

TRANSMISSION D'UNE ENTREPRISE FAMILIALE À UN DESCENDANT: ESSAI COMPARATIF SUISSE-FRANCE

par

Florence GUILLAUME

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Avocate

et

Anne-Sophie PAPEIL

Assistante-doctorante
à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

I. INTRODUCTION

L'entreprise familiale n'est pas une forme d'organisation sociale en tant que telle. Le terme «*entreprise familiale*» n'est pas défini par la loi et regroupe toutes sortes d'entreprises. Sont en principe visées des entreprises de la taille d'une PME, mais pas nécessairement. La forme juridique de l'entreprise n'est pas déterminante: il peut s'agir aussi bien d'une société de personnes que d'une société de capitaux. En principe, on parle d'«*entreprise familiale*» lorsqu'une seule famille influence la vie de la société, mais il peut arriver que plusieurs familles soient impliquées. Globalement, on peut admettre qu'on est en présence d'une entreprise familiale lorsqu'une famille domine une entreprise par la détention de la majorité des voix ou d'une autre manière¹.

Dans la présente contribution, un état de fait fréquent en pratique servira de fil conducteur à notre réflexion: une raison individuelle inscrite au registre du commerce² est propriété d'une personne

¹ Voir H. PETER, La forme juridique des entreprises de famille, in: P. Ling (éd.), Les successions dans les entreprises, Lausanne 2006, pp. 49-83 (53); U. FREY / F. HALTER / T. ZELLWEGER, Bedeutung und Struktur von Familienunternehmen in der Schweiz, Saint-Gall 2004, spéc. p. 2.

² En France, on parlera d'entreprise individuelle.

(le «*chef d'entreprise*»). Cette personne souhaite que l'entreprise soit reprise par l'un de ses descendants directs (l'«*héritier reprenant*») au moment de son décès. Nous n'envisagerons que l'hypothèse où l'héritier reprenant est un héritier réservataire. Il peut s'agir soit d'un enfant soit d'un petit-enfant du chef d'entreprise, dans l'hypothèse où son père ou sa mère — qui est l'enfant du chef d'entreprise — est prédécédé.

Comme c'est le sort du patrimoine du chef d'entreprise à son décès qui nous intéresse, nous désignerons ce dernier par le terme «*de cujus*». Sur cette base, nous passerons en revue les différentes manières de transmettre l'entreprise familiale, en comparant les institutions juridiques existant en droit suisse et en droit français. Le droit français présente un intérêt particulier depuis sa dernière réforme du droit des successions qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007³.

Nous verrons d'abord l'hypothèse où l'entreprise familiale revient à l'héritier reprenant par succession conformément aux règles successorales prévues par la loi (II). Nous étudierons ensuite les différentes institutions successorales permettant au *de cujus* de transmettre son entreprise à l'héritier reprenant, soit à son décès (III), soit de son vivant (IV). Nous compléterons l'analyse par quelques considérations de droit international privé en relation avec la liquidation d'une succession comportant des biens en Suisse et en France (V).

II. LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE FAMILIALE PAR SUCCESSION AB INTESTAT

Lorsqu'une personne décède sans avoir pris de dispositions pour cause de mort organisant sa succession, ses héritiers vont lui succéder automatiquement dans ses actifs et passifs transmissibles à son décès. En droit suisse comme en droit français, ils hériteront conjointement de l'entreprise familiale, laquelle se trouvera automatiquement de par la loi en propriété commune des héritiers jusqu'au partage de la succession⁴. Cette situation est source de conflits entre les héritiers. Les difficultés seront d'autant plus importantes que l'entreprise représente une part importante de la fortune du *de cujus*. Dans une telle situation,

³ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, publiée au JO n° 145 du 24 juin 2006 p. 9513, consultable sur le site <http://legifrance.gouv.fr>. Nous désignerons cette réforme par les termes «*la réforme de 2006*».

⁴ Art. 602 al. 1 et art. 652 Code civil suisse (ci-après: CCS); art. 724 et art. 815 Code civil français (ci-après: CCF).

il y a un risque important que l'entreprise s'éteigne en même temps que le chef d'entreprise⁵ ou sorte du cadre familial.

A. L'influence de l'existence d'un conjoint survivant

Dans l'hypothèse où le de cujus laisse un conjoint survivant, la liquidation du régime matrimonial précède celle de sa succession.

Les époux sont en principe en participation aux acquêts en Suisse, respectivement en communauté de biens réduite aux acquêts en France⁶. Le patrimoine successoral est composé dans ce cas d'environ la moitié des biens du de cujus, dès lors que l'autre moitié est attribuée à son conjoint survivant dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial.

Les époux peuvent modifier leur régime matrimonial en signant un contrat de mariage, en la forme authentique⁷. Ils peuvent de cette manière apporter des corrections au régime légal ou opter pour un autre régime matrimonial. Si les époux choisissent le régime de la séparation des biens⁸, il ne sera pas nécessaire de liquider le régime matrimonial au décès de l'un d'eux. Comme chacun reste propriétaire de ses biens dans ce régime, il n'y a en effet pas de participation aux bénéfices à la dissolution du régime.

La présence d'un conjoint survivant dans la succession a non seulement une incidence sur le contenu du patrimoine du de cujus, mais entraîne aussi des conséquences au niveau du calcul des parts successorales des héritiers. En droit suisse, l'existence d'un conjoint survivant influence également le calcul des réserves héréditaires et de la quotité disponible⁹.

B. L'indivision entre les héritiers

Au décès du de cujus, son patrimoine sera transmis de manière effective par l'opération du partage successoral. Comme celui-ci ne peut être réalisé en quelques jours, les héritiers se retrouveront nécessairement dans un régime d'indivision pendant une certaine durée. L'entreprise familiale se trouvera donc en propriété indivise des héritiers pendant cette période transitoire.

⁵ A. DUMAS, Pourquoi nos PME ne grandissent pas?, Institut Montaigne, juillet 2006, p. 5, disponible sur le site www.institutmontaigne.org.

⁶ Art. 181 CCS; art. 1400 ss CCF.

⁷ Art. 182 à 184 CCS; art. 1387 à 1399 CCF.

⁸ Art. 247 à 251 CCS; art. 1536 à 1543 CCF.

⁹ Voir P.-H. STEINAUER, Le droit successoral, in: P. Ling (éd.), Les successions dans les entreprises, Lausanne 2006, pp. 1-21, spéc. pp. 8-11.

1. *La règle de l'unanimité*

Les règles de l'indivision supposent que la gestion des biens indivis se fasse en principe selon la règle de l'unanimité¹⁰, ce qui implique que tous les actes de gestion ne puissent être faits qu'après décision unanime des héritiers. Cette situation n'est pas adaptée aux besoins de gestion de l'entreprise familiale, car la prise de décision peut être considérablement retardée. En outre, certaines décisions peuvent être bloquées en cas de désaccord des héritiers, ce qui présente un risque pour la pérennité de l'entreprise. Ce risque est réel, car l'unanimité est difficile à obtenir en pratique.

