



Le 30 août 2019

***Procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code civil
(Transmission d'entreprises par succession)***

Prise de position

I. Considérations générales

Cet avant-projet vient apporter un complément bienvenu aux propositions du projet de révision du droit des successions du 29 août 2018 visant à accroître la quotité disponible et donner ainsi une plus grande flexibilité dans la transmission d'entreprises pour cause (ou en vue) de mort du chef d'entreprise. Il apporte, en effet, des améliorations importantes aux obstacles ou difficultés que l'on peut observer en droit actuel.

Les propositions sont équilibrées et se limitent à ce qui est strictement nécessaire, soit des normes en matière d'attribution de l'entreprise, de sursis au paiement et de valeur d'imputation en particulier. Elles sont bien formulées et s'insèrent dans l'ensemble parfaitement dans la structure du code civil. Le résultat est donc à saluer.

II. Remarques spécifiques à propos des modifications successorales

1. Attribution intégrale de l'entreprise à un héritier

a. Principe (art. 617 AP-CC)

Au vu de la récente jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux compétences du juge en matière de partage successoral (ATF 143 III 425), l'absence d'une règle claire permettant à ce dernier d'attribuer l'entreprise à l'un des héritiers est un désavantage important en matière de transmission d'entreprise. Le choix entre la vente ou le tirage au sort ne peut, en effet, convenir. Et même si l'on peut imaginer que le chef d'entreprise ou celui qui détient des droits octroyant le contrôle de l'entreprise aura le plus souvent planifier sa succession, ce ne sera pas toujours le cas. L'introduction d'une règle permettant d'attribuer l'entreprise ou les droits octroyant un contrôle à l'héritier qui en fait la demande est donc bienvenue.

Le rapport donne quelques éléments intéressants pour l'appréciation du critère de l'aptitude. Nous les soutenons tous, que ce soit la connaissance de l'entreprise, l'expérience dans le domaine concerné (selon les circonstances, auprès d'une autre entreprise que celle du de cuius), l'expérience de direction d'entreprise (management) et la formation acquise. Pour le surplus, ce sera à la pratique de clarifier la notion d'aptitude et il ne nous semble pas nécessaire que le texte de la loi soit plus précis sur cette question. L'on s'inspirera vraisemblablement de la jurisprudence rendue en matière de droit foncier rural, jurisprudence au demeurant intéressante notamment sur des questions comme les aptitudes non pas de l'héritier lui-même mais de son conjoint ou de l'un de ses enfants. Une référence à cette jurisprudence dans le message pourrait éventuellement être utile afin d'éviter une multiplication d'actions en justice.

L'on relèvera que la disposition prévoit un véritable droit d'attribution préférentielle. Ainsi, lorsque les conditions de l'art. 617 al. 1 ch. 1 AP-CC sont remplies, l'héritier qui invoque ce droit, et est le seul à en faire la demande, obtiendra l'entreprise, et ce même s'il est inapte à la gérer. Souvent, cette situation ne sera pas en adéquation avec le but de la réforme, à savoir l'intérêt de l'économie en général et le maintien des places de travail, en particulier lorsque l'entreprise pourrait facilement être vendue à un repreneur compétent, l'un de ses cadres par exemple. On favorise ici la transmission au sein du groupe des héritiers au détriment de l'intérêt de l'entreprise elle-même et de l'économie en général¹.

Il faut se demander si cette question ne devrait pas être repensée et la proposition légèrement amendée. Il serait peut-être préférable d'avoir une exigence d'aptitude dans l'hypothèse également de l'art. 617 al. 1 ch. 1 AP-CC, exception faite des cas dans lesquels le de cuius a adopté une règle de partage.

