMAR s'oppose à la théorie de la qualification de la disposition pour cause de mort, car il ne s'agit pas d'une donation au sens de l'art. 254 al. 2 CO, faute de contre-prestation¹³⁸.

1.3.3. La qualification de disposition pour cause de mort

Selon PIOTET, l'attribution par contrat de mariage d'une part supplémentaire de bénéfice de l'union conjugale au décès d'un époux est une disposition pour cause de mort, plus précisément une donation pour cause de mort au sens de l'art. 245 al. 2 CO¹³⁹. Selon lui, toutes les conditions pour qualifier cet acte de donation sont remplies. Premièrement, lorsque l'époux décède, son conjoint acquiert le bénéfice de l'union conjugale sans contre-prestation de sa part, à titre gratuit¹⁴⁰. Deuxièmement, les effets de cette clause du contrat de mariage se produisent au décès

¹²⁸ WOLF, *Vorschlag*, p. 32.

¹²⁹ PIOTET, *Les libéralités par contrat de mariage*, p. 31 § 70 ; WOLF, *Erbrecht*, p. 143.

¹³⁰ WEIMAR, BK-ZGB III, N 32 *ad* art. 474 CC ; WEIMAR, *Zur Herabsetzung*, p. 599 ; WEIMAR, BK-ZGB III, N 106 *ad* art. 467 CC.

¹³¹ WEIMAR, BK-ZGB III, N 106 *ad* art. 467 CC.

¹³² *Ibid.* ; WEIMAR, *Zur Herabsetzung*, p. 600.

¹³³ WEIMAR, *Zur Herabsetzung*, p. 600.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ WEIMAR, *Zur Herabsetzung*, pp. 601 et 602 ; WEIMAR, BK-ZGB III, N 106 *ad* art. 467 CC.

¹³⁹ PIOTET, *Les libéralités par contrat de mariage*, p. 30 § 67 ; PIOTET, *Traité*, p. 186 ; PIOTET, *Le régime matrimonial*, p. 147 ; PIOTET, *La réduction*, p. 6.

¹⁴⁰ *Ibid.* ; PIOTET, *La réduction*, pp. 12 et 13.

du disposant¹⁴¹. Le conjoint survivant est favorisé dès le jour de l'ouverture de la succession¹⁴². Il n'a aucun droit du vivant de l'autre époux¹⁴³. L'art. 245 al. 1 CO est donc applicable, ces actes d'attribution sont considérés comme des pactes successoraux¹⁴⁴ et « l'art. 245 al. 2 CO renvoie clairement à toutes les règles successorales »¹⁴⁵. Les dispositions légales sur les réserves héréditaires et l'action en réduction s'appliquent à ces actes d'attribution du bénéfice de l'union conjugale¹⁴⁶.

HAUSHEER, REUSSER et GEISER sont du même avis¹⁴⁷. Il faut noter que ces auteurs font une distinction entre les clauses du contrat de mariage qui attribuent une part supplémentaire ou l'entier du bénéfice et s'appliquant en cas de dissolution du régime matrimonial par le décès d'un des époux dans le but de favoriser l'autre, et les clauses qui attribuent ce bénéfice malgré la dissolution de l'union du vivant des époux, par exemple par un divorce¹⁴⁸. Cette dernière hypothèse est prévue à l'art. 217 CC et cette favorisation est considérée par ces auteurs comme une libéralité entre vifs¹⁴⁹. Lors de ce travail, nous allons nous intéresser à la première catégorie d'attributions qui sont considérées comme des actes pour cause de mort. À leur égard, ces auteurs estiment, tout comme PIOTET, que les conditions de la donation pour cause de mort sont remplies. Le caractère gratuit (sans contre-prestation) de l'acte d'attribution provient du hasard qui décide quel époux bénéficiera de l'acte¹⁵⁰. Cette libéralité est attribuée aléatoirement, ce qui exclut de considérer la favorisation du conjoint survivant comme un avantage onéreux¹⁵¹. De plus, l'exécution de la libéralité a lieu au moment du décès de l'époux¹⁵².

D'autres auteurs sont partisans de cette qualification de disposition pour cause de mort, notamment DRUEY¹⁵³, GUINAND/STETTLER/LEUBA¹⁵⁴, AEBI-MÜLLER¹⁵⁵, HRUBESCH-MILLAUER¹⁵⁶, CAVIN¹⁵⁷, PORTMANN¹⁵⁸, FORNI/PIATTI¹⁵⁹ et BRÄNDLI¹⁶⁰.

¹⁴¹ PIOTET, *Les libéralités par contrat de mariage*, p. 30 § 67 ; PIOTET, *Traité*, p. 186 ; PIOTET, RSJ 86/1990, p. 39.

¹⁴² PIOTET, *La réduction*, p. 6.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ PIOTET, *Les libéralités par contrat de mariage*, p. 23.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 21.

¹⁴⁶ PIOTET, RSJ 86/1990, p. 38.

¹⁴⁷ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK-ZGB I, N 27 *ad* art. 216.

¹⁴⁸ *Ibid.* ; NUSPLIGER, ZGB-Komm, N 5 *ad* art. 216.

¹⁴⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK-ZGB I, N 27 *ad* art. 216 ; GEISER/HAUSHEER/REUSSER, BK-ZBG I, N 39 *ad* art. 216.

¹⁵⁰ GEISER/HAUSHEER/REUSSER, BK-ZBG I, N 34 *ad* art. 216.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² GEISER/HAUSHEER/REUSSER, BK-ZBG I, N 38 et N 39 *ad* art. 216.

¹⁵³ DRUEY, p. 72 et 73.

¹⁵⁴ GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 65 et 66 § 130 et 131.

¹⁵⁵ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK-ZGB I, N 27 *ad* art. 216 ; AEBI-MÜLLER, p. 108.

¹⁵⁶ HRUBESCH-MILLAUER, PraxisKomm, N 4 *ad* art. 532.

¹⁵⁷ CAVIN, p.114.

¹⁵⁸ PORTMANN, *Pflichtteilsschutz*, p. 13.

¹⁵⁹ FORNI/PIATTI, BSK-ZGB II, N 2 *ad* art 532.

¹⁶⁰ BRÄNDLI, *Vorschlagszuweisung*, note no 13, p. 341.

Nous pouvons constater que les auteurs qui soutiennent cette qualification de disposition pour cause de mort, suivent l'avis de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral. Selon eux, ce cas particulier de donation avec exécution fixée au décès suit son propre régime¹⁶¹.

2. La part supplémentaire de bénéfice et la révision du droit des successions

2.1. Avant-projet : la qualification de disposition pour cause de mort

Le 4 mars 2016, le Département fédéral de justice et de police a mis en consultation un avant-projet et un rapport explicatif au sujet de la révision du droit des successions. Les principaux points de cet avant-projet sont la réduction ou la suppression des réserves, l'instauration d'un legs d'entretien et l'institution d'une réserve héréditaire pour le partenaire de vie du défunt¹⁶². Parmi ces futures modifications, le Département propose de trancher un point fortement débattu en doctrine : la qualification de l'attribution par contrat de mariage du bénéfice de l'union conjugale¹⁶³. Dans son rapport explicatif, le Département critique la législation actuellement en vigueur¹⁶⁴. Le montant de la masse successorale pour le calcul des réserves et l'ordre des réductions peuvent varier considérablement selon la qualification choisie¹⁶⁵. Cette situation est problématique du point de vue de la sécurité du droit. En effet, selon l'art. 532 CC, les dispositions pour cause de mort sont réduites avant les libéralités entre vifs. Selon le Conseil fédéral, cette attribution par contrat de mariage est considérée comme une disposition pour cause de mort qui est réductible en premier¹⁶⁶. Il rejoint ainsi l'avis du Tribunal fédéral qui qualifie cette attribution de disposition pour cause de mort¹⁶⁷. Dans son avant-projet, le Département propose de se rallier à l'avis du Tribunal fédéral¹⁶⁸. La favorisation par contrat de mariage serait réduite en premier, avant les libéralités entre vifs. Pour trancher ce débat de qualification de ces clauses de contrat de mariage, le Conseil fédéral a donc proposé de modifier l'article 494 CC, en rajoutant un alinéa 4 qui préciserait que « *l'attribution au conjoint survivant par contrat de mariage, ou au partenaire enregistré par convention sur les biens, est traitée dans la succession comme un pacte successoral* »¹⁶⁹.

¹⁶¹ TERCIER/BIERI/CARRON, p. 210 ; PIOTET, *Les libéralités par contrat de mariage*, p. 30.

¹⁶² Rapport, *Droit des successions*, p. 1.

¹⁶³ *Idem*, p. 21 ; BADDELEY Margareta, *De la motion Gutzwiller*, p. 590.

¹⁶⁴ Rapport, *Droit des successions*, p. 22.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Idem*, p. 23.

¹⁶⁷ Rapport, *Droit des successions*, p. 22 ; ATF 137 III 113, consid. 4.2.2. ; ATF 102 II 313, consid. 4. ; ATF 116 II 243, consid. 3. ; ATF 115 II 321, consid. 3. ; ATF 106 II 276, consid. 2. ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK-ZGB I, N 27 *ad art.* 216.

¹⁶⁸ Rapport, *Droit des successions*, p. 23 ; ATF 113 III 113, consid. 4.2.

¹⁶⁹ Rapport, *Droit des successions*, p. 23 ; PIOTET, *Le régime matrimonial*, p. 93 ; art. 494 al. 4 AP-CC ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK-ZGB I, N 27 *ad art.* 216.

2.2. Le Message du Conseil fédéral : la qualification de libéralité entre vifs

Suite à la procédure de consultation¹⁷⁰, le Conseil fédéral a publié le 29 août 2018 un Message concernant la révision du Code civil suisse (droit des successions)¹⁷¹. Comme dans son avant-projet, le Conseil fédéral souhaite clarifier la qualification de l'attribution d'une part supplémentaire du bénéfice au conjoint survivant par contrat de mariage¹⁷². Toutefois, il s'écarte de la proposition de l'avant-projet en choisissant la qualification de libéralité entre vifs¹⁷³. Dans son Message, le Conseil fédéral énonce que le Tribunal fédéral a « *laissé ouverte la question de la qualification juridique des conventions prévoyant une répartition du bénéfice autre que celle prévue par la loi et ne s'est pas exprimé sur cette thématique depuis lors* »¹⁷⁴. Dans certains arrêts, le TF semblait qualifier ces attributions de disposition pour cause de mort¹⁷⁵. Toutefois, il n'a pas tranché définitivement. Cette question ne peut pas rester sans réponse, vu les différentes conséquences que cette qualification peut avoir.

Comme nous l'avons vu, dans son avant-projet, le Conseil fédéral propose de qualifier l'attribution du bénéfice par contrat de mariage en tant que disposition pour cause de mort et d'introduire l'art. 494 al. 4 AP-CC à cet égard¹⁷⁶. Ce choix a été vivement critiqué lors de la procédure de consultation¹⁷⁷. Les principaux arguments favorables à la qualification de disposition pour cause de mort sont les suivants¹⁷⁸. Tout d'abord, comme la doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral qualifient cette attribution de disposition pour cause de mort, il faudrait suivre leur avis¹⁷⁹. De plus, cela permettrait d'avoir la même masse de calcul pour les réserves des enfants communs et non communs¹⁸⁰. Au contraire, les partisans de la qualification de libéralité entre vifs soutiennent que le but de ces attributions de parts supplémentaires par contrat de mariage est de favoriser le conjoint survivant et non les enfants. Selon eux, si ces attributions sont considérées comme des dispositions pour cause de mort, cela aura pour effet d'augmenter le montant de la réserve des héritiers, donc de réduire le montant à disposition du conjoint survivant lors du partage de la succession¹⁸¹. Toutefois, ce dernier argument n'est pas pertinent au regard du projet de révision du Conseil fédéral. En effet, celui-ci expose que l'augmentation de la liberté de disposer du *de cuius* est au cœur de cette révision, mais en même temps, il énonce dans son avant-projet et son projet que les masses de calcul des réserves des enfants communs et non communs doivent être calculées sur le même montant. Nous pouvons constater que c'est uniquement la dissociation des masses de calcul des enfants communs ou non qui permettrait une plus grande liberté de disposer, puisque les réserves des enfants

¹⁷⁰ Synthèse procédure consultation.

¹⁷¹ FF 2018 5865, p. 5864.

¹⁷² *Idem*, p. 5895.

¹⁷³ *Idem*, p. 5897 ; Rapport, *Droit des successions*, p. 23.

¹⁷⁴ FF 2018 5865, p. 5896 ; ATF 113 III 270, consid. 3.

¹⁷⁵ ATF 137 III 113, consid. 4.2.2. ; ATF 102 II 313, consid. 4. ; ATF 116 II 243, consid. 3. ; ATF 115 II 321, consid. 3 ; ATF 106 II 276, consid. 2. ; FF 2018 5865, p. 5897.

¹⁷⁶ Rapport, *Droit des successions*, p. 23.

¹⁷⁷ Synthèse procédure consultation, pp. 26-28 ; FF 2018 5865, p. 5896.

¹⁷⁸ Synthèse procédure consultation, p. 26-28.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 27.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 26.

¹⁸¹ *Idem*, p. 27.

communs seraient calculées sur une masse plus petite, ce qui laisserait un montant plus grand à disposition du *de cuius* pour tester.

La formulation de l'art. 494 al. 4 CC est aussi critiquée. Il est ressorti de la procédure de consultation qu'il fallait remplacer la notion de « *pacte successoral* » par « *une disposition pour cause de mort dans le calcul des réserves* » ou « *une disposition pour cause de mort en ce qui concerne ses effets* »¹⁸². Cet article aurait dû être formulé autrement en ce qui concerne ses effets et aurait dû clarifier la manière de calculer le montant sur lequel sont déterminées les réserves des enfants non communs¹⁸³. Toutefois, aucune de ces propositions n'a été abordée dans le rapport explicatif.

Le Conseil fédéral a donc choisi la qualification de l'attribution comme une libéralité entre vifs et non de disposition pour cause de mort¹⁸⁴. Par conséquent, il abandonne l'introduction d'un éventuel art. 494 al. 4 CC. À la place, il propose l'adoption de l'art. 216 al. 2 P-CC : « *Cette convention (attribution du bénéfice supplémentaire par contrat de mariage) est prise en compte dans le calcul des réserves héréditaires dans la mesure où elle favorise le conjoint survivant* ». Cet article prévoit que la part supplémentaire de bénéfice (la part qui dépasse la moitié du bénéfice de l'union conjugale) attribuée au conjoint survivant est réunie pour le calcul de la masse des réserves¹⁸⁵. Cela aurait pour incidence que la masse de calcul des réserves serait la même pour les enfants communs et non communs¹⁸⁶. De plus, cette part supplémentaire de bénéfice peut faire l'objet d'une action en réduction¹⁸⁷. Le Conseil fédéral propose aussi l'introduction de l'art. 532 al. 2 ch. 1 P-CC au sujet de l'ordre des réductions¹⁸⁸. Cet article prévoit que la part supplémentaire du bénéfice est une libéralité entre vifs et elle sera réduite après les dispositions pour cause de mort mais avant les autres libéralités entre vifs¹⁸⁹.

¹⁸² Synthèse procédure consultation, p. 28.

¹⁸³ WOLF/HOFER/HRUBESCH-MILLAUER/AEBI-MÜLLER, p. 1428.

¹⁸⁴ FF 2018 5865, p. 5897.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ FF 2018 586, pp. 5849 et 5897.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 5852.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 5852.

Titre 4. Problèmes pratiques soulevés par ces deux qualifications

1. Le montant de la masse de calcul des réserves

1.1. La masse successorale selon le droit en vigueur

Au jour du décès, les héritiers acquièrent de plein droit les actifs et passifs de la succession du *de cuius*¹⁹⁰. Ils héritent à titre universel des valeurs de la succession (art. 560 al. 1 CC)¹⁹¹. L'ensemble des actifs et passifs du défunt constituent la masse successorale à partager entre les héritiers¹⁹². Leur valeur est calculée au jour de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire au jour du décès du *de cuius* (art. 474 al. 1 CC)¹⁹³. La masse successorale à partager se compose des biens extants nets, sous déduction des passifs successoraux¹⁹⁴. Les biens extants sont les actifs successoraux du patrimoine du *de cuius*¹⁹⁵. Aux biens extants nets se rajoutent également les libéralités rapportables. Il s'agit de libéralités que les héritiers ont reçu du vivant du *de cuius* à titre d'avance successorale¹⁹⁶. L'art. 462 CC énonce la part légale (*ab intestat*) de la masse successorale à laquelle ont droit les héritiers légaux. En présence d'enfants, le conjoint survivant a droit à la moitié de la succession. Les enfants ont droit à l'autre moitié. Si les époux n'ont pas d'enfant mais que le *de cuius* a encore un ou des parents vivants, le conjoint survivant touche 3/4 de la succession, le dernier quart revient aux parents du défunt. Si le *de cuius* n'a ni enfants ni de parents vivants, toute la succession revient à son époux(se).

