

Antoine Eigenmann

Docteur en droit

Professeur à la faculté de droit de l'Université de Fribourg

Spécialiste FSA en droit des successions

Médiateur FSA

*TESTAMENTS ET PACTES SUCCESSORAUX  
RÉVISION III DU DROIT DES SUCCESSIONS*

RAPPORT

Version du 21 novembre 2024

# TABLE DE MATIÈRE

<b>1.</b>	<b>LA FORME DES DISPOSITIONS POUR CAUSE DE MORT .....</b>	<b>6</b>
1.1	L'UTILITÉ ET L'ÉGALITÉ DES PRESCRIPTIONS DE FORME.....	6
1.1.1	Introduction.....	6
1.1.2	Nécessité de réformer? .....	7
1.2	LA FORME AUTHENTIQUE DU TESTAMENT.....	9
1.2.1	Faiblesses de la forme de testament public <i>de lege data</i> .....	9
1.2.2	Procédure d'acte authentique fédérale ?.....	12
1.3	LA SUPPRESSION DES DEUX TÉMOINS.....	13
1.3.1	En général.....	13
1.3.2	Le rôle des témoins.....	14
1.3.3	Une utilité désormais dépassée .....	16
1.4	CAPACITÉ DE DISCERNEMENT DANS LE TESTAMENT PUBLIC.....	19
1.5	LE DÉFAUT DE SIGNATURE DANS LE TESTAMENT OLOGRAPHE.....	22
1.5.1	La nécessité d'une signature.....	22
1.5.2	Nécessité de réformer ? .....	24
1.5.3	Le lieu de de l'apposition de la signature ? .....	24
1.6	LE TESTAMENT ORAL .....	26
1.6.1	Le principe .....	26
1.6.1	L'expiration des 14 jours.....	27
<b>2.</b>	<b>DES AUTRES FORMES DE DISPOSER POUR CAUSE DE MORT.....</b>	<b>29</b>
2.1.1	Le testament d'urgence audiovisuelle.....	29
2.1.2	Le testament sous forme numérique.....	30
<b>3.</b>	<b>LE TESTAMENT EN CAS D'INAPTITUDE- PERSONNE EN SITUATION DE HANDICAP .....</b>	<b>35</b>
3.1	LE TESTAMENT PUBLIC ET SA FORME SECONDAIRE.....	35
3.2	LA PROBLÉMATIQUE EN MATIÈRE DU TESTAMENT OLOGRAPHE.....	36
3.3	UNE TESTAMENT DACTYLOGRAPHIÉ ? .....	37
3.4	EVOLUTION POSSIBLE DANS LE SENS DU POSTULAT DOBLER 20.3797.....	38
<b>4.</b>	<b>INEFFICACITÉ ET LIMITES DES DISPOSITIONS POUR CAUSE DE MORT.....</b>	<b>38</b>
4.1	ÉLARGISSEMENT DE L'ART. 520A CC .....	38
4.2	LIMITATION DE LA DURÉE DES DISPOSITIONS POUR CAUSE DE MORT .....	39
4.3	ANNULABILITÉ DE L'ART. 469 CC .....	41
<b>5.</b>	<b>AUTRES ASPECTS À REFORMER .....</b>	<b>44</b>
5.1	CAPTATION D'HÉRITAGE.....	44

<b>6. MODIFICATIONS PROPOSÉES .....</b>	<b>50</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>50</b>

# INTRODUCTION

La motion Gutzwiller 10.3524 donnait pour mandat au Conseil fédéral de moderniser le droit des successions.

Le 4 mars 2016, le Conseil fédéral a envoyé en consultation un avant-projet de révision du code civil. A l'issue de la procédure de consultation, le Conseil fédéral a décidé, au vu du nombre et de la complexité des questions soulevées dans le cadre de la consultation publique, de procéder à une révision échelonnée du droit des successions. Ainsi, il a été décidé que les propositions de modification ou d'innovation d'ordre plus technique seraient traitées ultérieurement<sup>1</sup>.

Dans ce cadre-là, l'Office fédéral de la Justice a requis du soussigné qu'il délivre un rapport sur les questions suivantes :

1. *Forme des dispositions pour cause de mort* : les conditions de validité des trois formes actuelles de testaments et du pacte successoral sont-elles encore adéquates ? Si non, quels éléments faudrait-il modifier (témoins, rédaction manuscrite, signature, nullité/annulabilité, etc.) ?
2. *Nouvelles technologies* : quelle place donner aux nombreux supports de données (ordinateurs, tablettes, smartphones, clés USB, etc.) et moyens de communication (SMS, messages vocaux, e-mails) susceptibles de démontrer la volonté du *de cuius* ?
3. *Personnes en situation de handicap* : quelles prescriptions de forme devrait respecter un testament (non authentique) pour les personnes en situation de handicap ? Comment pourrait-on dans ce contexte aller dans le sens du Postulat Dobler 20.3797 ?
4. *Testament audiovisuel* : cette nouvelle forme de testament devrait-elle être introduite dans le CC ? Faudrait-il la limiter aux situations d'urgence ou l'étendre à d'autres situations ?
5. *Capacité de discernement* : comment assurer que les dispositions pour cause de mort reflètent la volonté librement exprimée par le *de cuius* ?
6. *Vices du consentement* : faudrait-il remplacer la nullité de l'art. 469 CC par l'annulabilité ? Quel serait l'impact d'une erreur, d'un dol ou d'une crainte fondée sur la validité d'une disposition figurant dans un pacte successoral ?
7. *Lutte contre la captation d'héritage* : faudrait-il adopter des dispositions pour lutter contre ce phénomène ? Si oui, quelle approche adopter (restriction des bénéficiaires, renforcement des mesures de protection) ?

Dans un but de cohérence, il sera répondu aux questions les unes après les autres dans le présent rapport.

# 1. LA FORME DES DISPOSITIONS POUR CAUSE DE MORT

## 1.1 L'UTILITÉ ET L'ÉGALITÉ DES PRESCRIPTIONS DE FORME

### 1.1.1 Introduction

- 1 Une fonction essentielle du droit des successions est la possibilité offerte au *de cuius* de régler le sort de son patrimoine. Cette volonté s'exprime à travers une *disposition à cause de mort*, à savoir « l'acte juridique par lequel une personne prend une mesure qui a un effet sur la transmission de son patrimoine à son décès »<sup>2</sup>. Cet acte peut prendre la forme *d'un testament*, c'est-à-dire un acte typiquement unilatéral et révocable par le *de cuius*, ou *d'un pacte successoral*, qui est un contrat contenant des dispositions à cause de mort. Ce dernier peut être bilatéral ou multilatéral et, en principe, est irrévocable<sup>3</sup>.
- 2 L'acte juridique à cause de mort est soumis à des strictes conditions de forme. Le Code Civil en consacre un *numerus clausus*. S'agissant du testament, l'art. 498 CC énumère de façon exhaustive les formes possibles, à savoir le testament public (art. 499 à 504 CC), le testament olographe (art. 505 CC), et le testament oral (art. 506 à 508 CC). Quant au pacte successoral, il doit être reçu dans la forme du testament public (art. 512 CC). La sanction en cas de non-respect de ces conditions est sévère, car elle entraîne en principe l'annulabilité des dispositions correspondantes (art. 520 CC).
- 3 La rigidité quant à la forme de ces actes s'explique par leur portée : il en va effectivement du sort de la totalité ou d'une partie notable du patrimoine du défunt<sup>4</sup>. Des règles de forme sont ainsi nécessaires.
- 4 Les règles de forme visent à manifester la volonté du testateur, condition indispensable à l'existence du testament<sup>5</sup>. On leur reconnaît trois fonctions en particulier<sup>6</sup>. Elles s'imposent premièrement pour leur rôle de solennité : le fait que *le de cuius* doive satisfaire à une certaine forme lui permet de bien mûrir sa décision, l'amenant à peser ses choix afin d'éviter une décision hâtive et non totalement réfléchie<sup>7</sup>. Un acte à cause de mort produit effectivement ses effets à un moment où son auteur ne peut plus être interrogé sur ses intentions<sup>8</sup>. Il est donc

1

<sup>2</sup> STEINAUER, N 269 ; ATF 101/1975 II 177/192.

<sup>3</sup> P. PIOTET, p. 3.

<sup>4</sup> STEINAUER, N 654.

<sup>5</sup> CR CC I-LEUBA, art. 498 CC N 7.

<sup>6</sup> CR CC I-LEUBA, art. 498 CC N 7. Voir aussi BSK ZGB II-BREITSCHMID, art. 498 CC N 6 et CS-MOOSER, art. 498 N 1.

<sup>7</sup> STEINAUER, N 654; BK-WEIMAR, Rem. prélim. 498 CC N 6 ; BSK ZGB II-BREITSCHMID, 498 CC N 6 ; BREITSCHMID, Formvorschriften, p. 87 ; CS-MOOSER, art. 498 CC N 1; CR CC II-LEUBA, art. 498 CC N 7.

<sup>8</sup> STEINAUER, N 654.

nécessaire que le testateur ait conscience de la portée de cet acte. Les règles de forme obligent ensuite le disposant à exprimer sa disposition pour cause de mort de manière claire et non équivoque<sup>9</sup>. Elles ont dès lors une « fonction de perfection », en ce sens que le respect de la forme indique que l'acte est venu à chef dans sa forme définitive, en le distinguant de simples projets ou de notes du disposant<sup>10</sup>. Finalement, elles s'imposent au nom de la sécurité juridique, notamment envers les tiers, ou s'il s'agit d'un pacte successoral, entre les parties<sup>11</sup>.

### 1.1.2 Nécessité de réformer?

- 5 La large formulation de la motion Gutzwiller (n° 10.3524), à savoir moderniser le droit des successions, permet d'examiner si les prescriptions de forme des dispositions à cause de mort présentent des faiblesses dans le droit en vigueur, et si une réforme s'imposerait de conséquence<sup>12</sup>.
- 6 À l'heure actuelle, les formes des dispositions pour cause de mort sont mises sur un pied d'égalité : que ce soit un testament public, olographe, oral ou un pacte successoral, aucune différence ne fait loi quant à la liberté et au mode de disposer<sup>13</sup>. On retrouve ainsi le dilemme qui existait déjà à la fin du XIXe siècle : la popularité du testament olographe interdit de toucher à cette variante de disposition testamentaire profondément ancrée dans la conscience de la communauté juridique, peu coûteuse et à bas seuil<sup>14</sup>. Dans la procédure de consultation, on s'est demandé si cette équivalence devrait encore s'imposer<sup>15</sup>. Ainsi, la question qui a été posée était notamment celle de savoir si l'on pouvait, par exemple, envisager une dérogation individuelle aux limites de la réserve héréditaire ou aux quotités disponibles, mais de la subordonner à la condition que la disposition correspondante prenne la forme du testament public<sup>16</sup>. Ce faisant, on accorderait au testament public une fiabilité accrue par rapport aux autres formes, ce qui se justifierait en raison de son processus d'établissement hautement formalisé. Nous verrons que cette approche, à savoir celle de subordonner certaines dispositions pour cause de mort à la condition que la disposition prenne la forme d'un testament authentique, se justifie dans son principe. Il en est notamment ainsi des dispositions en faveur des personnes de confiance, afin de limiter les risques liés à la problématique de la captation d'héritage (cf. art. 541a P-CC). Mais avant d'analyser en détail cette opportunité, une question préliminaire s'impose. Il faut avant tout analyser et définir les exigences du

1

<sup>9</sup> CS-MOOSER, art. 498 CC N 1.

<sup>10</sup> CS-MOOSER, art. 498 CC N 1, CR CC II-LEUBA, art. 498 CC N 7 ; ATF 131 III 601, 604, c. 3.1 ; PraxK- LENZ, art. 498 CC N 18, BREITSCHMID, Formvorschriften N 186 ss ; P. PIOTET, p. 205

<sup>11</sup> CR CC II-LEUBA, art. 498 N 7 ; BSK ZGB II-BREITSCHMID, 498 CC N 7, JOOS, 49 s.

<sup>12</sup> SCHMID, p. 38.

<sup>13</sup> Prises de positions des particuliers, Verein successio, p. 12.

<sup>14</sup> Prises de positions des particuliers, Verein successio, p. 12.

<sup>15</sup> Conseil fédéral, Synthèse, 6.12.

<sup>16</sup> Conseil fédéral, Synthèse, 6.12; Prises de positions des particuliers, Verein successio, p. 12.

testament en forme authentique. En effet, si le souhait est celui de subordonner certaines dispositions pour cause de mort à un testament public, il faudrait que celui-ci bénéficie d'une véritable fiabilité accrue, par exemple, en prévoyant que seuls des témoins qualifiés puissent y concourir<sup>17</sup>.

- 7 Ainsi, une réflexion sur les aspects à réformer en matière de testament en forme authentique doit être abordée. D'autant plus, qu'une partie de la doctrine considère que ces dispositions constituent une faiblesse dans le droit en vigueur<sup>18</sup>. L'accent doit donc être mis sur l'art. 499 ss CC concernant le testament public, ainsi que sur l'art. 512 CC concernant le pacte successoral<sup>19</sup>.
- 8 Quelques questions ponctuelles avaient d'ailleurs été formulées dans le cadre de la procédure de consultation concernant la procédure d'instrumentation de droit fédéral, et notamment :
  - a. L'extension des motifs de récusation de l'officier public et des témoins, ainsi que l'exclusion des personnes qui sont elles-mêmes bénéficiaires ou qui ont un lien de parenté ou de mariage avec des bénéficiaires, et éventuellement aussi des employés de l'officier public<sup>20</sup> ;
  - b. L'exigence de qualité pour les témoins (qualification professionnelle)<sup>21</sup> ;
  - c. La renonciation totale aux témoins en cas de testament et de pacte successoral<sup>22</sup>.

Par ailleurs, la question de la réglementation de la procédure de l'acte authentique dans le droit fédéral a été posée<sup>23</sup>.

Or, avant d'entamer une analyse approfondie de l'opportunité de réformer les aspects précités, une réflexion générale sur *l'adéquation des règles de forme des dispositions testamentaires* s'impose. En d'autres termes, il s'agit de savoir si les règles de forme strictes, dans leur acception générale, doivent être maintenues en principe, ou si l'on doit être guidé par une volonté sous-jacente d'alléger les règles de forme telles qu'elles sont de *lege data*.

En effet, il est évident que des strictes règles de forme représentent une limite, souvent insurmontable, à toutes les dispositions à cause de mort faites par un profane qui les

1

---

<sup>17</sup> Conseil fédéral, Synthèse, 6.12; Prises de positions des particuliers, Verein successio, p. 12.

<sup>18</sup> SCHMID, p. 38.

<sup>19</sup> SCHMID, p. 38.

<sup>20</sup> Conseil fédéral, Synthèse, 6.10; Prises de positions des cantons, Appenzell Rh. - Ext., p. 3 ; Prises des positions des particuliers, Verein Successio, N 38.

<sup>21</sup> Conseil fédéral, Synthèse, 6.12.

<sup>22</sup> Conseil fédéral, Synthèse, 6.10 ; Prises de positions des cantons, Argovie, p. 2 ; Appenzell Rh.-Ext., p. 3 ; Prises des positions des partis, PLR, p. 3 ; Prises de positions des particuliers, Roland Pfäffli, p. 6.

<sup>23</sup> Conseil fédéral, Synthèse, 6.12 ; Prises de positions des particuliers, Verein Successio, N 38 et Université de Zurich, p. 4.

méconnaît. Il n'est pas rare qu'une telle disposition pour cause de mort soit annulée ou considérée nulle parce que le disposant ignorait l'exigence de la signature ou de la date du testament olographe, voir l'expiration du délai de 14 jours du testament oral. La question qui se pose est donc de savoir, s'il est toujours pertinent qu'une certaine volonté exprimée et reconnaissable soit inopérante en droit, et cela parce que les conditions de forme n'ont pas été respectées, ou s'il faudrait - au contraire - favoriser un système qui permettrait à tout un chacun de tester sans trop de difficultés.

- 9 Même si, à première vue, les exigences de forme peuvent sembler d'un formalisme intolérable, la pratique montre que ce sont précisément les dispositions testamentaires prises par une personne qui ignore les règles du droit successoral qui créent le plus de litiges. Pour s'écarter de la vocation légale, il faut en connaître son fonctionnement, être conseillé et s'engager dans une planification successorale réfléchie, le cas échéant à l'aide d'un expert. Les dispositions testamentaires telles que « je désigne mes deux filles et ma femme comme héritières » sont courantes, sans que l'on sache s'il s'agit d'un rappel de la loi (1/2 pour les enfants et 1/2 pour l'épouse) ou d'une véritable disposition des biens au moment du décès (1/3 chacune). Et est-ce que cela vaut par exemple de dispenser du rapport car l'échelle des valeurs sera ce faisant modifiée ? En d'autres termes, même si, à première vue, il peut sembler favorable de permettre à quiconque de faire un testament, la pratique démontre que ce n'est pas toujours le cas. La vocation légale correspond parfois mieux à la volonté du disposant par rapport aux dispositions testamentaires prises par celui qui méconnaît les règles successorales, mais décide néanmoins de disposer de ses biens à son décès. Ainsi, le fait que la volonté exprimée soit inopérante est parfois bénéfique pour les héritiers, et même pour le disposant lui-même. Nous ne pensons donc pas que le *modus operandi* qui guide cette analyse doive insister sur un allègement dans son principe des règles de forme, mais plutôt celui de corriger les aspects ponctuels *de lege data* qui créent des insatisfactions.

## 1.2 LA FORME AUTHENTIQUE DU TESTAMENT

### 1.2.1 Faiblesses de la forme de testament public *de lege data*

- 10 L'art. 55 al. 1 Tit. fin. CC donne la compétence aux cantons de déterminer pour leur territoire les modalités de la forme authentique. Cela signifie que les cantons sont compétents pour désigner les personnes habilitées à instrumenter un acte en la forme authentique, pour définir leurs devoirs et la manière dont elles sont surveillées, ainsi que pour fixer leur compétence territoriale<sup>24</sup>. Dans les limites du droit fédéral, les cantons définissent également la procédure

1 \_\_\_\_\_  
<sup>24</sup> CR CC II-LEUBA, art. 499 CC N 5.

d'instrumentation en la forme authentique et fixent la forme extérieure de l'acte<sup>25</sup>. L'art. 55 al. 2 Tit. fin. CC requiert finalement que les cantons établissent la procédure à suivre pour la rédaction des actes authentiques dans une langue étrangère.