¹ Les délais de paiement que le repreneur devrait alors, en principe, pouvoir obtenir s'il fournit des sûretés paraissent dans une telle hypothèse peu justifiable; les autres héritiers devront, le cas échéant, veiller à ce que des conditions soient posées, par exemple la réalisation d'un chiffre d'affaires annuel minimum.

b. Son impact sur les parts réservataires des autres héritiers (art. 522a et 618 AP-CC)

Avec cette disposition, l'avant-projet propose de codifier une très ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 70 II 142 c. 2), selon la compréhension qui en a été ensuite donnée par le prof. Heinz Hausheer, qui l'a développée en matière d'actions nominatives liées (cf. notamment à ce propos, Leuba, *Transmissions d'entreprises en droit des successions*, Journée de droit successoral, Fribourg 2019, p. 15ss n. 18ss, Hösly/Fehrat, *Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht*, successio 2016, p. 100ss, p. 119 et Eitel, *Eigentumstransfer an Familienunternehmen in der Schweiz*, Zurich 2011, p. 271ss, p. 286). Selon ce courant doctrinal, la réserve doit être constituée de biens dont l'on peut aisément disposer et un paquet d'actions minoritaires revient à placer économiquement l'héritier dans la position d'un usufruitier, autrement dit d'une personne qui ne peut disposer de ses biens. Il est vrai, que selon les circonstances, la position peut être inconfortable (cf. Leuba, *op.cit.* n. 20). Mais, dans certains cas, il peut exister un marché pour les participations minoritaires et il ne semble, dès lors, pas justifié d'empêcher en toutes circonstances l'attribution de ces dernières à un héritier réservataire. Il s'agit notamment de cas dans lesquels les droits du minoritaire sont renforcés par un pacte d'actionnaires qui octroie des garanties suffisantes. Les avantages pouvant être conférés sont, par exemple, 1) le droit à un représentant au conseil d'administration, 2) le droit de veto pour certaines décisions importantes ainsi que pour des transactions entre parties proches, 3) le droit à un versement sous la forme de dividendes d'une partie minimum du bénéfice annuel ou encore le droit de vendre les actions au même prix que l'actionnaire majoritaire en cas de cession des actions par ce dernier (= clause de tag along).

Il est bon de clarifier la doctrine des biens aisément négociables, qui est aujourd'hui source d'insécurité juridique, et il faut saluer la volonté manifestée à cet égard dans l'avant-projet. Il nous semble, toutefois, que la proposition pourrait être affinée, afin de mieux tenir compte de la pratique qui, à l'heure actuelle, recourt assez souvent à des parts minoritaires. Il serait, ainsi, intéressant d'avoir, par exemple, une disposition qui prévoit qu'une part minoritaire ne peut être attribuée que si la position de l'héritier réservataire est suffisamment protégée par un pacte d'actionnaires. Le message pourrait, le cas échéant, préciser le type de clauses pouvant figurer dans le pacte afin que tel soit (en règle générale) le cas.

L'on peut se demander si la règle ne peut être interprétée comme excluant à contrario l'application de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de son développement doctrinal aux sociétés de pure détention d'actifs. Si était le cas, un héritier pourrait se voir attribuer une part minoritaire dans une société de détention immobilière absolument non liquide en imputation sur sa réserve. A notre avis, cette solution serait fautive. La jurisprudence du Tribunal fédéral et sa concrétisation doctrinale restent, le cas échéant, valables pour les biens non aisément négociables qui ne sont pas des entreprises au sens des nouvelles dispositions. Il serait souhaitable que le message le précise.

2. Sursis à l'obligation de rapport (art. 619 AP-CC)

L'introduction du sursis au paiement est une bonne chose. D'autres ordres juridiques connaissent déjà cet instrument et cela fait sens de l'insérer également dans notre code civil. Il s'agit de trouver un juste équilibre entre les intérêts du repreneur et ceux des autres héritiers. La proposition le fait adéquatement puisque la disposition exige, d'une part, que le règlement immédiat de la créance expose le débiteur à de graves difficultés, d'autre part, que le délai maximal n'excède pas une durée totale de 5 ans (d'autres ordres juridiques vont parfois jusqu'à 10 ans).