Pour cette raison, la réforme de 2006 a assoupli, en France, la règle de l'unanimité en la limitant aux actes très graves. Une majorité des 2/3 des droits indivis suffit désormais pour prendre une décision concernant l'exploitation normale des biens indivis, tels que notamment les actes d'administration relatifs aux biens indivis, la désignation d'un mandataire, la vente de biens indivis pour payer les dettes et charges et la conclusion ou le renouvellement d'un contrat de bail d'habitation¹¹. En outre, les héritiers peuvent désormais effectuer certains actes de gestion des biens de la succession sans que ces actes ne soient interprétés comme une acceptation tacite de la succession¹². Ils peuvent ainsi accomplir les opérations courantes nécessaires à la continuation de l'activité de l'entreprise, tout en conservant le droit de renoncer à la succession¹³.

Le droit français rejoint ainsi le système suisse qui permet aux héritiers d'effectuer les actes d'administration ordinaire de la succession, notamment la continuation des affaires du de cujus, sans pour autant perdre leur droit de répudier¹⁴. Toutefois, la mesure exacte dans laquelle un héritier peut s'investir dans une entreprise familiale sans dépasser les actes conservatoires nécessaires est moins claire en droit suisse qu'en droit français.

2. *La responsabilité personnelle des héritiers pour les dettes*

Les frais nécessaires à la continuation de l'entreprise du défunt sont des frais relatifs à la gestion des biens successoraux, et sont par là même des dettes de la succession. Or, les héritiers sont personnellement et solidairement responsables des dettes du de cujus et de la

¹⁰ Art. 653 al. 2 CCS *cum* art. 602 al. 2 CCS; art. 815-3 CCF.

¹¹ Art. 815-3 CCF.

¹² Art. 784 CCF.

¹³ Art. 784 al. 4 CCF.

¹⁴ Art. 571 al. 2 CCS.

succession¹⁵. Même si ces frais sont en principe à la charge de la succession, les héritiers en répondent à titre subsidiaire¹⁶. En outre, toute décision en relation avec la continuation de l'activité de l'entreprise familiale, exploitée en raison individuelle, est susceptible d'augmenter la responsabilité personnelle des héritiers. Ce risque financier accroît le risque de paralysie de l'entreprise. Les héritiers peuvent en effet être effrayés par la perspective d'engager leur responsabilité personnelle pour toute nouvelle obligation contractée par la communauté héréditaire du fait de la continuation de l'activité de l'entreprise familiale¹⁷.

3. *La désignation d'un représentant des héritiers*

Le fait que les héritiers puissent rencontrer des difficultés à prendre certaines décisions urgentes et cruciales quant à la poursuite de l'activité de l'entreprise peut entraîner des conséquences désastreuses sur sa situation commerciale. Pour remédier à ce risque de blocage, les héritiers peuvent s'entendre pour désigner un représentant de la communauté héréditaire¹⁸. S'ils ne parviennent pas à trouver un accord sur la personne de ce représentant, chacun des héritiers peut demander au juge de le désigner¹⁹, mais une telle procédure peut s'avérer trop longue face à la nécessité de prendre rapidement les décisions nécessaires à la bonne marche de l'entreprise.

4. *La prolongation de l'indivision*

L'indivision prend en principe fin avec le partage de la succession. Mais comme les héritiers n'ont pas l'obligation légale de mettre fin à l'indivision, celle-ci peut se prolonger pendant des années. Les héritiers peuvent aussi conserver volontairement l'indivision pendant plusieurs années, par exemple en attendant qu'un enfant mineur accède à la majorité et puisse reprendre l'entreprise familiale. Dans ce

¹⁵ Art. 560 al. 2, art. 603 al. 1 et art. 474 al. 2 CCS; art. 870 CCF. Le droit romain a introduit la règle de la confusion du patrimoine du défunt avec celui de ses héritiers. La responsabilité illimitée des héritiers pour les dettes du défunt est une conséquence de cette règle; voir P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. 6, *Le successioni*, Parte generale, Milan 1974, p. 423.

¹⁶ Art. 474 al. 2 CCS, appliqué par extension; ATF 93 II 11, JdT 1967 I 542. Art. 873 CCF.

¹⁷ Pour limiter leur responsabilité, les héritiers peuvent demander à l'autorité compétente d'établir un inventaire (art. 580 al. 1 CCS). La réforme de 2006 a simplifié la procédure d'acceptation sous bénéfice d'inventaire et l'a renommée «*acceptation à concurrence de l'actif net*» (art. 787 à 803 CCF).

¹⁸ Art. 602 al. 3 CCS; art. 813 CCF.

¹⁹ Art. 602 al. 3 CCS; art. 813-1 CCF.

cas, ils adopteront en principe une convention d'indivision prévoyant le maintien de l'indivision pour une certaine durée²⁰, et y préciseront les modalités d'exercice de leurs droits indivis²¹. En droit suisse, ils peuvent aussi constituer une indivision de famille²², laquelle peut être limitée à l'entreprise familiale. Chacun des héritiers a néanmoins le droit de provoquer le partage à tout moment, car nul n'est tenu de rester dans l'indivision²³. Ce droit de demander le partage est discrétionnaire et imprescriptible²⁴.

Il est aussi possible de demander au juge d'accorder un sursis au partage. Le sursis sera par exemple prononcé lorsque la réalisation immédiate du partage risquerait de porter atteinte à la valeur des biens indivis²⁵. Mis à part ce cas particulier, le sursis au partage peut être demandé en Suisse pour les entreprises agricoles²⁶. En France, le sursis au partage peut être demandé pour toute entreprise, qu'elle soit agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale²⁷, depuis la réforme de 2006. Le droit français permet en outre de demander au juge le maintien de l'indivision dans le but de préserver le conjoint survivant ou les enfants mineurs²⁸. Le juge statuera en fonction des intérêts en présence et des moyens d'existence que la famille peut tirer des biens indivis pour décider si l'entreprise familiale peut être maintenue, pendant une certaine durée, en indivision.

En cas de discord entre les héritiers quant au maintien ou non de l'indivision, l'entreprise familiale va inévitablement pâtir de la situation.

C. Le partage de l'entreprise familiale

Pour procéder au partage de la succession, les biens du de cujus doivent être répartis entre ses héritiers. Cette répartition est susceptible de mettre en péril l'entreprise familiale si elle ne peut pas être attribuée entièrement à l'un des héritiers.

²⁰ Dans ce cas, la succession reste indivise en tout ou en partie aussi longtemps que les héritiers le souhaitent. Le maintien de l'indivision pendant une certaine durée peut aussi être prescrit par le de cujus dans ses dispositions de dernières volontés.

²¹ Art. 815-1 CCF *cum* art. 1873-1 à 1873-18 CCF.

²² Art. 336 à 348 CCS; ATF 61 II 164, JdT 1936 I 6; voir M. BADDELEY, L'indivision de famille (art. 336-348 CC), in: F. Bianchi (éd.), *Mélanges à l'occasion du centenaire de l'association des notaires vaudois*, Genève/Zurich/Bâle 2005, pp. 55-71.

²³ Art. 604 CCS; art. 815 al. 1 CCF.

²⁴ ATF 69 II 357; Cass. civ. 1^{ère}, 10 décembre 1968.

²⁵ Art. 604 CCS; art. 815 al. 2 CCF, Cass. civ. 1^{ère}, 8 janvier 1985.

²⁶ Art. 12 LDFR.

²⁷ Art. 820 CCF.

²⁸ Art. 821 CCF.