- 11 En matière de testament public, le législateur fédéral a choisi de fixer de manière exhaustive les aspects principaux de la procédure d'instrumentation (art. 499 ss CC), soit ceux dont le non-respect peut conduire à une annulation de l'acte<sup>26</sup>. Il en résulte que le droit cantonal ne peut en principe pas soumettre la validité des testaments publics à des règles plus exigeantes que celles prévues par le Code civil<sup>27</sup>. Cela ne signifie pourtant pas que le droit cantonal ne joue aucun rôle dans cette matière. Au contraire, le droit cantonal est applicable lorsque le Code civil y renvoie (art. 499 et 504 CC), soit pour toutes les questions qui ne sont pas régies de manière exhaustive par la législation fédérale<sup>28</sup>. Ainsi, comme les règles fédérales sont lacunaires sur les modalités pratiques de la confection de l'acte, la réglementation cantonale sur les actes authentiques relative à ces modalités s'applique également aux testaments publics<sup>29</sup>. Les cantons sont encore compétents pour désigner l'officier public chargé d'instrumenter les testaments publics<sup>30</sup>. Ils définissent en outre la manière dont l'activité est exercée, les conditions d'admission à la pratique et la surveillance<sup>31</sup>.
- 12 Les règles du droit fédéral relatives à la forme du testament public sont des conditions de validité de l'acte<sup>32</sup>. Le non-respect des règles du droit fédéral, s'agissant des conditions de validité, rend l'acte annulable au sens de l'art. 520 CC. Quant aux dispositions de droit cantonal, il s'agit de prescriptions d'ordre, dont le non-respect n'entraîne pas l'annulabilité de l'acte<sup>33</sup>. La sanction est établie par le législateur cantonal, qui, en principe, revêt une nature disciplinaire. En revanche, en ce qui concerne l'instrumentation en langue étrangère, le législateur cantonal bénéficie d'une plus grande liberté, lui permettant de prévoir une sanction de droit cantonal qui peut s'écarter du principe de l'annulabilité prévue en cas de violation des règles de forme du droit fédéral (art. 520 CC) et de retenir, par exemple, la nullité de l'acte<sup>34</sup>.
- 13 Il en résulte que la procédure d'authentification d'un testament public est soumise en parallèle à l'application du droit cantonal et du droit fédéral. Cette coexistence est encore plus évidente,

1

<sup>25</sup> CR CC II - LEUBA, art. 499 CC N 5.

<sup>26</sup> CR CC II-LEUBA, art. 499 CC N 5 ; CS-MOOSER, art. 499 CC N 6.

<sup>27</sup> BaK-JEITZNER, art. 499 CC N 2 ; Obergericht Zug, Arrêt Z1 2020 40, 12.05.2022, c.3.2, STEINAUER, successions, N 671b, CR CC II-LEUBA, art. 499 CC N 6, CS-MOOSER, art. 499 CC N 7.

<sup>28</sup> CS-MOOSER, art. 499 CC N 5 avec réf. citées.

<sup>29</sup> CS-MOOSER, art. 499 CC N 7.

<sup>30</sup> CR CC II-LEUBA, art. 499 CC N 7.

<sup>31</sup> CR CC II-LEUBA, art. 499 CC N 7.

<sup>32</sup> ATF 118 II 273, 278, c. 5b.

<sup>33</sup> STEINAUER, Procédure d'instrumentation, 109 ; STEINAUER, Successions, N 671b; JOOS, 126

<sup>34</sup> CR CC II-LEUBA, art. 499 CC N 9.

voire problématique, lorsque les dispositions cantonales ne se limitent pas à prescrire certains aspects liés à la procédure d'authentification (comme le timbre à utiliser ou les qualités requises par l'officier public), mais régissent des aspects essentiels de l'instrumentation de l'acte. Il s'agit notamment du cas dans lequel les règles fédérales sont lacunaires quant aux modalités pratiques de la confection de l'acte. Par exemple, en cas de handicap physique généralisé – l'une des parties au pacte successoral est aveugle, l'autre est sourde – ou en cas d'absence de connaissances linguistiques de l'une des parties, les règles de procédure du droit fédéral ne couvrent pas ces situations<sup>35</sup>. Il en va de même s'agissant d'un disposant sourd ou muet, qui ne peut pas entendre ou faire la déclaration au notaire dans la procédure authentique en forme secondaire du droit fédéral (art. 502 CC).

- 14 Dans ces cas, le droit cantonal doit donc instituer des procédures spéciales qui permettent à ces personnes de disposer. En effet, les exigences de forme ne peuvent pas priver une partie de la possibilité de prendre des dispositions pour cause de mort. L'obligation faite aux cantons de prévoir des procédures spéciales découle tant du droit fédéral (art. 8 al. 2 Cst)<sup>36</sup> que du droit international, à savoir de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées<sup>37</sup>. À teneur de l'art. 12 al. 3 CNUDH, « les États Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique ». Il en résulte que – à l'heure actuelle - c'est le droit cantonal qui doit prévoir des dispositions permettant de rédiger un testament public pour des personnes présentant une infirmité généralisée, avec toutes les nécessités correspondantes en termes de sécurité de l'acte<sup>38</sup>. Il en résulte également que les procédures spéciales de droit cantonal sont très différentes d'un canton à l'autre, et une réglementation uniforme est loin d'être achevée. En cas de non-respect, c'est encore la compétence du canton d'en établir les conséquences. En matière de procédures spéciales, il convient de noter que les règles du droit cantonal constituent des règles de validité de l'acte authentique<sup>39</sup> et non de simples prescriptions d'ordre. Il en résulte que la violation desdites règles pourrait conduire à l'annulation de l'acte ou à la nullité de ce dernier.

1

---

<sup>35</sup> SCHMID, p. 41.

<sup>36</sup> MOOSER, Notariat, N 662.

<sup>37</sup> RO 2014 1119 ; FF 2013 601.

<sup>38</sup> Cf. p. ex art. 47 ss Gesetz über die öffentlichen Beurkundungen (Beurkundungsgesetz, BeurkG) vom 18. September 1973 (Stand 1. Januar 2022) des Kantons Luzern; art. 59 Loi sur le notariat du 29 juin 2004 du cantonal Vaud; art. 61 Loi sur le notariat (LN) du 20.09.1967 du canton de Fribourg. Pour une présentation des règles à suivre en matière de confection d'un testament en cas de disposant qui présente une infirmité généralisée, voir MOOSER, Notariat, N 662 ss.

<sup>39</sup> MOOSER, Notariat, N 662 avec réf. citées.

- 15 Le régime actuel en matière de testament public engendre une insécurité juridique non négligeable, dans la mesure où les conditions d'instrumentation et les conséquences d'un non-respect varient d'un canton à l'autre. En particulier, pour les procédures spéciales et l'établissement d'actes en langue étrangère, les cantons disposent d'une large marge de manœuvre, tant en termes de formalisation de l'acte qu'en ce qui concerne les conséquences d'un non-respect des prescriptions cantonales. Les problèmes d'harmonisation entre les deux ordres juridiques ne peuvent donc être niés.
- 16 Par exemple, en matière de traduction, la question de l'obligation de récusation du traducteur est controversée en ce que la doctrine se demande si elle est déterminée par le droit cantonal ou s'il existe une lacune dans le code civil qui doit être comblée par le droit fédéral non écrit<sup>40</sup>.

### 1.2.2 Procédure d'acte authentique fédérale ?

- 17 La révision du droit des successions offre l'occasion de se pencher sur la répartition des compétences en matière d'instrumentation. Faut-il que cette procédure relève du droit cantonal ou du droit fédéral ? Cette réflexion porte non seulement sur les exigences minimales que le droit fédéral pourrait imposer aux normes cantonales, mais aussi sur la possibilité d'une réglementation fédérale uniforme et globale pour tous les actes juridiques. Selon l'opinion défendue par SCHMID<sup>41</sup>, une procédure d'authentification uniforme (de droit fédéral) pour tous les actes juridiques soumis à l'obligation d'authentification devrait être envisagée<sup>42</sup>. Une telle approche permettrait selon lui de créer une grande sécurité juridique - précisément pour les dispositions à cause de mort<sup>43</sup>. Cela serait également en accord avec l'opinion soutenue depuis plusieurs années par la jurisprudence et la doctrine, selon laquelle la notion matérielle d'acte authentique relève du droit fédéral<sup>44</sup>.
- 18 Or, le fait de régler l'acte authentique en droit fédéral n'est pas une nouveauté. En décembre 2012, le Conseil fédéral a présenté un avant-projet de modification du Code civil concernant l'acte authentique (art. 55 ss. Tit. fin. CC)<sup>45</sup>. Les exigences minimales du droit fédéral, concrétisées par le Tribunal fédéral, ainsi que la procédure générale de l'acte authentique (hors procédures civiles) devaient être régies dans le Code civil, y compris l'acte authentique électronique<sup>46</sup>. À la suite de l'évaluation des résultats de la consultation<sup>47</sup>, le

1

<sup>40</sup> SCHMID, p. 43.

<sup>41</sup> SCHMID, p. 43-44.

<sup>42</sup> SCHMID, 44 s.

<sup>43</sup> Cf. aussi ARNET, p. 204 ss.

<sup>44</sup> ATF 133 I 259 ss. 260, ATF 125 III 131 JdT 2008 I p. 585 ; SCHMID, p. 44.

<sup>45</sup> Conseil fédéral, forme authentique, p. 1 ss.

<sup>46</sup> SCHMID, p. 44.

<sup>47</sup> Pour un résumé de la phase de consultation : Conseil fédéral, consultation acte authentique, p. 1 ss ; SCHMID, p. 44.

Conseil fédéral a constaté un soutien général à la consolidation et au développement du droit des actes authentiques, à l'exception de la proposition de reconnaissance intercantonale des actes authentiques<sup>48</sup>. Ensuite, le Conseil fédéral a décidé de donner la priorité à la numérisation et à l'archivage électronique des actes authentiques, reportant les autres aspects du projet pour un examen approfondi<sup>49</sup>.

- 19 Ceci étant dit, nous considérons que - à l'heure actuelle - il y a lieu de se contenter de régler au niveau fédéral les exigences minimales liées à la forme authentique, en laissant les cantons légiférer sur le reste. Certes, le fait de donner une réglementation fédérale uniforme en matière d'acte authentique représente un avantage en termes de sécurité juridique. Il faut néanmoins considérer la réalité politique suisse, ancrée à un modèle fédéraliste, qui permet aux cantons de sauvegarder leurs spécificités, notamment quant aux personnes pouvant instrumenter des actes authentiques. Pour cette raison, et en raison de la difficulté qu'une telle réforme pourrait rencontrer au niveau politique, nous nous contenterons ici de proposer des conditions supplémentaires ou de supprimer certaines conditions existantes en matière d'acte authentique.

### **1.3 LA SUPPRESSION DES DEUX TÉMOINS**

#### **1.3.1 En général**

- 20 L'exigence de la présence de deux témoins à la réception d'un testament public (art. 499 CC) et d'un pacte successoral (art. 512 CC) fait l'objet de différentes discussions. Nous verrons que certains auteurs plaident en faveur de leur suppression, tandis que d'autres souhaitent maintenir leur présence. Un constat devrait néanmoins s'imposer : cette exigence représente une singularité du droit des successions<sup>50</sup>. En effet, plusieurs autres actes soumis à la forme authentique, comme la vente immobilière, le contrat de mariage ou le mandat pour cause d'inaptitude, n'exigent pas la présence de témoins. On peut donc se demander si cette exigence est réellement nécessaire pour les testaments<sup>51</sup>. Partant, l'opportunité de supprimer cette exigence en matière d'actes authentiques mérite une réflexion.

1

---

<sup>48</sup> Conseil fédéral, communiqué aux médias du 13 décembre 2013 (<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/mm.msg-id-51370.html>) ; SCHMID, p. 44.

<sup>49</sup> Conseil fédéral, communiqué aux médias du 25 mai 2016 (<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/mm.msg-id-61870.html>) ; SCHMID, p. 44.

<sup>50</sup> Ils existent néanmoins d'autres actes qui requièrent l'exigence des deux témoins, tel que le mariage (cf. art. 102 al. 1 CC).

<sup>51</sup> CR CC II-LEUBA, art. 501 CC N 5.

### 1.3.2 Le rôle des témoins

- 21 Dans la forme authentique, le testament est établi avec le concours d'un officier public et de témoins. Or, le rôle des témoins varie si le testament public est fait en forme principale (art. 501 CC) ou secondaire (art. 502 CC).

Dans la forme principale, le disposant exprime ses volontés à un officier public qui les transcrit dans un acte, et le testateur lit l'acte et confirme sa vérification en le signant. Le testateur doit ensuite faire une déclaration dans laquelle il confirme qu'il a lu l'acte et que ce dernier renferme bien ses dernières volontés (art. 501 al. 1 CC).

La présence de témoins n'est requise par la loi que dans cette phase (art. 501 al. 2 CC), mais elle peut être demandée par le disposant pendant toute la procédure. Le contenu du testament reflète d'ailleurs la volonté du défunt. Le contrôle exercé par les témoins se fait donc par le biais d'une simple déclaration du testateur, confirmant qu'il a lu l'acte et que celui-ci renferme bien ses dernières volontés (art. 501 al. 2 CC). La référence à ces deux composantes est nécessaire, même si les témoins ont participé à la lecture par le disposant. La déclaration doit être expresse mais n'est soumise à aucune forme<sup>52</sup>. La déclaration est nécessaire à la validité de l'acte<sup>53</sup>. Par ailleurs, les témoins doivent attester que le testateur leur a paru capable de disposer, c'est-à-dire qu'il avait la capacité de discernement nécessaire au moment de l'acte. Cette phase a donc un double objectif, qui se traduit par la double attestation faite par ces derniers, tant sur le contenu de la disposition que sur la capacité de discernement du testateur<sup>54</sup>.

Il convient de rappeler que l'attestation des témoins n'a qu'une valeur d'indice<sup>55</sup> dans la mesure où les témoins ont souvent peu d'éléments pour se forger leur conviction. L'attestation des témoins n'est donc pas couverte par la force probante de l'art. 9 CC<sup>56</sup>.

- 22 La forme secondaire au sens de l'art. 502 CC doit être mise sur un pied d'égalité avec la forme principale<sup>57</sup> et peut librement être choisie par le disposant. Cette forme, qui ouvre la possibilité de tester sans lire l'acte ni signer, est avant tout utile pour le *de cuius* aveugle et/ou ne sachant pas écrire<sup>58</sup>. Ainsi, dans la forme secondaire, l'officier public fait une lecture au disposant de l'acte devant les témoins, qui doivent être présents du début à la fin (et qui ont donc connaissance du contenu de l'acte). Immédiatement après la lecture de l'acte, le testateur

1

<sup>52</sup> CS-MOOSER, art. 501 CC N 1.

<sup>53</sup> CR CC II-LEUBA, art. 501 CC N 5.

<sup>54</sup> STEINAUER N 679 a.

<sup>55</sup> CR CC II-LEUBA, art. 501 CC N 13.

<sup>56</sup> SCHMID, p. 45 ; ATF 124 III 5 ss (9), c. 1c.

<sup>57</sup> BSK ZGB II-JEITZNER/RUF, art. 500 CC N 1.

<sup>58</sup> CC CR II-LEUBA, art. 502 CC N 4.

déclare en présence de l'officier public et des témoins, que le document renferme bien ses dernières volontés (art. 502 al. 1 CC)<sup>59</sup>. Les témoins doivent signer une déclaration, dans laquelle ils confirment que le testateur a déclaré que l'acte renfermait bien ses dernières volontés et qu'il leur a paru capable de disposer (art. 502 al. 2 CC). Ils doivent en outre attester que la lecture de l'acte a été faite au testateur en leur présence<sup>60</sup>.

- 23 Il en résulte que la présence de témoins au moment de la lecture et de la signature de l'acte par le testateur et l'officier public n'est requise que dans la forme secondaire. Il en va autrement du pacte successoral<sup>61</sup>. Comme les formalités du testament public doivent être adaptées au caractère bilatéral du pacte (art. 512 al. 1 CC), les signataires du pacte doivent apposer leur signature en présence de l'officier public et des témoins<sup>62</sup>. Le renvoi de l'art. 512 al. 1 CC aux dispositions applicables aux testaments trouve donc une limite claire sur ce point. Les règles d'authentification du pacte successoral sont ainsi - selon une expression du Tribunal fédéral – « plus strictes que celles exigées pour le testament public »<sup>63</sup>.
- 24 La question se pose également de savoir si le fait de signer en présence de l'officier public et des témoins doit être documenté dans l'acte lui-même<sup>64</sup>. La jurisprudence antérieure répondait par l'affirmative, en ce sens que les témoins ou l'officier public devaient attester dans l'acte de la circonstance mentionnée<sup>65</sup>.
- 25 La formulation de l'art. 512 al. 2 CC (« à signer devant lui et les deux témoins ») est certes claire<sup>66</sup>. Mais elle se perd quelque peu dans le deuxième paragraphe de la norme, une fois que le lecteur a pris connaissance du principe de l'art. 512 al. 1 CC (renvoi général au testament authentique)<sup>67</sup>. Du point de vue matériel, la différenciation légale selon laquelle le testament peut être signé par le testateur sans les témoins, alors que dans le cas du pacte successoral, les parties doivent justement signer en présence des témoins, n'est guère compréhensible<sup>68</sup>. Il va de soi que cette problématique pourrait être résolue avec la suppression de l'exigence des témoins.

1

---

<sup>59</sup> CR CC II- LEUBA, art. 502 CC N 6.

<sup>60</sup> CS-COTTI/GYGAX, 502 CC N 7.

<sup>61</sup> SCHMID, p. 46.

<sup>62</sup> SCHMID, p. 46.

<sup>63</sup> ATF 60 II 269, c. 1. SCHMID, p. 48.

<sup>64</sup> SCHMID, p. 49.

<sup>65</sup> ATF 112 II 23

<sup>66</sup> SCHMID, p. 49.

<sup>67</sup> SCHMID, p. 49.