Il serait, cependant, utile que le message donne des précisions sur la notion de gravité. Il faut que les difficultés soient graves et durables. C'est à regarder, d'une part, subjectivement, au regard des intérêts du repreneur lui-même et de sa volonté d'avoir les commandes de l'entreprise, de ses liquidités et possibilités de crédit, d'autre part, à notre sens, objectivement aussi, au regard des buts poursuivis par cette réforme, à savoir tenir compte de l'impact négatif du décès du chef d'entreprise sur les petites entreprises et les microentreprises et donc sur notre économie en général. Il ne semblerait, en effet, pas juste d'imposer aux autres héritiers des délais de paiement lorsque l'entreprise risque de difficilement survivre à la personne du de cujus (entreprise étroitement liée à la réputation de ce dernier ou à ses connaissances, par exemple, etc.), voire même lorsqu'il serait en réalité mieux qu'elle soit vendue (le repreneur ne disposant, par hypothèse, pas de compétences suffisantes pour la gérer mais ayant été le seul à demander à ce qu'elle lui soit attribuée²). Ceci est, enfin, à mettre en balance avec les sacrifices imposés aux autres héritiers (= pesée des intérêts sur la base de l'ensemble des circonstances).

La possibilité de poser des conditions à l'octroi de ce sursis permettra de tenir encore mieux compte du cas d'espèce et à réaliser un plus juste équilibre entre les intérêts des parties. L'introduction de quelques exemples dans le message à ce propos serait utile.

Concernant les sûretés, il serait préférable de formuler cette exigence de manière un peu moins absolue, en retenant qu'elles seront dues « si les circonstances le justifient » comme cela est prévu à l'art. 218 al. 2 CC pour la créance de participation au bénéfice de l'union conjugale ou encore pour le règlement des dettes entre époux (art. 203 al. 2 CC). Ceci est d'autant plus justifié que, pour la créance de participation matrimoniale, dans l'hypothèse où une entreprise ou des droits octroyant un contrôle sont concernés, l'art. 218 al. 3 AP-CC renvoie à une application de l'art. 218 al. 2 CC et envisage donc l'octroi de sûretés uniquement « si les circonstances le justifient ». La différence dans le régime juridique réservé aux deux créances – selon que la créance est matrimoniale ou successorale – est ennuyeuse et l'on n'en comprend pas bien les raisons.

Par ailleurs, qu'en est-il lorsqu'il est clair que le repreneur ne pourra pas obtenir de sûretés garanties par l'entreprise et qu'il n'a pas d'autres possibilités d'en fournir ? Ce sera notamment souvent le cas lorsque l'entreprise est en raison individuelle et que la principale valeur constitue son goodwill (= sa clientèle) ; il sera alors extrêmement difficile au repreneur de fournir des sûretés, sauf peut-être à transformer l'entreprise en société anonyme et à en donner ensuite les actions en garantie. Mais est-ce que cela est suffisant ? Quid des intérêts des autres héritiers

² A ce propos, cf. également la remarque infra en page 2.

en cas de mauvaise gestion de l'entreprise ou de faillite ? Le message devrait se prononcer sur ces questions. A notre sens, l'on ne devrait pas être trop exigeant à l'encontre de la fourniture de sûretés, sous peine de voir cette disposition rester souvent lettre morte. Encore une fois, il serait vraisemblablement préférable de relativiser le droit des autres héritiers à des sûretés et prévoir qu'il existe uniquement « si les circonstances le justifient », en particulier chaque fois que cela est supportable pour le repreneur.

L'exigence du versement d'un intérêt est pleinement justifiée. Les autres héritiers doivent, en effet, attendre durant une période qui peut être relativement longue (jusqu'à 5 ans) à compter du partage de la succession. La notion d'intérêt « à un taux équitable » est toutefois nouvelle et pas clairement définie. Pourquoi la notion est-elle différente de celle de l'art. 218 CC, qui parle simplement d'un intérêt ? Qu'entend-on exactement par-là ? S'agit-il d'un intérêt à un taux particulièrement bas, par exemple le taux sans risques des obligations de la Confédération, ou s'agit-il du taux auquel l'on peut obtenir un prêt sur le marché ? Vraisemblablement, il s'agit d'un taux qui doit être fixé entre ces deux extrêmes ; la manière dont il doit être déterminé en équité n'est cependant pas claire. Une clarification dans le message permettrait d'éviter que cette question ouvre un champ nouveau de discussions et de litiges entre les héritiers.