1. *Le partage ab intestat*

En l'absence de dispositions successorales, les descendants se répartiront le patrimoine du de cujus de façon égale entre eux, en application des dispositions légales²⁹. En cas de concours avec le conjoint survivant, les descendants se partagent en droit suisse la moitié de la succession par parts égales, l'autre moitié revenant au conjoint survivant³⁰. En droit français, le conjoint survivant recueille, à son choix, l'usufruit de la totalité des biens existants ou le quart des biens en pleine propriété³¹. Dans le premier cas, les descendants n'ont que la nue-propriété de la succession, alors que dans le second cas, ils se partagent les 3/4 de la succession par parts égales. En fonction du patrimoine successoral, et notamment de la valeur de l'entreprise familiale, cette dernière devra être répartie entre les héritiers.

2. *L'attribution préférentielle*

Il est toutefois possible de demander, à certaines conditions, une attribution préférentielle d'un bien³². Autrement dit, un bien de la succession peut être soustrait aux règles ordinaires de partage et attribué à l'un des héritiers. Ces derniers peuvent ainsi s'entendre pour que l'entreprise familiale soit attribuée entièrement à l'un d'eux dans le cadre du partage. Mais si l'entreprise est l'unique bien ou le principal bien composant le patrimoine du de cujus, l'héritier attributaire devra verser une soulte aux autres héritiers³³.

En droit suisse, comme en droit français, lorsque le patrimoine successoral ne contient pas d'autres actifs permettant de constituer des lots équivalents pour chacun des héritiers, un héritier ne peut donc demander de recevoir l'entreprise dans le partage que s'il est en mesure de verser une soulte aux autres héritiers. Dans la situation où cet héritier travaillait déjà avant le décès dans l'entreprise familiale et a donc contribué à son développement, le partage se fera à son détriment. Il devra en effet payer une soulte à ses cohéritiers qui sera basée sur la valeur de l'entreprise au décès. Le montant dû ne tiendra pas compte de sa participation à l'augmentation de la valeur de l'entreprise. Au niveau fiscal, les droits de succession seront aussi plus

²⁹ Art. 457 al. 2 et art. 610 al. 1 CCS; art. 744 al. 2, 748 al. 2 et 750 al. 2 CCF.

³⁰ Art. 462 ch. 1 CCS.

³¹ Art. 757 CCF. Toutefois, s'il existe un ou plusieurs descendants non communs, le conjoint survivant ne peut pas choisir l'usufruit de la totalité des biens et n'a droit qu'au quart des biens en pleine propriété.

³² Art. 607 al. 2 CCS; art. 831 CCF, dont le champ d'application a été clarifié par la réforme de 2006.

³³ Art. 612 al. 1 CCS; art. 831 CCF.

importants si l'entreprise a pris de la valeur. En Suisse, il y a en outre un risque d'imposition des réserves latentes sur la part de l'entreprise que l'héritier reprenant a dû racheter à ses cohéritiers³⁴.

3. *La vente de l'entreprise à un tiers*

Lorsque l'entreprise familiale est l'unique bien ou le principal bien composant le patrimoine du de cujus et que les héritiers ne parviennent pas à trouver un accord entre eux quant à son attribution, elle devra être vendue à un tiers³⁵. Le prix de vente sera ensuite réparti entre les héritiers. Toutefois, un des héritiers peut demander que la vente soit différée si elle interviendrait à un mauvais moment et que le prix de vente serait notablement inférieur à la valeur réelle de l'entreprise³⁶. Dans un tel cas, l'entreprise sera maintenue en propriété commune des héritiers pendant une certaine période, avec les difficultés de gestion que cela implique.

III. LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE FAMILIALE PAR UN ACTE À CAUSE DE MORT

Pour éviter que l'entreprise ne s'éteigne avec lui, le chef d'entreprise peut prévoir la manière dont elle sera transmise à son décès. L'adoption de dispositions pour cause de mort organisant la succession permet d'écarter l'application des règles ab intestat. Ces dispositions peuvent être prises soit dans un testament, qui est un acte unilatéral du de cujus, soit dans un pacte successoral, lequel implique la participation des héritiers du de cujus. Ce dernier peut aussi désigner un exécuteur testamentaire en Suisse, respectivement un mandataire à effet posthume en France, lequel veillera à l'exécution de ses dernières volontés et administrera l'entreprise pendant la période transitoire nécessaire à sa reprise par l'un des descendants.

³⁴ Art. 18 al. 2 LIFD; voir Y. NOËL, Le point de vue fiscal, in: P. Ling (éd.), Les successions dans les entreprises, Lausanne 2006, pp. 115-147, spéc. pp. 125-126.

³⁵ Art. 612 al. 2 CCS; art. 832 et art. 841 CCF.

³⁶ Art. 604 al. 2 CCS; art. 815-2 CCF.

A. L'attribution de l'entreprise à un descendant par testament

Le de cujus peut attribuer par testament son entreprise à l'un de ses descendants³⁷. Le testament n'est valable que s'il respecte une des formes prévues par la loi, soit dans le contexte qui nous intéresse ici, la forme authentique ou la forme olographe³⁸.

1. La liberté des héritiers

Le testament n'a pas d'effet contraignant quant au partage sur les héritiers: ils peuvent tout-à-fait s'entendre pour répartir la succession d'une autre manière que celle prévue par le de cujus. Ils ne sont liés que par une obligation morale de respecter les dernières volontés du de cujus. Le descendant désigné par le de cujus pour reprendre l'entreprise familiale peut par conséquent refuser cette attribution et exiger que le patrimoine successoral soit réparti selon les règles de partage prévues par la loi.

En droit français, le de cujus peut toutefois imposer à ses héritiers le partage de son patrimoine selon ses instructions en rédigeant un testament-partage³⁹. Les bénéficiaires du testament-partage ont l'interdiction de demander un autre partage de la succession que celui prévu par le de cujus. Soit ils acceptent le partage tel qu'il a été prévu dans le testament, soit ils renoncent à leur qualité d'héritiers⁴⁰. Dans le cadre d'un testament partage, le de cujus peut attribuer spécifiquement l'entreprise familiale par exemple à l'un de ses descendants. Celui-ci devra accepter cette attribution et les autres héritiers ne pourront pas la contester, sous peine de perdre leur qualité d'héritier. Ils conserveront

³⁷ En droit suisse, un héritier légal peut être institué pour l'universalité ou une quote-part de la succession (art. 483 al. 1 CCS); la loi présume qu'il s'agit, dans le cas de l'attribution de l'entreprise, d'une règle de partage et non d'un legs précipitaire (art. 608 al. 1 CCS). En droit français, un héritier légal peut aussi être institué pour l'universalité («*legs universel*») ou une quote-part («*legs à titre universel*») de la succession (art. 1002 CCF).

³⁸ Art. 498 CCS; art. 969 CCF.

³⁹ Art. 1079 CCF; voir M. LÉ BALLE, Le partage d'ascendant, édition Les cours de droit, Paris 1946-1947: «Le partage d'ascendant substitue à une répartition volontaire de l'actif faite par les cohéritiers eux-mêmes, et de l'accord de ceux-ci, ce qui est l'hypothèse de la dévolution héréditaire, une 'distribution de biens' qui est imposée par l'ascendant ou les ascendants auteurs de la distribution à leurs descendants, qui ne sont plus des copartageants mais des copartagés. C'est donc le caractère autoritaire et dispositif du partage d'ascendant qui en constitue à nos yeux la marque distinctive».