<sup>68</sup> SCHMID, p. 49.

### 1.3.3 Une utilité désormais dépassée<sup>69</sup>

- 26 L'exigence des témoins a été justifiée essentiellement en raison de leur fonction solennelle<sup>70</sup>. Malgré le fait qu'ils n'agissent pas en tant que témoins de preuve, ils sont chargés de constater que le testateur s'est assuré de la concordance du contenu du document avec sa volonté exprimée. Ainsi, sans jouer un rôle de preuve majeur, leur présence contribue au renforcement de la validité de l'acte, et ils fournissent des éléments de preuve supplémentaires<sup>71</sup>. En effet, dans un contexte de preuve difficile à établir, les témoins sont utiles et s'ajoutent aux déclarations de l'officier public et aux éventuelles constatations médicales faites au moment de l'adoption du testament, notamment liées à la preuve de la capacité de discernement du *de cuius*. Leur présence permet également de prévenir d'éventuelles contestations de la part des héritiers et offre, si nécessaire, au juge d'autres interlocuteurs, en dehors du notaire<sup>72</sup>.
- 27 Ces considérations sont certes pertinentes, et cela vaut notamment pour le testament public dans la forme secondaire. En effet, le testateur ne lit pas l'acte et, selon les circonstances, ne le voit même pas. Il est alors important que des tiers puissent confirmer que le texte dont la lecture est donnée au testateur est bien celui faisant l'objet de l'instrumentation, respectivement qu'aucune partie du texte n'a été omise dans la lecture<sup>73</sup>. Les témoins jouent ici un rôle essentiel, et leur suppression ne nous paraît donc pas opportune.
- 28 Or, leur importance paraît en revanche plus douteuse en ce qui concerne le testament public dans sa forme principale. C'est pour cette raison que certains auteurs appellent à une modification législative<sup>74</sup> en soutenant précisément que la présence des témoins représente « une lourdeur bureaucratique qui ne se justifie plus aujourd'hui »<sup>75</sup>. En effet, les témoins ne sont généralement pas en mesure de contrôler le bon déroulement de la procédure d'instrumentation et poursuivre les objectifs visés (hormis lorsqu'il s'agit de la forme secondaire)<sup>76</sup>. Ainsi, comme justement avancé par SCHMID, « *il semble important aujourd'hui d'adopter une perspective critique sur les responsabilités des deux témoins* »<sup>77</sup>. En ce qui concerne la déclaration de reconnaissance, les témoins entrent en « concurrence » avec le notaire, car le testateur (ou les parties au pacte successoral) exprime déjà la reconnaissance (confirmation de la volonté juridique contenue dans l'acte) par sa signature (art. 500 al. 2 CC).

1

<sup>69</sup> Cf. SCHMID, p. 45 ss.

<sup>70</sup> CS-MOOSER, art. 499 CC N 4.

<sup>71</sup> CR CC II-LEUBA, art. 499 CC N 2.

<sup>72</sup> CS-MOOSER, art. 501 CC N 10

<sup>73</sup> CR CC II-LEUBA, art. 501 CC N 6.

<sup>74</sup> CS-MOOSER, art. 499 CC N 5.

<sup>75</sup> Conseil fédéral, Synthèse, p. 67 avec réf.

<sup>76</sup> CR CC II-LEUBA, art. 501 CC N 5.

<sup>77</sup> Cf. SCHMID, p. 46 ss.

De plus, les obligations professionnelles (conformément au droit cantonal) du notaire incluent déjà la vérification des capacités nécessaires des parties aux actes juridiques, notamment la capacité de discernement. Dans certains cas, le notaire peut également demander la confirmation de ces capacités par un médecin. Par ailleurs, pour attester de la capacité de disposer des parties au testament, les témoins se basent généralement sur leur « compréhension de la situation », d'autant plus que la loi ne requiert pas de connaissances médicales spécifiques (art. 503 CC). En d'autres termes, on peut douter que des témoins sans connaissances médicales puissent communiquer des informations utiles sur la capacité de discernement des personnes concernées<sup>78</sup>.

- 29 Il n'est donc pas certain que le recours à des témoins apporte une plus-value par rapport aux objectifs formels de l'authentification (et cette question était déjà controversée lors de l'élaboration de la réglementation actuelle<sup>79</sup>). À cela s'ajoute que, très souvent en pratique, les témoins sont des collaborateurs du notaire, de telle sorte qu'ils sont dans un rapport de subordination, ce qui enlève une grande partie de la portée. L'utilisation des collaborateurs du notaire comme témoins peut certes permettre une certaine confidentialité.
- 30 À titre de comparaison, il convient de se référer au droit allemand qui régit le testament public aux §§ 2232 et 2276 du BGB et la forme du contrat d'héritage aux §§ 2276 du BGB<sup>80</sup>. La loi allemande sur l'authentification (*Beurkundungsgezet*) contient, aux §§ 27 et suivants, des dispositions spéciales pour les dispositions de dernière volonté. Selon le § 29 de la BeurkundG BRD, le notaire « ne doit » faire appel à deux témoins ou à un deuxième notaire pour l'authentification que si les parties le demandent.
- 31 Dans la doctrine, on défend également l'idée que les témoins ont une fonction de contrôle supplémentaire. Dans les cas d'authentification dont il est question, « un officier public prêt à commettre un délit pourrait produire des faux documents avec une facilité particulière et attribuer aux personnes concernées des déclarations qu'elles n'ont jamais faites »<sup>81</sup>. Une telle méfiance à l'égard des officiers publics, qui se limite d'ailleurs aux dispositions à cause de mort (et aux actes juridiques avec des personnes aveugles et sourdes), n'est pas justifiée selon l'opinion défendue ici, compte tenu de la surveillance étatique.
- 32 Il découle de ces considérations que, à notre sens, il serait justifié de supprimer l'exigence légale de deux témoins dans la forme principale.

1

<sup>78</sup> Très critique déjà en 1982, BREITSCHMID, Formvorschriften, Nr 632; BREITSCHMID, successio 2008, p. 73 ss; BSK-ZEITZNER/RUF, Art. 499 N 21; ARNET, p. 200.

<sup>79</sup> ARNET, p. 193.

<sup>80</sup> Pour une présentation plus exhaustive voir SCHMID, p. 47 ss.

<sup>81</sup> BRUCKNER, N 391.

- 33 L'exigence de témoins ne devrait en revanche pas faire l'objet d'une réforme, selon la position défendue ici, dans le testament public en forme secondaire, car la pertinence des témoins est ici incontestable<sup>82</sup>. Il en va de même en matière de procédures spéciales régies par le droit cantonal. En effet, selon les appréciations faites par le législateur cantonal, il pourrait être justifié d'avoir recours à deux témoins dans le cadre d'une procédure spéciale, à l'image de l'art. 502 CC<sup>83</sup>. La suppression des témoins en droit fédéral ne devrait donc pas concerner les procédures d'instrumentation de compétence cantonale.
- 34 Il convient cependant de relever que la suppression des témoins pourrait aller à l'encontre d'autres objectifs traités ce rapport, notamment en ce qui concerne les questions liées au contrôle de la capacité de discernement.
- 35 Comme nous le verrons par la suite, dans ces cas, un devoir de contrôle supplémentaire, notamment en ce qui concerne la capacité de discernement, devrait être garanti. Des témoins « simples », sans connaissances médicales spécifiques, ne permettraient toutefois pas ce type de contrôle. Par conséquent, nous proposons l'introduction d'une nouvelle forme de testament public, sous forme qualifiée, en présence de deux témoins qualifiés. Ainsi, il devrait exister, selon nous, trois formes de testaments authentiques :
1. le testament public en forme principale, en présence d'un officier public ;
  2. un testament public en forme secondaire, en présence de deux témoins et de l'officier public ;
  3. un testament public qualifié, en présence de deux témoins qualifiés et de l'officier public.

La troisième forme sera présentée dans le détail sous le chapitre capacité de discernement.

- 36 Finalement, on pourrait se demander pourquoi on n'a pas limité l'exigence des témoins, le cas échéant qualifiés, à la seule forme secondaire du testament. On aurait ainsi évité de créer une troisième forme de testament (qualifiée), mais on aurait ajouté simplement l'exigence des témoins qualifiés dans le testament dans sa forme secondaire. Or, nous considérons que le fait de prévoir des témoins qualifiés pour le testament dans sa forme secondaire n'est pas la solution idéale. En effet, cette forme a été conçue ou adaptée pour les personnes souffrant de handicap. Le rôle primaire des témoins n'est pas ici celui de vérifier la capacité de discernement, mais de vérifier la complétude de l'acte, ce que de simples témoins sont en mesure de faire. En d'autres termes, des témoins qualifiés, avec des compétences médicales spécifiques, qui vérifient la capacité de discernement de testateur, ne sont ici pas nécessaires.

1

<sup>82</sup> Cf. N 27.

<sup>83</sup> Cf. par exemple l'art. 61 Loi sur le notariat (LN) du 20.09.1967 du canton de Fribourg, qui instaure la présence de deux témoins dans le cadre d'une procédure avec un disposant sourd ou sourd-muet.

De plus, introduire l'exigence de témoins qualifiés pour cette forme de testament risquerait de créer des discriminations, en imposant des coûts supplémentaires aux personnes souffrant de handicap qui souhaitent tester, ne pouvant pas recourir à une autre forme de disposition pour cause de mort (ne pouvant, par exemple, pas recourir au testament olographe).

#### 1.4 CAPACITÉ DE DISCERNEMENT DANS LE TESTAMENT PUBLIC

- 37 Un aspect qui mérite d'être abordé, et qui est étroitement lié à la question de la suppression des témoins, est la problématique du contrôle de la capacité de discernement en matière de testament public. En effet, la présence de témoins est souvent associée au rôle de contrôle qu'ils exercent sur la capacité de discernement du testateur. Leur suppression pourrait donc engendrer davantage de problèmes en matière de contrôle.
- 38 Or, nous ne partageons pas le point selon lequel les témoins (simples) fournissent un contrôle satisfaisant de la capacité de discernement. C'est pour cette raison que nous sommes en faveur de leur suppression. Nous considérons néanmoins que le contrôle de la capacité de discernement du testateur devrait être mieux assuré, au moins comme possibilité offerte au testateur. Mais avant de se pencher sur la solution envisagée, il convient d'abord d'analyser la problématique de la capacité de discernement.
- 39 D'après le Code civil, la capacité de disposer suppose la capacité de discernement. Pour la rédaction d'un testament valable (art. 467 CC) ou pour la conclusion d'un pacte successoral (art. 468 CC), le disposant doit avoir la faculté d'agir raisonnablement (art. 16 CC), à savoir « un élément intellectuel qui permet d'apprécier le sens, l'opportunité et les effets d'un acte déterminé, et un élément volontaire ou caractériel, la faculté d'agir en fonction de cette compréhension raisonnable, selon sa libre volonté »<sup>84</sup>.
- 40 La capacité de discernement est un concept relatif. Elle doit être appréciée d'un point de vue temporel (moment où l'acte a été passé) et d'un point de vue matériel (selon l'acte concret)<sup>85</sup>.
- 41 En matière successorale, c'est notamment *l'élément volontaire* de la capacité de discernement qui joue un rôle particulièrement important, car il n'est pas rare que le testateur, souvent âgé, soit soumis à l'influence de proches, voire de la personne qui le conseille dans la rédaction de son testament<sup>86</sup>. Ainsi, la révocation d'une convention antérieure suivie d'un testament « *last minute* » ou d'une « *convention de change à cause de mort* », par laquelle une convention détaillée est remplacée par une faveur banale accordée à une seule personne, typiquement en faveur à des personnes soignantes, donne lieu à des situations compliquées en matière de

1

<sup>84</sup> ATF 117 II 231, 232, c. 2.a

<sup>85</sup> MEIER, N 102.

<sup>86</sup> STEINAUER, N 311.

capacité de discernement<sup>87</sup>: est-ce que cette disposition pour cause de mort correspond vraiment à la volonté du disposant, ou celui-ci n'avait pas la capacité de résister à l'influence externe ?

- 42 La jurisprudence a reconnu qu'en matière de capacité de disposer à cause de mort, la capacité de discernement doit être présumée, car selon l'expérience générale de la vie, les adultes ont généralement le discernement<sup>88</sup>. Ainsi, celui qui prétend que le disposant était incapable de disposer au moment de l'acte doit le prouver<sup>89</sup>. En revanche, si la personne est atteinte de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit, l'incapacité de discernement est présumée<sup>90</sup>. Dans cette hypothèse, celui qui veut se prévaloir de la capacité de disposer doit établir que la personne concernée a accompli l'acte litigieux dans un moment de lucidité<sup>91</sup>. Il n'est pas rare que cette situation se vérifie s'agissant des dispositions pour cause de mort, car le discernement est demandé à un âge avancé « où la capacité de comprendre des faits compliqués, de résister aux tentatives d'influence de n'importe quel intéressé ou de les reconnaître diminue »<sup>92</sup>.
- 43 Le décalage temporel entre le moment de l'établissement de la disposition à cause de mort, qui est déterminant pour la capacité de discernement, et le moment où l'intérêt pour l'obtention de moyens de preuve et la recherche ultérieure de preuves se concrétise, semble particulièrement problématique<sup>93</sup>. La capacité de discernement est tout d'abord un fait interne, qui n'est que difficilement accessible par une preuve directe, mais qui est donc le plus souvent prouvé par des indices. Par ailleurs, le contrôle de la capacité de discernement est effectué par une évaluation rétrospective, qui ne permet pas d'obtenir une preuve absolue. Le Tribunal fédéral se contente alors d'une vraisemblance prépondérante<sup>94</sup>.
- 44 Dans le contexte de la capacité de discernement, il faut mentionner les dispositions testamentaires publiques au sens de l'art. 499 CC. Le testament public offre en effet une grande sécurité quant à l'existence de la capacité de discernement du testateur au moment de la disposition étant donné que la capacité de discernement doit être vérifiée par l'officier public et confirmée par deux témoins<sup>95</sup>. Cependant, l'acte authentique n'accorde pas au testament une immunité contre les contestations. En effet, il n'a pas de force probante accrue

1

<sup>87</sup> Conseil fédéral, Synthèse, 6.46 ; SUTTER-SOMM/AMMANN, N 150.

<sup>88</sup> ATF 124 III 5, c. 1b, TF 5A\_465/2019 du 04.10.2019, c. 4.1 ; TF 5A\_859/2014 du 17.03.2015, c. 4.1.2.

<sup>89</sup> CS-VERRY, art. 467 et 468 CC, N 15.

<sup>90</sup> CS-VERRY, art. 467 et 468 CC, N 15.

<sup>91</sup> CS-VERRY, art. 467 et 468 CC, N 15.

<sup>92</sup> BSK ZGB II-BREITSCHMID, art. 468 CC N 10.

<sup>93</sup> SUTTER/AMMANN, N 152.

<sup>94</sup> SUTTER/AMMANN, N 152.

<sup>95</sup> SUTTER/AMMANN, N 153.

en ce qui concerne la capacité de discernement et ne sert que d'indice<sup>96</sup>. L'arrêt du Tribunal fédéral 5C.282/2006 du 2 juillet 2007 en représente un bon exemple<sup>97</sup> : dans cette jurisprudence, notre Haute Cour a refusé de reconnaître au testateur la capacité de discernement, bien que cela ait été confirmé par le notaire au moment de la procédure d'authentification<sup>98</sup>. Cet arrêt a été critiqué en doctrine, notamment par LENZ, qui considère que la preuve de la capacité de discernement, et notamment d'un *lucidum intevallum*, n'est d'autant plus possible. En effet, un certificat médical postérieur au testament, qui atteste de la capacité de discernement du testateur, est peu pertinent en ce qu'il ne permet pas d'obtenir des informations sur le moment où l'acte a été dressé, d'autant plus que l'officier public n'a souvent aucun doute sur la capacité de discernement<sup>99</sup>. Cela signifie que, le testateur ne pourrait jamais s'assurer que son testament ne soit pas invalidé en raison de son incapacité de discernement, et la preuve de la capacité de discernement pour une certaine catégorie des personnes (âgées, atteintes par une maladie, etc.) ne pourrait pas être assurée.

- 45 Vu notamment l'augmentation de l'espérance de vie, des maladies influant sur la capacité de discernement, de la dépendance à des tiers pour gérer ses affaires, de l'augmentation de la quotité disponible, les personnes concernées connaissent un besoin accru de protection<sup>100</sup>. Une des solutions proposées lors de la procédure de consultation est d'établir le testament authentique comme une forme particulièrement qualifiée de disposition pour cause de mort.  
<sup>101</sup>.
- 46 Nous considérons que cette proposition doit être suivie. En particulier, il s'agit de l'introduction d'un testament public sous forme qualifiée dans lequel l'officier public est accompagné de deux témoins qualifiés. Son utilité est motivée pour plusieurs raisons.
- 47 Tout d'abord, parce que l'exigence de témoins dans le testament public en forme ordinaire devrait être supprimée, garantissant un contrôle moindre de la capacité de discernement du défunt. Si le testament public en forme principale était allégé, les problématiques concernant la capacité de discernement au moment de disposer augmenteraient. Des solutions pour garantir ce contrôle devraient donc être mises en place, à savoir l'introduction de ce testament public qualifié.

1

<sup>96</sup> BLATTERN, p. 1291.

<sup>97</sup> SUTTER/AMMANN, N 153.

<sup>98</sup> SUTTER/AMMANN, N 153.

<sup>99</sup> LENZ, p. 140.

<sup>100</sup> Conseil fédéral, Synthèse 6.46.

<sup>101</sup> Conseil fédéral, Synthèse, 6.46 ; Prises des positions des particuliers, Verein Successio, p. 12, Université de Bâle, p. 30 et Université de Zurich, p. 3.