Quelques mots encore sur la place réservée à l'art. 619 AP-CC. Il est surprenant que cette disposition se situe dans le chapitre consacré au mode de partage ; elle prévoit, en effet, des délais de paiement pour le règlement de la créance issue du partage successoral et n'a, donc, pas pour objet la manière dont le partage doit intervenir, à la différence des art. 617 et 618 AP-CC. Elle serait, à notre avis, plus justement placée dans le chapitre qui traite de la clôture et des effets du partage, avant les dispositions consacrées à la responsabilité envers les tiers (art. 639 et 640 CC), mais après la clôture du partage (art. 634ss CC).

3. Valeur d'imputation des biens (art. 620 AP-CC)

La modification proposée à l'al. 1 est opportune et doit être maintenue. Elle apporte une clarification bienvenue. La règle de l'al. 2 reprend le texte actuel de la loi et n'appelle pas de commentaire particulier.

Le recours - désormais pour les immeubles également - à l'autorité compétente ou au juge du partage en cas de litige sur le prix d'attribution d'un immeuble fait sens et nous la soutenons.

4. Le rapport en nature de l'entreprise ou de parts sociales ou de droits de sociétariat dans une entreprise (art. 628 al. 2 et 633, 633a et 633b AP-CC)

a. Principe (art. 628 al. 2 et 633 AP-CC)

La proposition doit être soutenue. Il est légitime de protéger les autres héritiers à l'encontre de celui qui choisit le rapport en nature par opportunisme lorsque le risque

d'entreprise – dont il assume la responsabilité - est désavantageux, autrement dit lorsque l'entreprise a perdu de sa valeur.

Quant à la formulation de la disposition et à son insertion dans le texte : étant donné que l'exception est prévue à l'art. 628 al. 2 AP-CC, il ne nous semble pas nécessaire de la répéter à l'art. 633 AP-CC. A notre sens, une seule mention suffit. Les art. 633a et 633b AP-CC pourraient, le cas échéant, figurer à la suite de l'art. 630, qui a trait au mode de calcul, avec comme notes marginales : art. 630 III. Mode de calcul 1. Principe - art. 630a 2. Entreprises - art. 630b 3. Parts sociales et droits de sociétariat.

b. Valeur d'imputation pour les entreprises (art. 633a AP-CC) et valeur d'imputation pour les parts sociales et droits de sociétariat (art. 633b AP-CC)

Cette proposition doit être soutenue. Elle permet d'imputer le risque entrepreneurial au repreneur, et ce uniquement pour les éléments patrimoniaux nécessaires à l'exploitation. L'exemple inséré dans le rapport (page 28-29) est très clair et explique bien ce que l'on entend à l'art. 633b AP-CC.

L'explication donnée à propos de l'art. 633a en page 13-14 du rapport pourrait éventuellement être améliorée, tout particulièrement aux paragraphes 2 et 3 de la page 14. La première phrase du paragraphe 2 pourrait ainsi mentionner que « l'exception en faveur des entreprises » ne vise que les éléments patrimoniaux « nécessaires à son exploitation ». Quant au paragraphe 3, il contient plusieurs idées qui ne sont pas développées de manière parfaitement limpide dans la version française du texte. Il nous semble, enfin, que le rapport est quelque peu affirmatif lorsqu'il explique que la règle ne vise pas l'intérêt de l'économie suisse. Il s'agit d'inciter l'héritier repreneur à investir dans son entreprise, à la différence du droit actuel qui le décourage en lui imposant le partage avec ses cohéritiers de l'éventuelle plus-value qu'il aura générée grâce à son travail ; cette incitation à développer l'entreprise est évidemment aussi dans l'intérêt de l'économie en général. L'intérêt est surtout, ici, de souligner que la mesure est également satisfaisante lorsqu'on l'examine au travers du prisme des relations entre les héritiers.