⁴⁰ M. GRIMALDI, Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006, JCP N 2006, n° 40, pp. 1756-1762.

néanmoins le droit de faire une action en réduction si la valeur de l'entreprise dépasse la quotité disponible⁴¹.

2. *Le respect des réserves héréditaires*

L'attribution de l'entreprise familiale par testament doit respecter dans tous les cas les réserves héréditaires des autres héritiers. En l'absence de conjoint survivant, la part réservataire des descendants est de 3/4 en droit suisse, à répartir de façon égale entre eux⁴². La quotité disponible est donc de 1/4 du patrimoine. En droit français, la réserve des descendants varie en fonction de leur nombre. Ainsi, la quotité disponible est de 1/2 en présence d'un seul enfant, sa réserve étant de 1/2; la quotité disponible est de 1/3 en présence de deux enfants, chacun ayant une réserve de 1/3; la quotité disponible est de 1/4 en présence de trois enfants et plus, leur part réservataire étant de 3/4 à partager de façon égale entre eux⁴³. En sus de ses descendants, lorsque le de cujus laisse un conjoint survivant, sa réserve est de 1/4 en droit suisse, ce qui réduit la réserve des descendants à 3/8 et la quotité disponible à 3/8. En droit français, le conjoint survivant n'est pas un héritier réservataire en présence de descendants du de cujus⁴⁴ et sa présence ne modifie donc pas la quotité disponible.

Pour que l'attribution de l'entreprise familiale à l'un des descendants respecte la réserve héréditaire des autres héritiers, sa valeur ne doit pas dépasser la quotité disponible augmentée de la réserve de l'héritier reprenant. Par exemple, si le de cujus laisse deux enfants à son décès et que son conjoint est prédécédé, l'attribution de l'entreprise à l'un des deux enfants n'est possible que si sa valeur vénale ne dépasse pas 5/8 de la valeur des biens patrimoniaux du de cujus à son décès⁴⁵ si la succession est ouverte en Suisse, respectivement 2/3 si

41 Art. 1080 CCF *cum* art. 1077-2 CCF.

42 Art. 471 ch. 1 CCS.

43 Art. 913 CCF.

44 Art. 914-1 CCF. Si le de cujus n'a pas de descendant, le conjoint survivant a une réserve de 1/4 et la quotité disponible est de 3/4 dans ce cas.

45 La quotité disponible est calculée au jour du décès sur la base de la valeur vénale des biens du de cujus (art. 474 al. 1 CCS); voir P.-H. STEINAUER, *Le droit des successions*, Berne 2006, n° 460, p. 238, et références doctrinales sous note 11. En France, la valeur des biens extants est également calculée sur la base de leur valeur vénale au jour du décès (art. 922 al. 1 CCF); concernant les donations rapportables, l'art. 922 CCF énonce que «*Les biens dont il a été disposé par donation entre vifs sont fictivement réunis à cette masse, d'après leur état à l'époque de la donation et leur valeur à l'ouverture de la succession, après qu'en ont été déduites les dettes ou les charges les grevant. Si les biens ont été aliénés, il est tenu compte de leur valeur à l'époque de l'aliénation. S'il y a eu subrogation, il est tenu compte de la valeur des nouveaux biens au jour de l'ouverture de la succession, d'après leur état à l'époque de l'acquisition. Toutefois, si la dépréciation des nouveaux biens était, en raison de leur nature, inéluctable au jour de leur*

elle est ouverte en France. Sinon, la réserve héréditaire des autres héritiers serait lésée et il y aurait un risque qu'ils attaquent les dispositions testamentaires au moyen d'une action en réduction⁴⁶. Cette action se prescrit en Suisse par un an à compter du jour où les héritiers connaissent la lésion de leur réserve et dans tous les cas par dix ans à compter de l'ouverture des dispositions testamentaires⁴⁷. En France, l'action en réduction se prescrit par cinq ans à compter de l'ouverture de la succession ou deux ans à compter du jour où les héritiers ont eu connaissance de l'atteinte portée à leur réserve héréditaire, sans jamais pouvoir excéder dix ans à compter du décès⁴⁸.

Si l'attribution de l'entreprise familiale à un descendant lèse la réserve héréditaire des autres héritiers et que ceux-ci souhaitent obtenir l'intégralité de leur réserve, l'héritier reprenant peut néanmoins conserver l'entreprise en versant une soulte aux autres héritiers⁴⁹. Le montant de la soulte serait, dans cette hypothèse, inférieur à celui qui aurait été dû en l'absence de disposition successorale en faveur de l'héritier reprenant. Néanmoins, le risque de vente de l'entreprise si les héritiers ne parviennent pas à trouver un accord sur le montant de la soulte et/ou sur les délais de paiement de cette dernière subsiste⁵⁰.

3. *La transmission en deux étapes successives*

Le de cujus peut désigner dans son testament une personne pour reprendre son entreprise en lui imposant l'obligation de la transmettre à une autre personne à un certain moment. Par exemple, si le de cujus craint de décéder avant que le descendant auquel il souhaite transmettre son entreprise ait atteint sa majorité, il peut transmettre l'entreprise dans un premier temps à son conjoint ou à un autre héritier, à charge pour cette personne de la transmettre à l'héritier reprenant à sa majorité.

En droit suisse, une telle transmission en deux temps peut être réalisée aux conditions d'une substitution fidéicommissaire⁵¹, et en droit français aux conditions d'une libéralité graduelle ou résiduelle⁵². Le

acquisition, il n'est pas tenu compte de la subrogation»; voir M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, Paris 2001, n° 727 à 736, pp. 682-689.

⁴⁶ Art. 522 CCS; art. 921 CCF.

⁴⁷ Art. 533 CCS.

⁴⁸ Art. 921 al. 2 CCF.

⁴⁹ Art. 612 al. 1 CCS; art. 831 CCF *cum* art. 924 ss CCF.

⁵⁰ Voir *supra* II.B.

⁵¹ Art. 488 à 489 CCS.

⁵² Art. 1048 à 1061 CCF.

droit français est plus restrictif que le droit suisse, car la transmission ne peut en principe s'effectuer en faveur de l'appelé (le second héritier gratifié) qu'au décès du grevé (le premier héritier gratifié)⁵³. Cependant, les droits de l'appelé peuvent s'ouvrir par anticipation si le grevé décide d'abandonner ses droits sur le bien. Mais même dans ce cas, le partage définitif ne pourra intervenir réellement qu'au moment du décès du grevé⁵⁴. Du point de vue fiscal, une telle opération ne peut pas être imposée entièrement auprès du grevé et de l'appelé⁵⁵.

4. *Les avantages et les inconvénients de l'attribution par testament*

En désignant son successeur dans l'entreprise familiale dans son testament, le de cujus peut organiser sa succession comme il le souhaite. Cette solution présente l'avantage d'engendrer une charge fiscale peu importante, car le conjoint survivant et les descendants directs sont exonérés soit partiellement⁵⁶ soit entièrement⁵⁷ des droits de succession. En France, l'héritier reprenant sera exonéré des droits de mutation à titre gratuit à concurrence de 75% de la valeur des biens de l'entreprise à condition notamment qu'il conserve les biens affectés à l'exploitation de l'entreprise pendant un délai de six ans et qu'il poursuive l'exploitation de l'entreprise pendant cinq ans⁵⁸. En Suisse, la transmission de l'entreprise par succession n'est pas un cas de réalisation des réserves latentes⁵⁹. En France, les plus-values réalisées sur les éléments d'actifs immobilisés à l'occasion de la transmission de l'entreprise (à l'exception des plus-values immobilières) peuvent être exonérées d'impôts ou bénéficier d'un report provisoire de l'impôt⁶⁰.