1.2. La masse de calcul des réserves et de la quotité disponible

La réserve est la quote-part légale destinée à certains proches du *de cuius*, qui ne peut pas leur être retirée¹⁹⁷. Chaque héritier réservataire a impérativement le droit à une fraction de la succession, exception faite des cas d'exhérédation (art. 477 CC)¹⁹⁸. De son vivant, le *de cuius* peut disposer librement de la quotité disponible en attribuant son patrimoine avec des dispositions pour cause de mort ou des libéralités entre vifs¹⁹⁹. Selon l'art. 471 CC, les héritiers réservataires sont les descendants du défunt, son père et/ou sa mère, ainsi que son(sa) conjoint(e)²⁰⁰. Chaque réserve est calculée en fonction de la part *ab intestat* dont chacun a droit en vertu de l'art. 462 CC²⁰¹. La masse de calcul des réserves et de la quotité disponible se compose des biens extants, des libéralités rapportables et des libéralités entre vifs sujettes à

¹⁹⁰ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 59 § 25 ; PIOTET, *Traité*, p. 409.

¹⁹¹ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 59 § 25 ; PIOTET, *Précis*, p. 18.

¹⁹² STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 101 § 120 ; EIGENMANN/LANDERT, p. 58.

¹⁹³ EIGENMANN/LANDERT, p. 58.

¹⁹⁴ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 101 § 120 et 121 ; PIOTET, *Précis*, p. 17 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 63.

¹⁹⁵ PIOTET, *Précis*, p. 16.

¹⁹⁶ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 101 § 120 et p. 116 § 151.

¹⁹⁷ EIGENMANN/LANDERT, p. 54.

¹⁹⁸ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 254 § 452 ; PIOTET, *Précis*, p. 70 ; EIGENMANN/LANDERT, p. 54.

¹⁹⁹ EIGENMANN/LANDERT, p. 54.

²⁰⁰ GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 44.

²⁰¹ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 254 § 452.

réduction (art. 527 CC), sous déduction des dettes du *de cuius* et de la succession (art. 474 et 475 CC)²⁰².

1.3. Le calcul de la réserve des enfants communs et non communs

1.3.1. Les méthodes de calculs selon les différentes qualifications de l'attribution d'une part supplémentaire de bénéfice

1.3.1.1. La qualification de libéralité entre vifs

1.3.1.1.1. Dissociation des masses de calcul des réserves

Selon STEINAUER, l'attribution par contrat de mariage de la part supplémentaire de bénéfice est qualifiée de libéralité entre vifs et ne doit pas entrer dans la masse de calcul des réserves des enfants communs mais uniquement dans celle des enfants non communs²⁰³. Pour les enfants communs et leurs descendants, l'ensemble du bénéfice de l'union conjugale attribué au conjoint survivant n'est pas pris en compte dans la masse de calcul de leur réserve²⁰⁴. Selon cet auteur, l'art. 216 al. 2 CC a une portée indépendante et empêche les enfants communs d'intenter l'action en réduction (art. 527 CC pour la réduction des libéralités entre vifs)²⁰⁵. Comme ils ne peuvent pas demander la réduction de cette libéralité, la réunion de l'art. 475 CC pour le calcul de leur réserve n'est pas possible²⁰⁶.

Selon l'art. 216 al. 2 CC, les enfants non communs peuvent agir en réduction si leur réserve est lésée. Pour cela, ces derniers peuvent déduire une prétention de l'art. 475 CC²⁰⁷ pour réunir à la masse de calcul des réserves la part de bénéfice qui dépasse la moitié du bénéfice de l'union conjugale à laquelle a droit le conjoint survivant selon le régime ordinaire de l'art. 215 al. 1 CC²⁰⁸. Cette part est ajoutée à l'actif successoral. Les enfants non communs sont donc plus favorisés que les enfants communs²⁰⁹. De plus, le conjoint survivant a la faculté de disposer dans une plus grande mesure de ses biens. En effet, si lors de la vie conjugale, la masse de biens du défunt est composée uniquement d'acquêts (art. 197 CC) et qu'il est prévu par contrat de mariage que tout le bénéfice de l'union conjugale reviendra au conjoint survivant, celui-ci va toucher l'intégralité de la fortune du *de cuius*²¹⁰. Les enfants communs ne peuvent pas prétendre

²⁰² STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 255 § 456 ; PIOTET, *Précis*, pp. 16 et 71 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, pp. 43, 44, 58 et 59 ; PIOTET, *Traité*, p. 409 ; EIGENMANN/LANDERT, p. 62 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 372.

²⁰³ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 768 § 1357 et p. 769 § 1359 ; STEINAUER, *Le calcul* ; STEINAUER, *Journée de droit successoral 2019*, p. 213 ; STEINAUER, CR-CC, N 10 *ad* art. 216.

²⁰⁴ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 768 § 1357 ; STEINAUER, *Le calcul*, p. 413.

²⁰⁵ STEINAUER, *Le calcul*, p. 413.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Art 475 CC : « Les libéralités entre vifs s'ajoutent aux biens existants, dans la mesure où elles sont sujettes à réduction ».

²⁰⁸ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 769 § 1360 ; STEINAUER, *Le calcul*, p. 413.

²⁰⁹ PIOTET, *Où porter le débat*, p. 331.

²¹⁰ Rapport, *Droit des successions*, p. 22.

au montant de leur réserve et devront attendre le décès du conjoint survivant pour la recevoir²¹¹. Ils ne pourront pas demander à ce que la part supplémentaire du bénéfice attribuée au conjoint survivant soit réunie (art. 475 CC) au montant pour calculer leur part réservataire.

RUMO-JUNGO suit la même méthode que STEINAUER pour le calcul de la masse des réserves²¹². Au calcul du montant de la réserve des enfants non communs, il doit être ajouté la part attribuée en plus de la créance légale issue de la dissolution du régime matrimonial²¹³.

Exemple 1 :

L'exemple suivant illustre ces propos. A est né de l'union de X et Z qui sont maintenant divorcés. X s'est remarié avec Y sous le régime de la participation aux acquêts. Ils ont un enfant B. X et Y ont conclu un contrat de mariage selon l'art. 216 al. 1 CC qui octroie la totalité du bénéfice de l'union conjugale au conjoint survivant. X décède. X avait CHF 400'000 de biens propres et CHF 500'000 d'acquêts. Y n'a pas d'acquêts. Le droit *ab intestat* s'applique pour le reste.

Le conjoint survivant reçoit CHF 500'000 à titre de liquidation du régime matrimonial. Les 400'000 de biens propres sont à partager entre les trois héritiers à titre de liquidation successorale. Le conjoint Y a droit à la moitié, soit CHF 200'000 (art. 462 ch. 1 CC) et les descendants A et B ont droit à CHF 100'000 chacun. Au total le conjoint touche CHF 500'000 + CHF 200'000 = CHF 700'000.

La réserve des deux enfants est calculée sur deux masses distinctes. Chaque enfant a une réserve légale de $\frac{1}{4} \times \frac{3}{4} = \frac{3}{16}$. La réserve de l'enfant non commun A se calcule sur une masse de CHF 400'000 (biens propres) + CHF 250'000 (moitié du bénéfice de l'union conjugale) = CHF 650'000. Il faut réunir à la masse de calcul des réserves la part supplémentaire qui dépasse la moitié du bénéfice de l'union conjugale due au conjoint survivant. Sa réserve est de $\frac{3}{16} \times \text{CHF } 650'000 = \text{CHF } 121'875$. A l'enfant non commun est donc lésé car il ne touche que CHF 100'000 lors du partage de la succession. Il pourra intenter l'action en réduction en vertu de l'art. 216 al. 2 CC pour reconstituer sa réserve lésée de CHF 21'875. La masse de calcul de la réserve de l'enfant commun B est de CHF 400'000 (total des biens propres) car on ne réunit pas ce que le conjoint survivant a reçu par contrat de mariage. Cette masse ne comprend pas l'attribution de CHF 500'000 faite par contrat de mariage au conjoint survivant. B l'enfant commun a donc une réserve de $\frac{3}{16} \times \text{CHF } 400'000 = \text{CHF } 75'000$. Sa réserve n'est donc pas lésée, puisqu'il touche CHF 100'000 francs lors du partage de la succession. Nous pouvons constater que cette dissociation de masses de calcul des réserves provoque une inégalité de traitement entre les enfants communs et non communs. L'enfant non commun a une réserve légale de CHF 121'875 tandis que celle de l'enfant commun s'élève à CHF 75'000. Cette différence de traitement ne se justifie pas. Un écart de CHF 46'875 entre les réserves des descendants du *de cuius* est énorme, surtout que l'enfant commun, touchant une réserve légale plus petite, ne pourrait pas intenter

²¹¹ *Ibid.*

²¹² RUMO-JUNGO, Successio Nr. 3/07 ; RUMO-JUNGO, CHK-Handkommentar, N 13 ad art. 216.

²¹³ *Ibid.*

d'action en réduction contre le conjoint survivant si sa réserve venait à être lésée, alors que l'enfant non commun y serait autorisé.

Cette théorie pose aussi problème lorsque le défunt ne possède pas un montant élevé de biens propres et en présence d'un tiers légataire²¹⁴. Voici un exemple pour illustrer ce propos. Les acquêts du *de cuius* s'élèvent à CHF 300'000 et ses biens propres à CHF 100'000. Le défunt a légué par testament CHF 60'000 à un tiers Z. Lors du partage de la succession, le conjoint survivant reçoit CHF 20'000 $((CHF\ 100'000 - CHF\ 60'000) / 2)$ et a une réserve de CHF 25'000 (1/4 de CHF 100'000). Il lui manque CHF 5'000 pour compléter sa réserve. Les deux enfants reçoivent chacun CHF 10'000. La réserve de A l'enfant non commun s'élève à CHF 46'875 $(3/16\ de\ CHF\ 100'000 + CHF\ 150'000)$ et celle de l'enfant commun B à CHF 18'750 $(3/16\ de\ CHF\ 100'000)$. Les descendants sont aussi lésés puisqu'ils n'obtiennent pas le montant de leur réserve. Le conjoint survivant pourra agir en réduction contre le legs fait à Z et obtenir CHF 5'000 pour reconstituer le montant de sa réserve. A l'enfant non commun pourra demander la réduction du legs à hauteur de CHF 36'875 $(CHF\ 46'875 - CHF\ 10'000)$ et l'enfant commun s'attaquera au légataire uniquement pour un montant de CHF 8'750 $(CHF\ 18'750 - CHF\ 10'000)$. Nous pouvons constater que l'inégalité de traitement entre les enfants communs et non communs est toujours présente. L'enfant commun est largement défavorisé, contrairement à l'enfant non commun. La différence du montant des réserves est énorme, surtout que le tiers gratifié se voit attribuer un legs alors que l'enfant commun touche un petit montant face à l'enfant non commun. Notons aussi que par cette méthode le conjoint survivant peut agir en réduction contre le legs alors qu'il a obtenu tout le bénéfice de l'union conjugale en plus de sa part successorale. Par conséquent, le conjoint survivant est largement favorisé, ce qui nous semble inéquitable et injustifié.

La méthode de calcul de dissociation des masses peut aussi conduire dans certaines situations à obtenir une quotité disponible négative. Par exemple, lorsque les acquêts du *de cuius* s'élèvent à CHF 800'000 et ses biens propres à CHF 60'000, la quotité disponible est de CHF - 52'500. En effet, la réserve du conjoint survivant est de CHF 15'000 $(1/4 \times CHF\ 60'000)$, celle de l'enfant non commun A est de CHF 86'250 $(3/16 \times CHF\ 460'000)$ et l'enfant commun B dispose d'une réserve de CHF 11'250 $(3/16 \times CHF\ 60'000)$. Selon STEINAUER, la quotité disponible se calcule en faisant la différence entre les biens propres et le total des réserves de tous les héritiers²¹⁵. Le bénéfice de l'union conjugale reçu par le conjoint survivant n'est pas pris en compte dans la masse de calcul de la quotité disponible²¹⁶. En l'espèce, la quotité disponible est de CHF - 52'500 $(CHF\ 60'000 - CHF\ 15'000 - CHF\ 86'250 - CHF\ 11'250)$. Ce résultat négatif est contraire aux règles prévues dans le droit des successions, notamment à l'art. 470 CC et à l'art. 473 al. 2 CC. Ce dernier article permet d'attribuer un usufruit au conjoint survivant. Le *de cuius* a la possibilité d'attribuer en plus une quotité disponible de 1/4 en pleine propriété au conjoint survivant, aux descendants ou n'importe qui d'autre²¹⁷.

²¹⁴ CHUARD, pp. 121 et 121.

²¹⁵ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 276 § 504.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ STEINAUER, CR-CC, N 11 ad art. 473 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 51 § 103 ; STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 245 § 439.

1.3.1.1.2. Masse commune du calcul des réserves

WOLF, partisan de la qualification d'actes entre vifs, estime qu'il faut réunir cette attribution de la part supplémentaire du bénéfice par contrat de mariage pour le calcul des réserves des enfants communs²¹⁸. Pour justifier sa position, il énonce que le législateur, à l'art. 216 al. 2 CC a prévu un régime différent pour les enfants non communs mais uniquement au sujet de l'action en réduction²¹⁹. Si le législateur avait voulu prévoir un montant de calcul des réserves différent, il l'aurait mentionné dans la loi. Par conséquent, l'action en réduction est possible uniquement pour les descendants non communs et la masse de calcul des réserves est la même pour les enfants communs et non communs²²⁰. La part qui dépasse la moitié du bénéfice de l'union conjugale attribuée au conjoint survivant doit être réunie à la masse commune de calcul des réserves²²¹. Cette solution est la même que celle proposées par les auteurs de doctrine qualifiant cette attribution de disposition pour cause de mort²²². Toutefois, la différence avec ces auteurs porte sur l'ordre de réduction des libéralités²²³.

Exemple 2 :

Reprenons la donnée de l'exemple 1. WOLF propose de ne pas dissocier les masses de calcul des réserves selon les enfants communs et non communs. Selon lui, les réserves héréditaires se calculent sur la même base. Concrètement, la réserve de l'enfant non commun A et celle de l'enfant commun B sont calculées sur CHF 400'000 + CHF 250'000 = CHF 650'000. Les CHF 250'000 correspondent à la part supplémentaire de bénéfice attribuée par contrat de mariage au conjoint survivant. Chacun a une réserve de $\frac{3}{16} \times 650'000 = \text{CHF } 121'875$. Nous pouvons constater que leur réserve est lésée, car il leur manque CHF 21'875. L'enfant non commun A pourra agir en réduction et recouvrer le montant de sa réserve. Cependant, l'enfant que les époux ont en commun ne pourra pas intenter cette action (art. 216 al. 2 CC *a contrario*).

1.3.1.2. La qualification de disposition pour cause de mort

Lorsque l'attribution par contrat de mariage du bénéfice est qualifiée de disposition pour cause de mort, la libéralité faite par contrat de mariage au conjoint survivant est comprise automatiquement dans la masse de calcul des réserves des enfants communs et non communs²²⁴. Les biens extants nets correspondent aux biens du défunt transmissibles à cause de mort²²⁵. Ces clauses de contrat de mariage produisent des effets au jour du décès du *de cuius*, en même temps que les autres dispositions pour cause de mort. Concrètement, la réserve des descendants « doit être calculée sur le montant de la succession telle que celle-ci aurait été en

²¹⁸ PIOTET, *Où porter le débat*, p. 330 ; WOLF, *Vorschlag*, p. 157.

²¹⁹ WOLF, *Vorschlag*, p. 158.

²²⁰ *Idem*, p. 157.

²²¹ *Idem*, p. 157.