- 48 Le testament public qualifié prévoit un contrôle supplémentaire de la capacité de discernement par rapport à la situation légale actuelle. Cette nouvelle forme de testament public prévoit en effet le recours à du personnel médical ou à toute autre personne accréditée à ce titre selon le droit cantonal. Ainsi, un meilleur contrôle de la capacité de discernement pourrait être instauré grâce aux compétences et aux qualifications que peut posséder un personnel spécialisé.
- 49 Le testament public qualifié pourrait d'ailleurs s'imposer pour d'autres raisons prévues par la loi. Il pourrait donc exister des situations où le recours à ce type de testament serait imposé par la loi pour des intérêts d'ordre public (voir les propositions concernant la captation d'héritage). Une meilleure protection du testateur serait garantie. Pour l'instant, nous considérons toutefois que le testament public qualifié ne devrait qu'être une garantie offerte au disposant et son utilisation devrait être possible uniquement à la demande du disposant. Il s'agit notamment de situations où la capacité de discernement est douteuse et où le disposant pourrait demander l'utilisation du testament public qualifié, rendant une éventuelle action en nullité plus difficile. Il est également possible que le notaire en fasse usage en cas de doutes sur la capacité de discernement. Il est encore possible que certaines circonstances en obligent l'utilisation, par exemple dans l'hypothèse d'un risque de captation d'héritage.

## **1.5 LE DÉFAUT DE SIGNATURE DANS LE TESTAMENT OLOGRAPHE**

### **1.5.1 La nécessité d'une signature**

- 50 Notre époque n'est pas favorable au formalisme<sup>102</sup>. On veut éviter qu'une erreur technique puisse empêcher l'efficacité de la volonté du *de cuius* clairement exprimée et identifiée. L'art. 520a CC représente un signal clair de la tendance à réduire les contraintes de forme<sup>103</sup>. Selon cette disposition, la date devient un élément qui n'est que relativement nécessaire à la validité du testament<sup>104</sup>. Ainsi, l'annulation ne pourra être prononcée que s'il est impossible de déterminer d'une autre manière les données temporelles requises en l'espèce et que la date est nécessaire notamment pour déterminer de la capacité de discernement de l'auteur<sup>105</sup>.
- 51 Mais si la date n'est pas toujours un élément nécessaire du testament olographe, tel est le cas pour la signature. La signature constitue effectivement un élément essentiel du testament olographe<sup>106</sup>.

1

<sup>102</sup> DRUEY, Urteil, p. 292 ss.

<sup>103</sup> DRUEY, p. 292 ss.

<sup>104</sup> CS-GILLARD, art.520a CC, N 3.

<sup>105</sup> SJ 2024 p.79.

<sup>106</sup> ATF 135 III 206, c. 3.6 s. ; CR CC II-LEUBA, art. 505 CC, N 21 ; STEINAUER N 69e.

- 52 La loi ne donne pas une définition de la signature. De manière générale, la signature consiste à l'apposition du nom et du prénom du testateur. En principe, elle correspond à l'insertion du signe que le *de cuius* utilise régulièrement comme signature<sup>107</sup>, mais toute autre indication qui ne laisse aucun doute sur l'auteur du testament est suffisante<sup>108</sup>.
- 53 La signature doit en outre être écrite de la main du testateur. Une version électronique, y compris celle prenant la forme d'une copie de la signature manuscrite, ne remplit pas ces conditions, pas plus qu'un timbre humide. La question de savoir si un testament fait sur un support informatique (tel qu'une tablette électronique) mais rédigé à la main au moyen d'un stylet est valable n'a pas encore été tranchée. Elle serait à notre sens valable en ce que le support du testament olographe n'a pas d'importance.
- 54 Il est incontestable que la signature est la plus importante des exigences légales en matière de forme<sup>109</sup>. La nécessité de signer le testament n'est pas une spécificité suisse, elle est en effet requise dans tous les pays voisins<sup>110</sup>. Elle permet non seulement d'identifier l'auteur de la déclaration (fonction d'identification)<sup>111</sup>, mais également de s'assurer que le document comprend l'intégralité des dispositions pour cause de mort du *de cuius*, attestant ainsi le caractère définitif du testament (fonction de clôture). La signature permet effectivement de distinguer une disposition pour cause de mort d'un simple projet.
- 55 En cas de défaut de signature, le vice de forme est d'une telle gravité que le testament est en principe inexistant, respectivement nul<sup>112</sup>. Si, en revanche, le testament est pourvu d'un codicille (texte ajouté sous la signature) non signé, dont le testateur est indubitablement l'auteur, l'adjonction n'est pas frappée de nullité<sup>113</sup>. Elle est en revanche annulable pour vice de forme<sup>114</sup>.

1

---

<sup>107</sup> CR CC II-LEUBA, art. 505 CC, N 18.

<sup>108</sup> STEINAUER, N 698. Voir aussi ATF 57 II 15.

<sup>109</sup> PLANIOL/RIPERT, N 539.

<sup>110</sup> REID/WAAL/ZIMMERMANN, p. 455.

<sup>111</sup> KLEIN, p. 133.

### 1.5.2 Nécessité de réformer ?

56 Il en résulte que la signature couvre un rôle essentiel, qui ne devrait pas être abandonné<sup>115</sup>. Elle ne complète pas seulement en partie les fonctions de l'acte manuscrit, mais remplit une fonction qui lui est propre avec la fonction de clarification<sup>116</sup>. Contrairement à l'écriture olographe, elle contribue de manière importante à la délimitation entre les testaments authentiques et les projets non contraignants ou autres enregistrements non contraignants<sup>117</sup>. De plus, la pratique n'est pas particulièrement formaliste quant au contenu de la signature, car des signes qui permettent l'identification du testateur suffisent pour reconnaître la validité d'une signature<sup>118</sup>. On distingue donc mal quels seraient les motifs qui pourraient justifier de la suppression de l'exigence de signature.

L'exigence de la signature est donc une condition qui mérite d'être gardée et son absence devrait continuer à être sanctionnée par la nullité, voir l'annulabilité du testament. Un assouplissement sur ce point risque de fragiliser cette forme de testament et amener une insécurité quant à la validité de ces actes.

### 1.5.3 Le lieu de de l'apposition de la signature ?

57 Les critiques au régime actuel et les insatisfactions issues de l'exigence d'une signature ne découlent pas directement de l'exigence de la signature en elle-même, mais plutôt sur les contraintes quant au lieu d'apposition de la signature<sup>119</sup>.

58 De manière générale, la position de la signature doit démontrer la relation entre celle-ci et la déclaration de volonté qu'elle confirme. C'est pour cette raison que, selon le Tribunal fédéral<sup>120</sup> et la doctrine majoritaire<sup>121</sup>, il faut veiller à ce qu'elle soit inscrite sous le texte ou, en cas de manque de place, dans la marge, à côté de la fin du texte. Certains auteurs proposent l'adoption d'une solution plus flexible selon les circonstances du cas concret<sup>122</sup>. Selon ces derniers, la signature n'est pas la seule possibilité pour reconnaître la disposition pour cause de mort, et pour cette raison, la manière dont le testament est terminé n'est pas pertinente pour sa validité.

1

---

<sup>115</sup> *Contra* : GRUNDMANN p. 454.

<sup>116</sup> KLEIN, p. 146.

<sup>117</sup> KLEIN, p. 146.

<sup>118</sup> Cf. CS-COTTI/GYGAX, art. 505 N 21 s.

<sup>119</sup> ZIMMERMANN, p. 201.

<sup>120</sup> TF 5A\_133/2023 du 19.07.2023 : « Compte tenu de la rigueur de la jurisprudence fédérale, la signature sur l'enveloppe ne peut être suffisante que si le texte de l'enveloppe peut être considéré comme la suite de la dernière ligne du testament » ; ATF 135 III 206 ; ATF 85 II 565 ; EITEL, Testament.

<sup>121</sup> STEINAUER, N 699.

<sup>122</sup> DRUEY, Grundriss, § 9 N 33; BREITSCHMID, Forvorschriften, N 561.

Dans tous les cas, le problème majeur se pose lorsque le testateur a simplement signé l'enveloppe dans laquelle il a placé son testament, mais pas le testament lui-même<sup>123</sup>.

- 59 En pareil cas, il convient de vérifier si la signature sur l'enveloppe peut être considérée comme une continuation du testament lui-même<sup>124</sup>. Dans l'affirmative, l'enveloppe devient alors essentiellement une partie du testament. En revanche, si la phrase écrite par le testateur sur l'enveloppe ne constitue pas la suite du document mais une unité compréhensible à elle seule, il faut considérer qu'il n'existe pas de lien entre les deux éléments<sup>125</sup>. Il en a été ainsi dans un arrêt récent du Tribunal fédéral<sup>126</sup>, dans lequel le défunt a fait figurer son prénom et son nom en tête du testament, bien que celui-ci ne comportait pas de signature à la fin du texte.

Le testament a été placé dans une enveloppe, portant la mention « Testament » suivi du prénom et du nom du défunt en majuscules, ainsi que du lieu de rédaction. L'enveloppe a ensuite été déposée auprès de l'autorité compétente en vue de sa conservation. Or selon le Tribunal fédéral, il n'existait pas de lien clair entre l'enveloppe et son contenu non signé<sup>127</sup>. En effet, le simple fait qu'un testament soit scellé dans une enveloppe et déposé à des fins de conservation auprès de l'autorité cantonale compétente ne permet pas d'établir le lien nécessaire entre une inscription nominative sur l'enveloppe et le testament non-signé qu'elle contient<sup>128</sup>.

De plus, l'inscription du mot « Testament » suivi du nom du *de cuius* (même en majuscules) ainsi que du lieu de rédaction des dispositions pour cause de mort n'est pas non plus suffisant pour considérer que l'enveloppe constitue le prolongement et la conclusion du testament qu'elle contient. Il en résulte que le testament, faute de respecter les exigences formelles liées à la signature d'un testament olographe, doit être annulé<sup>129</sup>.

- 60 Certes, la signature permet de valider le texte qui précède et ce faisant la volonté du testateur. Mais l'exemple présenté montre que, bien que le disposant eût signé l'enveloppe et qu'il n'existait pas de doutes sur son identité et sa volonté de tester, sa disposition pour cause de mort était inefficace, et sa volonté inopérante. Or, le fait que le testament soit déjà écrit de la main du testateur et qu'une signature apparaisse dans le document, n'est-il pas en tant que tel suffisant pour rendre le document valable ? Comme mentionné, nous considérons que l'exigence de la signature ne doit être abandonnée. L'absence totale de la signature devrait donc conduire à la nullité ou à l'annulabilité du testament. Toutefois, lorsqu'une signature est

1

<sup>123</sup> ZIMMERMANN p. 201 ; TF 5A\_133/2023 du 19.07.2023.

<sup>124</sup> ZIMMERMANN, p. 201 et 202.

<sup>125</sup> SJ 2024 p.82 traduction de l'arrêt du TF 5A\_133/2023 du 19.07.2023.

<sup>126</sup> TF 5A\_133/2023 du 19.07.2023, c. 5.2.3.

<sup>127</sup> TF 5A\_133/2023 du 19.07.2023, c. 5.3.1 ss.

<sup>128</sup> TF 5A\_133/2023 du 19.07.2023, c. 5.4.

<sup>129</sup> TF 5A\_133/2023 du 19.07.2023, c. 6.

présente dans le testament, mais elle ne se trouve pas en bas du ce dernier, mais par exemple sur l'enveloppe le contenant, nous sommes d'avis que la disposition pour cause de mort ne doit pas être annulable. Ainsi, pour éviter des formalismes choquants, il devrait encore être nécessaire que l'identité du testateur soit douteuse. Une correction de cette situation à travers l'art. 520a CC devrait être apportée. Il paraît évident qu'un testament olographe sans indication de l'identité de son auteur ne puisse pas être considéré comme étant valable. Cependant, la sanction reste excessive lorsque le défunt a laissé son identité d'une manière ou d'une autre dans le testament, sans pour autant laisser sa signature en bas du texte comme le voudrait la législation actuelle.

## 1.6 LE TESTAMENT ORAL

### 1.6.1 Le principe

- 61 Le testament oral (art. 506 CC et 508 CC) consiste dans la déclaration faite par le testateur de ses dernières volontés à deux témoins, qui les communiquent ensuite à une autorité judiciaire ou, si le testateur est un militaire en service, à un officier ayant au moins le grade de capitaine<sup>130</sup>. Il s'agit d'une forme *extraordinaire* de testament, car il n'est permis d'y recourir que si le *de cuius* est empêché de tester sous une autre forme<sup>131</sup>. Autrement dit, la confection d'un testament oral est donc soumise à la condition que le testateur ne soit pas en mesure d'écrire ou de faire appel à un officier public pour recevoir ses dernières volontés<sup>132</sup>.
- 62 La loi cite à l'art. 506 al. 1 CC, à titre d'exemple, des circonstances qui rendent impossible l'utilisation d'une des formes ordinaires<sup>133</sup>. Il s'agit de circonstances extérieures (danger de mort imminent, le seul motif pertinent en pratique)<sup>134</sup>, blocage de la circulation, épidémies ou événements de guerre - qui doivent toutefois coïncider avec l'impossibilité subjective de recourir à une forme ordinaire<sup>135</sup>.

Selon BREITSCHMID, la pratique a toujours posé des exigences (trop) strictes quant à l'existence de ces conditions<sup>136</sup>. En effet, l'impossibilité de tester dans une autre forme doit exister au moment de la confection de l'acte<sup>137</sup>. Il n'est dès lors pas important de savoir si, ex

1

<sup>130</sup> BSK ZGB II-BREITSCHMID, art. 506-508 CC ; voir aussi DUNAND, p. 33 ss.

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> ATF 104 II 68 c. 1.

<sup>133</sup> BSK ZGB II-BREITSCHMID, art. 506-508 CC, voir aussi DUNAND, p. 33 ss

<sup>134</sup> TF 5A\_236/2017 du 11.12.2017, c. 4.3.

<sup>135</sup> BSK ZGB II-BREITSCHMID, art. 506-508 CC. Voir aussi : DUNAND, p. 33ss

<sup>136</sup> RIEMER, p. 337. Voir ég. ATF 44 II 348 c. 2a ; ATF 45 II 367 c. 3 ; ATF 48 II 31 c. 1 ; ATF 77 II 216, c. 1.

<sup>137</sup> CS-MOOSER, art. 506 CC, N 5.

*post*, les exigences formulées de manière volontairement stricte par le législateur<sup>138</sup> semblaient être remplies, mais si, au moment de la rédaction du testament d'urgence, les parties croyaient de bonne foi qu'elles l'étaient. Lors de cette appréciation nécessairement subjective de la situation, les parties ne pourront généralement pas distinguer si le testateur est « empêché » d'utiliser une forme ordinaire ou si cela lui est « seulement » extraordinairement difficile<sup>139</sup>. Une fois le testament d'urgence établi, la durée de validité limitée de l'art. 508 CC permet en outre de régler rapidement la situation lorsque les conditions étaient éventuellement douteuses : soit l'appréciation est confirmée si le testateur ne retrouve pas la possibilité de tester en la forme ordinaire, soit la validité limitée est supprimée.

### 1.6.1 L'expiration des 14 jours

- 63 Le testament oral étant une forme exceptionnelle, il perd sa force dès que les circonstances qui l'ont justifié ont disparu, c'est-à-dire aussitôt que le *de cuius* recouvre la possibilité de faire un testament public ou olographe<sup>140</sup>.
- 64 Si le testateur décède dans les 14 jours après avoir fait sa déclaration orale ou avant l'expiration des 14 jours suivant le recouvrement de la possibilité d'utiliser une forme ordinaire, le testament d'urgence reste valable, à défaut il perd sa validité (art. 508 CC). Étant donné que le recouvrement de la capacité de rédiger un testament ordinaire est difficile à déterminer, il convient d'agir le plus rapidement possible<sup>141</sup>.
- 65 La doctrine a longtemps considéré qu'à l'écoulement des 14 jours, depuis le moment où le *de cuius* a recouvré la possibilité de disposer dans l'une des formes ordinaires, il y avait une nullité de plein droit et donc une nullité d'office<sup>142</sup> en raison de la formulation de la loi. Le testament est réputé n'avoir jamais existé. L'invalidité n'a pas à reposer sur une action en nullité<sup>143</sup>.
- 66 Du même avis, le Conseil fédéral a précisé à l'art. 508 AP-CC que « tout testament d'urgence devient nul 14 jours après que le testateur a recouvré la liberté d'employer une autre forme de disposer ». Selon ce dernier, « le but de l'art. 508 CC est bien de replacer le testateur dans la situation qui prévalait avant qu'il se soit trouvé dans la situation extraordinaire l'ayant contraint

1

<sup>138</sup> ATF 77 II 216, c. 2, avec références aux documents.

<sup>139</sup> P. PIOTET, p. 240 ; RIEMER, p. 336.

<sup>140</sup> CS-MOOSER, art. 508 CC, N 1.

<sup>141</sup> BSK BREITSCHMID art. 506-508 CC, N 9.

<sup>142</sup> BK-TUOR, art. 508 CC, N 33; RIEMER, p. 337 s. avec note ; ZK-ESCHER, art. 508 CC, N 3 ; CR CC II-LEUBA, art. 506-508 CC, N 26 ; STEINAUER, Successions, N 707, BK-WEIMAR, art. 506-508 CC, N 2.

<sup>143</sup> CS-MOOSER, art. 508 CC, N 1.

à déclarer ses dernières volontés, et non de maintenir valide un acte susceptible d'être annulé plusieurs années après, au décès du testateur, par une action en justice d'héritiers lésés, quand bien même l'annulabilité est la règle. Le seul moyen pour ce faire est de le déclarer nul à l'écoulement du délai de quatorze jours »<sup>144</sup>. Cette formulation a été partiellement soutenue dans la procédure de consultation<sup>145</sup>.