Pour le de cujus, le transfert de son entreprise par succession présente l'inconvénient qu'il doit rester actif dans l'entreprise jusqu'à

53 Avant la réforme de 2006, les conditions de substitution étaient plus strictes. En effet, les bénéficiaires ne pouvaient être que les descendants ou les frères et sœurs (anciens art. 1048 et 1049 CCF).

54 Art. 1050 al. 2 CCF; voir M. Grimaldi (éd.), *Droit patrimonial de la famille*, Paris 2008, n° 3851, p. 837.

55 En Suisse: Arrêt du Tribunal fédéral du 25 novembre 2002 n° 2P.168/2002, RDAF 2003 II 233. En France: art. 784C Code général des impôts (ci-après: CGI).

56 En Suisse: AI, GR, VD (exonération partielle pour les descendants), NE (imposés à 3% après déduction de CHF 50'000), JU (une révision est en cours pour exonérer le conjoint survivant, consultation du projet sur <http://www.jura.ch>). En France: art. 779 CGI.

57 En Suisse: AG, AR, BE, BL, BS, FR, GE, GL, LU, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, TI, UR, VS, ZH. Exonération totale seulement pour le conjoint: AI, GR, VD, NE.

58 Art. 787C CGI.

59 Y. Noël (note 34), p. 124.

60 Art. 238quindecies, art. 151septies et art. 41 CGI.

son décès. En outre, il n'a aucune garantie que ses héritiers vont respecter ses dispositions successorales⁶¹. Il est par conséquent préférable pour le de cujus d'organiser sa succession de son vivant en impliquant ses héritiers.

B. La conclusion d'un accord avec les héritiers

Si le chef d'entreprise souhaite éviter tout litige entre ses héritiers à son décès, le meilleur moyen consiste à s'entendre avec eux de son vivant. En obtenant leur accord sur la manière dont ses biens, et notamment son entreprise, seront répartis à son décès, il s'assure d'un partage successoral dans les meilleures conditions possibles. Mais cette solution suppose d'obtenir l'accord de tous les héritiers réservataires avant son décès.

1. Le pacte successoral en droit suisse

Le droit suisse prévoit la possibilité de prendre des dispositions pour cause de mort dans un pacte successoral conclu entre le de cujus et un ou plusieurs héritiers. Le pacte successoral est un contrat qui ne doit pas nécessairement impliquer tous les héritiers: seuls ceux qui sont concernés par le pacte doivent y participer. Le pacte successoral peut avoir deux formes: le pacte d'attribution, par lequel le de cujus prend des dispositions pour cause de mort en faveur du cocontractant ou d'un tiers⁶², et le pacte de renonciation, par lequel un héritier légal renonce en tout ou en partie à ses futurs droits de succession⁶³. Les deux formes peuvent se combiner dans un seul acte. Le pacte successoral n'est valable qu'en la forme authentique⁶⁴.

Le de cujus peut par exemple faire un pacte d'attribution avec l'héritier reprenant prévoyant le principe et les modalités de transmission de l'entreprise familiale. Mais un tel pacte n'engagera pas les autres héritiers, lesquels pourront toujours attaquer le pacte d'attribution si leur réserve héréditaire est lésée. Il est par conséquent souhaitable de conclure un pacte successoral à la fois d'attribution et de renonciation impliquant tous les héritiers réservataires du de cujus. De cette manière, il peut obtenir leur accord quant à une éventuelle lésion de leur réserve héréditaire. Ce dernier point est particulièrement

⁶¹ A l'exception du testament-partage en France, lequel a un effet contraignant sur les héritiers en leur imposant un système de «*à prendre ou à laisser*».

⁶² Art. 494 CCS.

⁶³ Art. 495 à 497 CCS. Le renonçant ne doit pas nécessairement renoncer à tous ses droits successoraux (art. 495 al. 1 et 2 CCS).

⁶⁴ Art. 512 al. 1 CCS *cum* art. 499 à 503 CCS.

important lorsque l'entreprise constitue un élément prépondérant dans le patrimoine du de cujus.

La transmission de l'entreprise familiale pourra se réaliser de façon harmonieuse lorsque les héritiers non-reprenants ont également donné leur consentement quant à son principe et à ses modalités. S'agissant des modalités du transfert, les héritiers non-reprenants peuvent par exemple accepter que le moment du partage soit différé pendant une certaine période afin de permettre à l'héritier reprenant de réunir le montant permettant de reconstituer leur part successorale⁶⁵. La famille peut aussi se mettre d'accord à l'avance sur la méthode d'évaluation de l'entreprise. Ce point est important, car les différentes méthodes d'évaluation à disposition donnent des résultats à ce point différents que la survenance d'un litige entre les héritiers à ce sujet semble inévitable⁶⁶. Les parties au pacte successoral peuvent aussi désigner l'expert qui sera chargé de l'évaluation de la valeur de l'entreprise en lui imposant ou non une méthode d'évaluation. Comme la valeur de l'entreprise doit être estimée au décès du propriétaire⁶⁷, il est difficile de savoir à l'avance si l'attribution de l'entreprise à un descendant lésera ou non la réserve héréditaire des autres héritiers. Si tous les héritiers ont donné leur accord sur la méthode d'évaluation, il ne sera plus possible d'invoquer ce moyen dans le cadre d'une action en réduction. Pour tenir compte de l'apport réalisé par l'héritier reprenant dans le développement de l'entreprise, le pacte successoral peut prévoir une clef de calcul prenant en considération cet apport. Il est aussi possible de fixer directement, d'entente entre les parties, la valeur de l'entreprise ou le montant du rapport⁶⁸. Il serait aussi souhaitable de prévoir dans le pacte successoral les conditions d'une vente ultérieure de tout ou partie de l'entreprise à un tiers. Les héritiers non-reprenants seraient certainement mieux disposés à renoncer à tout ou partie de leur réserve héréditaire si l'héritier reprenant s'engage à leur verser

⁶⁵ La prolongation de l'indivision pendant une certaine durée peut être imposée par le de cujus aux héritiers (art. 608 al. 1 et 604 al. 1 CCS); ATF 96 III 10, JdT 1971 II 19; toutefois, une décision unanime des héritiers (après le décès) permet de passer outre (art. 653 al. 2 et 602 al. 2 CCS).

⁶⁶ Parmi les principales méthodes d'évaluation, on citera les méthodes basées sur les fonds propres, sur la valeur de rendement, sur les flux monétaires libres (méthode dite des *Discounted Cash Flows (DCF)*) et sur le prix auquel des sociétés comparables sont négociées sur le marché. Pour évaluer les PME, le Tribunal fédéral retient en principe la valeur de rendement en prenant en compte dans une certaine mesure la valeur des fonds propres: Arrêt du Tribunal fédéral du 3 avril 2001 n° 4C.363/2000; ATF 120 II 259, JdT 1995 I 208; voir P. EITEL, *KMU und Pflichtteilsrecht*, in: J. Schmid / D. Girsberger (éd.), *Neue Rechtsfragen rund um die KMU*, Zurich 2006, pp. 43-91, spéc. pp. 52-55.

⁶⁷ Art. 474 al. 1 CCS.