²²² PIOTET, *Où porter le débat*, p. 330.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ PIOTET, *Précis*, p. 71 ; PIOTET, *Traité*, p. 409.

²²⁵ PIOTET, *Traité*, p. 409.

cas de répartition légale des bénéfices »²²⁶. PIOTET considère que le calcul des réserves se fait sur la même masse, que ce soit pour les enfants communs ou non communs. La part supplémentaire de bénéfice attribuée par contrat de mariage est prise en compte pour le calcul des réserves²²⁷. Toutefois, si la réserve d'un enfant commun est lésée, il ne pourra pas agir en réduction car l'art. 216 al. 2 CC ne le lui permet pas²²⁸. Il devra se contenter du montant effectivement reçu et n'obtiendra pas le montant complet de sa réserve, si elle venait à être incomplète.

Exemple 3 :

Pour illustrer cette théorie, reprenons la même donnée que précédemment. Les réserves de l'enfant commun et non commun s'élèvent à 3/16 chacune et se calculent sur le même montant de CHF 400'000 + CHF 250'000 = CHF 650'000. La réserve de chacun est de CHF 121'875 et chaque enfant reçoit CHF 100'000 du partage successoral. Leur réserve est donc lésée. Toutefois, comme mentionné dans l'exemple 2, seul l'enfant non commun A pourra agir en réduction et obtenir le montant de sa réserve, soit CHF 121'875. L'enfant commun B n'obtiendra que CHF 100'000, issus de sa part *ab intestat* suite au partage successoral.

HAUSHEER²²⁹, REUSSER et GEISER partagent l'avis de PIOTET. Selon eux, la masse de calcul des réserves doit être calculée de la même manière pour les enfants communs et non communs. La moitié du bénéfice de l'union conjugale (art. 215 CC) doit être réunie à cette masse²³⁰. L'action en réduction ne peut toutefois pas être intentée par les enfants communs si leur réserve est lésée²³¹.

Nous sommes d'avis que cette méthode de calcul des réserves permet de remédier aux problèmes énoncés avec le calcul dissocié des masses présenté par STEINAUER. Si nous reprenons l'exemple de STEINAUER cité précédemment en présence d'un tiers légataire et d'une masse de biens propres du *de cuius* peu élevée, nous pouvons constater une égalité de traitement entre les descendants de défunt. Avec la masse commune des réserves lorsque les acquêts du défunt s'élèvent à CHF 300'000 et ses biens propres à CHF 100'000 et qu'un legs de CHF 60'000 est prévu en faveur de Z, le conjoint survivant reçoit CHF 20'000 et chacun des deux enfants CHF 10'000. La réserve du conjoint survivant est de CHF 62'500 (1/4 x CHF 250'000), celle de l'enfant non commun A de CHF 46'875 (3/16 x CHF 250'000) et celle de l'enfant commun B de CHF 46'875 (3/16 x CHF 250'000). Dans ce cas de figure, les deux enfants ont tous deux leur réserve lésée à hauteur de CHF 36'875. Cette solution semble plus équitable. Si nous suivons ce courant de doctrine, nous pouvons constater que le conjoint survivant dispose d'une plus grande réserve car la moitié du bénéfice de l'union conjugale est aussi comprise dans sa masse de calcul des réserves, contrairement à la solution proposée par STEINAUER.

²²⁶ Rapport, *Droit des successions*, p. 23.

²²⁷ PIOTET, *Les libéralités par contrat de mariage*, p. 80 § 372 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK-ZGB I, N 31 *ad* art. 216.

²²⁸ PIOTET, *Les libéralités par contrat de mariage*, p. 80 § 372.

²²⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK-ZGB I, N 38 et N 51 *ad* art. 216.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK-ZGB I, N 38 *ad* art. 216.

De plus, la méthode de masse commune des réserves permet d'éviter de se retrouver avec une quotité disponible négative (*cf. supra* exemple 1 *a contrario*). À l'inverse du calcul de STEINAUER, la quotité disponible ici est de CHF 172'500 ($\frac{3}{8} \times \text{CHF } 460'000$ ou $\text{CHF } 460'000 - \text{CHF } 115'000 - \text{CHF } 86'250 - \text{CHF } 86'250$) si les acquêts du *de cuius* s'élèvent à CHF 800'000 et ses biens propres à CHF 60'000. La réserve du conjoint survivant est de CHF 115'000 ($\frac{1}{4} \times \text{CHF } 460'000$), celles des deux enfants (commun et non commun) est de CHF 86'250 chacun ($\frac{3}{16} \times \text{CHF } 460'000$). Nous pouvons constater que cette méthode de calcul n'aboutit pas à une quotité disponible négative et semble donc plus juste et en accord avec les règles prévues en droit des successions. Elle permet en outre l'application de l'art. 473 al. 2 CC prévoyant l'attribution d'une quotité disponible de $\frac{1}{4}$ en pleine propriété lorsque la succession du *de cuius* est grevée d'un usufruit en faveur du conjoint survivant en concours avec les descendants.

1.4. L'avant-projet

Dans son avant-projet, le Conseil fédéral souhaitait mettre fin à ce conflit de doctrine et qualifia l'attribution de la part supplémentaire de bénéficiaire par contrat de mariage de disposition pour cause de mort²³². À cet effet, il proposa d'élaborer l'art. 494 al. 4 AP-CC qui prévoyait que « l'attribution du bénéfice au conjoint survivant dans un contrat de mariage (...) est traitée dans la succession comme un pacte successoral »²³³. Il s'agit d'une acquisition pour cause de mort, qui produit des effets au décès du *de cuius* contrairement aux libéralités entre vifs, qui ont des effets à la dernière seconde de vie de défunt²³⁴. Les partisans de la qualification de l'attribution de libéralité entre vifs estiment que la qualification de disposition pour cause de mort, prive le contrat de mariage d'avoir une « portée proprement matrimoniale »²³⁵. La solution de l'avant-projet permettrait de s'éloigner du régime des réunions différenciées pour la base de calcul des réserves²³⁶. Toutes les réserves seraient calculées en tenant compte de la répartition légale par moitié du bénéfice selon l'art. 215 al. 1 CC²³⁷. L'avant-projet reprend les propositions des calculs des auteurs qui soutiennent la qualification pour cause de mort, c'est-à-dire que la masse de calcul des réserves est composée des biens propres du *de cuius* ainsi que la part supplémentaire du bénéfice de l'union conjugale attribuée par contrat de mariage.

L'exemple 3 illustre ces propos au sujet de la masse commune de calcul des réserves. Il faut toutefois tenir compte de la modification des réserves proposée dans cet avant-projet. La volonté d'augmenter le montant à disposition du testateur pour favoriser au mieux les héritiers de son choix nécessite la diminution des parts réservataires²³⁸. Pour ce faire, la réserve des descendants ne sera plus de $\frac{3}{4}$ de leur part *ab intestat* (art. 471 ch. 1 CC) mais de $\frac{1}{2}$ (art. 471

²³² Rapport, *Droit des successions*, p. 23 ; EITEL, *Die Pflichtteilberechnungsmasse*, p. 464.

²³³ Avant-projet, *Droit des successions*, p. 3 ; PIOTET, rapport, p. 57 ; EITEL, *Die Pflichtteilberechnungsmasse*, p. 464.

²³⁴ Rapport, *Droit des successions*, p. 22.

²³⁵ STEINAUER, Journée de droit successoral 2019, p. 213.

²³⁶ Rapport, *Droit des successions*, pp. 21-23.

²³⁷ *Cf. supra* illustration avec les exemples 2 et 3.

²³⁸ Rapport, *Droit des successions*, p. 18 ; BREITSCHMID, Rapport, ch. 34 ; COTTIER, Rapport, p. 46.

ch. 1 AP-CC) et la réserve du conjoint survivant s'élèvera à 1/4 (art. 471 ch. 3 CC) et non à 1/2 de son sa part légale (art. 471 ch. 2 AP-CC)²³⁹. En appliquant la donnée précédemment présentée, la masse de calcul des réserves sera de CHF 400'000 + CHF 250'000 = CHF 650'000, comme dans l'exemple 3. Toutefois, avec la diminution des réserves prévue, la part réservataire du conjoint survivant s'élèvera à 1/2 (part *ab intestat*) x 1/4 (nouvelle réserve) = 1/8 et celle de chaque enfant à 1/4 (part *ab intestat*) x 1/2 (nouvelle réserve) = 1/8. Les trois héritiers ont chacun une réserve de 1/8 x 650'000 = CHF 81'500. Comme chaque enfant reçoit CHF 100'000 du partage de la succession et que leur réserve s'élève à CHF 81'500, celle-ci n'est pas lésée. Avec ces changements, la quotité disponible est plus élevée, ce qui laisse un montant plus grand à disposition du testateur.

1.5. Le projet de révision

Suite à la procédure de consultation, il a été retenu que la clarification du montant de la masse de calcul des réserves était nécessaire et souhaitée par la plupart des participants²⁴⁰. Toutefois, la qualification de l'attribution d'une part supplémentaire de bénéfice de disposition pour cause de mort a été fortement critiquée et il serait préférable d'opter pour une qualification de libéralité entre vifs. L'argument principal est la liberté pour les époux de favoriser le conjoint survivant et l'augmentation de la part à disposition de *de cujus* pour tester, qui est un des principaux buts de la révision du droit des successions²⁴¹. La qualification de la clause du contrat de mariage attribuant une part supplémentaire de bénéfice en tant que libéralité entre vifs répond à cet objectif. En effet, comme nous l'avons vu à l'aide d'un exemple chiffré (*cf. supra* Titre 3 § 2.1), la qualification de disposition pour cause de mort tient compte du partage légal du bénéfice de l'union conjugale dans le montant de la masse de calcul des réserves, pour les enfants communs et non communs. Alors que dans le cas d'une libéralité entre vifs, tout le bénéfice de l'union conjugale est attribué au conjoint survivant, au détriment des enfants qui auront un montant de masse de calcul de réserve plus petit.

Dans son Message, le Conseil fédéral qualifie l'attribution du bénéfice de l'union conjugale par contrat de mariage au conjoint survivant de libéralité entre vifs²⁴². Le Conseil fédéral a décidé de se pencher sur l'incidence de cette qualification sur la masse de calcul des réserves car il s'est rendu compte que les réserves des enfants communs et non communs n'étaient pas traitées de la même manière (*cf. supra* exemples 1 et 3). Il est donc nécessaire de le prévoir expressément pour mettre un terme à ce débat. Pour ce faire, le projet prévoit à l'art. 216 al. 2 P-CC que « *cette convention est prise en compte dans le calcul des réserves héréditaires dans la mesure où elle favorise le conjoint survivant* »²⁴³. Le Conseil fédéral a formulé la proposition suivante : il faut « *prendre en compte l'attribution d'une part supplémentaire du bénéfice dans le calcul des réserves, soit de réunir à la masse de calcul des réserves dans la mesure où elle favorise le conjoint ou le partenaire enregistré survivant, c'est-à-dire pour le montant*

²³⁹ Rapport, *Droit des successions*, p. 18.

²⁴⁰ Synthèse procédure consultation, p. 26.

²⁴¹ *Idem*, p. 27.

²⁴² Message du Conseil fédéral, FF 2018 5897.

²⁴³ FF 2018 5865, p. 5949.

dépassant la moitié du bénéfice du conjoint décédé (art. 216 al. 2 P-CC). Cela signifie que la part supplémentaire pourra, le cas échéant, être réduite. Le projet ancre explicitement cette possibilité à l'art. 532 al. 2 P-CC »²⁴⁴. Le projet de révision du droit des successions permet donc de calculer les réserves de tous les héritiers sur le même montant et de mettre un terme à cette question controversée²⁴⁵. La masse de calcul des réserves sera augmentée car la part supplémentaire de bénéfice y est rajoutée. Les enfants communs sont mieux protégés grâce à la réunion de la part supplémentaire du bénéfice pour le calcul de leur réserve²⁴⁶. Toutefois, comme en droit actuel, si leur réserve est lésée, les enfants communs ne peuvent pas utiliser l'action en réduction contre la part de bénéfice supplémentaire attribuée au conjoint survivant par contrat de mariage. L'art. 216 al. 3 P-CC protège uniquement les enfants non communs²⁴⁷. Cependant, si le défunt avait pris des dispositions pour cause de mort ou procédé à des libéralités entre vifs de son vivant, l'enfant commun pourra tout de même s'attaquer en réduction à ces actes-ci (cf. développement ultérieur).

Au sujet de la réduction des réserves héréditaires prévue dans l'avant-projet, le Conseil fédéral a changé de position. Dans son Message, il propose une réserve pour le conjoint survivant de 1/2 de sa part *ab intestat* et non de 1/4 (solution de l'avant-projet).²⁴⁸ Par contre, la réserve de 1/2 de la part des descendants reste inchangée²⁴⁹. Le Conseil fédéral maintient aussi la suppression des réserves des parents du *de cuius*, solution proposée dans l'avant-projet et qui avait bien été accueillie lors de la procédure de consultation²⁵⁰. Selon l'art. 471 P-CC, « la réserve est la moitié du droit de successions »²⁵¹. En présence de descendants, le conjoint survivant aura une part réservataire de $1/2 \times 1/2 = 1/4$ et les enfants auront ensemble une réserve de $1/2 \times 1/2 = 1/4$.

Exemple 4 :

Reprenons la donnée de base de l'exemple 1 (cf. *supra* Titre 4 § 1.3.1.1.1.). La masse de calcul des réserves des deux enfants sera de CHF 400'000 + CHF 250'000 = CHF 650'000. Bien que le conjoint survivant se voit attribuer l'entier du bénéfice de l'union conjugale (CHF 500'000), la part supplémentaire de bénéfice qui lui est versée (CHF 250'000) est rajoutée aux biens propres (CHF 400'000). En l'espèce, la réserve du conjoint survivant est de CHF 165'500 ($1/4 \times \text{CHF } 650'000$). La réserve d'un enfant est de $1/4 \times 1/2 = 1/8$. Chaque enfant aura donc une réserve de $1/8 \times 650'000 = \text{CHF } 81'500$. Le Conseil fédéral a décidé de calculer la réserve des enfants communs et non communs de la même manière, mais l'enfant commun ne pourra pas agir en réduction contre son parent au sujet de la part supplémentaire du bénéfice qui lui a été attribuée en vertu du contrat de mariage. Avec cette révision du droit des successions, la réserve

²⁴⁴ *Idem*, pp. 5897 et 5925.

²⁴⁵ STEINAUER, Journée de droit successoral 2019, p. 213 ; FF 2018 5865, p. 5925.

²⁴⁶ STEINAUER, Journée de droit successoral 2019, p. 213.

²⁴⁷ FF 2018 5865, p. 5925.

²⁴⁸ *Idem*, p. 5884.

²⁴⁹ *Idem*, p. 5884.

²⁵⁰ *Idem*, p. 5882.

²⁵¹ *Idem*, p. 5950.

de l'enfant commun est plus grande mais son droit est paralysé. Il pourra agir uniquement contre les personnes qui ont reçu des libéralités entre vifs.

2. L'ordre des réductions

2.1. La réduction selon le droit en vigueur

2.1.1. Objet et conditions de l'action en réduction

Le *de cuius* peut librement disposer de son patrimoine, dans les limites de la quotité disponible²⁵². Selon l'art. 522 al. 1 CC, l'action en réduction permet à un héritier de demander la réduction des libéralités pour cause de mort et des libéralités entre vifs faites par le *de cuius*, s'il n'obtient pas le montant de sa réserve²⁵³. Il s'agit d'une annulation judiciaire rétroactive des libéralités afin de reconstituer le montant des réserves, en l'état de la succession au jour du décès²⁵⁴. Si les héritiers ne touchent pas leur réserve, celle-ci n'est pas automatiquement reconstituée²⁵⁵. Les héritiers doivent intenter l'action en réduction pour attaquer la validité des dispositions et libéralités faites par le *de cuius*²⁵⁶. Cette action permet de calculer la masse successorale sans les actes d'attribution faits par le *de cuius*²⁵⁷. Selon l'art. 533 al. 1 CC, cette action se prescrit par un an (délai relatif) dès que l'héritier a connaissance de la lésion de sa réserve, de son statut de réservataire, de l'existence d'une libéralité réductible et par 10 ans dès l'ouverture de la succession (délai absolu)²⁵⁸. La qualité pour agir appartient à chaque héritier réservataire qui ne reçoit pas le montant de sa réserve²⁵⁹.