- 67 La nullité complète a fait l'objet de critiques dans le cadre de la procédure de consultation<sup>146</sup>. Certains participants à la procédure de consultation ont fait valoir, en se fondant notamment sur la position de BREITSCHMID<sup>147</sup>, que le maintien du testament d'urgence après 14 jours entraîne un vice de forme, soit la possibilité d'une annulation judiciaire, et non un cas de nullité complète<sup>148</sup>. En effet, ils considèrent que le testament oral correspond à l'expression authentique de la volonté du testateur : on doit alors supposer que l'omission de la provision n'est qu'un vice de *forme* et non de *volonté*, qui entraînerait une nullité<sup>149</sup>. Il en résulte que l'inaction du *de cuius* après ce délai doit être contestée par une action en annulation selon l'art. 520 CC.
- 68 Certes, dans un testament oral, le testateur exprime une disposition pour cause de mort. Mais il convient de rappeler que cette disposition est faite dans une situation d'urgence, notamment « en cas de danger de mort imminent, de communications interceptées, d'épidémie ou de guerre » (art. 506 CC). Nous ne pensons pas qu'on puisse parler d'une expression authentique de la volonté du testateur à considérer comme valide, sauf annulation.
- 69 Cela fait donc sens que le Conseil fédéral, en accord avec D. PIOTET, ait considéré que l'inaction du *de cuius* passé ce délai devrait entraîner une nullité complète<sup>150</sup>. En effet, le fait que le *de cuius* n'ait pas adopté de nouvelles dispositions pour cause de mort ou n'ait pas formellement révoqué le testament oral est sans pertinence<sup>151</sup>. Au contraire, il faut admettre que le *de cuius* qui n'a pas adopté de nouvelles dispositions pour cause de mort a choisi de s'en remettre aux règles de la dévolution légale<sup>152</sup>. En outre, il se justifie de maintenir ce délai de 14 jours, compte tenu de l'élargissement à la forme audio-visuelle.

1

---

<sup>144</sup> Conseil fédéral, Rapport explicatif, p. 51 et 52.

<sup>145</sup> Conseil fédéral, Synthèse, 5.15.1 ; Prises de positions des particuliers, SwisNot, p. 6 et Université de Genève, p. 12.

<sup>146</sup> Conseil fédéral, Synthèse, 5.15.1; Prises de positions des particuliers, Université de Lausanne, p. 9.

<sup>147</sup> BSK ZGB II-BREITSCHMID, art. 506-508 CC, N 10.

<sup>148</sup> Prises de positions des particuliers, Université de Lausanne, p. 9 ; PIOTET, Rapport adressé à l'office fédéral de la Justice in *successio-not@lex*, p.83.

<sup>149</sup> BSK ZGB II-BREITSCHMID, art. 506-508 CC, N 10.

<sup>150</sup> Cf. art. 508 AP-CC.

<sup>151</sup> CR CC II-REGAMEY, art. 506-508 CC, N 26.

<sup>152</sup> CR CC II-REGAMEY, art. 506-508 CC, N 26.

## 2. DES AUTRES FORMES DE DISPOSER POUR CAUSE DE MORT

### 2.1 LE TESTAMENT D'URGENCE AUDIOVISUELLE

- 70 Bien que l'importance du testament d'urgence soit minime en pratique, le Conseil fédéral a considéré que cette forme très ancienne de disposition pour cause de mort reste parfaitement adaptée aujourd'hui<sup>153</sup>. En se fondant sur l'avis de BREITSCHMID<sup>154</sup>, il a considéré que le développement technologique permettait d'accepter une autre forme de testament, à savoir le testament audiovisuel, qui offrirait techniquement une preuve parfaitement convaincante et ferait bien l'affaire, aussi en raison de la diffusion des moyens qui permettraient un tel testament<sup>155</sup>. C'est sur la base de ces considérations que la notion de testament d'urgence audiovisuel a été insérée aux articles 506 à 508 AP-CC, soutenu dans une grande majorité lors de la phase de consultation<sup>156</sup>.
- 71 Le principal changement qui était apporté par l'avant-projet était la disparition des témoins<sup>157</sup>. La version provisoire du texte légal exigeait que le testateur apparaisse physiquement sur l'enregistrement vidéo, indique son nom, explique la circonstance extraordinaire qui l'incite à tester en urgence, mentionne si possible la date et déclare ses dernières volontés (art. 506 al. 3 AP-CC)<sup>158</sup>. La justification de cette disparition tenait à l'idée que l'enregistrement audiovisuel garantit la restitution fidèle des volontés exprimées et ne faisait pas douter de l'authenticité de l'identité du testateur<sup>159</sup>. Cependant, certains milieux intéressés ont exprimé une certaine réticence face à cette disparition. Ils considéraient notamment que ce choix augmenterait le risque de contrainte du *de cuius* par un tiers<sup>160</sup>.
- 72 D'autres questions ont été abordées et n'ont pas été résolues dans le cadre de la procédure de consultation. Tout d'abord, il peut exister des risques quant à la falsification d'un tel testament. Même si la voix d'une personne a une signification individualisante similaire à celle de son écriture, la technique actuelle permet déjà d'imiter la voix d'une personne (numériquement)<sup>161</sup>. En outre, il existe également un risque que certaines parties d'un enregistrement soient supprimées ou effacées<sup>162</sup>. Il existe des programmes qui ne laissent aucune trace d'actions de manipulation<sup>163</sup>. Les mêmes considérations s'appliquent en grande

1

<sup>153</sup> Conseil fédéral, Rapport explicatif, p. 51.

<sup>154</sup> BREITSCHMID, Rapport, N 43.

<sup>155</sup> Conseil fédéral, Rapport explicatif, p. 51.

<sup>156</sup> Conseil fédéral, Synthèse, p. 59.

<sup>157</sup> CONTI, p. 15 ss.

<sup>158</sup> *Ibid.*

<sup>159</sup> *Ibid.*

<sup>160</sup> Conseil fédéral, Synthèse, p. 59.

<sup>161</sup> GRUNDMANN, p. 475.

<sup>162</sup> GRUNDMANN, p. 475.

<sup>163</sup> *Ibid.*

partie aux enregistrements vidéo, même si un risque de falsification est certes un peu moins élevé, car l'image du testateur s'ajoute aux paroles prononcées<sup>164</sup>. Néanmoins, des interventions manipulatrices par des programmes de traitement qui ne laissent pas de traces sont également possibles ici<sup>165</sup>.

- 73 Deux remarques peuvent être faites. La première, c'est que bien que ces préoccupations soient certes pertinentes, le testament oral audiovisuel reste limité à des situations exceptionnelles, voire d'urgence. Ainsi, falsifier une situation d'urgence, tel qu'une guerre ou une épidémie est évidemment très compliqué, sinon impossible. C'est aussi pour cette raison que nous considérons qu'un testament audiovisuel devrait se limiter aux situations d'urgence. Le fait de le généraliser à des situations ordinaires représenterait un risque non justifié.
- 74 D'autre part, des solutions pour pallier cette problématique existent. L'une des solutions pour éviter un tel désagrément serait de garder l'exigence des témoins. Cela conduirait néanmoins à restreindre considérablement la portée du testament oral audiovisuel, voire à en éliminer tout son utilité. Il s'agirait effectivement d'un testament oral ordinaire. On pourrait en revanche assurer que l'appareil porteur du testament d'urgence original soit conservé sous la supervision de la justice<sup>166</sup>. Cela permettrait de mieux s'assurer que le testament soit authentique, car le juge pourrait vérifier la source du vidéo, le moment de l'enregistrement, etc., le cas échéant à l'aide d'une expertise. Ou encore, si tout moyen de communication moderne permet en principe la transmission d'un testament d'urgence, y compris un enregistrement audio, on pourrait penser qu'un tel testament n'est valide que si transféré du *de cuius* au destinataire. Ainsi, en absence des témoins, seule la personne à laquelle le testament audiovisuel a été transmis pourrait le consigner et le rendre valide. En effet, s'il est relativement facile de falsifier du contenu audio ou vidéo, l'exigence d'une transmission amène moins de vulnérabilité.

### 2.1.1 Le testament sous forme numérique

- 75 À mesure que la société se digitalise, une adaptation technologique au milieu juridique devient de plus en plus nécessaire, et le droit des successions ne constitue pas l'exception. Bien que la doctrine se soit plutôt intéressée à la *transmission* des biens numériques par voie successorale plutôt que à un éventuel testament sous forme numérique, la modernisation du droit des successions impose une réflexion sur cette forme du testament. Et cette réflexion

1

---

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> Conseil fédéral, Synthèse, p. 60 ; Prises de positions des particuliers, Advokatenkammer Basel, Fachgruppe Güter- und Erbrecht, p. 9.

devrait être guidée par le principe guide d'équivalence, selon lequel « la volonté de ne pas discriminer un document juridique en fonction de la nature de son support »<sup>167</sup>.

- 76 Avant de vérifier l'opportunité d'introduire un testament sous forme numérique comme forme supplémentaire de disposition pour cause de mort, il faudrait vérifier la place des nouvelles technologies dans le droit des successions de *lege data*, et notamment des supports des données et des moyens de communication en matière des actes testamentaires.
- 77 S'agissant premièrement du testament oral, le régime juridique actuel ne permet pas de tester à travers un moyen de communication ou un support de donnée. La disposition pour cause de mort doit être faite à une personne physique (art. 506 CC), et sa présence ne peut pas être substituée par une tablette ou toute autre support numérique. Nous considérons toutefois que l'introduction d'un testament audiovisuel est justifiée, mais qu'elle devrait être limitée à des situations exceptionnelles<sup>168</sup>.
- 78 S'agissant de la place des nouvelles technologies en matière de rédaction du testament olographe, nous considérons que si les exigences légales sont remplies, il est déjà possible *de lege data* de rédiger son propre testament à la main sur un support numérique, tel qu'un téléphone ou une tablette. En effet, la loi ne s'intéresse pas tant au support, qu'à l'exigence de la forme olographe, de la signature et de la date. En d'autres termes, pour autant que les conditions de l'art. 505 CC soient remplies, le testament sur un support "numérique" est d'ailleurs possible. Cependant, la question qui se pose est de savoir quand un support numérique ou un moyen de communication pourrait-il satisfaire les exigences en matière de testament olographe ?
- 79 À cet égard, la principale limitation rencontrée par les supports numériques (notamment les moyens de communication comme les SMS, les messages vocaux et les e-mails), réside dans le respect de l'exigence d'écriture manuscrite et de la signature. En effet, des documents dactylographiés sur des supports de données tels que des ordinateurs, des tablettes, des smartphones ou des clés USB ne peuvent pas - à l'heure actuelle - constituer des dispositions testamentaires. L'exigence manuscrite et l'exigence de la signature ne sont d'ailleurs pas satisfaites. Nous estimons cependant que l'écriture manuscrite à l'aide d'un stylet et enregistrée sur un support numérique pourrait être une exception à cette règle<sup>169</sup>.
- 80 Par ailleurs, s'agissant des autres moyens de communications, ces derniers ne correspondent à aucune des formes testamentaires prévues par le législateur ; admettre que des formes

1

---

<sup>167</sup> CONTI, p. 174.

<sup>168</sup> Cf. *supra*, N 72.

<sup>169</sup> Voir également BSK ZGB II-BREITSCHMID, art. 505 CC, N 6.

telles que les e-mails SMS ou messages vocaux sont des supports valables reviendrait à nier le *numerus clausus* voulu.

- 81 Cela étant dit, il ne faut pas perdre de vue, en ce qui concerne la rédaction sur un support numérique, quels sont les objectifs de forme que nous nous permettons de rappeler ici : solennité, perfection et sécurité juridique. Ainsi, en raison des strictes conditions de formes prévue par le Code civil, les supports numériques ne font à l'heure actuelle pas l'objet d'une équivalence par rapport aux instruments traditionnels (stylo, feuille, etc.). Mais alors, devrait-il être possible de tester sur un support numérique, ou à travers un autre moyen de communication ? Nous sommes convaincus qu'il convient d'y répondre par la négative. Il a déjà été expliqué que la rédaction d'un testament n'est pas un acte courant, mais au contraire qu'il requiert une planification successorale réfléchie, le cas échéant à l'aide d'un expert. Le fait de faciliter la possibilité de prendre des dispositions pour cause de mort par un simple SMS ou à travers un document *Word* ne correspond pas notre idée de modernité. Au contraire, il ne peut que créer plus de litige. De plus, l'expérience de la vie apprend que des envois de courriels ou des textes écrits informatiquement peuvent intervenir sous le coup des émotions.
- 82 Or, si l'adaptation des nouvelles technologies au régime juridique actuel n'est pas encore achevée, voire envisageable, se pose la question de savoir si un nouveau type de testament sous forme numérique devrait être introduit, tout en respectant néanmoins des exigences de forme comparables à celles prévues dans le droit en vigueur. La doctrine s'est déjà partiellement prononcée sur la matière.

Selon KÜNZLE, bien qu'à première vue il pourrait sembler que le testament numérique pourrait bientôt devenir une forme courante de testament, un regard approfondi montre que la technologie n'est simplement pas encore prête<sup>170</sup>.

En effet, l'authentification numérique, la conservation et l'origine sécurisée posent tant de problèmes que le testament numérique est actuellement surtout une forme de testament utilisable à court terme (comme le testament oral)<sup>171</sup>. Ainsi, des règles régissant la question de la conservation, de la modification, de la révocation, etc. doivent être réglées avant qu'un tel testament ne s'impose<sup>172</sup>.

De plus, comme il n'est pas clair si cette forme de testament répond à un besoin général ou si elle ne doit être utilisée qu'en cas d'urgence, il est d'avis que le temps n'est pas encore venu d'inclure cette question dans les efforts actuels de réforme en Suisse<sup>173</sup>.

1

---

<sup>170</sup> KÜNZLE, *Umgang*, p. 408 ; KÜNZLE, *Bedeutung*, p. 304.

<sup>171</sup> KÜNZLE, *Umgang*, p. 408.

<sup>172</sup> KÜNZLE, *Bedeutung*, p. 304.

<sup>173</sup> *Ibid.*

83 BREITSCHMID, sans analyser dans le détail le sujet, s'est limité à évoquer une possible introduction de la signature électronique en droit testamentaire au sens de l'art. 14 al. 2<sup>bis</sup> CO<sup>174</sup>. Le même auteur propose encore les dictaphones et smartphones comme moyen pour exprimer les dernières volontés en urgence<sup>175</sup>.

84 CONTI a fait une analyse de droit comparé sur le testament numérique et propose quelques réflexions sur l'opportunité d'introduire cette forme de testament en droit suisse. Selon cet auteur, il se justifie un « testament dactylographié informatiquement qui serait ensuite entre les mains d'un dépositaire qualifié de manière centralisée. Il s'agirait, autrement dit, de mettre en place une plateforme informatique accessible à tous au moyen d'un processus d'identification sur laquelle chacun pourrait rédiger ses dernières volontés puis les envoyer sur un serveur centralisé les regroupant. La procédure informatique comporterait plusieurs étapes d'authentification »<sup>176</sup>.

Or, il nous semble prématuré d'introduire des bases légales permettant de prendre des dispositions pour cause de mort sous la forme numérique sans signature manuscrite. Des étapes importantes doivent encore être faites avant qu'un tel testament puisse devenir une réalité. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue qu'avec la réforme JUSTICIA 4.0 laquelle vise une numérisation de la justice, les questions numériques vont se poser de manière plus régulière et vont être au centre des préoccupations.

Néanmoins, à ce stade, les aspects techniques devraient être abordés avant de déterminer si une numérisation est possible. Mais dans le futur, lorsque la situation juridique le permettrait, nous considérons qu'un testament numérique dactylographié tel qui présenté par CONTI devrait être envisagé. En effet, selon l'auteur, « cette solution comporterait plusieurs avantages :

- a. *Intégration dans la politique de numérisation de la société* : L'introduction d'un testament électronique s'alignerait avec les initiatives de numérisation de la société, tel que le projet d'identité électronique (e-ID), permettant aux citoyens d'accéder à une plateforme dédiée via leur identité électronique.
- b. *Authentification audiovisuelle* : La plateforme pourrait intégrer un processus d'authentification audiovisuelle, confirmant à la fois l'identité du testateur et la validité de ses volontés, avec la possibilité d'impliquer des témoins pour renforcer la sécurité.
- c. *Centralisation du système* : Un système centralisé résoudrait les problèmes liés à l'individualisation des testaments, garantissant que seule la version déposée sur le serveur

1

<sup>174</sup> BSK ZGB II-BREITSCHMID, art. 505 CC, N 1.

<sup>175</sup> BSK ZGB II BREITSCHMID, art. 506-508 CC, N 3.

<sup>176</sup> CONTI, p. 197.

centralisé serait valide. Les testaments restant sur l'ordinateur du défunt n'auraient aucune valeur testamentaire.

- d. *Modernisation de l'activité notariale* : Cette proposition moderniserait le rôle des notaires, permettant aux testaments audiovisuels d'être directement transmis à un officier public, offrant ainsi une alternative à l'autorité judiciaire<sup>177</sup>. Les officiers publics pourraient également être responsables d'un examen *prima facie* des dispositions testamentaires.
- e. *Protection de la confidentialité* : Des préoccupations concernant la perte du caractère intime du testament olographe lors de son envoi sur une plateforme notariale informatisée sont soulevées. Il est souligné que la centralisation des dispositions testamentaires ne devrait pas compromettre la confidentialité, et des mesures de protection telle que la cryptographie asymétrique pourrait être mises en place »<sup>178</sup>.

85 Toutefois, il ne faut pas perdre de vue le fait que le testament, contrairement à tout autre acte, n'est par définition plus susceptible d'explication par celui qui l'a écrit, ce qui impose d'être absolument certain qu'aucun piratage ou fake ne puisse intervenir, en sus des explications mentionnées ci-dessus. Autrement dit, nous ne sommes pas favorables à un testament purement numérique.

---

1

<sup>177</sup> Prises de positions des particuliers, Fédération Suisse des notaires, p. 9.

<sup>178</sup> CONTI, p. 197 s.