⁶⁸ Arrêt du Tribunal fédéral du 7 mai 2003 n° 5C.60/2003; voir P.-H. STEINAUER (note 45), n° 232a, pp. 143-144.

immédiatement le montant correspondant à leurs parts successorales et à les faire participer au gain réalisé lors d'une vente ultérieure.

2. *La donation-partage et la RAAR en droit français*

En France, le principe de la prohibition des pactes sur succession future prévaut⁶⁹. L'art. 722 CCF énonce que *«les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi»*. Cette interdiction est justifiée par différents fondements, tels que notamment le respect des réserves héréditaires et l'égalité en matière de succession. En outre, le fait que le de cujus serait lié par un pacte et ne serait dès lors plus libre de disposer de son patrimoine est un argument souvent mis en avant.

Au moment de la rédaction du Code civil, Portalis avait déjà insisté sur le fait que *«la vie ne saurait être un objet de commerce, la mort ne peut donc devenir l'objet de spéculation mercantile»*⁷⁰. Mais le principe de prohibition des pactes sur succession future fait l'objet de contestations nombreuses depuis le 19^e siècle, lesquelles se sont intensifiées au siècle suivant. Un auteur a ainsi relevé qu'*«On ne voit pas pourquoi le bénéficiaire d'un pacte sur succession future souhaiterait plus ardemment la mort du de cujus que l'héritier ou le légataire»*⁷¹. Les praticiens ont également manifesté leur souhait de voir disparaître cette interdiction⁷².

Le droit français prévoit néanmoins la possibilité de procéder à des donations-partages⁷³. Cette institution permet au de cujus non seulement de donner de son vivant certains biens à ses héritiers présomptifs, mais encore de répartir entre eux tout ou partie de son patrimoine en leur attribuant des lots déterminés. A la différence de la donation simple, la donation-partage permet de fixer définitivement la valeur

⁶⁹ Voir M. GRIMALDI (note 45), n° 339 ss, pp. 317 ss; Y. FAVIER, Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français, in: A. Bonomi / M. Steiner (éd.), Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé, Genève 2008, pp. 29-37.

⁷⁰ J.-E. PORTALIS, in: J. Mavidal / E. Laurent (éd.), Archives parlementaires, Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises de 1800 à 1860, Tome VIII, 1^{ère} partie, Paris 1866, p. 175.

⁷¹ J.-F. VOVIN, La prohibition des pactes sur la succession future en droit français, Thèse Paris 1967. D'une manière générale, sur la prohibition des pactes sur succession future, voir: H. GRAMONT, Etude analytique et critique de la prohibition des pactes sur succession future, Lille 1990.

⁷² Voir le Congrès des notaires de France, Deauville 1975, «Il est interdit d'interdire!», proposition des notaires P. MICHELEZ et J. MOTEL.

⁷³ Art. 1076 à 1087-10 CCF.

des biens donnés, au jour de la donation, pour le calcul des réserves héréditaires⁷⁴. Elle offre donc la possibilité au de cujus de régler tout ou partie de sa succession par anticipation de son vivant. La particularité des donations-partages est que le de cujus doit obtenir l'accord des héritiers concernés par les donations, ce qui les empêche de remettre en question le partage par la suite à son décès. Ces derniers conservent néanmoins le droit de faire une action en réduction dans l'hypothèse où leur réserve héréditaire n'est pas respectée au moment du décès⁷⁵. La donation-partage permet, par exemple, de transmettre l'entreprise de famille à un descendant avec son accord⁷⁶. La réforme de 2006 a introduit une nouveauté intéressante en permettant la donation-partage en faveur d'un petit-enfant du de cujus⁷⁷. Une telle donation n'est toutefois possible qu'avec l'accord de l'enfant du de cujus qui accepte de céder sa place dans la succession en faveur de son propre descendant. De cette manière, le lot qui aurait dû revenir à l'enfant du de cujus passe directement à son petit-enfant, lequel devient son héritier direct.

La réforme de 2006 a introduit une dérogation importante au principe de la prohibition des pactes sur succession future: la renonciation anticipée à l'action en réduction (appelée «RAAR» ou «*pacte de famille*»)⁷⁸. Cette nouvelle institution permet au de cujus d'obtenir d'un futur héritier réservataire sa renonciation par anticipation à toute action en réduction. Il ne renonce donc pas à ses droits successoraux, mais seulement à intenter une action en réduction si une libéralité porte atteinte à sa réserve héréditaire. Il peut renoncer à l'action en réduction soit en cas d'atteinte à tout ou partie de sa réserve, soit par rapport à une libéralité portant sur un bien déterminé. La RAAR doit être faite, en la forme authentique, du vivant du de cujus, lequel doit y consentir pour qu'elle puisse déployer des effets. La RAAR est une innovation importante qui permet de remédier au principal problème surgissant lorsque le de cujus favorise l'un de ses descendants en lui attribuant une partie importante de son patrimoine. Lorsque le de cujus désigne par exemple un héritier pour reprendre l'entreprise familiale, la conclusion d'une RAAR lui permet d'obtenir le consentement des héritiers non-reprenants quant au principe et aux modalités

⁷⁴ Art. 1078-8 al. 3 CCF.

⁷⁵ Art. 1077-1 et 1077-2 CCF.

⁷⁶ Art. 1075-2 CCF.

⁷⁷ Art. 1078-4 CCF; voir M. GRIMALDI (note 40); P.J. SAINT-AMAND, La réforme des successions et des libéralités – Aspects civils et fiscaux, in: A. Bonomi / M. Steiner (éd.), Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé, Genève 2008, pp. 39-56, spéc. pp. 44-48.

⁷⁸ Art. 929 à 930-5 CCF. L'exposé des motifs de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 est disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr.

de l'attribution de l'entreprise familiale. Dès lors que ces derniers s'engagent à ne pas faire d'action en réduction à ce sujet, la RAAR permet d'éviter une grande partie des tensions entre les héritiers qui sont susceptibles de ruiner la reprise de l'entreprise. Mais malgré l'introduction de la RAAR, la prohibition des pactes sur succession future reste tout de même le principe de base en droit français.

3. *L'attribution d'une contrepartie aux héritiers non-reprenants*

Dans le cadre d'un pacte successoral, comme dans celui d'une RAAR, les héritiers non concernés par la reprise de l'entreprise peuvent négocier leur accord quant à l'opération et à ses conditions en échange d'une contrepartie⁷⁹. Celle-ci prendra la forme soit d'une attribution préférentielle par testament, soit d'une donation. La contrepartie est en principe fournie par le de cujus entre vifs au moment de la signature du pacte successoral ou de la RAAR. Mais son versement peut s'avérer difficile, si ce n'est impossible, lorsque l'entreprise constitue l'essentiel du patrimoine du de cujus⁸⁰. Les parties peuvent dans ce cas s'entendre pour que la contrepartie soit fournie avec la collaboration de l'héritier reprenant. Ce dernier pourra par exemple s'engager à faire participer ses co-héritiers à certains avantages liés à l'entreprise, tels que par exemple une participation aux bénéfices pendant une certaine période⁸¹.

⁷⁹ La contrepartie n'est pas un élément nécessaire du pacte successoral de renonciation: les héritiers réservataires peuvent renoncer à tout ou partie de leur réserve héréditaire gratuitement (art. 495 al. 1 CCS). La renonciation anticipée à l'action en réduction peut aussi être gratuite (art. 929 à 930-5 CCF).