Toutefois, l'art. 216 al. 2 CC (art. 241 al. 3 CC pour le régime de la communauté de biens) énonce une exception à ce principe²⁶⁰. Le *de cuius* n'est pas entièrement libre de disposer de son patrimoine car, en attribuant plus de la moitié du bénéfice au conjoint survivant pas contrat de mariage, il ne peut pas empiéter sur la réserve des enfants non communs²⁶¹. Dans le cadre d'une attribution par contrat de mariage, l'action en réduction peut être intentée uniquement

²⁵² GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 43 § 88 ; EIGENMANN, *Commentaire du droit des successions*, N 1 ad art. 522.

²⁵³ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 417 § 783 ; EIGENMANN, *Commentaire du droit des successions*, N 1 ad art. 522 ; BOHNET/CHRISTINAT, p. 441 ; PIOTET, CR-CC, N 7 et N 13 ad art. 522.

²⁵⁴ PIOTET, *Précis*, p. 91 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 76 § 151 ; PIOTET, *Traité*, p. 441 ; EIGENMANN/LANDERT, pp. 51 et 56 ; EIGENMANN, *Commentaire du droit des successions*, N 1 et N 9 ad art. 522 ; BOHNET/CHRISTINAT, N 2 p. 442 ; DRUEY, p. 75 ; PIOTET, CR-CC II, N 20 ad art. 522 ; BRACONI/CARRON, CC & CO annotés, art. 522 CC.

²⁵⁵ EIGENMANN/LANDERT, p. 54.

²⁵⁶ *Ibid.* ; BRACONI/CARRON, CC & CO annotés, art. 522 CC ; PIOTET, CR-CC, N 21 ad art. 522.

²⁵⁷ EIGENMANN/LANDERT, p. 52.

²⁵⁸ PIOTET, *Précis*, p. 97 ; STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 417 § 786 ; PIOTET, *Traité*, p. 471 ; EIGENMANN/LANDERT, p. 74 ; BOHNET/CHRISTINAT, N 40 et 42 p. 453.

²⁵⁹ PIOTET, *Précis*, p. 96 ; STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 421 § 797 ; PIOTET, *Traité*, p. 441 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 69 § 132 ; EIGENMANN/LANDERT, p. 66 ; EIGENMANN/ROUILLER, p. 381 ; BOHNET/CHRISTINAT, N 21 p. 447.

²⁶⁰ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 767 § 1356.

²⁶¹ EIGENMANN/LANDERT, pp. 51 et 62 ; EIGENMANN, *Commentaire du droit des successions*, N 1 ad art. 522.

par les enfants non communs du *de cuius* et leurs descendants²⁶². Les enfants communs n'ont aucun droit à faire valoir la lésion de leur réserve. La qualité pour défendre appartient à toute personne qui a reçu une libéralité entre vifs ou pour cause de mort qui lèse la réserve dont l'héritier a droit²⁶³.

Les quatre conditions de l'action sont les suivantes : il doit s'agir d'une disposition réductible, elle excède la quotité disponible, elle porte atteinte à la réserve de l'héritier et celui-ci ne doit pas avoir reçu sous une autre forme le montant de sa réserve²⁶⁴. Les dispositions réductibles visées sont des dispositions pour cause de mort ou des libéralités entre vifs faites en faveur de certains héritiers²⁶⁵. L'art. 527 CC énumère les libéralités entre vifs réductibles²⁶⁶. Il s'agit des libéralités faites à titre d'avancement d'hoirie non soumises à rapport, celles versées à titre de liquidation anticipée de droits héréditaires, les donations librement révocables par le *de cuius*, celles exécutées dans les cinq années précédant son décès et les aliénations faites dans le but manifeste d'éluder les règles concernant la réserve²⁶⁷. Les libéralités à cause de mort sont des dispositions émises dans un testament ou dans un pacte successoral qui instituent un ou plusieurs héritiers (attribution d'une quote-part de la succession art 483 CC), un legs (art. 484-486 CC), une donation à cause de mort ou encore des charges successorales²⁶⁸. Dans ce travail, la libéralité qui nous intéresse principalement est celle faite par contrat de mariage, en modifiant le régime légal pour attribuer plus de la moitié du bénéfice de l'union conjugale à l'époux survivant en vertu de l'art. 216 al. 1 CC²⁶⁹.

2.1.2. L'ordre des réductions selon la loi et la doctrine

Pour reconstituer la réserve d'un héritier lésé, il faut respecter un certain ordre²⁷⁰. Selon l'art. 532 CC, l'action en réduction s'opère en premier sur les dispositions pour cause de mort, puis sur les libéralités entre vifs, de la libéralité la plus récente à la plus ancienne²⁷¹. Les dispositions pour cause de mort produisent leurs effets à partir de la date d'ouverture de la succession, c'est-à-dire au moment du décès du *de cuius*²⁷². Lorsqu'il y a plusieurs dispositions pour cause de mort, leurs effets se produisent donc en même temps²⁷³. Pour cela, l'art. 525

²⁶² DESCHENAU/STEINAUER/BADDELEY, p. 767 § 1356 ; EIGENMANN/LANDERT, p. 62.

²⁶³ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 423 § 799 ; EIGENMANN/LANDERT, p. 70 ; EIGENMANN, *Commentaire du droit des successions*, N 8 ad art. 522 ; BOHNET/CHRISTINAT, N 30 p. 449 ; PIOTET, CR-CC II, N 15 ad art. 522.

²⁶⁴ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 424 § 800 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, pp. 77 et 78 § 152.

²⁶⁵ Art 532 CC ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 69 § 132 ; DRUEY, p. 75 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 841.

²⁶⁶ GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 69 § 134.

²⁶⁷ *Idem*, pp. 70-73 § 135-143 ; art. 527 ch. 1-4 CC ; EIGENMANN/LANDERT, p. 52.

²⁶⁸ GUINAND/STETTLER/LEUBA, pp. 73-74 § 144 ; STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 424 § 802 et N 829, p. 423 ; EIGENMANN, *Commentaire du droit des successions*, N 1 ad art. 522.

²⁶⁹ BRACONI/CARRON, CC & CO annotés, art. 522 CC ; DRUEY, p. 75.

²⁷⁰ PIOTET, *Traité*, p. 452 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 150, p. 76 ; EIGENMANN/LANDERT, p. 64.

²⁷¹ PIOTET, *Traité*, p. 452 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 155, p. 79 ; FANKHAUSER, CHK-ZGB, N 1 ad art. 532 ; PIOTET, CR-CC, N 2 ad art. 532.

²⁷² STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 433 § 829 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 79 § 156 ; EIGENMANN/LANDERT, p. 65 ; MINNIG, ZGB-Komm, N 2 ad art. 532 ; FANKHAUSER, CHK-ZGB, N 1 ad art. 532.

²⁷³ PIOTET, CR-CC II, N 2 ad art. 532.

al. 1 CC pose la règle suivante : les dispositions pour cause de mort sont réduites proportionnellement à la part réductible²⁷⁴. Le calcul²⁷⁵ est le suivant : il faut diviser le total manquant à tous les héritiers réservataires, par le total de toutes les libéralités faites. Ce calcul permet de définir le montant de la proportion de la réduction, à appliquer à chaque libéralité pour obtenir le montant à réduire pour chaque libéralité faite.

Au sujet des libéralités entre vifs, l'héritier lésé doit s'attaquer en premier aux libéralités les plus récentes, car ce sont elles qui ont été faites lorsqu'il n'y avait plus assez de quotité disponible²⁷⁶. Toutefois, la loi ne précise pas le moment à prendre en compte pour dater la libéralité entre vifs afin de fixer sa position face à d'autres libéralités entre vifs. Il s'agit d'un point controversé et non encore tranché par le Tribunal fédéral²⁷⁷. Cependant, la doctrine majoritaire estime que la date à prendre en compte est le jour d'acquisition du droit²⁷⁸. Dans ce chapitre, nous verrons l'ordre que proposent différents auteurs de doctrine. La qualification choisie pour l'attribution par contrat de mariage du bénéfice (disposition pour cause de mort ou libéralité entre vifs) a une incidence sur l'ordre des réductions²⁷⁹.

Un autre point débattu et controversé en doctrine est la question du rang de réduction des dispositions *ab intestat*²⁸⁰. La part *ab intestat* est la part de la succession que reçoivent les héritiers légaux lorsque le *de cuius* n'a pas prévu de dispositions testamentaires (art. 481 al. 2 CC)²⁸¹. Certains auteurs considèrent qu'il y a une lacune dans la loi à ce sujet²⁸². Même si le *de cuius* a, dans les limites de la quotité disponible, attribué ses biens par testament ; certains héritiers peuvent avoir leur réserve lésée à cause de l'acquisition *ab intestat* d'autres héritiers²⁸³. Voici un exemple pour illustrer ce sujet²⁸⁴. X est le *de cuius*, Y le conjoint survivant et A l'enfant commun. Selon l'art. 462 ch. 1 CC, la part légale (*ab intestat*) revenant au conjoint survivant Y est de 1/2 et celle de l'enfant A de 1/2. Selon l'art. 471 ch.3 CC, la réserve légale du conjoint survivant est de $1/2 \times 1/2 = 1/4$. L'enfant a droit à une réserve de $1/2 \times 3/4 = 3/8$. La quotité disponible est de 3/8. Par testament, le *de cuius* a prévu que la quotité disponible de 3/8 reviendrait à son cousin (qui n'est pas un héritier réservataire). Les 5/8 restants sont donc répartis par moitié entre le conjoint survivant et l'enfant (art. 481 al. 2 CC et art. 462 ch. 1 CC). Y et A ont droit chacun à 5/16. Par cette acquisition *ab intestat*, le conjoint survivant a touché le montant de sa réserve mais ce n'est pas le cas de l'enfant, à qui il manque 1/16. Nous pouvons constater que, même si le défunt a disposé pour cause de mort de la quotité disponible, lorsque

²⁷⁴ EIGENMANN/LANDERT, p. 65 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 841 ; FORNI/PIATTI, BSK-ZGB II, N 1 *ad* art. 532.

²⁷⁵ EIGENMANN/LANDERT, p. 65.

²⁷⁶ EIGENMANN, *Commentaire du droit des successions*, N 10 *ad* art. 532 CC ; PIOTET, CR-CC II, N 3 *ad* art. 532.

²⁷⁷ FF 2018 5865, p. 5907.

²⁷⁸ EIGENMANN/LANDERT, p. 65 ; PIOTET, CR-CC II, N 4 *ad* art. 532 CC ; FANKHAUSER, CHK-ZGB, N 1 *ad* art. 532 ; FORNI/PIATTI, BSK-ZGB II, N 3 *ad* art. 532 ; PIOTET, CR-CC, N 4 *ad* art. 532.

²⁷⁹ PIOTET, Rapport, p. 56 ; DRUEY, p. 75.

²⁸⁰ FF 2018 5865, p. 5907 ; PIOTET, Rapport, p. 55 ; Rapport, *Droit des successions*, p. 43 ; KOBEL/FANKHAUSER, Successio Nr. 3/07, p. 168 ; PIOTET, CR-CC II, N 14 *ad* art. 522.

²⁸¹ FF 2018 5865, p. 5907 ; STEINAUER, *Le droit des successions*, pp. 88-99 § 94-100 ; PIOTET, Précis, p. 24.

²⁸² STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 426 § 811 ; PIOTET, Rapport, p. 54 ; STEINAUER, Journée de droit successoral 2019, p. 215 ; KOBEL/FANKHAUSER, Successio Nr. 3/07, p. 171 ; PIOTET, CR-CC II, N 14 *ad* art. 522.

²⁸³ PIOTET, Rapport, p. 54 ; Rapport, *Droit des successions*, p. 42 ; BADDELEY, *De la motion Gutzwiller*, p. 593.

²⁸⁴ Exemple inspiré par l'illustration de Steinauer, in : STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 425 § 810 ; Rapport, *Droit des successions*, p. 42.

l'attribution légale intervient, les héritiers réservataires peuvent être lésés. En l'espèce, l'enfant A pourrait intenter l'action en réduction pour reconstituer le montant de sa réserve. Toutefois, l'art. 522 al. 1 CC énonce que cette action est dirigée « *contre les libéralités qui excèdent la quotité disponible* ». L'enfant A ne pourrait, en revanche, pas demander la réduction de la part que le conjoint survivant a reçu du partage de la succession, car il s'agit d'une acquisition *ab intestat*. De plus, il n'aurait pas le droit d'agir en réduction contre la libéralité faite au cousin du défunt car cette attribution ne dépasse pas le montant de la quotité disponible (art. 522 al. 1 CC *a contrario*).

Rappelons que STEINAUER considère que les modifications conventionnelles par contrat de mariage du bénéfice sont des libéralités entre vifs²⁸⁵. Il propose l'ordre des réductions suivantes : en premier, « *les acquisitions ab intestat* », puis « *les dispositions pour cause de mort, les libéralités résultant de la modification du régime matrimonial, les clauses bénéficiaires révocables d'une assurance-vie* » et enfin « *les autres libéralités entre vifs, en remontant de la plus récente à la plus ancienne* »²⁸⁶. EIGENMANN²⁸⁷, BADDELEY²⁸⁸ et DESCHENAUX²⁸⁹ proposent le même ordre des réductions.

Les premières attributions à réduire sont les acquisitions *ab intestat*. Selon ces auteurs, nous sommes en présence d'une lacune proprement dite car l'art 532 CC ne mentionne pas les acquisitions *ab intestat*²⁹⁰. Comme la volonté du *de cuius* est importante lorsqu'il rédige des dispositions pour cause de mort, celles-ci l'emportent sur les libéralités *ab intestat*²⁹¹. Dans l'exemple ci-dessus, l'enfant pourrait faire réduire la part *ab intestat* de sa mère pour obtenir les 1/16 qui manquent pour reconstituer sa réserve²⁹². Il ne s'attaquera pas à la libéralité faite au cousin car la volonté du défunt prime et, surtout, le montant de cette libéralité ne dépasse pas la quotité disponible.²⁹³ Notons que STEINAUER n'a pas mis les libéralités faites par contrat de mariage au dernier rang, celui des libéralités entre vifs. Selon lui, l'attribution du bénéfice de l'union conjugale au conjoint survivant est considérée comme « *la dernière libéralité entre vifs faite par le de cuius* »²⁹⁴. Cette libéralité a lieu au moment de la liquidation du régime matrimonial qui précède la liquidation de la succession²⁹⁵. Le rang des libéralités entre vifs est déterminé par le moment où elles sont exécutées, c'est-à-dire au moment de l'acquisition de la libéralité par le bénéficiaire et non le moment de la conclusion du contrat²⁹⁶. C'est pour cela que ces libéralités qui attribuent le bénéfice de l'union conjugale sont réduites avant les autres libéralités entre vifs. Pour cet auteur, l'attribution du bénéfice par contrat de mariage est une

²⁸⁵ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 768 § 1357.

²⁸⁶ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 437 § 836.

²⁸⁷ EIGENMANN, *Commentaire du droit des successions*, N 4 ad art. 532 CC.

²⁸⁸ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 770 § 1364 ; BADDELEY, *Successio* Nr. 4/09, p. 256.

²⁸⁹ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 770 § 1364.

²⁹⁰ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 426 § 811 ; EIGENMANN, *Commentaire du droit des successions*, N 5 ad art. 532 CC.

²⁹¹ *Ibid.* ; STEINAUER, *Journée de droit successoral 2019*, p. 216.

²⁹² STEINAUER, *Journée de droit successoral 2019*, p. 216.

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 765 § 1351 et p. 771 § 1364 ; EIGENMANN, *Commentaire du droit des successions*, N 9 ad art. 532 CC.

²⁹⁵ PIOTET, *Les libéralités par contrat de mariage*, p. 66 § 271.

²⁹⁶ *Ibid.* ; CHUARD, p. 118 ; EIGENMANN, *Commentaire du droit des successions*, N 12 ad art. 532 CC.

« *lex specialis par rapport aux art. 475 et 527 CC* »²⁹⁷. Il s'agit d'un nouveau cas de réduction, qui n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 475 CC²⁹⁸. Pour les enfants communs et leurs descendants, la réduction et la réunion de la part supplémentaire du bénéfice attribuée au conjoint survivant sont exclues²⁹⁹. Par conséquent, cette attribution n'est pas prise en compte pour le calcul de leur réserve³⁰⁰. Comme nous l'avons vu (*cf. supra* Titre 4 chap. 1.), le montant de la masse de calcul des réserves n'est donc pas la même pour les enfants communs et les enfants non communs³⁰¹. Les enfants non communs peuvent tenter une action en réduction et demander la réunion de la part du bénéfice attribuée au conjoint survivant par contrat de mariage³⁰².