### 3. LE TESTAMENT EN CAS D'INAPTITUDE- PERSONNE EN SITUATION DE HANDICAP

#### 3.1 LE TESTAMENT PUBLIC ET SA FORME SECONDAIRE

- 86 L'incapacité de lire, d'écrire, d'entendre ou de parler peut affecter l'établissement d'un testament<sup>179</sup>. La cause de l'incapacité ne doit pas nécessairement être physique ou, si elle est physique, elle devrait être permanente.<sup>180</sup> Une personne analphabète, par exemple, est aussi peu capable de lire ou d'écrire qu'une personne aveugle ou paralysée<sup>181</sup>.
- 87 En général, l'incapacité de lire ou d'écrire est considérée comme un obstacle absolu à la rédaction d'un testament olographe<sup>182</sup>. Dans de nombreuses juridictions de droit civil, comme c'est le cas pour le droit suisse, cela laisse comme seule alternative le testament public<sup>183</sup>.
- 88 Ici encore, des difficultés se posent pour les personnes en situation de handicap. Des difficultés peuvent apparaître i) à la déclaration initiale du testateur, ii) à la lecture du testament par le notaire et iii) à la signature du testateur<sup>184</sup>. Ce dernier cas peut facilement être résolu : lorsque le disposant ne peut ni lire ni signer lui-même, étant par exemple paralysé, aveugle ou illettré, les témoins signent au lieu du testateur (art. 502 CC). La forme secondaire du testament public prévue à l'art. 502 CC a été conçue précisément pour cette raison<sup>185</sup>.
- 89 La lecture est cependant plus problématique<sup>186</sup>. Si le testateur est sourd et ne peut pas percevoir la lecture du notaire, il lit lui-même son testament au lieu que le notaire le lise à haute voix (art. 500 et 501 CC). Dans cette hypothèse, seule la première forme du testament public est ouverte. Si, en outre, le testateur est incapable de lire, le droit cantonal peut prévoir l'appel d'un expert, par exemple un interprète qui peut communiquer le testament en utilisant la langue des signes (cf. art. 55 Tit. fin. CC)<sup>187</sup>.
- 90 Enfin, et pour la raison que la communication *par* le testateur est à la fois plus importante et plus délicate que la communication *au* testateur ainsi des difficultés affectant la déclaration initiale du testateur peuvent dans certains cas être insurmontables<sup>188</sup>. Tel était le cas en Allemagne, mais à la suite d'une décision de la Cour constitutionnelle fédérale portant sur la

1

<sup>179</sup> K.REID/WAAL/ZIMMERMANN, p. 461.

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> *Ibid.*

<sup>182</sup> *Ibid.* Selon cet auteur, une analyse du droit comparé permet d'admettre que cela constitue une limite dans la plupart des juridictions.

<sup>183</sup> CR CC II-LEUBA, art. 499 CC, N 4 : "le testament public est la seule manière possible de tester lorsque le *de cujus* ne peut ni lire ni écrire".

<sup>184</sup> *Ibid.*

<sup>185</sup> ROSSIER, p. 83.

<sup>186</sup> K REID/WAAL/ZIMMERMANN, p. 461.

<sup>187</sup> MOOSER, p. 2, note n° 18.

<sup>188</sup> K REID/WAAL/ZIMMERMANN, p. 461.

liberté de rédiger un testament et la non-discrimination, la loi a été modifiée pour permettre les déclarations non verbales, par exemple, par des sons et des gestes. Le droit suisse ne requiert pas une déclaration formelle<sup>189</sup>. Une simple signature suffit<sup>190</sup>. Si le testateur ne peut également ni écrire ni signer, le droit cantonal peut encore prévoir des solutions à l'instar de l'art. 55 Tit. fin. CC, de sorte que des problèmes de discrimination ne se posent en principe pas.

### 3.2 LA PROBLÉMATIQUE EN MATIÈRE DU TESTAMENT OLOGRAPHE

- 91 Vu ce qui précède, l'incapacité de lire ou d'écrire est donc considérée comme un obstacle absolu à la rédaction d'un testament olographe. L'art. 505 CC est clair, et ne laisse aucune marge de manœuvre : le testament olographe doit être entièrement rédigé à la main, du début à la fin. Il n'est donc pas possible de recourir, dans un testament olographe, à une quelconque aide technique à la rédaction, tels une machine à écrire, un ordinateur, des timbres humides, un chablon, etc...<sup>191</sup>. Comme l'a d'ailleurs souligné le Tribunal fédéral, « on ne voit pas comment un acte, partiellement préimprimé et partiellement dactylographié pourrait répondre aux exigences de forme de l'art. 498 CC »<sup>192</sup>. Partant, les passages du testament qui ne sont pas écrits à la main sont invalides et il faut considérer ces passages comme inexistant<sup>193</sup>. Et si la partie invalide concerne toutes les dispositions, le testament entier est à considérer comme vicié (par exemple, si la date ou la déclaration de volonté n'ont pas été écrits à la main)<sup>194</sup>.
- 92 Certes, un tiers peut venir en aide à un testateur qui n'est pas en mesure d'écrire lisiblement lui-même, en soutenant la main du disposant<sup>195</sup>. Ce tiers ne peut cependant en aucun cas guider la main du testateur : le texte ne doit pas seulement venir d'une impulsion intellectuelle du testateur, mais c'est ce dernier également qui doit donner l'impulsion physique au texte<sup>196</sup>.
- 93 Les mêmes considérations valent pour le mandat pour cause d'inaptitude, qui doit également être établi en la forme manuscrite ou authentique (art. 361 al. 1 CC)<sup>197</sup>.
- 94 Les personnes qui se trouvent dans une situation d'incapacité d'écrire un long texte n'ont donc pas la possibilité de rédiger un testament olographe. Comme relevé dans la procédure de

1

<sup>189</sup> ROSSIER, p. 86.

<sup>190</sup> ROSSIER, p. 86.

<sup>191</sup> CS-COTTI/GYGAX, art. 505 CC, N 7 avec les réf. citées.

<sup>192</sup> ATF 127 III 390 c. 2.f.

<sup>193</sup> CS-COTTI/GYGAX, art. 505 CC, N 7 avec les réf. citées.

<sup>194</sup> CS-COTTI/GYGAX, art. 505 CC, N 13.

<sup>195</sup> ATF 131 III 601 c. 3; CS-COTTI/GYGAX, art. 505 CC, N 7.

<sup>196</sup> *Ibid.*

<sup>197</sup> Conseil fédéral, Synthèse, 6.11; Prises de positions des particuliers, Simon Ryser, p. 1.

consultation, pour les personnes en situation de handicap, la seule alternative ouverte sera un testament public ou un mandat pour cause d'inaptitude authentique, ce qui entraîne des frais supplémentaires<sup>198</sup>.

### 3.3 UNE TESTAMENT DACTYLOGRAPHIÉ ?

95 Selon SIMON RYSER, les dernières volontés du testateur ou le mandat pour cause d'inaptitude ne doivent plus nécessairement être rédigés à la main du début à la fin, mais simplement munis de la signature manuscrite<sup>199</sup>.

96 L'exigence de l'écriture à la main constitue cependant un élément essentiel pour le contrôle de l'authenticité du testament. Si, comme voulu par RYSER, seulement une signature manuscrite restait nécessaire, il serait beaucoup plus facile de falsifier un testament olographe. En effet, il suffirait uniquement contrefaire la signature, et non pas l'ensemble du testament. Par ailleurs, même si le testament olographe peut présenter des particularités, comme une formulation spéciale ou un papier particulier, il est incontestable qu'il ne soit pas possible d'individualiser le disposant en se basant uniquement sur la nature de l'écriture<sup>200</sup>. Or ce risque existe dans tous les cas avec le testament olographe

En outre, les règles sur la volonté du défunt continuent à s'appliquer et la pratique apprend qu'un testament même olographe peut faire l'objet de pression.

Une généralisation du testament dactylographié doit donc être envisagée. Il pourrait certes être envisageable de limiter une telle forme du testament aux personnes en situation de handicap, voir ceux qui ne sont pas en mesure de rédiger un testament olographe entièrement à la main.

97 Il ne faut pas perdre de vue que, en l'état, une disposition dactylographiée munie d'une signature, n'est pas valable quant à la forme mais qu'il s'agit d'une annulation et non d'une nullité<sup>201</sup>. L'étape suivante est simplement de faire en sorte qu'ils ne soient pas annulables dans ce type de circonstances, tel que proposé par CONTI. Pour éviter des discriminations, la solution proposée est d'introduire un testament sous forme dactylographiée, telle que présentée *supra* (cf. 2.1.1). Ce type de testament offrirait les mêmes avantages en termes d'authenticité et de forme qu'un testament manuscrit garanti. Cette approche garantirait également la rédaction d'un testament dans une forme alternative accessible à tous (modèle inclusif), plutôt que de contourner les limites des formes de testament actuellement en vigueur

1

<sup>198</sup> Conseil fédéral, Synthèse, 6.11; Prises de positions des particuliers, Simon Ryser, p. 1.

<sup>199</sup> Prises de positions des particuliers, Simon Ryser, p. 1.

<sup>200</sup> SEILER, p.51; KLEIN, p. 132.

<sup>201</sup> ATF 131 III 601, c. 3.1 et 3.3.

en introduisant des dérogations ponctuelles pour les personnes en situation de handicap (modèle intégratif), ce qui ne se justifie plus en vertu du modèle de politique sociale actuellement à privilégier.

98 À notre sens, la suppression de l'exigence manuscrite du testament olographe permet d'éliminer la discrimination qu'il y a avec les personnes en mesure de rédiger un testament olographe tout en gardant la sécurité de l'acte. Le testament dactylographié n'entraînera pas de coût supérieur à un testament olographe et éliminera dès lors la discrimination actuelle existante.

### **3.4 EVOLUTION POSSIBLE DANS LE SENS DU POSTULAT DOBLER 20.3797**

99 Dans son postulat, Marcel DOBLER<sup>202</sup> a requis du Conseil fédéral qu'il se charge d'examiner les modifications à apporter au Code civil afin que les testaments et les mandats pour cause d'inaptitude puissent être valablement établis sous la forme numérique dans le respect du niveau de protection garanti aujourd'hui aux testateurs et aux mandants, ainsi que les conditions de forme soient définies de manière à éviter la discrimination de certaines catégories de la population.

100 Comme mentionné *supra* (N 58), le testament audiovisuel pose des questions de sécurité considérables notamment en lien avec les évolutions technologiques. L'intelligence artificielle peut créer des *deepfake*<sup>203</sup> soit des contenus vidéo ou audio qui sont faux, faisant ainsi dire des choses fausses et ne correspondant pas à la volonté propre de la personne.

101 En tout état de cause, et à notre sens, l'introduction d'un testament audiovisuel devrait être cadrée. A notre sens, dans un premier temps, elle devrait se faire auprès d'un officier d'état public en présence de deux témoins permettant de déterminer la véracité de l'enregistrement.

102 Le testament audiovisuel pose également un autre problème en lien avec sa destruction. En effet, avec un document informatique, il est beaucoup plus aisé d'en faire des copies et ainsi rendre impossible toute destruction définitive.

## **4. INEFFICACITÉ ET LIMITES DES DISPOSITIONS POUR CAUSE DE MORT**

### **4.1 ÉLARGISSEMENT DE L'ART. 520A CC<sup>204</sup>**

103 L'art. 520a CC, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1996, a assoupli la rigueur formelle du testament olographe<sup>205</sup>. Selon un principe d'opportunité, l'annulation judiciaire n'est possible en absence

1

<sup>202</sup> Postulat 20.3797 de Marcel Dobler du 18 juin 2020

<sup>203</sup> Technique de synthèse multimédia reposant sur l'intelligence artificielle qui peut permettre de créer des fausses vidéos ou des audios.

<sup>204</sup> SUTTER-SOMM/AMMANN, N. 152 ss.

<sup>205</sup> CR CC II-PIOTET, art. 520a CC, N 1.

de la datation du testament que si elle est importante pour la validité et que le moment de l'établissement ne peut pas être déterminé autrement<sup>206</sup>.

104 Si la systématique et le libellé de la loi peuvent laisser penser que cet allègement est limité aux dispositions testamentaires olographes, le Tribunal fédéral a étendu l'application par analogie au testament d'urgence, et selon une partie de la doctrine, également à une date erronée ou inopportune d'une disposition authentifiée<sup>207</sup>. Certains auteurs plaident de *lege ferenda* par une révision de la loi pour une extension de cet allègement aux dispositions testamentaires orales ou publiques<sup>208</sup>. D'autres auteurs considèrent qu'il serait approprié de faire une application aux pactes successoraux également<sup>209</sup>. En effet, on ne voit pas pourquoi l'exigence de la date valable devrait être traitée différemment.

105 L'art. 520a CC est le résultat de l'initiative parlementaire Guinand<sup>210</sup>, intitulée « Forme du testament olographe », qui suggérait une modification de l'art. 505 al. 1 et de l'art. 520 al. 1 CC. L'exposé des motifs précisait qu'il s'agissait de renoncer à l'indication du lieu de rédaction comme condition de forme d'une « disposition testamentaire », respectivement d'éviter qu'une « disposition pour cause de mort » soit contestée uniquement en raison d'une indication de date imprécise et qu'une « disposition testamentaire » doive ainsi être déclarée nulle. On constate donc une divergence dans les termes utilisés : alors que le titre de l'initiative se réfère uniquement à la forme des dispositions testamentaires rédigées de la main du défunt au sens de l'art. 505 CC, l'exposé des motifs utilise la formulation matériellement plus large de la disposition testamentaire, voire de la disposition pour cause de mort<sup>211</sup>.

106 Une adaptation correspondante de la situation juridique doit donc être effectuée *de lege ferenda*<sup>212</sup>.

#### 4.2 LIMITATION DE LA DURÉE DES DISPOSITIONS POUR CAUSE DE MORT

107 En cas de substitution fidéicommissaire, afin de limiter dans le temps l'immobilisation des biens en cause et d'empêcher le *de cuius* de régler des situations qu'il ne peut prévoir exactement, la loi (art. 488 al. 2 CC) interdit de grever l'appelé d'une substitution fidéicommissaire en faveur d'un tiers (et ainsi de suite)<sup>213</sup>. Le disposant ne peut donc régler que deux successions à titre universel : celle qui a lieu à sa mort en faveur du grevé et celle qui se produit au moment fixé

1

<sup>206</sup> CR CC II-PIOTET, art. 520a CC, N 1.

<sup>207</sup> ABT, Ungültigkeitsklage, p. 151 s. ; BSK ZGB II-BREITSCHMID, art. 520 CC, N 1.

<sup>208</sup> SCHMID, p. 50.

<sup>209</sup> Prises de positions des particuliers, Université de Bâle, p.31.

<sup>210</sup> FF 1994 III 516.

<sup>211</sup> FF 1994 III 516, 528.

<sup>212</sup> SUTTER-SOMM/AMMANN, N 164.

<sup>213</sup> P. PIOTET, Traité, p. 95.

en faveur de l'appelé (ouverture de la substitution)<sup>214</sup>. L'art. 335 al. 2 CC est un cas d'application de l'art. 488 al. 2 CC, lequel est précisé en ce sens que les fidéicommiss de famille créés avant 1912 peuvent subsister<sup>215</sup>.

108 La loi n'interdit cependant pas de fixer l'ouverture de la substitution dans un avenir très lointain<sup>216</sup>. Par exemple, on désigne un héritier grevé et on fixe l'ouverture de la substitution en faveur d'un tiers (héritier appelé) en l'an 2200<sup>217</sup>. Selon le système légal, les héritiers du grevé et leurs propres héritiers vont se succéder comme grevés jusqu'en 2200 (art. 489 al. 2 CC) et c'est alors seulement que s'ouvrira la seule et unique substitution prévue<sup>218</sup>. Selon P. PIOTET, cette solution est contraire au *ratio legis* de l'art. 488 al. 2 CC, et il semble nécessaire de compléter la loi en posant une limite maximale dans le temps, comme l'a fait le Code civil allemand<sup>219</sup>.

109 L'idée d'introduire une durée maximale des effets des dispositions pour cause de mort fait l'unanimité dans une partie importante de la doctrine<sup>220</sup>. Il a également été soulevé dans la procédure de consultation : cette lacune devra être comblée par la révision<sup>221</sup>.

110 Comme relève P. PIOTET, on peut s'inspirer pour cela de la limite de 100 ans fixée à l'usufruit des personnes morales (art. 749 al. 2CC), en disant que l'ouverture de la substitution ne peut avoir lieu que dans les 100 ans suivant le décès du *de cuius* ou au plus tard à la mort du grevé si elle sert ultérieurement<sup>222</sup>. Cette limite de 100 ans correspond à la durée la plus longue (sauf cas très exceptionnels) qui peut s'écouler quand la substitution s'ouvre à la mort du grevé<sup>223</sup>. De même, la limite de 100 ans de l'usufruit des personnes morales correspond à la durée la plus longue qu'aurait l'usufruit (sauf cas très exceptionnels), s'il était celui d'une personne physique<sup>224</sup>.

111 Comme le souligne STEINAUER<sup>225</sup>, l'art. 488 al. 2 CC laisse malgré tout une large place à l'esprit créatif du *de cuius*. Il n'empêche pas de léguer l'usufruit de la part du grevé, ce qui permet pratiquement de favoriser successivement trois personnes.

1

---

<sup>214</sup> *Ibid.*

<sup>215</sup> *Ibid.*

<sup>216</sup> P. PIOTET, *Traité*, p. 96

<sup>217</sup> P. PIOTET, *Traité*, p. 95.

<sup>218</sup> *Ibid.*

<sup>219</sup> *Ibid.*

<sup>220</sup> WOLF, p. 297-298 ; EITEL, p. 48 ; STEINAUER, N 556b, note n° 12 ; BSK ZGB II-BESSENICH, art. 488 CC, N 4 ; HandK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 488 CC, N 12.

<sup>221</sup> Conseil fédéral, Synthèse, 6.6 ; Prises de positions des particuliers, Université de Lausanne, p. 5.

<sup>222</sup> P. PIOTET, *Traité*, p. 95 ; D. PIOTET, *Rapport*, p. 33 s.

<sup>223</sup> P. PIOTET, *Traité*, p. 95

<sup>224</sup> *Ibid.*

<sup>225</sup> STEINAUER, *Successions*, N 555b, p. 306

112 En accord avec la doctrine majoritaire, une limitation paraît donc adéquate.

### 4.3 ANNULABILITÉ DE L'ART. 469 CC

113 À titre préliminaire, il convient de rappeler que le titre marginal de l'art. 469 CC peut porter à confusion. En effet, les dispositions ne sont pas nulles de plein droit mais peuvent être annulées dans le délai de l'art. 469 al. 2 CC.

114 Il faut distinguer deux situations qui peuvent se présenter. La première est celle d'un testament ou de dispositions unilatérales prises dans un pacte. Dans ce cas-là, le disposant peut les révoquer en tout temps<sup>226</sup> conformément aux art. 509 ss CC. Si ces dispositions n'ont pas été révoquées du vivant du *de cuius*, leur annulation est possible conformément à l'art. 519 al. 1 ch. 2 CC. Toutefois, l'art. 469 al. 2 CC prévoit que si le disposant ne les avait pas annulées dans le délai d'une année après avoir découvert le dol ou l'erreur, elles seront réputées comme ayant été ratifiées par le disposant et ne pourront donc plus être annulées<sup>227</sup>.