⁸⁰ Si l'entreprise a des actifs dont elle peut se séparer sans dommage pour son activité, la vente de ces actifs peut aussi être éventuellement une solution pour obtenir les liquidités nécessaires à la contrepartie revenant aux héritiers non-reprenants.

⁸¹ Cette solution est envisageable lorsqu'un seul des héritiers reprend l'entreprise. Par contre, si plusieurs héritiers reprennent l'entreprise, les moyens successoraux à disposition peuvent être complétés par des moyens relevant du droit contractuel, tels que notamment des conventions d'actionnaires, et du droit commercial, tels que par exemple la modification de la forme sociale de l'entreprise, la création de plusieurs catégories d'actions (actions nominatives liées, actions à droit de vote privilégié, etc.) ou la mise en place d'une structure de type holding. En Suisse, voir à ce sujet: A. HÉRITIER LACHAT, Les conventions d'actionnaires: quelques exemples pratiques, in: P. Ling (éd.), Les successions dans les entreprises, Lausanne 2006, pp. 85-113; H. PETER (note 1), pp. 49-83; T. STAEHELIN, Nachfolge im Familienunternehmen, insbesondere gesellschafts- und steuerrechtliche Aspekte, in: J.N. Druey / P. Breitschmid (éd.), Güter- und erbrechtliche Planung, Berne/Stuttgart/Vienne 1999, pp. 115-146.

4. *Les avantages et inconvénients d'un accord avec les héritiers*

Au vu des difficultés liées à la transmission d'une entreprise familiale par succession, la conclusion d'un pacte successoral en droit suisse, respectivement d'une RAAR en droit français, paraît nécessaire. Ceci est tout particulièrement vrai lorsqu'un seul des descendants reprend les rênes de l'entreprise. Si la transmission est prévue au décès du chef d'entreprise, ce dernier continue à gérer et administrer la société jusqu'à la survenance de cet événement. Comme l'héritier reprenant a l'accord de ses co-héritiers sur la manière de partager la succession, il peut déjà s'investir dans l'entreprise de façon progressive. Le pacte successoral permet ainsi non seulement de régler la succession à l'avance, mais également d'assurer une continuité dans la poursuite de l'activité de l'entreprise. Mais il suscitera souvent d'âpres négociations entre les héritiers.

C. La désignation d'une personne de confiance pour administrer provisoirement l'entreprise au décès

Lorsque le de cujus craint de décéder avant que son descendant susceptible de reprendre l'entreprise ne soit majeur ou ait acquis les compétences requises, ou simplement lorsqu'il souhaite que la gestion de l'entreprise ne soit pas entravée pendant la liquidation de sa succession, il peut compléter ses dispositions pour cause de mort en désignant une personne de confiance dont la fonction sera d'administrer la succession, et notamment l'entreprise familiale, à son décès. Cette personne de confiance pourra assurer l'exploitation de l'entreprise familiale pendant la période transitoire nécessaire à sa reprise par l'un des descendants. Son entrée en fonction quasi immédiate au décès du de cujus permettra d'éviter le risque de paralysie de l'entreprise lié à la règle de l'unanimité entre les héritiers.

1. *L'exécuteur testamentaire en droit suisse*

En droit suisse, l'exécuteur testamentaire est habilité de par la loi à exécuter les dernières volontés du de cujus et à administrer sa succession jusqu'à son partage⁸². Le de cujus définit en principe les fonctions exactes de l'exécuteur testamentaire, et à défaut, la loi

⁸² Art. 517 al. 1 et art. 518 al. 2 CCS.

lui attribue des pouvoirs d'administration assez étendus⁸³. L'exécuteur testamentaire doit notamment continuer les activités de l'entreprise familiale au décès du de cujus, même si ce dernier ne l'a pas mentionné spécifiquement en définissant sa mission⁸⁴. Si cette tâche s'avère trop complexe, il peut la confier à un tiers ayant les compétences nécessaires. L'exécuteur testamentaire a droit à une indemnité équitable⁸⁵.

La mission de l'exécuteur testamentaire prend en principe fin avec le partage de la succession. Toutefois, le de cujus peut prévoir que l'exécuteur testamentaire reste en fonction plus longtemps de manière à assurer une transmission de l'entreprise au descendant reprenant dans les meilleures conditions possibles. Si nécessaire, l'entreprise familiale sera maintenue en indivision pendant une certaine durée, par exemple en attendant la majorité de l'héritier reprenant⁸⁶.

2. *Le mandataire à effet posthume en droit français*

En droit français, la fonction de l'exécuteur testamentaire est en principe limitée à la surveillance de l'exécution du testament et à la prise des mesures conservatoires utiles à sa bonne exécution⁸⁷. Mais le de cujus peut étendre ses pouvoirs en lui attribuant le droit d'administrer le patrimoine successoral. La loi française prévoit que la mission de l'exécuteur testamentaire prend fin deux ans après l'ouverture du testament, sauf prolongation judiciaire⁸⁸. L'exécuteur testamentaire agit en principe à titre gratuit, sauf si le de cujus lui a attribué un legs particulier⁸⁹.

Depuis la réforme de 2006, l'institution du mandat à effet posthume a été introduite en droit français⁹⁰. Elle permet au de cujus de confier de son vivant à une personne la gestion de ses biens après son décès. La mise en place d'un mandat à effet posthume doit être justifiée par un «*intérêt légitime et sérieux au regard de la personne de l'héritier*

⁸³ Voir F. GUILLAUME, La responsabilité de l'exécuteur testamentaire, in: F. Bohnet (éd.), Quelques actions en responsabilité, Neuchâtel 2008, pp. 1-38, spéc. pp. 10-17.

⁸⁴ Voir H.R. KÜNZLE, Der Umgang des Willensvollstreckers mit Unternehmen im Nachlass, in: H.R. Künzle (éd.), Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme, Zurich 2004, pp. 9-36, spéc. pp. 15-16.

⁸⁵ Art. 517 al. 3 CCS.

⁸⁶ M. BADDELEY (note 22), pp. 55-71.

⁸⁷ Art. 1029 CCF.

⁸⁸ Art. 1032 CCF.

⁸⁹ Art. 1033-1 CCF.

⁹⁰ Art. 812 à 814-1 CCF.

ou du patrimoine successoral»⁹¹. Le mandat à effet posthume présente la particularité d'être un contrat, passé en la forme authentique, entre le de cujus et le mandataire, lequel doit accepter le mandat avant le décès du de cujus. La durée du mandat à effet posthume est limitée à cinq ans en cas de minorité, d'incapacité ou d'empêchement temporaire, voire définitif, des héritiers ou lorsque le mandataire doit gérer des biens professionnels. Mais elle peut être prolongée par décision judiciaire. Le mandataire agit en principe gratuitement, sauf accord contraire des parties⁹². Le mandat à effet posthume est notamment conçu pour assurer une continuité dans la gestion d'une entreprise familiale en cas de décès du chef d'entreprise.

IV. LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE FAMILIALE PAR UN ACTE ENTRE VIFS

En transmettant les clefs de l'entreprise familiale à un descendant de son vivant, le de cujus peut non seulement prendre sa retraite, mais aussi anticiper les difficultés qui pourraient apparaître à son décès. Cette transmission peut se faire essentiellement de deux manières différentes: soit sous la forme d'une donation entre vifs, soit sous la forme d'une vente. En outre, le de cujus peut faciliter la transmission de l'entreprise au descendant reprenant en modifiant sa forme juridique.