RUMO-JUNGO considère, comme STEINAUER, que la part supplémentaire de bénéfice attribuée par contrat de mariage au conjoint survivant est une libéralité entre vifs. Toutefois, cette auteure ne propose pas le même ordre de réduction que STEINAUER. Selon elle, les acquisitions *ab intestat* se réduisent en premier, puis les dispositions pour cause de mort et enfin les libéralités entre vifs (dont les contrats de mariage)³⁰³. Les attributions reçues par contrat de mariage sont les dernières à être réduites car il s'agit de la libéralité la plus récente faite par le *de cuius*. Elles constituent la dernière libéralité faite du vivant du défunt³⁰⁴. L'attribution du bénéfice par contrat de mariage déploie ses effets juste avant la dissolution du régime matrimonial³⁰⁵.

Au sujet de l'ordre des réductions, WOLF change sa qualification de l'attribution par contrat de mariage du bénéfice de l'union conjugale. Comme nous l'avons vu précédemment, il considère que le contrat de mariage est un contrat synallagmatique parfait qui produit des effets entre vifs. Il qualifie cette attribution par contrat de mariage d'acte entre vifs³⁰⁶. Il énonce aussi, que si cette attribution est qualifiée de libéralité entre vifs ou de disposition à cause de mort, n'est pas important car de toute façon cette favorisation par contrat de mariage est réductible³⁰⁷. La qualification a une incidence uniquement sur l'ordre des réductions³⁰⁸. Toutefois, au sujet de l'action en réduction, il change de position et qualifie ce contrat de mariage de libéralité entre vifs³⁰⁹. Il propose l'ordre des réductions suivant : en premier, les acquisitions *ab intestat*, puis les dispositions pour cause de mort et enfin les libéralités entre vifs (dont les contrats de mariage qui attribuent le bénéfice de l'union conjugale)³¹⁰. L'attribution par contrat de mariage est réduite après les dispositions pour cause de mort car la dissolution du régime matrimonial

²⁹⁷ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 768 § 1357 ; EIGENMANN, *Commentaire du droit des successions*, N 8 ad art. 475 CC.

²⁹⁸ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 769 § 1360.

²⁹⁹ *Idem*, p. 768 § 1357.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 768 § 1357.

³⁰² *Idem*, p. 769 § 1360.

³⁰³ RUMO-JUNGO, *Successio* Nr. 3/07.

³⁰⁴ *Idem*, p. 166.

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ PIOTET, *Les libéralités par contrat de mariage*, p. 76 ; WOLF, *Erbrecht*, p. 143.

³⁰⁷ WOLF, *Vorschlag*, p. 154.

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ WOLF, *Vorschlag*, pp. 154 et 157.

³¹⁰ *Idem*, pp. 154-156.

précède le partage de la succession³¹¹. Aussi, WOLF énonce que les pactes successoraux doivent être réduits en premier³¹². C'est seulement dans un deuxième temps, si la réserve est toujours lésée, que les héritiers pourront s'attaquer au contrat de mariage. Selon lui, en pratique, le contrat de mariage est conclu avant le pacte successoral³¹³. Ce dernier est donc réduit en premier.

WEIMAR, partisan de la qualification d'acte entre vifs³¹⁴, propose l'ordre des réductions suivant. Les dispositions pour cause de mort sont réduites en premier, puis l'attribution du bénéfice au conjoint survivant, puis les assurances-vie et enfin les libéralités entre vifs, de la plus récente à la plus ancienne³¹⁵. Selon lui, les acquisitions *ab intestat* ne sont pas réductibles³¹⁶. WEIMAR énonce que les libéralités faites par contrat de mariage ne peuvent pas être réduites au sens des articles 522 et 527 CC³¹⁷ mais elles peuvent l'être selon l'art. 216 al. 2 CC qui crée un nouveau cas de réduction indépendant des dispositions du droit des successions³¹⁸.

Selon PIOTET, la libéralité faite par attribution du contrat de mariage au décès d'un des époux est assimilée à un pacte successoral (disposition pour cause de mort) en application de l'art. 245 al. 2 CO par analogie³¹⁹. L'attribution par contrat de mariage du bénéfice est réduite en premier, c'est-à-dire au même rang que les acquisitions à cause de mort et les acquisitions *ab intestat*³²⁰. Les libéralités entre vifs sont réduites en dernier (art. 532 CC). Toutefois, lorsqu'un héritier reçoit une part de la succession en vertu d'une disposition pour cause de mort (qui ne dépasse pas la quotité disponible) et d'une acquisition *ab intestat*, cette dernière est réduite en premier³²¹. PIOTET expose deux règles lorsque nous sommes en présence des différentes libéralités à cause de mort, notamment lorsqu'il y a un pacte successoral. Premièrement, lorsque nous sommes face à un contrat de mariage et/ou un pacte successoral, conclu(s) avant des dispositions pour cause de mort (testament ou pacte successoral), l'ordre des réductions est le suivant : les dispositions pour cause de mort postérieures sont réduites en premier, les pactes successoraux antérieurs et les attributions par contrats de mariage dans un deuxième temps³²². La deuxième règle concerne la situation où nous sommes face à un contrat de mariage (qui ne dépasse pas la quotité disponible) et disposition *ab intestat*. L'acquisition par cause de mort de la part *ab intestat* est réduite avant les dispositions pour cause de mort (qui comprennent les attributions faites par contrat de mariage)³²³.

³¹¹ *Idem*, p. 155.

³¹² *Ibid.*

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ WEIMAR, *Zur Herabsetzung*, p. 602.

³¹⁵ *Idem*, p. 605.

³¹⁶ *Ibid.* ; KOBEL/FANKHAUSER, *Successio* Nr. 3/07, p. 169.

³¹⁷ WEIMAR, *Zur Herabsetzung*, p. 602.

³¹⁸ *Idem*, p. 603.

³¹⁹ PIOTET, *Les libéralités par contrat de mariage*, p. 60 § 228 et p. 77 § 348.

³²⁰ *Idem*, p. 60 § 229 ; PIOTET, *Traité*, p. 452 ; KOBEL/FANKHAUSER, *Successio* Nr. 3/07, p. 170 ; FORNI/PIATTI, *BSK-ZGB II*, N 2 *ad* art. 532.

³²¹ PIOTET, *Les libéralités par contrat de mariage*, p. 60 § 232 ; PIOTET, *Traité*, p. 452 ; KOBEL/FANKHAUSER, *Successio* Nr. 3/07, p. 170 ; FORNI/PIATTI, *BSK-ZGB II*, N 2 *ad* art. 532.

³²² PIOTET, *Les libéralités par contrat de mariage*, p. 60 § 230.

³²³ *Idem*, p. 60 § 232.

Comme nous l'avons vu, HAUSHEER, REUSSER et GEISER procèdent à une double qualification des attributions par contrat de mariage. Lorsque le contrat attribue au conjoint survivant plus de la moitié ou la totalité du bénéfice de l'union conjugale en raison du décès du *de cuius*, cette acquisition est considérée comme une disposition pour cause de mort. L'ordre des réductions que ces auteurs proposent est le suivant : en premier sont réduites les acquisitions *ab intestat*, puis les dispositions pour cause de mort (testament), puis les contrats de mariage et les pactes successoraux et en dernier les libéralités entre vifs³²⁴. Mais lorsque cette attribution par contrat de mariage est qualifiée de libéralités entre vifs, l'ordre des réductions qu'ils proposent est le suivant : les acquisitions *ab intestat*, les dispositions pour cause de mort et enfin les libéralités entre vifs dont le contrat de mariage.

2.2. La réduction selon l'avant-projet du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral a élaboré un avant-projet qui vise plusieurs modifications au sujet des points actuellement encore controversés en doctrine et qui méritent une clarification.

Premièrement, dans son rapport explicatif, le Département releva la lacune de la loi lorsque le défunt accorde uniquement par testament la quotité disponible à un héritier et que le reste de sa succession est réglée suivant les parts *ab intestat* (cf. *supra* exemple au Titre 4 chap. 2. § 2.1.2.)³²⁵. La réserve des héritiers peut être lésée. Intervient donc la question de l'action en réduction. L'art. 532 CC énumère l'ordre des réductions et les libéralités qui peuvent être réduites. Le Département critique le droit en vigueur car l'art. 532 CC n'énonce pas les libéralités *ab intestat*. Dans l'exemple (cf. *supra*), l'enfant A devrait s'attaquer en premier aux dispositions testamentaires (attribution de la quotité disponible au cousin du *de cuius*), même si cette attribution ne dépasse pas la quotité disponible. Le Département mentionne que la volonté testamentaire du défunt (prise dans la limite de la quotité disponible) doit être privilégiée et qu'il faudrait réduire en premier les acquisitions *ab intestat* (attribution à l'époux survivant). Or, l'art. 532 CC n'offre pas expressément la possibilité de réduire en premier ces attributions *ab intestat*. C'est pourquoi le Conseil fédéral propose d'introduire dans la loi la réduction en premier des dispositions *ab intestat*³²⁶. Pour cela, il soumet la modification de l'art. 522 al. 1 CC, de l'art. 523 CC et de l'art. 525 al. 1 CC en changeant le terme « *libéralités faites par dispositions pour cause de mort* » par « *acquisitions pour cause de mort* »³²⁷. De la sorte, les attributions *ab intestat* seraient comprises dans la notion « *d'acquisitions pour cause de mort* »³²⁸. Dans son avant-projet, le Conseil fédéral a prévu l'art. 526 al. 2 AP-CC qui énonce que les acquisitions *ab intestat* sont réduites avant les dispositions pour cause de mort, pour autant que ces dernières ne lèsent pas la réserve légale³²⁹. Si les réserves sont lésées par les dispositions pour cause de mort prises par le *de cuius*, alors toutes les acquisitions pour cause

³²⁴ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK-ZBG I, N 34 *ad* art. 216.

³²⁵ Avant-projet, *Droit des successions*, p. 43.

³²⁶ Rapport, *Droit des successions*, p. 43.

³²⁷ Avant-projet, *Droit des successions*, p. 5.

³²⁸ Rapport, *Droit des successions*, p. 44.

³²⁹ Avant-projet, *Droit des successions*, p. 6 ; PIOTET, Rapport, p. 55.

de mort (*ab intestat* et dispositions pour cause de mort) seront réduites proportionnellement pour reconstruire le montant des réserves (art. 525 al. 1 AP-CC)³³⁰.

Deuxièmement, comme nous l'avons déjà vu, l'avant-projet énonce que l'attribution du bénéfice de l'union conjugale par contrat de mariage est une disposition pour cause de mort qui doit être assimilée à un pacte successoral (art. 494 al. 4 AP-CC)³³¹. Toutefois, le Code civil actuel ne mentionne pas expressément l'éventuel ordre de réduction, lorsque cette attribution (assimilée à un pacte successoral) venait à rencontrer des dispositions pour cause de mort, tel un testament, fait par le *de cuius*. Selon le droit actuel, la solution prévue se trouve à l'art. 525 al. 1 CC : « la réduction s'opère au marc le franc contre tous les héritiers institués et les autres personnes instituées »³³². Les actes pour cause de mort prennent effet tous en même temps, au moment de l'ouverture de la succession³³³. Par conséquent, « le fait que l'attribution ait eu lieu par testament (librement révocable) ou par pacte successoral (liant les parties et nécessitant donc en principe l'accord du gratifié pour être modifié) ne joue aucun rôle et elle doit être réduite dans la même mesure »³³⁴. Le rapport de PIOTET, suite au mandat adressé à l'Office fédéral de la Justice, fait état de la lacune de la loi à ce sujet³³⁵. Selon lui, la nature du pacte successoral et du testament ne permet pas de réduire ces dispositions pour cause de mort en même temps et proportionnellement. La raison à cela est que le pacte successoral est un contrat bilatéral alors que le testament contient des clauses unilatérales. Leur modification ne peut dès lors pas se faire de la même manière. Dans son rapport, PIOTET propose l'ordre de réductions suivant : les dispositions pour cause de mort, postérieures au pacte successoral, qui dépassent la quotité disponible sont réduites avant les pactes successoraux³³⁶. Une grande partie des auteurs de doctrine, tels STEINAUER³³⁷, HAUSHEER/REUSSER/GEISER³³⁸, PIOTET³³⁹, EIGENMANN³⁴⁰ sont du même avis. Le caractère irrévocable du pacte successoral doit l'emporter face à des dispositions pour cause de mort prises unilatéralement³⁴¹. Ces auteurs déduisent ce principe de l'actuel article 494 al. 3 CC prévoyant la réduction des dispositions pour cause de mort incompatibles avec les dispositions prises par le *de cuius* dans un pacte successoral³⁴². Selon HRUBESCH-MILLAUER, toutes les attributions pour cause de mort (dispositions testamentaires ou pactes successoraux) sont réduites proportionnellement car il ne faut pas tenir compte du caractère bilatéral ou unilatéral de ces actes, contrairement à l'avis de PIOTET³⁴³. Toutefois lorsque nous sommes face à des dispositions pour cause de mort postérieures et

³³⁰ Avant-projet, *Droit des successions*, p. 5 ; Rapport, *Droit des successions*, p. 45.

³³¹ Rapport, *Droit des successions*, p. 23.

³³² *Idem*, p. 44 ; STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 433 § 829 ; EIGENMANN, *Commentaire du droit des successions*, N 2 ad art. 522.

³³³ Rapport, *Droit des successions*, p. 44 ; EIGENMANN, *Commentaire du droit des successions*, N 9 ad art. 522.

³³⁴ Rapport, *Droit des successions*, p. 44.

³³⁵ PIOTET, Rapport, p. 54.

³³⁶ Rapport, *Droit des successions*, p. 44.

³³⁷ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 433 et 434 § 829b et 829c.

³³⁸ GEISER/HAUSHEER/REUSSER, BK-ZBG I, N 47 ad art. 216.

³³⁹ PIOTET, *Les libéralités par contrat de mariage*, p. 60 § 231.

³⁴⁰ EIGENMANN, *Commentaire du droit des successions*, N 7 ad art. 532 CC.

³⁴¹ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 433 § 829b ; GEISER/HAUSHEER/REUSSER, BK-ZBG I, N 47 ad art. 216.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ HRUBESCH-MILLAUER, *Praxiskomm.*, N 5 ad art. 525.

incompatibles avec un pacte successoral, HRUBESCH-MILLAUER admet que l'art. 494 al. 3 CC s'applique et conclut à ce que les attributions pour cause de mort inconciliables avec les engagements pris dans le pacte successoral soient réduites avant le pacte successoral sur la base de cet article³⁴⁴.

L'avant-projet se rallie à juste titre à l'avis de PIOTET et le Conseil fédéral a ainsi proposé l'élaboration d'un nouvel article 526 al. 1 AP-CC qui reprend cette proposition d'ordre. Toutefois, si le pacte successoral épuise déjà à lui seul la quotité disponible, il sera réduit au même rang que les dispositions pour cause de mort et proportionnellement selon la règle de l'art. 525 AP-CC³⁴⁵.

2.3. La réduction selon le projet du Conseil fédéral

Suite au changement de la qualification de l'attribution par contrat de mariage, désormais considérée comme une libéralité entre vifs par le Conseil fédéral, il a fallu changer toutes les propositions prévues dans l'avant-projet à ce sujet. Le projet n'a pas repris l'art. 494 al. 4 AP-CC car la convention de mariage attribuant une part supplémentaire de bénéfice n'est plus qualifiée de pacte successoral. Cela a pour conséquence l'abandon de l'introduction de l'art. 526 al. 1 AP-CC. En effet, puisque le contrat de mariage n'est plus considéré comme une disposition pour cause de mort, il n'est plus nécessaire de prévoir un ordre entre cette convention et les autres dispositions pour cause de mort.