Pour ce qui a trait à la formulation : les deux dispositions sont rédigées de manière tout à fait claire. Par souci de cohérence avec la formulation actuelle du code et pour éviter toute difficulté d'interprétation, il serait à notre sens néanmoins opportun de conserver la manière dont le code civil formule cela à l'art. 630 CC, à savoir en utilisant le verbe « rapporter » plutôt que « imputer »³, même s'il est vrai que c'est le rapport par imputation qui est ici visé (mais ce dernier élément peut, le cas échéant, être précisé dans le message). Cela permet d'éviter, en sus, toute éventuelle confusion avec l'imputation sur les parts héréditaires de l'art. 620 al. 1 AP-CC. En outre, l'on peut aussi, en français, éviter la répétition un peu lourde du mot « valeur » par la formulation suivante « sont imputés à leur valeur au moment de la libéralité s'il est possible de l'établir ». Il serait, enfin, plus clair d'indiquer aux art. 633 et 633a AP-CC que l'entreprise à laquelle l'on se réfère est celle définie à

³ Autrement dit : « ... les éléments patrimoniaux nécessaires à son exploitation sont rapportés ... ».

l'art. 616 AP-CC, comme cela est effectué aux art. 218 al. 3 et 522a al. 2 AP-CC. Elles sont, en effet, situées dans un autre chapitre que l'art. 626 AP-CC⁴.

III. Quelques autres remarques

1. La notion d'entreprise (art. 616 AP-CC) :

L'art. 616 AP-CC définit la notion d'entreprise et fixe ainsi les cas dans lesquels les nouvelles règles s'appliquent. Au regard du but poursuivi par la réglementation proposée, soit la sauvegarde des places de travail et du savoir-faire existant au sein des entreprises, et de ses conséquences, autrement dit une entorse au principe d'égalité en nature entre les héritiers, il est juste de laisser de côté les sociétés cotées en bourse et celles de pure détention d'actifs. Les premières sont suffisamment liquides pour qu'une transmission puisse être réalisée sans porter atteinte aux droits de héritiers, tout particulièrement des héritiers réservataires. Quant aux secondes, elles ont pour but la détention (souvent d'immeubles) plus que le développement du tissu économique et il n'y a en règle générale pas de savoir-faire particulier ou de places de travail nombreuses à préserver ; il ne serait, ainsi, pas approprié d'appliquer les nouvelles règles à une société immobilière ou une société de détention d'un avion, par exemple.

L'exclusion des autres types de société ayant pour but unique le placement collectif ou la gestion collective de capitaux est également juste, même si ces sociétés détiennent par ailleurs des parts dans des entreprises. Leur caractère est différent ; il s'agit de pures véhicules d'investissement qui, par ailleurs, sont en général pour la plupart relativement liquides.

Il est, en revanche, difficile de comprendre la position choisie pour les holdings. Selon le rapport, il ne se justifie pas d'appliquer les nouvelles règles aux sociétés qui n'ont pas « d'activité économique réelle » ; ce serait notamment le cas des sociétés immobilières et des sociétés holding. Le rapport souhaite, donc, exclure du champ d'application des nouvelles règles les sociétés qui n'ont pas une propre exploitation mais se limitent à détenir des immeubles ou des participations dans d'autres sociétés. Les sociétés qui, en plus de détenir de tels actifs, exercent une activité économique réelle devraient, en revanche, tomber dans le champ d'application des nouvelles règles. Cela posera vraisemblablement certaines questions de délimitation : par exemple comment traiter une société immobilière qui s'occupe de la gestion d'un nombre important d'appartements ou la holding qui, en plus de détenir des participations, s'occupe activement de gérer leur financement, ou qui fournit au groupe certaines prestations en matière de consolidation des comptes ou de comptabilité des filiales ?