115 Le Conseil fédéral avait proposé dans l'avant-projet un nouveau libellé des art. 469, 482, 499 et 503 CC. L'épuration de la rédaction de différents articles avait été soutenue par une grande majorité<sup>228</sup>.

116 L'art. 469 AP-CC visait à résoudre la controverse existant sur l'annulation des pactes successoraux par vices de consentement du *de cuius*.

117 Il existe un consensus lequel permet d'affirmer que la loi est lacunaire sur la question de l'annulabilité d'un pacte successoral qui présente un vice de consentement<sup>229</sup>. La doctrine fait néanmoins une distinction de l'annulation des clauses unilatérales et des clauses bilatérales dans un pacte successoral<sup>230</sup>. S'agissant des clauses unilatérales, la doctrine considère que les règles applicables sont les mêmes que celles s'agissant des dispositions pour causes de mort prises par le *de cuius*. Les clauses bilatérales ne peuvent, quant à elles qu'être révoquées dans le délai d'une année.

118 Plusieurs solutions différentes ont été proposées. Parmi toutes les propositions, le pacte successoral vicié doit pouvoir être *annulé* et n'est pas d'emblée nul, comme le suggère la version actuelle de l'art. 469 CC. Dit autrement, l'annulabilité du pacte vicié - et non la nullité - fait l'objet d'unanimité en doctrine. La modification proposée dans ce sens, visait à substituer le terme « nullité » par « annulabilité », doit dès lors être saluée (art. 469 AP-CC).

1

<sup>226</sup> CS-VERREY, art. 469 CC, N 36.

<sup>227</sup> CS-VERREY, art. 469 CC, N 38.

<sup>228</sup> Conseil fédéral, Rapport explicatif, p. 61.

<sup>229</sup> P. PIOTET, p. 259.

<sup>230</sup> STEINAUER, Successions, N 348, CS-VERREY, art.469 CC, N 38.

- 119 Il faut néanmoins souligner que la question de la *forme d'annulation* est controversée en doctrine<sup>231</sup>. Certains auteurs estiment que la révocation n'est soumise à aucune forme en application, par analogie de l'art. 31 CO<sup>232</sup>. D'autres auteurs considèrent qu'une action est nécessaire ou encore que cette dernière doit se faire sous la forme testamentaire. D'autres auteurs encore préconisent la voie de l'action de l'action judiciaire <sup>233</sup>
- 120 La doctrine majoritaire soutient que l'art. 469 et son al. 2 CC s'appliquent également à l'annulation des pactes successoraux par le *de cuius*. Une annulation est possible sans nécessairement que le disposant en informe le cocontractant. Quant à ce dernier, lorsque le vice se rapporte à lui, seules les dispositions générales du CO en la matière sont applicables (art. 23 ss CO)<sup>234</sup>. Quelle que soit l'annulation du disposant ou du cocontractant, il n'est donc pas nécessaire de passer devant le juge.
- 121 Le Conseil fédéral n'a pas suivi cet avis, en se fondant sur « l'égalité des parties et l'unité de l'acte du pacte »<sup>235</sup>, en cas de pacte successoral vicié, il voulait obliger le *de cuius* à passer par une procédure d'annulation (art. 519 al. 2 AP-CC) de son vivant. Cette approche partait du principe que l'annulation ne doit pas différer avant la mort du *de cuius*, à savoir par une déclaration faite de la part du *de cuius* au cocontractant, et après la mort de ce dernier, par l'ouverture d'une procédure d'annulation faite par les héritiers selon l'art. 519 CC.
- 122 Comme l'Université de Genève l'a relevé, « la position doctrinale minoritaire sur ce point manque d'ailleurs de cohérence. Elle exclut l'application de l'art. 469 CC au pacte successoral en matière de vices du consentement et s'appuie en conséquence sur les dispositions du droit des obligations, mais prévoit une action en annulation – propre au droit successoral - pour y remédier ». Certes, la solution issue de la doctrine majoritaire reste parfois insatisfaisante quant à la problématique de l'acte vicié, car selon que le *de cuius* est encore vivant ou non, la procédure d'annulation diffère<sup>236</sup>. Cependant, le conflit qui existe en doctrine ne peut pas être nié<sup>237</sup>. De plus, le fait que le *de cuius* soit en vie et qu'il peut donc exprimer sa volonté change fondamentalement la situation.
- 123 La modification de l'art. 519 al. 3 AP-CC devrait donc être refusée, et le législateur devrait uniquement introduire un léger complément à l'art. 469 CC<sup>238</sup>. Il lui suffirait d'y ajouter qu'en matière de pacte successoral, la révocation doit être communiquée au cocontractant<sup>239</sup>. Le

1

<sup>231</sup> P. PIOTET, p. 259.

<sup>232</sup> STEINAUER, Successions, N 348.

<sup>233</sup> CR CC II-PIOTET, art. 519/520 CC, N 60.

<sup>234</sup> MOOSER, Pacte, p. 14.

<sup>235</sup> Conseil fédéral, Rapport explicatif, p. 53.

<sup>236</sup> Prises de positions des particuliers, Université de Genève, p. 13.

<sup>237</sup> *Ibid.*

<sup>238</sup> *Ibid.*

<sup>239</sup> *Ibid.*

Message pourrait venir compléter le texte de la loi en précisant que la révocation est soumise à la forme écrite par sécurité du droit.

## 5. AUTRES ASPECTS À REFORMER

### 5.1 CAPTATION D'HÉRITAGE

124 La problématique de la captation d'héritage avait été abordée par le Conseil fédéral dans le cadre de son avant-projet. Selon l'art. 541a AP-CC : « les personnes qui, dans l'exercice de leur profession, disposaient de la confiance du défunt, de même que leurs proches, ne peuvent se voir attribuer, au total, plus d'un quart de sa succession par disposition pour cause de mort ».

125 Selon le Conseil fédéral :

*« vu la difficulté, voire l'impossibilité, de reconstituer après coup avec certitude les liens réels entre un de cujus et le bénéficiaire de la disposition, l'évolution de leur relation, le déroulement des faits ayant conduit à cette disposition, les éléments connus ou non du disposant au moment de la rédaction et par la suite, ainsi que l'appréciation qu'il en faisait, il est pour ainsi dire impossible de fixer dans la loi une règle propre à dissiper entièrement le sentiment d'incompréhension et de rejet provoqué par les cas de captation d'héritage, sachant qu'en légiférant de manière trop stricte, c'est la liberté du disposant qui risque d'être par trop entravée.*

*La question du cercle des personnes à exclure des successions est aussi problématique. Est-il juste de se limiter aux seules professions libérales comme le médecin ou l'avocat ? Ou d'autres membres de professions peut-être moins rémunératrices tels que les assureurs, conseillers divers, entraîneurs personnels, infirmiers, aides-soignants, aides de ménage, coiffeurs, concierges ou mêmes membres d'une église bénéficiant d'un lien étroit avec la personne ou avec ses biens doivent-ils aussi être exclus ? Il ne semble pas justifié de favoriser une profession par rapport à l'autre. Le but est de protéger la personne concernée, et indirectement ses héritiers, quelle que soit la profession de l'auteur de la tentative de captation d'héritage. L'élément déterminant doit donc bien être le lien de proximité, de confiance, créé par un rapport initialement professionnel, et toucher toutes les professions. Faire dépendre l'indignité d'une violation d'une règle de déontologie limiterait l'application de la règle aux seules professions s'étant doté d'un code, ce qui n'est pas satisfaisant. La solution proposée tente d'apporter une réponse à ces questions, tout en laissant au disposant la liberté de favoriser – de manière limitée – un professionnel proche de lui par disposition pour cause de mort,*

*étant entendu que les règles actuelles susmentionnées du CC pourraient toujours trouver application pour corriger des cas d'abus.*

*Au maximum un quart de la succession au total doit pouvoir être octroyé aux personnes qui disposaient de la confiance du défunt dans l'exercice de leur profession, ainsi qu'à leurs proches (les proches sont, selon la doctrine au sujet de l'art. 477 CC : le conjoint ou le partenaire enregistré, les parents, les enfants, la parenté et les amis proches). Les membres de la famille et autres proches qui avaient déjà lien de confiance avec le défunt, lien qui se serait ensuite intensifié vu leur profession, ne sont pas concernés. »*

- 126 Bien que le but visé par cette disposition soit largement reconnu, les participants à la procédure de consultation l'ont refusée en grande majorité<sup>240</sup>.
- 127 La pratique de la captation d'héritage, bien que le concept n'ait pas (encore) une définition claire (tout comme le cercle de ses auteurs potentiels)<sup>241</sup>, est une problématique qui mérite d'être abordée. Cela ressort clairement d'une volonté politique<sup>242</sup> et des discussions menées en doctrine<sup>243</sup>. Cependant, la disposition proposée par le Conseil fédéral n'a pas convaincu. Il nous semble clair que l'insatisfaction telle qu'elle ressort de la procédure de consultation ne concerne pas le principe d'une réglementation, mais bien la manière de résoudre le problème.
- 128 Premièrement, les arguments négatifs concernant l'art. 541a AP-CC se réfèrent à une efficacité incertaine et une application compliquée (notamment sur la question du fardeau de la preuve) de la proposition de nouvelle disposition<sup>244</sup>. De plus le choix du pourcentage de limitation d'un quart a été critiqué<sup>245</sup>. Ensuite, les arguments négatifs se réfèrent à une limitation inadmissible de la liberté de disposer du *de cuius*<sup>246</sup>, voire d'une restriction de sa

1

---

<sup>240</sup> Conseil fédéral, Synthèse, 5.7: « 1 canton, 1 parti politique, 7 organisations et 1 particulier sont favorables ou plutôt favorables à l'avant-projet en matière de captation d'héritage, tandis que 6 cantons, 2 partis politiques, 15 organisations et 4 particuliers s'y opposent ou sont plutôt opposés ».

<sup>241</sup> Conseil fédéral, Rapport explicatif, p. 33.

<sup>242</sup> Conseil fédéral, Synthèse, 5.7, initiative parlementaire Schenker 06.432 (« Droit des successions. Libéralités et donations destinées à des personnes exerçant une activité professionnelle particulière ») de 2006, postulat Schenker 12.3220 (« Instituer des mesures contre les captations d'héritage ») de 2012.

<sup>243</sup> Cf. ABT, Ungültigkeitsklage, p. 205 ss ; BREITSCHMID, Besprechung, p. 55 ss.

<sup>244</sup> Prises des positions des cantons, Appenzell Rh.-Ext., p. 3, Obwald, p. 2 et Soleure, p. 4; Prises des positions des particuliers, Juristes démocratiques de Suisse, p. 12; Niklaus Rechtsanwalte, p. 7; Université de Berne, p. 13; Université de Bale, p. 15; Université de Lausanne, p. 12; Margareta Baddeley, p. 18 et Jean Guinand, p. 3.

<sup>245</sup> Prises de positions des particuliers, Verein successio, p. 10 ; Université de Berne, p. 14 ; Fédération Suisse des notaires, p. 5 et Union suisse des Paysans, p. 5.

<sup>246</sup> Conseil fédéral, Synthèse, p. 39 ; Prises de positions des particuliers, Fédération Suisse des notaires, p. 5 et Université de Zurich, p. 3.

liberté personnelle<sup>247</sup>. L'augmentation de la liberté de disposer était précisément le but de la révision. En effet, la proposition du Conseil fédéral plafonne l'avantage successoral qu'une personne de confiance peut recevoir de la part du *de cuius*. Les participants à la procédure de consultation ont également fait valoir un mauvais choix du critère de l'art. 541a AP-CC<sup>248</sup>. Ils ont notamment constaté qu'une telle règle limite uniquement les dispositions en faveur de certains professionnels, et l'art. 541a AP-CC exclut des autres personnes qui peuvent exercer un rapport de confiance (*quid* de collègues, voisins, associations, etc...). Certains professionnels seraient en outre mis « en mauvaise foi »<sup>249</sup>.

129 En outre, il convient de noter qu'aucune distinction n'est faite entre les différentes professions qui impliquent une relation de confiance, bien qu'elles diffèrent considérablement en ce qui concerne les questions relatives aux bénéficiaires successoraux. Par exemple, les relations entre le défunt et certains professionnels tels que les coiffeurs, les physiothérapeutes ou les entraîneurs de fitness peuvent être éloignées des aspects patrimoniaux, et par conséquent, ils ne devraient pas être soumis aux mêmes règles concernant les libéralités et donations destinées à des autres personnes exerçant des professions de confiance<sup>250</sup>.

130 La problématique de la captation d'héritage consiste dans le fait d'abuser d'une situation de faiblesse du *de cuius* pour se faire octroyer des avantages patrimoniaux<sup>251</sup>. Une personne de confiance aurait effectivement plus de facilité à exercer de telles pressions envers le *de cuius* en raison du rapport particulier de proximité. On est en présence d'une « *personne physique qui, dans le cadre d'une relation de confiance spécifique, agit à titre professionnel pour une autre personne physique en défendant ses intérêts* »<sup>252</sup>. Ainsi, le degré de confiance touche des intérêts personnels et, respectivement, économiques<sup>253</sup>. Cette position permet alors à la personne de confiance - notamment dans le cas de personnes âgées, seules, isolées, malades ou qui ne sont plus intégrées socialement - d'être favorisée sur le plan successoral en influençant la personne concernée. S'il est vrai que le simple fait de favoriser une telle

1

---

<sup>247</sup> Prises de positions des cantons, Appenzell Rh.-Ext., p. 3, Bâle Ville, p. 2, Soleure, p. 4; Prises des positions des partis politiques, PLR, p. 3, UDC, p. 4; Prises des positions des particuliers, Benevol Schweiz, p. 2, Notariatskammer Basel-Stadt, p. 5, St. Gallischer Notarenverband, p. 4; Université de Bâle, p. 14; Université de Fribourg, p. 11 et Margareta Baddeley, p. 18.

<sup>248</sup> Prises de positions des cantons, Appenzell Rh.-Ext., p. 3; Obwald, p. 2; Benevol Schweiz, p. 2; Juristes démocratiques de Suisse, p. 12; Niklaus Rechtsanwalt, p. 7; Verein succession, p. 10; Université de Zurich, p. 3 et Elen Sahin, p. 6.

<sup>249</sup> Prises de positions des cantons, Appenzell Rh.-Ext, p. 3; Bâle Ville, p. 2 et Soleure, p. 4; Prises des positions des partis, PLR p. 3 et UDC, p. 4; Prises des positions des particuliers, Benevol Schweiz, p. 2; Notarskammer Basel-Stadt, p. 5; St. Gallischer Notarenverband, p. 4; Université de Bâle, p. 14; Université de Fribourg, p. 11 et Margareta Baddeley, p. 18.

<sup>250</sup> Prises de positions des particuliers, Université de Fribourg, p. 11.

<sup>251</sup> Conseil fédéral, Rapport explicatif, p. 33.

<sup>252</sup> ABT, Ungultigekitsklage, p. 26.

<sup>253</sup> ABT, Zuwendungen, p. 1229.

personne ne donne lieu à aucune contestation - par exemple lorsqu'une (véritable) amitié s'est développée entre un médecin et son patient à la suite d'un traitement de longue durée<sup>254</sup>, la prudence s'impose en raison du « danger particulièrement présent » d'abuser de la position de confiance pour influencer l'autre, notamment en relation avec des avantages successoraux<sup>255</sup>.

- 131 La captation d'héritage ne consiste ainsi pas dans le fait qu'une personne de confiance bénéficie d'un avantage successoral, mais que cette personne abuse de sa position pour se faire octroyer des avantages, contre la réelle volonté du disposant. Le conflit naît alors lorsque la disposition fait par le *de cuius* ne correspond pas à sa volonté libre, mais c'est au contraire le résultat d'un empire exercé par une personne tierce. Cela signifie que la solution à adopter ne sera pas celle qui limite la possibilité du *de cuius* de disposer en faveur de ces personnes, tel que ressort de l'art. 541a CC, mais celle qui permet de garantir une volonté claire et limpide du disposant.
- 132 Une solution proposée est celle de ne pas ajouter une nouvelle disposition sur la captation d'héritage, mais étendre le champ d'application de l'art. 540 CC<sup>256</sup>. En effet, les normes actuellement en vigueur permettent partiellement de pallier la pratique de la captation d'héritage (art. 519 al. 1 ch. 1 et ch. 2 CC ; art. 540 al. 1 ch. 3 CC).
- 133 Dans ce contexte, l'art. 540 al. 1 ch. 3 CC mérite une attention particulière en ce qu'il vise à protéger la volonté libre du testateur contre toute influence inadmissible.<sup>257</sup> Selon cette disposition, est indigne d'être héritier celui qui, par dol, contrainte ou menace, a amené le défunt à faire ou à révoquer une disposition pour cause de mort ou l'a empêché de le faire. L'indignité successorale peut bien être le résultat d'un comportement actif que d'un comportement passif de la personne indigne : ainsi, un acte (par exemple, contrainte psychique ou physique, influence massive au moyen de menaces, informations erronées) est assimilé à une omission (par exemple, exploitation astucieuse d'une erreur existante) - en présence d'une obligation d'information<sup>258</sup>. L'existence d'un tel devoir d'information est généralement justifiée par l'existence d'une relation de confiance particulière, comme chez les médecins, les avocats et les notaires<sup>259</sup>. Dans ce sens, le Tribunal fédéral a également constaté que l'avocat désigné comme unique héritier n'avait pas satisfait à son devoir

1

<sup>254</sup> HRUBESCH-MILLAUER/WITTWER, p. 206 s.

<sup>255</sup> ABT, Zuwendungen, p. 1226.

<sup>256</sup> Prises de positions des cantons, Saint-Gall, p. 8 et Soleure, p. 4; Prises de positions des particuliers, Benevol Schweiz, p. 2 ; Juristes démocratiques de Suisse, p. 10; Société Suisse des Entrepreneurs, p. 4 et Isabel Guth, p. 6.

<sup>257</sup> BSK ZGB II-SCHWANDER, art. 540 CC, N 15 s.