Le projet du Conseil fédéral propose donc l'art. 522 al. 1 P-CC qui prévoit le type d'actes contre lesquels les héritiers peuvent intenter une action en réduction. L'action en réduction permet de faire réduire les acquisitions pour cause de mort résultant de la loi (ch.1), les libéralités pour cause de mort (ch.2) et les libéralités entre vifs (ch.3)³⁴⁶. L'art. 532 P-CC présente le nouvel ordre de réductions³⁴⁷. Cette action s'exercera en premier sur « *les acquisitions pour cause de mort résultant de la loi* », puis sur « *les libéralités pour cause de mort* » et enfin sur « *les libéralités entre vifs* »³⁴⁸. De plus, l'art. 532 al. 2 P-CC précise l'ordre des différentes libéralités entre vifs. « *Les libéralités accordées par contrat de mariage ou par convention sur les biens qui sont prises en compte pour le calcul des réserves* » est la libéralité entre vifs qui est réduite en premier³⁴⁹. Ces nouveaux articles proposés permettent de clarifier certains points controversés en doctrine.

Tout d'abord, les « *acquisitions pour cause de mort résultant de la loi* » sont mentionnées expressément dans le nouveau texte de la loi (art. 522 al. 1 ch. 1 P-CC et art. 532 al. 1 ch. 1 P-CC). Ces articles permettent de remédier à la lacune du texte légal car actuellement, l'art. 532 CC, concernant l'ordre des réductions, ne mentionne pas ces acquisitions *ab intestat*

³⁴⁴ HRUBESCH-MILLAUER, Praxiskomm, N 7 et N 8 *ad* art. 525.

³⁴⁵ Rapport, *Droit des successions*, p. 45.

³⁴⁶ FF 2018 5865, p. 5951.

³⁴⁷ *Idem*, p. 5852.

³⁴⁸ FF 2018 5865, p. 5852.

³⁴⁹ *Ibid.*

lorsque la quotité disponible est attribuée mais lèse quand même la réserve d'un ou de plusieurs héritiers³⁵⁰.

Pour déterminer l'ordre des réductions, le Conseil fédéral suit l'avis de la doctrine majoritaire³⁵¹. Il veut privilégier la volonté du *de cuius* en favorisant les dispositions pour cause de mort, qu'il a prises en respectant la quotité disponible, au détriment des parts *ab intestat*³⁵². Pour cela, le Conseil fédéral propose de réduire en premier les acquisitions *ab intestat*, puis les dispositions pour cause de mort (art. 532 al. 1 ch. 1 P-CC). Cette solution a déjà été énoncée dans l'avant-projet. Toutefois, selon l'art. 523 P-CC, lorsque nous sommes en présence d'acquisitions *ab intestat* (qui résultent de la loi) et des dispositions pour cause de mort en faveur d'héritiers réservataires, ces deux libéralités seront réduites proportionnellement et non dans l'ordre énoncé à l'art. 532 al. 1 P-CC.

Ce projet de révision met fin à la controverse au sujet de la qualification de cette attribution du bénéficiaire par contrat de mariage en la désignant comme une libéralité entre vifs et en la transposant dans la loi à l'art. 532 al. 2 ch. 1 P-CC³⁵³. Ce projet de révision clarifie également l'ordre des réductions entre les différentes libéralités entre vifs grâce à l'art. 532 al. 2 P-CC. Cet alinéa présente une nouveauté puisque le droit actuellement en vigueur ne propose pas cet ordre. La première libéralité entre vifs réductible est la libéralité faite par attribution par contrat de mariage d'une part supplémentaire du bénéfice de l'union conjugale, prise en compte dans la masse de calcul des réserves des héritiers. Pour justifier cela, le Conseil fédéral se rallie à l'avis de la doctrine majoritaire³⁵⁴. Ce courant majoritaire soutient que « *ces conventions sont réduites en premier. Puisqu'elle produit son effet sur la dernière opération effectuée en vue de la liquidation du régime matrimonial, intervenant juste avant le décès (à savoir la répartition des bénéfices), l'attribution supplémentaire d'une part du bénéfice au conjoint ou au partenaire enregistré survivant doit être traitée comme la dernière libéralité entre vifs faite par le de cuius. Elle doit par conséquent être réduite en premier* »³⁵⁵. Le projet de révision s'appuie donc sur le fait qu'il s'agit d'une attribution du bénéfice (libéralité) faite lors du dernier instant de vie du *de cuius* pour justifier sa place en premier lors de la réduction des libéralités entre vifs (art. 532 al. 2 ch. 1 P-CC).

Ce point de vue est critiquable. En effet, l'argument de ces auteurs³⁵⁶ (selon lequel l'attribution par contrat de mariage doit être considérée comme une libéralité entre vifs puisqu'il s'agit du dernier acte fait entre vifs avant le décès du *de cuius*) ne repose pas sur une réelle construction juridique. L'exemple suivant illustre le problème qui survient lorsque que l'attributaire du bénéfice de l'union conjugale décède en premier. X et Y ont conclu un contrat de mariage qui prévoit l'attribution de l'entier du bénéfice de l'union conjugale à Y si X décède en premier ou aux enfants du premier lit de Y si celui-ci décède en premier. X possède une grande masse de biens propres. Ensemble, ils ont donné naissance à A l'enfant commun. X a B, un enfant d'un

³⁵⁰ Cf. exemple STEINAUER.

³⁵¹ FF 2018 5865, p. 5908.

³⁵² *Ibid*; PIOTET, Rapport, p. 55.

³⁵³ FF 2018 5865, p. 5908.

³⁵⁴ *Ibid*.

³⁵⁵ FF 2018 5865, p. 5909.

³⁵⁶ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 765 § 1351 ; STEINAUER, CR-CC I, N 9 *ad* art. 216 CC ; RUMO-JUNGO, Successio Nr. 3/07, p. 161.

premier lit. Y décède en premier. Lors de ses dernières années de vie, X procède à diverses donations (libéralités entre vifs) provenant de l'entier de sa fortune de biens propres en faveur de l'enfant commun A. Lorsque X décède à son tour, l'enfant non commun B est donc lésé car il n'obtient pas le montant de sa réserve. Selon l'art. 532 al. 2 ch. 1 P-CC, B enfant non commun peut agir en réduction et attaquer en premier lieu le bénéfice de l'union conjugale attribué il y a plusieurs années aux enfants non communs de Y. Dans un deuxième temps, il pourrait demander la réduction des libéralités entre vifs (donations) faites en faveur de A l'enfant commun (son demi-frère/sa demi-sœur) selon l'art. 532 al. 2 ch. 3 P-CC. En l'espèce, nous pouvons constater que la « *libéralité accordée par contrat de mariage* » (art. 532 al. 2 ch. 1 P-CC) attaquée par B n'est pas l'ultime libéralité faite par le défunt lors de son dernier instant de vie, comme le soutiennent les partisans de la qualification de l'attribution du bénéfice de libéralité entre vifs³⁵⁷. Nous pouvons constater qu'au décès de Y l'attribution de l'entier du bénéfice de l'union conjugale correspond à la définition de « *libéralité accordée par contrat de mariage* » de l'art. 532 al. 2 ch. 1 CC mais il ne s'agit pas de la dernière libéralité entre vifs faite par X en fin de vie. Dans l'ordre des réductions prévu dans le projet (art. 532 al. 2 P-CC), la réduction en premier lieu du terme « *libéralités accordées par contrat de mariage* » est insatisfaisante. En l'espèce, B l'enfant non commun devrait, dans la logique de l'ordre des événements, attaquer en réduction en premier les donations plus récentes faites à A l'enfant commun, donations issues de la grande fortune de X. Si B n'obtient toujours pas le montant de sa réserve, il peut s'en prendre dans un deuxième temps à l'attribution du bénéfice de l'union conjugale. Nous sommes d'avis que l'art. 532 al. 2 P-CC prévoit une solution qui n'est pas adaptée à une situation dans laquelle l'attributaire de l'entier (ou d'une part supplémentaire) du bénéfice de l'union conjugale décède en premier et qui lèse l'enfant non commun de l'attribuant quelques années plus tard lors du décès de celui-ci³⁵⁸.

Il convient de se pencher sur les conséquences pratiques de ce nouvel ordre des réductions. Alors que l'avant-projet prévoyait une égalité de rang entre les pactes successoraux et les contrats de mariage selon l'art. 494 al. 4 AP-CC, le projet, quant à lui, dissocie ces deux notions et prévoit un nouveau rang de réduction : les pactes successoraux (attributions contractuelles à cause de mort art. 532 al. 1 ch. 2 P-CC) sont réduits avant les contrats de mariage (libéralités entre vifs, libéralités accordées par contrat de mariage art. 532 al. 1 ch. 3 P-CC et art. 532 al. 2 ch. 1 P-CC). Un problème intervient lorsque le *de cuius* conclut un pacte successoral, puis par la suite passe un contrat de mariage attribuant la totalité du bénéfice de l'union conjugale au conjoint survivant. Ce dernier contrat peut dénaturer l'engagement antérieur pris par le défunt dans le pacte successoral. Nous allons étudier les conséquences en pratique de la nouvelle qualification de l'attribution par contrat de mariage du projet de révision par rapport à l'avant-projet.

³⁵⁷ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, p. 765 § 1351 ; STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 187 § 285e ; RUMO-JUNGO, CHK-Handkommentar, N 12 ad art. 216 ; EIGENMANN, *Commentaire du droit des successions*, N 8 ad art. 475 CC et N 9 ad art. 532 CC.

³⁵⁸ PIOTET, *L'attribution du bénéfice matrimonial*, p. 66.

2.4. Illustrations

X et Y sont mariés sous le régime de la participation aux acquêts. X a deux enfants A et B d'une précédente union. En 2015, X a conclu un pacte successoral avec son enfant A prévoyant qu'à son décès son chalet de CHF 500'000 (issus de ses biens propres) lui reviendrait. Deux ans plus tard, X et Y signent un contrat de mariage octroyant tout le bénéfice de l'union conjugale à Y en cas de décès de X. Au décès de X, le total du bénéfice de l'union conjugale est de CHF 3'000'000 et ses biens propres s'élèvent à CHF 500'000 (= le chalet).

2.4.1. Solution de l'avant-projet

La réserve des enfants A et B est de CHF 250'000 chacun ($1/8 \times \text{CHF } 2'000'000$) selon l'art. 471 AP-CC. Du partage de la succession, A reçoit CHF 500'000 et B ne reçoit rien. Ce dernier ne touche pas le montant de sa réserve légale. Il lui manque CHF 250'000. Il doit donc agir en réduction pour obtenir cette somme. Quelle(s) libéralité(s) et dans quel ordre va-t-il attaquer ? Selon l'art. 494 al. 4 AP-CC, l'attribution du bénéfice de l'union conjugale par contrat de mariage est considérée comme un pacte successoral. En l'espèce, le contrat de mariage est réduit sur le même rang que le pacte successoral. Il convient donc de réduire proportionnellement les attributions prévues par ces deux actes selon l'art. 525 al. 1 AP-CC. Pour trouver le montant de la proportion à appliquer à chaque libéralité afin de les réduire, il faut diviser le total manquant à l'héritier par le total des libéralités. *In casu*, il manque CHF 250'000 à B pour reconstituer sa réserve. Le total des libéralités se monte à CHF 1'500'000 (part supplémentaire de bénéfice attribuée par contrat de mariage) + CHF 500'000 (chalet du pacte successoral) = CHF 2'000'000. La proportion de réduction s'élève à $\text{CHF } 250'000 / \text{CHF } 2'000'000 = 0.125$. Chaque libéralité sera réduite de cette proportion. Le conjoint survivant Y se verra attribuer $\text{CHF } 1'500'000 - \text{CHF } 187'500 = \text{CHF } 1'312'500$ de la part supplémentaire du bénéfice de l'union conjugale. L'attribution prévue par pacte successoral en faveur de A sera réduite à CHF 437'500 ($\text{CHF } 500'000 - \text{CHF } 62'500$). B recevra donc CHF 250'000 lors de cette action en réduction pour compléter le montant de sa réserve.

2.4.2. Solution du projet

Selon le projet, la réserve des deux enfants est de CHF 250'000 chacun ($1/8 \times \text{CHF } 2'000'000$). Comme dans l'avant-projet, la réserve de l'enfant B est lésée puisqu'il ne touche rien au décès de son parent X. Il lui manque CHF 250'000 pour récupérer le montant de sa réserve légale. Contre quelle libéralité peut-il agir en réduction ? Selon l'art. 532 al. 1 ch. 2 P-CC, B devra s'attaquer en premier au pacte successoral (libéralité pour cause de mort) attribuant l'immeuble à son frère/sœur A et non au contrat de mariage qui attribue la part supplémentaire de bénéfice à hauteur de CHF 1'500'000 au conjoint survivant Y. En effet, selon l'art. 532 al. 1 ch. 3, l'attribution de la part supplémentaire du bénéfice par contrat de mariage est une libéralité entre vifs qui est réduite après les acquisitions pour cause de mort, comprenant le pacte successoral. L'enfant B va retrouver le montant de sa réserve de CHF 250'000. Par conséquent, la part successorale de l'enfant A sera réduite de CHF 250'000 et ne recevra plus que CHF 250'000 contrairement à ce qui était prévu dans la pacte successoral. Nous pouvons constater que le contrat de mariage conclu postérieurement au pacte successoral ne sera réduit qu'après ce pacte. Ce contrat de mariage affecte ce qu'a prévu le défunt dans son pacte successoral en faveur de A.

L'art. 494 al. 3 P-CC prévoit la règle selon laquelle les dispositions pour cause de mort et les libéralités entre vifs « *inconciliables avec les engagements résultant du pacte successoral*,

notamment lorsqu'elles réduisent les avantages de ce dernier »³⁵⁹ sont attaquables. Par conséquent, si des libéralités octroyées par contrat de mariage selon l'art. 216 al. 2 P-CC sont prises après la conclusion d'un pacte successoral et inconciliables avec ce pacte, elles peuvent être attaquées³⁶⁰. À la lecture de cet article, l'enfant B lésé pourrait attaquer en premier le contrat de mariage en faveur de Y pour recouvrer les CHF 250'000 manquants à la place de réduire l'engagement pris par le *de cuius* par pacte successoral. L'application des articles 532 al. 1 P-CC et 494 al. 3 P-CC conduit à deux résultats différents. À notre avis, ces deux articles sont donc incompatibles. Dans son projet, le Conseil fédéral a décidé de renforcer l'art. 494 CC afin de protéger les engagements convenus par pacte successoral antérieur, lorsque par la suite des contrats de mariage conclus affaibliraient les pactes successoraux. Mais en même temps, ces contrats de mariage sont protégés par l'art. 532 al. 1 ch. 2 P-CC.

3. L'indignité du conjoint survivant gratifié

3.1. Notions

Par définition, l'indignité est une situation dans laquelle un héritier ou un légataire se trouve dans l'incapacité de succéder car il a commis un acte illicite intentionnel envers le *de cuius*³⁶¹. L'art. 540 CC énumère exhaustivement ces comportements illicites. Il s'agit de tentative de mort ou d'atteinte à la vie du *de cuius* (art. 540 ch. 1 CC), d'atteinte à sa liberté de tester (art. 540 ch. 2 CC), le fait d'induire ou d'empêcher le défunt à disposer pour cause de mort (art. 540 ch. 3 CC) et de dissimuler ou de détruire les dernières dispositions pour cause de mort du *de cuius* (art. 540 ch. 4 CC)³⁶². Les conditions à remplir pour être considéré comme indigne sont les suivantes : premièrement, il faut qu'une des causes d'indignité soit remplie (art. 540 al. 1 ch. 1 à 4 CC) ; deuxièmement, la personne indigne a agi intentionnellement ou par dol éventuel ; troisièmement, l'indigne ne doit pas avoir été pardonné par le défunt (art. 540 al. 2 CC)³⁶³. Selon l'art. 541 al. 2 CC, la situation est réglée comme si l'indigne est prédécédé (art. 541 al. 2 CC)³⁶⁴. Celui-ci perd impérativement et de plein droit sa capacité à recevoir et à succéder au *de cuius*³⁶⁵. Cela a pour effet de rendre la disposition pour cause de mort qui favorise l'indigne caduque³⁶⁶. Lorsque l'indigne est un héritier légal du *de cuius*, ce sont ses descendants qui vont

³⁵⁹ FF 2018 5865, p. 5951.

³⁶⁰ *Idem*, p. 5930.

³⁶¹ PIOTET, *Précis*, p. 102 ; STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 496 § 929 ; GUINAND/STETTTLER/LEUBA, p. 6 § 15 ; EIGENMANN/LANDERT, p. 54 ; EIGENMANN/ROUILLER, *Commentaire du droit des successions*, N 9 ad art. 540 CC ; BRACONI/CARRON, CC & CO annotés, art. 540 CC ; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, pp. 336 et 337 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 888.