On peut se demander si, en ce qui concerne les holdings, une approche « par transparence » ne serait pas préférable : les sociétés holding entreraient, alors, dans le champ d'application des nouvelles dispositions si elles exercent une activité économique réelle directement ou par le biais de leurs filiales. Le rapport conclut que cela n'est pas approprié puisque le partage entre héritiers des participations de la

⁴ Alternativement, ceci pourrait être uniquement précisé dans le message, compte tenu du fait que tant l'art. 616 que les art. 633 et 633a AP-CC sont placés dans le titre consacré au partage ; c'est toutefois moins clair pour le lecteur.

holding n'aura pas les conséquences négatives que peut avoir le partage d'une entreprise exerçant une activité commerciale réelle. Il assume, donc, que la holding détient plusieurs participations et que ces dernières sont relativement indépendantes les unes des autres. Cela n'est pas toujours le cas. C'est peut-être vrai pour une société holding importante détenant un portefeuille de participations bien diversifié mais pas, par exemple, pour un groupe actif dans un seul domaine, qui est composé de plusieurs participations pour des raisons géographiques (par ex. filiales de distributions dans différents pays) ou d'organisation du travail (filiales de production, de distribution, etc.). Dans un tel cas, il ne sera souvent pas réaliste de séparer les différentes entités, sans même parler des conséquences fiscales qui pourraient découler d'une telle opération.

Le rapport reconnaît, d'ailleurs, ces difficultés mais uniquement lorsque la société holding ne détient qu'une seule participation (puisque dans ce cas il n'est pas possible de distribuer les participations entre les héritiers). Cette exception ne tient, toutefois, pas compte de l'ensemble des cas problématiques et est peu compatible avec le texte de la loi. De plus, le rapport ajoute un critère qui n'a pas été retenu dans la notion d'entreprise de l'art. 616 AP-CC, à savoir le critère du responsable qui doit être actif dans l'exploitation.

Ces défauts mis à part, il faut encore se demander s'il est juste de traiter de manière différente les holdings et les autres entreprises. Pourquoi distinguer la société qui, à côté de l'exploitation, détient des biens non nécessaires à l'exploitation (une collection de tableaux, par exemple) - et est considérée comme une entreprise au sens des normes proposées - et la holding qui détient, elle, une société ayant une exploitation et une société détentrice d'un seul immeuble ?

Les holdings posent des questions compliquées (notamment lorsqu'elles détiennent plusieurs sociétés dont une société qui remplit les critères d'une exploitation). Il convient, à notre avis, de les envisager clairement dans le texte de la loi. Il faut y réfléchir de manière approfondie et proposer une solution qui soit en harmonie avec le régime juridique réservé aux autres entreprises. Cela passera vraisemblablement par une approche en transparence (donc économique) qui exige que l'on regarde si la holding comprend une ou plusieurs sociétés remplissant les conditions de l'entreprise.

2. Délais de paiement de la créance de liquidation du régime matrimonial (art. 218 al. 3 AP-CC)

Il est proposé d'ajouter un alinéa 3 à l'art. 218 afin de permettre au repreneur de solliciter des délais de paiement en cas de dissolution par décès lorsqu'une entreprise ou des parts sociales/droits de sociétariat octroyant le contrôle d'une telle entreprise sont en jeu. C'est une excellente proposition, qui fait écho à l'insertion d'une disposition comparable dans le cadre de la liquidation de la succession, à l'art. 619 AP-CC. Les difficultés de règlement d'une créance de liquidation, qu'elle soit successorale ou matrimoniale, sont en effet comparables.

Le texte de la loi ne désigne, toutefois, pas clairement les personnes pouvant solliciter ces délais de paiement. Les héritiers collectivement ? L'héritier pressenti pour la reprise ? En principe, il s'agira d'une requête formulée par l'ensemble des héritiers, car ils répondent solidairement du règlement de cette dette (l'on notera que

le conjoint survivant [concerné directement par la question] est également [en principe] un héritier et qu'il pourra s'opposer à une telle démarche ; cet instrument risque donc de rester souvent lettre morte). Le rapport semble, cependant, vouloir réserver ce droit au seul repreneur (p. 18). Outre le fait que le texte de la loi ne le mentionne pas expressément, contrairement à ce qu'indique le rapport, qu'en est-il, le cas échéant, de la situation des autres héritiers ? Est-ce une demande qui a un effet également sur leur situation ? Le message devrait ici apporter des précisions.

En vous remerciant de l'opportunité donnée de nous prononcer sur les normes envisagées et avec mes cordiaux messages,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A. Leuba'. The letters are fluid and cursive, with a large 'L' and 'b'.

Prof. Audrey Leuba
Directrice du Département de droit civil