<sup>258</sup> *Ibid.*

<sup>259</sup> PraxK-ABT, art. 540 CC, N 32 et N 34.

d'information envers la testatrice, d'autant plus que celle-ci voyait dans sa relation avec l'avocat (également) une relation amicale et non - comme l'avocat - une relation purement commerciale. En conséquence, le bénéficiaire aurait dû attirer l'attention sur le conflit d'intérêts, constitué par un règlement de la succession inapproprié, préservant ses intérêts, d'une part, et la représentation des intérêts de la testatrice conformément au mandat, d'autre part<sup>260</sup>. L'inaction de l'avocat constitue un empêchement astucieux au sens de l'art. 540, al. 1, ch. 3 CC, qui prive le bénéficiaire de sa capacité successorale active<sup>261</sup>. On peut donc retenir que toute influence exercée par la personne de confiance sur la volonté du défunt entraîne son indignité successorale.

134 En revanche, l'avantage successoral de ces personnes est admissible dans la mesure où il repose sur la libre volonté du testateur.

135 Un autre cas aussi grave a été reconnu dans l'ATF 132 III 305, où une testatrice, considérant la relation de mandat (également) comme une relation amicale, a désigné son avocat comme unique héritier et où celui-ci a omis - malgré l'obligation d'information - de signaler le caractère inapproprié de ladite disposition successorale (c. 3 ss.). Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral a toutefois laissé ouverte la question de savoir si, en présence d'une relation de confiance, de tels comportements devaient toujours être considérés comme des cas très graves de captation d'héritage ou non. La solution de l'indignité retenue par le Tribunal fédéral a été critiquée, et en particulier la conséquence retenue de la nullité du testament (entraînant l'application de testaments précédents) en lieu et place de l'inefficacité de la seule disposition (et qui aurait dû ouvrir dans ce cas la succession aux héritiers légaux)<sup>262</sup>. Par contre, les avis divergent quant à la solution à retenir, d'une solution très stricte, comme celle présentée à l'art. 541a AP-CC<sup>263</sup>, à une solution modérée, comme l'annulabilité des libéralités gratifiant un professionnel ayant largement accès à la sphère privée ou patrimoniale du défunt et qui contrevient à l'éthique de sa profession<sup>264</sup>, ou plus libérale, selon laquelle la liberté de tester doit l'emporter et le «*Trinkgeldtestament*» rester possible même à concurrence de 10, 20 ou 33 % de la fortune<sup>265</sup>.

136 Une solution certainement envisageable serait de ne pas de limiter la possibilité pour le *de cuius* de disposer en faveur de ces personnes, comme le prescrit l'art. 541a AP-CC, mais de prévoir des instruments qui assurent que la disposition correspond à la volonté réelle du disposant. Comme mentionné, en effet, le problème de la captation d'héritage ne concerne pas l'identité du bénéficiaire d'une libéralité, mais plutôt la raison pour laquelle la personne en

1

<sup>260</sup> ATF 132 III 305, 311, c. 4.2 ss.

<sup>261</sup> ATF 132 III 305, 312 et 315, c. 6.5.

<sup>262</sup> D. PIOTET, Rapport, p. 72.

<sup>263</sup> ABT, Ungültigkeitsklage, p. 205 s.

<sup>264</sup> D. PIOTET, Rapport, p. 94.

<sup>265</sup> BREITSCHMID, Besprechung, p. 55.

cause en a bénéficié. En d'autres termes, l'élément déterminant est de savoir pour quels motifs cette dernière a-t-elle profité de sa position de confiance pour se faire attribuer des libéralités. Le problème concerne avant tout la volonté réelle du disposant. La solution devrait donc être de mettre en place un instrument qui garantit la volonté réelle du disposant. Ce qui a été proposé dans la procédure de consultation est de prévoir une forme authentique pour de telles attributions (ou celles dépassant le quart de la succession), ou une forme particulière dans laquelle, par exemple, l'officier public attirerait l'attention du disposant ou qui nécessiterait l'intervention de témoins qualifiés [car elle serait] plus efficace pour prévenir les abus. En cas de non-respect, l'attribution serait annulable. Une telle proposition doit être approuvée.

137 Ainsi, nous considérons que pour les dispositions en faveur de personnes de confiance susceptibles de commettre une captation d'héritage, il faudrait passer par un testament public qualifié tel que présenté *supra* (N 37 ss , N 45 ss), lorsque le testateur souhaite disposer de plus d'un quart de sa succession en leur faveur. De cette manière, on éviterait une limitation de la liberté personnelle, en ce sens que des limites quant à l'étendue de la disposition ne seraient pas imposées. Cependant, une limitation formelle pourrait être imposée, à savoir le fait de passer devant un notaire en présence de deux témoins qualifiés, afin de s'assurer que la volonté du disposant ne soit pas viciée. En effet, cela permet non seulement de garantir que le testateur dispose de la capacité de discernement, mais la procédure authentique aura également l'avantage que l'officier public attirerait l'attention du disposant sur le risque de captation d'héritage.

## 6. MODIFICATIONS PROPOSÉES

### Le Code civil du 10 décembre 1907 devrait être modifié comme suit :

c. Dispositions  
annulables

#### **Art. 469**

Voir rapport, N 112 ss, N 122.

<sup>1</sup> Sont annulables toutes les dispositions que leur auteur a faites sous l'empire d'une erreur, d'un dol, d'une menace ou d'une violence.

<sup>2</sup> *Inchangé.*

<sup>3</sup> *Inchangé*

<sup>4</sup> L'annulation d'un pacte successoral du vivant du disposant doit être communiquée par écrit au contractant.

#### **Art. 481**

Voir rapport, N 109 s.

<sup>1</sup> *Inchangé.*

<sup>2</sup> *Inchangé.*

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

2. Testament public

#### **Art. 499**

a. Rédaction de  
l'acte

Voir rapport, N 17 ss, N 35 ss, N 86 ss.

<sup>1</sup> Le testament public est reçu par un notaire, un fonctionnaire ou toute autre personne ayant qualité à cet effet d'après le droit cantonal.

<sup>2</sup> Le concours de deux témoins peut être exigé d'après la loi ou le droit cantonal.

2<sup>bis</sup> Testament public  
qualifié

#### **Art. 499a**

Voir rapport, N 37 ss, N 45 ss, N 84 ss.

<sup>1</sup> Le testament public qualifié est en plus reçu par le concours de deux témoins qualifiés.

<sup>2</sup> Le témoin qualifié est un médecin ou toute autre personne ayant qualité à cet effet d'après le droit cantonal.

c. Concours des  
témoins qualifiés

#### **Art. 501**

Voir rapport, N 37 ss.

<sup>1</sup> Aussitôt l'acte daté et signé, le testateur déclare aux deux témoins qualifiés, par-devant l'officier public, qu'il l'a lu et que cet acte renferme ses dernières volontés.

<sup>2</sup> Par une attestation signée d'eux est ajoutée à l'acte, les témoins qualifiés certifient que le testateur a fait cette déclaration en leur présence et leur a paru capable de disposer. Ils attestent en outre la capacité de discernement par un certificat médical.

<sup>3</sup> *Supprimé.*

d. Testateur qui n'a ni lu ni signé

**Art. 502**

Voir rapport, N 10 ss, N 19.

<sup>1</sup> *Inchangé.*

<sup>2</sup> *Inchangé.*

3. Forme Olographe

**Art. 505**

Voir rapport, N 79 ss, N 95 ss.

<sup>1</sup> *Inchangé.*

<sup>2</sup> *Inchangé.*

<sup>3</sup> Le testament peut être dactylographié pour autant que la signature soit manuscrite.

4. Forme orale et audiovisuelle

**Art. 506**

Voir rapport, N 61 ss, N 70 ss.

a. Les dernières dispositions

<sup>1</sup> Le testament peut être fait en la forme orale ou audiovisuelle, lorsque, par suite de circonstances extraordinaires notamment en cas de danger de mort imminent, de communications interrompues, d'épidémie ou de guerre, le disposant est empêché de tester dans une autre forme.

<sup>2</sup> En la forme orale, le testateur déclare ses dernières volontés à deux témoins, qu'il charge d'en dresser ou de faire dresser acte. Les causes d'incapacité des témoins sont les mêmes que pour le testament public.

<sup>3</sup> En la forme audiovisuelle, le testateur apparaît physiquement sur l'enregistrement vidéo. Le testateur indique son nom, explique les circonstances extraordinaires, si possible la date, déclare ses dernières volontés et transmet le testament.

b. Mesures subséquentes

**Art. 507**

Voir rapport, N 61 ss, N 70 ss.

<sup>1</sup> L'un des témoins d'un testament fait en la forme orale écrit immédiatement les dernières volontés, les date en indiquant le lieu, l'année, le mois et le jour, les signe, les fait signer par l'autre témoin et tous deux remettent cet écrit sans délai entre les mains d'une autorité judiciaire, en affirmant que le testateur, qui leur a paru capable de disposer, leur a déclaré ses dernières volontés dans les circonstances particulières où ils les ont reçues. Les deux témoins peuvent aussi en faire dresser procès-verbal par l'autorité judiciaire, sous la même affirmation que ci-dessus.

<sup>2</sup> Si les dernières dispositions émanent d'un militaire au service, un officier du rang de capitaine ou d'un rang supérieur peut remplacer l'autorité judiciaire.

<sup>3</sup> Quiconque trouve ou reçoit un testament audiovisuel est tenu de le remettre ainsi que son support sans délai entre les mains d'une autorité judiciaire. Celle-ci dresse aussitôt un procès-verbal mentionnant les coordonnées de la personne qui a trouvé ou reçu le testament et les circonstances de la découverte, ainsi que la retranscription du texte du testament, y est annexé l'enregistrement vidéo sur un support usuel.

### **Art. 508**

c. Caducité

Voir rapport, N 63 ss.

Le testament oral ou audiovisuel est caduc lorsque quatorze jours se sont écoulés depuis que le testateur a recouvré la liberté d'employer l'une des autres formes.

2. En cas de défaut de la date ou de la signature d'un testament olographe

### **Art. 520a**

Voir rapport, N 50 ss, 102 s.

<sup>1</sup> Lorsque l'indication de l'année, du mois ou du jour de l'établissement d'une disposition pour cause de mort fait défaut ou est inexacte, cette dernière ne peut être annulée que s'il est impossible de déterminer d'une autre manière les données temporelles requises en l'espèce, et que la date est nécessaire pour juger de la capacité de tester du disposant, de la priorité entre plusieurs dispositions successives ou de toute autre question relative à la validité de la disposition pour cause de mort.

<sup>2</sup> Lorsque la signature fait défaut dans le testament olographe mais est présente sur l'enveloppe ou tout autre contenant, le testament olographe ne peut être annulé que s'il est impossible de déterminer d'une autre manière l'identité du testateur.

2. Indignité

### **Art. 540**

a. Causes

Voir rapport, N 132 ss.

<sup>1</sup> *Inchangé.*

1. *Inchangé.*

2. *Inchangé.*

3. *Inchangé.*

4. *Inchangé.*

5. Celui qui, dans l'exercice de sa profession, disposait de la confiance du défunt, abuse de sa position pour se faire octroyer des avantages successoraux.

<sup>2</sup> *Inchangé.*

c. Libéralités en faveur de personnes de confiance

### **Art. 541a**

Voir rapport, N 123 ss.

Les personnes qui, dans l'exercice de leur profession, disposaient de la confiance du défunt, de même que leurs proches, ne peuvent se voir attribuer, au total, plus d'un quart de la succession qu'au moyen d'un testament public qualifié.

## BIBLIOGRAPHIE

- D. ABT, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, Unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen, Dissertation, Bâle, Genève, Munich 2002 (cité : ABT, Ungültigkeitsklage).
- D. ABT, Probleme um die unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen an Vertrauenspersonen, AJP/PJA 2004, 1130 ss (cité : ABT, Zuwendungen).
- D. ABT/T. WEIBEL (éd.), Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, commentaire pratique, 5ème éd., Bâle 2023 (cité : PraxK-AUTEUR).
- R. ARNET, Die öffentliche Beurkundung von Verfügung von Todes wegen – de lege data und de lege ferenda, successio 2015, p. 185 ss.
- J. BLATTNER, Demenz im Erbrecht, AJP/PJA 12/2022, p. 1285 ss.
- P. BREITSCHMID, Besprechung von BGE 132 III 305 / BGE 132 III 315, successio 2007, p. 55 ss. (cité : BREITSCHMID, Besprechung).
- P. BREITSCHMID, Formvorschriften im Testamentsrecht, de lege data – rechtsvergleichend – de lege ferenda, dargestellt insbesondere am Beispiel des eigenhändige Testaments, Dissertation, Zurich 1982 (cité : BREITSCHMID, Formvorschriften).
- C. BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993.
- Y. CONTI, Le testament électronique : état des lieux et réflexions prospectives, in J.-P. Dunand, A.-S. Dupont, P. Mahon, Le droit face à la révolution 4.0, Zurich 2019, p. 15 ss.
- A. EIGENMANN/ N. ROUILLER (éd.), Commentaire du droit des successions, commentaire Stämpfli, 2ème éd., Berne 2023 (cité : CS-AUTEUR).
- P. EITEL, Die Anwartschaft des Nacherben, Berne 1991.
- A. ESCHER, Das Erbrecht, Erste Abteilung, Die Erben (Art. 457-536 ZGB), Commentaire zurichois, T. III, 3ème éd, Zurich 1959 (cité : ZK-ESCHER).
- T. GEISER/ S. WOLF (éd.), Basler Kommentar ZGB II, 7ème éd., Bâle 2023 (cité : BSK ZGB II-AUTEUR).
- S. GRUNDMANN, Archiv für die civilistische Praxis, AcP, 1987, 429 ss.
- S. HRUBESCH-MILLAUER/ J. WITTEWERT, Erbrechtliche Verfügungsmöglichkeiten bei Pflegebedürftigkeit, Krankheit oder Altersschwäche der verfügenden Person, Pflegerecht 4/2013, p. 194-207.
- M. KLEIN, Das gemeinschaftliche Testament – Form und Bindung, Bern 2015.
- M. LENZ, Verfügungsfähigkeit trotz grundsätzlicher Urteilsfähigkeit ? BGE 5C.282/2006, Urteil vom 2. Juli 2007, successio 2011, p. 138 ss.
- P. MEIER, Droit des personnes, 2e éd, Zurich 2021
- M. MOOSER, La caducité des pactes successoraux, Not@lez 1/2020, p. 1 ss (cité : MOOSER, pacte).
- M. MOOSER, La lecture de l'acte authentique dans la procédure ordinaire d'instrumentation ZBGR 83/2002, p. 1 ss.
- M. MOOSER, Le droit notarial en Suisse, 2ème éd, Berne 2012 (cité : MOOSER, notariat).

P. PICHONNAZ/B. FOËX /D. PIOTET (éd.), Commentaire romand Code civil II, Bâle 2016 (cité : CR CC II-AUTEUR).

D. PIOTET, Rapport adressé à l'Office fédéral de la justice ensuite de l'adoption par les Chambres fédérales de la motion Gutzwiller 10.3524, Sondernummer Not@lex/successio, Zurich 2014, p. 57 ss.

P. PIOTET, Droit successoral, in *Traité de droit privé suisse*, T. IV, Fribourg 1975.

M. PLANIOL/ G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil Français*, 2e éd, Paris 1963.

H. R. KÜNZLE, Bedeutung der Reformen des Erbrechts in Europa für die Schweiz, in H. R. Künzle (éd.), *Reformen des Erbrechts in Europa*, p. 297 ss (cité : KÜNZLE, Bedeutung).

H. R. KÜNZLE, Der Umgang des Willensvollstreckers mit dem digitalen Testament und Nachlass, in Jurg Schmid et al. (éd.), *Festschrift für Paul Eitel*, Zurich 2022, p. 408 ss. (cité : KÜNZLE, Umgang)

K. REID/M. J. DE WAAL/R. ZIMMERMANN, Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective, in K. Reid/ M. J. de Waal/R. Zimmermann (éd.), *Comparative Succession Law: Volume I: Testamentary Formalities*, p. 432 ss.

P.C. ROSSIER, *La forme authentique du testament*, thèse, Lausanne 1987.

A. RUTH, Die öffentliche Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen – de lege lata und de lege ferenda, *successio* 2015, p. 185.

J. SCHMID, Erbrechtsreform und öffentliche Beurkundung der Verfügung von Todes wegen, in *Erste Silser Erbrechtsgespräche : Gedanken zur Erbrechtsrevision anlässlich des 60. Geburtstages von Paul Eitel*, *successio* 2018, p. 37 ss.

H. MICHAEL RIEMER, *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZBGR)* 1976, p. 337.

B. SEILER, *Die erbrechtliche Ungültigkeit, unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht*, Zurich 2017.

P.-H. STEINAUER, *Les droits des successions*, 2e éd., Berne 2015 (cité : STEINAUER, Successions).

### **Documents officiels**

Avant-projet et rapport explicatif relatifs à une modification du code civil (droit des successions) (cité : Conseil fédéral, Rapport explicatif)

(<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/79324.pdf>)

Révision du Code civil (droit des successions), Synthèse des résultats de la procédure de consultation, 10 mai 2017 (cité : Conseil fédéral, Synthèse)

(<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/78508.pdf>)

Conseil fédéral, Code civil suisse, (Modification relative à la forme authentique), Rapport explicatif et avant-projet, Décembre 2012 (cité : Conseil fédéral, forme authentique)

(<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/79548.pdf>)

Code civil suisse (Modification relative à la forme authentique), Avant-projet de décembre 2012 Résumé des résultats de la procédure de consultation (cité : Conseil fédéral, consultation acte authentique)

(<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/wirtschaft/beurkundungsverfahren/ve-ber-f.pdf.download.pdf/ve-ber-f.pdf>)

Prises des positions des cantons suite à la procédure de consultation (cité : Prises des positions des cantons)

(<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/stgn-kantone.pdf.download.pdf/stgn-kantone.pdf>)

138 Prises des positions des partis politiques suite à la procédure de consultation (cité : prises des positions des partis)

(<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/stgn-parteien.pdf.download.pdf/stgn-parteien.pdf>)

Prises des positions des particuliers suite à la procédure de consultation (cité : prises des positions des particuliers)

(<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/stgn-parteien.pdf.download.pdf/stgn-parteien.pdf>)