³⁶² PIOTET, *Traité*, p. 103 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 888.

³⁶³ EIGENMANN/ROUILLER, *Commentaire du droit des successions*, N 10 ad art. 540 CC ; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, p. 336.

³⁶⁴ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 501 § 944 ; GUINAND/STETTTLER/LEUBA, p. 6 § 16 ; EIGENMANN/ROUILLER, *Commentaire du droit des successions*, N 27 ad art. 540 CC ; SCHWANDER, BSK-ZGB II, N 3 ad art. 541 ; CHAUX, CR CC II, N 14 ad art. 540/541 ; ATF 132 III 315, JdT 2007 I 17 ; EIGENMANN, Journée de droit successoral 2017, p. 58 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 889.

³⁶⁵ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 501 § 943 ; GUINAND/STETTTLER/LEUBA, p. 6 § 16 ; PIOTET, *Précis*, p. 102 ; EIGENMANN/ROUILLER, *Commentaire du droit des successions*, N 28 ad art. 540 CC ; CHAUX, CR-CC II, N 14 ad art. 540 CC ; PIOTET, *Traité*, p. 505 ; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, p. 336 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 889.

³⁶⁶ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 501 § 943 ; GUINAND/STETTTLER/LEUBA, p. 6 § 16 ; PIOTET, *Précis*,

hériter de sa part successorale selon l'art. 540 al. 2 CC et l'art. 457 al. 3 CC³⁶⁷. Si l'indigne n'a pas de descendants, les héritiers légaux du défunt héritent selon les règles *ab intestat* (art. 457 CC)³⁶⁸. Si l'indigne est un héritier institué, sa part revient aux héritiers légaux du *de cuius* selon le partage légal (art. 457 CC)³⁶⁹. L'exemple qui nous intéresse dans ce travail est le cas du conjoint survivant considéré comme indigne. Suivant la qualification choisie de l'attribution par contrat de mariage au conjoint survivant de la part supplémentaire du bénéfice, la conséquence sur la capacité du conjoint survivant indigne à recevoir le bénéfice de l'union conjugale est différente.

3.2. L'avant-projet : la qualification d'acte à cause de mort

Comme nous l'avons vu précédemment, l'avant-projet de révision du droit des successions prévoyait de qualifier l'attribution du bénéfice supplémentaire par contrat de mariage de disposition pour cause de mort³⁷⁰. Si la favorisation du conjoint survivant est considérée comme telle, le conjoint survivant indigne est privé de recevoir la part supplémentaire du bénéfice³⁷¹. En effet, selon l'art. 540 al. 1 CC, les héritiers qui font preuve d'un comportement énoncé aux chiffres 1 à 4 « *sont indignes d'acquérir pour cause de mort* ». Cette attribution de la part supplémentaire de bénéfice entre dans le champ d'application de cet article, puisqu'il s'agit d'un pacte successoral (art. 494 al. 4 AP-CC), donc d'une disposition pour cause de mort³⁷². La clause du contrat de mariage attributive du bénéfice est soumise aux règles du droit des successions, dont l'article 540 CC³⁷³. Le bénéfice attribué par contrat de mariage au conjoint survivant fait partie de la succession du *de cuius*³⁷⁴. Par conséquent, le conjoint survivant indigne n'héritera de rien du tout. La masse successorale, composée de tout le bénéfice de l'union conjugale, reviendra aux descendants du conjoint survivant. Si celui-ci n'a pas d'enfants, la succession sera dévolue aux héritiers légaux du *de cuius* selon l'art. 457 CC³⁷⁵. Nous pouvons constater que la qualification de l'attribution du bénéfice par contrat de mariage comme une disposition pour cause de mort prévue dans cet avant-projet ne pose pas de problème pratique au sujet de l'indignité. Le conjoint survivant indigne n'héritera de rien au vu des actes reprochés.

p. 102.

³⁶⁷ CHAIX, CR-CC II, N 15 *ad* art. 540 CC ; STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 501 § 944 ; EIGENMANN, *Journée de droit successoral 2017*, p. 58.

³⁶⁸ *Ibid.* ; BRACONI/CARRON, CC & CO annotés, art. 541 CC ; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, p. 343 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 889.

³⁶⁹ CHAIX, CR-CC II, N 15 *ad* art. 540 CC ; EIGENMANN, *Journée de droit successoral 2017*, p. 58 ; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, p. 343 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 889.

³⁷⁰ Rapport, *Droit des successions*, p. 23 ; art 494 al. 4 AP-CC.

³⁷¹ PIOTET, *L'attribution du bénéfice matrimonial*, p. 71.

³⁷² PIOTET, *Rapport*, p. 57.

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ CHUARD, p. 99.

³⁷⁵ CHAIX François, CR-CC I, N 15 *ad* art. 540 CC ; EIGENMANN, *Journée de droit successoral 2017*, p. 58.

3.3. Le projet : la qualification d'acte entre vifs

Le Conseil fédéral, dans son projet, procède à un revirement en qualifiant la clause attribuant une part supplémentaire ou l'entier du bénéfice de l'union conjugale, de libéralité entre vifs. Dès lors, un problème pratique se pose. Les partisans de la qualification d'acte entre vifs considèrent que l'attribution du bénéfice au conjoint survivant se produit lors de la liquidation du régime matrimonial et non lors de la liquidation de la succession. Dès le moment de l'ouverture de la succession, l'art. 540 CC s'applique si les conditions sont remplies et le conjoint survivant ne pourra pas faire valoir ses prétentions successorales. Mais il aura le droit à sa part du bénéfice de l'union conjugale, puisqu'il s'agit de la dernière opération avant la dissolution du régime matrimonial et l'ouverture de la succession. Cette favorisation par contrat de mariage, qui est la dernière libéralité faite par le *de cuius* pendant ses dernières secondes de vie, n'appartiendra pas à la masse successorale à partager. Par conséquent, le conjoint survivant indigne touchera sa part du bénéfice de l'union conjugale mais pas sa part successorale. Ses descendants, ou à défaut les héritiers du *de cuius*, vont hériter uniquement de la part successorale que l'indigne ne pourra pas toucher. Le but poursuivi par l'art. 540 CC n'est dès lors pas atteint car l'époux sera au bénéfice de cette part supplémentaire, même s'il a par exemple tué son conjoint. Nous sommes d'avis que ce problème devrait être réglé expressément lors de la réforme du droit des successions, afin d'éviter des situations injustes en cas d'indignité du conjoint survivant³⁷⁶.

3.4. Exemple

Voici un exemple pour illustrer les incidences de ces deux qualifications sur la vocation successorale de conjoint survivant indigne. X et Y sont mariés sous le régime matrimonial de la participation aux acquêts. Ils ont conclu un contrat de mariage qui octroie la totalité du bénéfice de l'union conjugale au conjoint survivant au décès du premier. Le défunt X possède CHF 600'000 d'acquêts et CHF 400'000 de biens propres. Y, son épouse n'a pas d'acquêts et a tenté de tuer son mari. Elle est considérée comme indigne au sens de l'art. 540 al. 1 ch. 1 CC. Si l'attribution du bénéfice par contrat de mariage est une disposition pour cause de mort, le conjoint survivant, qui remplit les conditions de l'art. 540 CC, ne peut pas hériter³⁷⁷. Tout le bénéfice de l'union conjugale et la part successorale du *de cuius*, pour un total de CHF 1'000'000, sont dévolus de plein droit, soit aux enfants des époux s'ils en ont, soit aux héritiers du défunt selon le partage *ab intestat*. Mais si l'attribution du bénéfice est une libéralité entre vifs, le bénéfice de l'union conjugale sera distribué au conjoint survivant, car cette libéralité entre vifs est faite au dernier instant de vie du défunt et n'est pas prévu expressément à l'art. 540 al. 1 CC. En effet, cet article prévoit que l'indigne ne peut pas hériter des dispositions pour cause de mort mais ne traite pas des libéralités faites entre vifs, du vivant de *de cuius*. Par contre, la part successorale qui devait revenir au conjoint survivant (CHF 200'000 de biens propres) sera partagée entre les descendants du survivant ou les héritiers du défunt.

³⁷⁶ PIOTET, Rapport, p. 57 ; PIOTET, CR-CC II, N 8 *ad art.* 532.

³⁷⁷ Art. 540 al. 1 CC.

Cet exemple révèle une situation inconvenante. En effet, si l'attribution par contrat de mariage est considérée comme une libéralité entre vifs, le conjoint survivant indigne recevra quand même l'entier du bénéfice de l'union conjugale³⁷⁸. Alors que si la convention de mariage est une disposition pour cause de mort, l'époux survivant ne touchera ni la part du bénéfice qui résulte de la liquidation du régime matrimonial, ni sa part successorale. L'avant-projet du Conseil fédéral ne traite pas de ce point. Puisqu'il considère que la favorisation du conjoint survivant est une disposition pour cause de mort, il n'y a aucun problème pratique au sujet de l'indignité du conjoint survivant, car il ne recueille pas le bénéfice résultant de la dissolution du régime matrimonial³⁷⁹. Au contraire, dans son projet de révision du droit des successions, le Conseil fédéral qualifie cette attribution au conjoint survivant de libéralité entre vifs³⁸⁰. Dans cette hypothèse, le conjoint survivant recevra le bénéfice de l'union conjugale malgré son comportement indigne. Cette situation pose un problème en pratique et semble contradictoire, car le conjoint qui aura gravement mis en danger son époux (art. 540 ch. 1 à 4 CC) ne pourra pas hériter de sa succession, mais il recevra tout de même la part de bénéfice résultant de la liquidation du régime matrimonial.

4. La réserve du conjoint survivant pendant la procédure de divorce

4.1. Le droit actuel

Le conjoint survivant devient héritier légal (art. 462 CC) et réservataire (art. 471 ch. 3) au moment de l'ouverture de la succession du *de cuius*³⁸¹. À ce moment, le conjoint survivant doit toujours être marié pour recueillir la succession de son époux³⁸². Selon l'art. 120 al. 2 CC, au moment où le jugement de divorce entre en force, les conjoints ne sont plus héritiers légaux et perdent les avantages qui résultent des dispositions pour cause de mort qui ont été faites avant la litispendance de la procédure de divorce³⁸³. Le jugement de divorce entre en force une fois le délai de recours ordinaire échu³⁸⁴. Les dispositions pour cause de mort qui ont été prises en faveur du conjoint avant l'introduction de la procédure de divorce seront caduques³⁸⁵. Toutefois, il existe deux exceptions à cette règle. Premièrement, les dispositions pour cause de mort prises après l'introduction de la procédure de divorce ne sont pas frappées de caducité³⁸⁶. Deuxièmement, les époux peuvent déroger à ce principe car l'art. 120 CC est une règle

³⁷⁸ PIOTET, *L'attribution du bénéfice matrimonial*, pp. 71 et 74.

³⁷⁹ *Idem*, p. 71 ; Rapport, *Droit des successions*, p. 23.

³⁸⁰ PIOTET, *L'attribution du bénéfice matrimonial*, p. 72.

³⁸¹ GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 37 § 77 ; STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 91 § 104 ; FF 2018 5865, p. 5888.

³⁸² STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 91 § 106 ; PIOTET, CR-CC I, N 10 *ad art.* 120 ; BREITSCHMID, *CHK-Handkommentar*, N 2 *ad art.* 120.

³⁸³ Art. 120 al. 2 CC ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 15 § 44 ; AP, p. 26 ; ATF 122 III 308, Jdt 1998 I 140 ; PIOTET, CR-CC I, N 3, N 12 et N 15 *ad art.* 120 ; GUILLOD, *CPra droit matrimonial*, N 10 *ad art.* 120 CC ; BADDELEY, CR-CO, N 61 *ad art.* 245 CO ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 220 ; ALTHAUS/HUBER/STECK, BSK-ZGB I, N 3 *ad art.* 120.

³⁸⁴ STEINAUER, *Le droit des successions*, p. 91 § 106.

³⁸⁵ GUINAND/STETTLER/LEUBA, p. 182 § 384.

³⁸⁶ PIOTET, CR-CC I, N 16 *ad art.* 120.

dispositive selon un arrêt du Tribunal fédéral³⁸⁷. Cela permet aux conjoints de prendre des dispositions pour cause de mort avant l'introduction de la procédure de divorce qui déploieront des effets après le prononcé du divorce³⁸⁸. Ceci est possible car dans ces cas, les époux agissent en connaissance de cause. Ils peuvent prévoir que leur testament ou que leur pacte successoral restera en vigueur même s'ils divorcent. Les époux restent des héritiers légaux et réservataires tout au long de la procédure de divorce³⁸⁹. Par conséquent, si un des époux décède pendant la procédure de divorce, l'autre aura la qualité d'héritier.

Afin de réduire les prétentions successorales du futur ex-conjoint, il faudrait édicter des dispositions testamentaires pour lui permettre de toucher uniquement le montant minimum de sa réserve selon l'art. 471 CC³⁹⁰. Certains futurs ex-conjoints pourraient être tentés de faire durer la longueur de la procédure de divorce si leur époux est en fin de vie afin de pouvoir hériter de leur part successorale³⁹¹. Cette modification permet aux époux en instance de divorce, une plus grande liberté de disposer³⁹². Toutefois, l'époux survivant est protégé car il obtiendra au minimum le montant de sa réserve légale en vertu de l'art. 471 ch. 3 CC si le jugement de divorce n'est pas encore entré en force³⁹³.

Au sujet de l'attribution du bénéfice de l'union conjugale, l'art. 217 CC prévoit qu'en cas de divorce, de séparation de corps, de nullité du mariage ou de séparation judiciaire, les contrats de mariage qui modifient le partage légal du bénéfice de l'union conjugale ne seront pas appliqués³⁹⁴. Cette règle déploie ses effets au moment du divorce³⁹⁵. Ce principe prévaut aussi dans le régime de la communauté de biens selon l'art. 242 al. 1 CC³⁹⁶. Si le mariage se dissout par le décès d'un des époux pendant la procédure de divorce, la clause du contrat de mariage qui attribue une part supplémentaire de bénéfice reste valable et déploie ses effets³⁹⁷. Par conséquent, si un des époux décède pendant la procédure de divorce, son conjoint aura droit à la part supplémentaire de bénéfice convenue dans leur contrat de mariage selon l'art. 216 al. 1 CC. Dans cette situation, le conjoint survivant hérite du même montant que dans le cas où les époux n'avaient pas intenté une procédure de divorce³⁹⁸. La règle prévue à l'art. 120 al. 2 CC peut sembler problématique en pratique³⁹⁹.

³⁸⁷ Rapport, *Droit des successions*, p. 26 ; ATF 122 III 308, JdT 1998 I 140 ; GUILLOD, CPra droit matrimonial, N 15 ad art. 120 CC.

³⁸⁸ PIOTET, CR-CC I, N 16 ad art. 120 ; ALTHAUS/HUBER/STECK, BSK-ZGB I, N 5 ad art. 120.

³⁸⁹ Rapport, *Droit des successions*, p. 26 ; BREITSCHMID, CHK- Handkommentar, N 5 ad art. 120 ; ALTHAUS/HUBER/STECK, BSK-ZGB I, N 3 ad art. 120.

³⁹⁰ Rapport, *Droit des successions*, p. 26 ; BADDELEY, *De la motion Gutzwiller*, p. 572.

³⁹¹ Rapport, *Droit des successions*, p. 27 ; FF 2018 5865, p. 5889 ; PIOTET, CR-CC I, N 13 ad art. 120 ; GUILLOD, CPra droit matrimonial, N 10 ad art. 120 CC ; BADDELEY, *De la motion Gutzwiller*, p. 572.

³⁹² FF 2018 5865, p. 5888.

³⁹³ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, p. 220.

³⁹⁴ PIOTET, CR-CC I, N 1 ad art. 120.

³⁹⁵ WOLF/HOFER/HRUBESCH-MILLAUER/AEBI-MÜLLER, p. 1426.

³⁹⁶ Art 242 al. 1 CC : « *En cas de divorce, de séparation de corps, de nullité de mariage ou de séparation de biens légale ou judiciaire, chacun des époux reprend ceux des biens communs qui auraient formés ses biens propres sous le régime de la participation aux acquêts* ».

³⁹⁷ PIOTET, CR-CC I, N 24 ad art. 120 ; PIOTET, Rapport, p. 38 ; BREITSCHMID, CHK- Handkommentar, N 5 ad art. 120.

³⁹⁸ Rapport, *Droit des successions*, p. 26.

³⁹⁹ PIOTET, Rapport, p. 36.

4.2. L'avant-projet

Suite à l'adoption de la motion GUTZWILLER et à la révision du droit des successions, la modification de l'article 120 al. 2 CC semble nécessaire⁴⁰⁰. Le Conseil fédéral s'est basé sur le rapport de PIOTET⁴⁰¹, qui met en avant cette problématique et les situations « *choquantes* » que cela peut engendrer lorsque l'époux fait durer la procédure de divorce dans le but d'être protégé plus longtemps⁴⁰². Mais pas toutes les procédures de divorce ne finissent ainsi. Chaque cas est particulier et l'accent doit aussi être mis sur l'union durable qui a précédé la procédure de divorce. Dans son rapport, PIOTET propose de suivre la solution de FANKHAUSER⁴⁰³. Ce dernier estime que la perte de la réserve du conjoint survivant pendant la procédure de divorce se justifie lorsqu'il y a une requête commune de divorce, une requête unilatérale depuis deux ans dès le décès ou que les époux vivaient séparément depuis un an avant le décès⁴⁰⁴. L'accent est mis sur la séparation de fait voulue et durable. Ces conditions alternatives permettent de supprimer la protection réservataire des époux lorsque la litispendance dure, et au contraire, de la maintenir lorsque la procédure de divorce a récemment commencé⁴⁰⁵. PIOTET souligne aussi que la procédure de divorce pendante a un impact sur la l'attribution d'une part supplémentaire du bénéfice prévue par les conjoints par contrat de mariage selon l'art. 216 al. 1 CC⁴⁰⁶. Il ne serait plus justifié d'octroyer cette favorisation par contrat de mariage lorsque les époux sont en train de divorcer. Les articles 217 CC et 242 CC devraient être modifiés afin d'attribuer au conjoint durant cette procédure de divorce uniquement la part légale du bénéfice⁴⁰⁷.

Suite à ces remarques, le Conseil fédéral propose dans son avant-projet la modification de l'art. 120 al. 2 AP-CC⁴⁰⁸ et l'introduction de l'art. 472 AP-CC⁴⁰⁹. L'art. 472 AP-CC prévoit la perte de qualité d'héritier réservataire du conjoint survivant, dès l'introduction de la procédure de divorce. Si un des conjoints décède pendant la procédure de divorce, il ne sera plus protégé et n'aura plus le droit au montant de sa réserve. Pour appliquer cet article, des conditions alternatives sont à remplir. Soit la procédure de divorce en cours doit avoir été introduite ou poursuivie sur requête commune ou soit, si elle a été déposée unilatéralement, elle doit avoir été intentée plus de deux ans avant le décès⁴¹⁰. Ce nouvel article détermine les situations dans lesquelles le droit du conjoint survivant à sa réserve est anéantie par la procédure de divorce en cours. Cette solution permet de lutter contre les époux qui tentent de faire durer cette procédure⁴¹¹. À noter que le conjoint survivant sera privé uniquement de sa part réservataire. Il

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ PIOTET, Rapport.

⁴⁰² *Idem*, p. 36.

⁴⁰³ *Idem*, p. 38.

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ Avant-projet, *Droit des successions*, p. 1.

⁴⁰⁹ *Idem*, p. 2.

⁴¹⁰ *Ibid.* ; WOLF/HOFER/HRUBESCH-MILLAUER/AEBI-MÜLLER, p. 1427.

⁴¹¹ Rapport, *Droit des successions*, p. 28.

reste l'héritier légal. Le *de cuius* doit donc prévoir des dispositions testamentaires afin de priver également le conjoint survivant de sa part *ab intestat*⁴¹².

L'introduction de l'art. 472 AP-CC nécessite aussi la modification de l'art. 120 al. 2 CC. Le Conseil fédéral, conscient des arguments énoncés par PIOTET dans son rapport, veut protéger la succession du défunt, du conjoint survivant qui prolonge volontairement la durée de la procédure de divorce⁴¹³. Pour ce faire, il propose de modifier l'art. 120 al. 2 AP-CC : dans les cas où le conjoint survivant perd sa réserve lorsqu'une procédure de divorce est pendante, il perd aussi les avantages qui découlent des dispositions pour cause de mort prises à son égard⁴¹⁴. Selon le Département, l'art. 120 al. 2 AP-CC renvoie à l'art. 472 AP-CC au sujet des conditions alternatives pour la perte de la réserve du conjoint survivant⁴¹⁵.

Dans son rapport explicatif, le Département énonce aussi qu'il faut « préciser dans la loi que les dispositions en faveur du conjoint survivant contenues dans des dispositions pour cause de mort, y compris celles prévues dans un contrat de mariage, deviennent caduques dans les cas où le divorce ou la procédure de divorce entraînent une perte de réserve du conjoint (soit en cas de litispendance d'une procédure de divorce sur requête commune ou d'une procédure de plus de deux ans), à moins que le contraire n'ait été stipulé par le disposant »⁴¹⁶. Si les époux ne veulent pas que les dispositions pour cause de mort ne deviennent caduques en cas de procédure de divorce, ils doivent prévoir le contraire. Cette solution est possible car elle est faite par les époux, conscients de cette éventualité. La stipulation contraire doit être faite soit en la forme du contrat de mariage, soit en la forme d'un acte pour cause de mort⁴¹⁷.

Aussi, ces modifications ont un impact sur les articles 217 et 241 CC⁴¹⁸. L'art. 217 al. 2 AP-CC (régime matrimonial de la participation aux acquêts) et 241 al. 4 AP-CC (régime matrimonial de la communauté de biens) énoncent que les clauses du contrat de mariage, qui prévoient une autre répartition du bénéfice de l'union conjugale, ne s'appliquent pas en cas de décès d'un des époux pendant la procédure de divorce⁴¹⁹. Il s'agit d'un changement par rapport au droit en vigueur. En effet, selon l'art. 120 al. 2 CC, si un des époux décède pendant la procédure de divorce, tant que le jugement de divorce n'est pas entré en force, le conjoint survivant aura droit à la part supplémentaire de bénéficiaire prévue dans le contrat de mariage. Dans cet avant-projet, la favorisation du conjoint survivant par contrat de mariage devient donc caduque lorsque les conditions de l'art. 472 AP-CC sont remplies. Les conjoints, prévoyant une attribution supplémentaire du bénéfice de l'union conjugale, ne peuvent plus prétendre à cette part supplémentaire lorsqu'un époux décède pendant la procédure de divorce. Toutefois, le contraire peut être édicté par contrat de mariage ou disposition pour cause de mort.

⁴¹² *Idem*, p. 27.

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ Avant-projet, *Droit des successions*, p. 1.

⁴¹⁵ Rapport, *Droit des successions*, p. 28.

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ Rapport, *Droit des successions*, p. 28.

⁴¹⁸ PIOTET, Rapport, p. 36.

⁴¹⁹ Rapport, *Droit des successions*, p. 28.

4.3. Le projet

Les participants à la procédure de consultation ont majoritairement soutenu la solution qui prévoit la perte de la réserve du conjoint survivant pendant la procédure de divorce⁴²⁰. Les arguments en faveur de cette proposition reposent sur le fait de ne plus privilégier l'époux séparé, de refuser la protection de sa réserve s'il y a une prolongation de la procédure⁴²¹. Toutefois, il a la possibilité de rester héritier légal⁴²². Le contraire peut être prévu par disposition pour cause de mort⁴²³. Les opposants soutiennent que la perte de réserve procurerait de grands soucis financiers au conjoint survivant et que le droit actuel prévoit déjà un mécanisme de protection par contrat de mariage ou pacte successoral⁴²⁴.

Le 10 mai 2017, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de justice et de police d'établir le premier message de révision du Code civil (droit des successions)⁴²⁵. Celui-ci fût publié le 29 août 2018 et maintient les solutions proposées dans l'avant-projet⁴²⁶. D'après lui, si un conjoint décède pendant la procédure de divorce, la suppression de la réserve du conjoint survivant est fondée⁴²⁷. Toutefois, le Conseil fédéral simplifie la formulation de l'art. 120 al. 2 AP-CC et de l'art 472 AP-CC mais en gardant les mêmes règles⁴²⁸. Selon l'art. 472 al. 1 P-CC, « *Le conjoint survivant perd sa réserve si une procédure de divorce est pendante au moment du décès et : ch. 1 que cette procédure a été introduite sur requête commune, ou ch. 2 qu'elle a été introduite sur demande unilatérale et que les conjoints avaient accepté le divorce ou vivaient séparés depuis au moins deux ans* »⁴²⁹. Par contre, le conjoint survivant reste l'héritier légal du défunt jusqu'au moment où le jugement de divorce entre en force, et a droit à sa part successorale selon l'art. 462 CC⁴³⁰. Pour écarter la prétention successorale de son époux, le *de cuius* doit avoir pris une disposition pour cause de mort pour exclure le conjoint de sa succession.

De plus, l'art. 120 al. 3 ch. 2 P-CC prévoit la perte des avantages au conjoint survivant faite par disposition pour cause de mort si « *au moment du décès une procédure de divorce entraînant la perte de la réserve du conjoint survivant est pendante* »⁴³¹. Comme énoncé dans l'avant-projet, ce principe s'applique aussi aux contrats de mariage ou de conventions sur les biens qui modifient la répartition ordinaire du bénéfice de l'union conjugale (art. 217 al. 2 P-CC pour le régime de la participation aux acquêts et art. 241 al. 4 P-CC pour le régime de la communauté de biens)⁴³². L'art. 217 al. 2 P-CC prévoit qu' : « *il en va de même en cas de dissolution du régime pour cause de décès, lorsqu'une procédure de divorce entraînant la perte de la réserve*

⁴²⁰ Synthèse procédure consultation, p. 31.

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ Communiqué, mai 2017.

⁴²⁶ FF 2018 5865, p. 5890.

⁴²⁷ *Idem*, p. 5889.

⁴²⁸ *Idem*, p. 5890.

⁴²⁹ *Idem*, p. 5950.

⁴³⁰ *Idem*, p. 5890.

⁴³¹ *Idem*, p. 5949.

⁴³² *Idem*, pp. 5890 et 5950.

du conjoint survivant est pendante »⁴³³. Cela signifie que le conjoint survivant touchera uniquement la moitié du bénéfice, soit la part légalement prévue à l'art. 215 al. 1 CC. La clause du contrat de mariage qui attribue une plus grande part de bénéfice est mise en échec par l'art. 217 al. 2 P-CC. À ce sujet, la révision du droit des successions diminue la protection légale à laquelle a droit le conjoint survivant⁴³⁴. Pendant la procédure de divorce, il ne sera plus protégé et perdra son droit à sa réserve légale.

⁴³³ *Idem*, p. 5950.

⁴³⁴ BADDELEY, *De la motion Gutzwiller*, p. 573.

Titre 5. Conclusion

Ce travail traite des différentes conséquences et des problèmes pratiques au sujet de la part supplémentaire du bénéfice de l'union conjugale attribuée par contrat de mariage. Selon la doctrine, la nature de cette attribution est qualifiée soit de disposition pour cause de mort soit de libéralité entre vifs. La distinction est importante car suivant la dénomination choisie les conséquences ne sont pas les mêmes, notamment à propos du calcul de la masse des réserves, de l'ordre des réductions, du traitement du bénéficiaire pour le conjoint survivant indigne ainsi que de la réserve et le bénéfice reçus par le conjoint survivant durant une procédure de divorce.

Nous sommes d'avis que les clauses du contrat de mariage attribuant une part supplémentaire du bénéfice correspondent à des dispositions pour cause de mort. Par définition, ces actes produisent leurs effets au décès du disposant. Nous pouvons constater que l'exécution de ces contrats de mariage a lieu au décès du premier conjoint et permet d'attribuer à ce moment la part supplémentaire de bénéfice prévue par l'art. 216 al. 1 CC ou l'art. 241 al. 2 CC. De plus, cette attribution est considérée comme une donation, car elle est faite sans contre-prestation de la part du conjoint survivant. La qualification de disposition pour cause de mort permet de régler certains points controversés, notamment le montant de la masse de calcul des réserves et le traitement de l'indignité du conjoint survivant pendant la procédure de divorce. En effet, grâce à cette interprétation, le montant des réserves est calculé de la même manière pour tous les héritiers et évite une inégalité de traitement entre descendants communs et non communs. Aussi, lorsque l'époux survivant tombe sous le coup de l'indignité, il ne pourra rien toucher puisque le bénéfice de l'union conjugale est attribué directement aux descendants.

Il en est autrement lorsque cette part est qualifiée de libéralité entre vifs. Selon nous, la dissociation de la masse de calcul des réserves soutenue par certains auteurs de doctrine conduit à des résultats inéquitables. Les enfants non communs sont favorisés par rapport aux enfants communs, tout particulièrement lorsqu'un tiers légataire intervient dans la succession. Tant l'avant-projet que le projet de révision prévoient un montant de calcul des réserves unifié pour tous les héritiers, cela à juste titre. Cette uniformité est nécessaire pour assurer une égalité entre descendants.

Lorsqu'un héritier intente une action en réduction et suivant la nature de l'attribution du bénéfice, l'ordre des libéralités attaquables n'est pas le même. L'avant-projet et le projet de révision clarifient ce point controversé en doctrine. Ils proposent le même ordre des réductions : les acquisitions *ab intestat* sont réduites en premier, puis les dispositions pour cause de mort et enfin les contrats de mariage. Toutefois, lorsque nous sommes en présence d'un contrat de mariage inconciliable avec un pacte successoral antérieur, l'avant-projet prévoit de réduire ces deux actes sur le même rang (art. 525 al. 1 AP-CC) tandis que le projet de révision prévoit à l'art. 532 al. 1 ch. 2 P-CC la réduction en premier du pacte successoral puis du contrat de mariage selon l'art. 532 al. 1 ch. 3 P-CC. Nous sommes d'avis que l'ordre prévu à l'art. 532 P-CC est incompatible avec la règle prévue à l'art. 494 al. 3 P-CC.

L'incidence de la qualification de libéralité entre vifs peut engendrer des situations où le conjoint survivant indigne pourrait tout de même se voir attribuer le bénéfice de l'union conjugale. Toutefois, la question de l'indignité n'a pas été réglée dans le projet de révision. À notre sens, elle devra être traitée lors de cette révision du droit des successions car les effets de cette nouvelle qualification ont un impact considérable à ce sujet.

La suppression de la réserve de l'époux survivant fait aussi l'objet de cette réforme. En effet, le droit actuel en vigueur protège le conjoint survivant qui héritera même lors de la procédure de divorce. La révision du droit des successions permettra, lorsque les conditions sont remplies, la perte de réserve du conjoint survivant lorsque son époux décède pendant cette procédure.

Pour conclure, la révision du droit des successions est nécessaire pour définitivement mettre un terme à ces diverses interprétations et méthodes de calcul. Lors des délibérations de la session d'automne du 12 septembre 2019 au sujet de la modification du droit des successions, le Conseil des États a largement adhéré au projet de loi du Conseil fédéral⁴³⁵. La nécessité d'adapter le droit des successions à la société actuelle est au centre de ce projet faisant suite à la motion GUTZWILLER. Les modifications concernant ce travail de Mémoire, c'est-à-dire celles de l'art. 216 CC, de l'art. 120 al. 2 CC, de l'introduction de l'art. 472 CC ainsi que la modification des articles 522 CC et 532 CC au sujet de l'action et de l'ordre des réductions, ont été bien accueillies⁴³⁶ lors des délibérations du Conseil des États⁴³⁷. Le 18 octobre 2019, la Commission des affaires juridiques du Conseil national était favorable et a accepté le projet de révision par 17 voix contre 1 et 5 abstentions⁴³⁸. À l'heure actuelle, le projet a été traité par le Conseil des États, dans l'attente des délibérations du Conseil national.

⁴³⁵ BO 2019 E 680.

⁴³⁶ Pour 34 voix et 9 abstentions (BO 2019 E 686).

⁴³⁷ BO 2019 E 680 ; BO 2019 E 683 ; BO 2019 E 685.

⁴³⁸ Communiqué CAJ-CN, octobre 2019.