A. La donation de l'entreprise à un descendant

Lorsque le de cujus fait une donation de l'entreprise de son vivant à l'un de ses descendants, il lui fait une avance sur sa part successorale. Cet avancement d'hoirie sera considéré à son décès comme une libéralité, laquelle devra être réintégrée dans la succession par le biais du rapport successoral. Le rapport permettra de calculer les parts successorales de chacun des héritiers.

1. Le rapport successoral

En droit suisse, l'héritier reprenant pourra choisir entre effectuer le rapport en nature, en rapportant l'entreprise elle-même dans la succession, ou effectuer le rapport par imputation, en rapportant la contre-

⁹¹ Art. 812-1-1 CCF.

⁹² Art. 812-2 CCF.

valeur de l'entreprise au moment du décès⁹³. En droit français, seul le rapport par imputation («*rapport en moins prenant*») est autorisé, sauf stipulation contraire de l'acte de donation prévoyant la possibilité d'un rapport en nature⁹⁴.

En cas de donation de l'entreprise entre vifs à un descendant, il y a un risque que celui-ci soit tenté de réaliser un gain en revendant l'entreprise à un tiers. Si la vente intervient avant le décès du de cujus, l'héritier reprenant devra rapporter en espèces le montant correspondant à la libéralité rapportable, autrement dit le prix de vente⁹⁵. Dans ce cas, les autres héritiers courent le risque que leur co-héritier ne soit pas en mesure de rapporter ce montant dans la succession et qu'ils soient par conséquent privés de leurs parts héréditaires. Si le de cujus souhaite éviter de désavantager outre mesure les héritiers n'ayant pas repris l'entreprise, il serait souhaitable qu'il obtienne de l'héritier reprenant l'engagement de ne pas vendre tout ou partie de l'entreprise avant son décès ou de verser immédiatement à ses co-héritiers le montant correspondant à leurs parts successorales en cas de vente de l'entreprise.

L'acte de donation peut aussi prévoir un droit de retour en cas de prédécès du donataire⁹⁶. Dans ce cas, si l'héritier qui a reçu l'entreprise décède avant le de cujus, l'entreprise redeviendrait la propriété de ce dernier. En France, une telle clause présente l'avantage d'éviter une double taxation sur les droits de mutation à titre gratuit⁹⁷. En Suisse, il en va de même dans certains Cantons⁹⁸.

2. *La dispense de rapport successoral*

Le de cujus peut améliorer la situation de l'héritier reprenant en le dispensant du rapport⁹⁹. La dispense de rapport n'est toutefois valable que si la donation n'a pas entamé la réserve héréditaire des autres héritiers. Si la quotité disponible n'a pas été respectée, les héritiers réservataires pourront attaquer la dispense de rapport au moyen d'une action en réduction¹⁰⁰. L'excédent non rapporté sera considéré dans ce

93 Art. 628 al. 1 et 630 al. 1 CCS; ATF 126 III 171, JdT 2000 I 554.

94 Art. 858 et 845 CCF.

95 Art. 630 al. 1 *in fine* CCS; art. 845 CCF.

96 Art. 247 Code des obligations suisse (ci-après: COS); art. 951 CCF.

97 Art. 791 ter CGI.

98 Voir notamment GE: art. 116 lit. b LCP/GE; VD: art. 16 lit. e LMSD/VD.

99 Art. 626 al. 2 CCS; art. 843 al. 1 CCF.

100 Art. 629 al. 1 CCS; art. 844 CCF.

cas comme une libéralité sujette à réduction¹⁰¹ et sera pris en compte dans le calcul des réserves héréditaires. La situation de l'héritier reprenant est néanmoins préférable en cela que le rapport ne portera dans ce cas que sur le montant nécessaire pour reconstituer les réserves héréditaires.

3. Les avantages et les inconvénients d'une donation entre vifs

La donation de l'entreprise du vivant de son propriétaire présente l'inconvénient majeur pour ce dernier qu'il n'obtient pas de rentrée d'argent en contrepartie. La transmission de l'entreprise ne lui permet par conséquent pas de financer sa retraite.

Elle préterite aussi l'héritier reprenant dans l'hypothèse où l'entreprise constituait le principal bien patrimonial du de cujus, car il devra rapporter un montant d'autant plus élevé dans la succession pour reconstituer les parts successorales de ses frères et sœurs. En outre, en droit suisse l'héritier qui a repris l'entreprise du vivant du de cujus se trouve dans une situation paradoxale en cela que si la valeur intrinsèque de l'entreprise augmente, notamment grâce à son travail, il devra rapporter un montant plus important dans la succession du de cujus et s'acquitter de droits de succession plus importants¹⁰².

La donation du vivant du de cujus engendre une charge fiscale peu élevée, dès lors que le conjoint survivant et les descendants directs sont exonérés d'impôt sur les donations dans la plupart des Cantons¹⁰³, respectivement sont au bénéfice d'abattements sur les droits de mutation en France¹⁰⁴. En outre, en Suisse, il n'y aura en principe pas de réalisation des réserves latentes, à condition que le transfert intervienne à la valeur comptable et que les biens demeurent dans la fortune commerciale¹⁰⁵. En France, les plus-values réalisées sur les éléments d'actifs immobilisés à l'occasion de la transmission de l'entreprise (à l'exception des plus-values immobilières) peuvent être exonérées d'impôts à certaines conditions, ou bénéficier d'un report

¹⁰¹ Art. 527 ch. 1 CCS; art. 844 CCF.

¹⁰² En droit français, la valeur de la donation se calcule d'après la valeur du bien à l'époque du partage selon son état à l'époque de la donation (art. 860 al. 1 CCF).

¹⁰³ AG, AR, BE, BL, BS, FR, GE, GL, LU, NW, OW, SG, SH, SO, TI, UR, VS, ZH. Exonération totale seulement pour le conjoint: AI, GR, VD, NE. LU et SZ n'imposent pas les donations.

¹⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 1980, D. 1981, p. 273, note I. NAJJAR; RTD civ. 1981 p. 422, obs. J. PATARIN.

¹⁰⁵ Y. NOËL (note 34), p. 127.

provisoire de l'impôt aux mêmes conditions qu'en cas de transmission par voie successorale au décès¹⁰⁶.

B. La vente de l'entreprise à un descendant

La vente de l'entreprise à l'héritier reprenant est une meilleure solution du point de vue successoral que sa simple donation du vivant de son propriétaire. La vente présente non seulement l'avantage de financer la retraite du chef d'entreprise, mais aussi de simplifier sa succession, dès lors que l'entreprise sera remplacée dans son patrimoine par un montant en espèces dont le solde pourra être réparti plus facilement entre ses héritiers. La vente de l'entreprise à l'héritier reprenant ne supprime pas pour autant toutes les difficultés successorales. Ce n'est que dans l'hypothèse où la vente s'effectue au prix du marché et que l'héritier reprenant verse immédiatement le prix de vente au de cujus qu'il n'y a pas de difficulté particulière du point de vue successoral.

1. La fixation du prix de vente

Le chef d'entreprise sera souvent tenté d'offrir à son héritier des conditions de reprise favorables. La fixation du prix de vente se fera probablement dans le bas de la fourchette d'évaluation de sa valeur vénale, donc vraisemblablement à un prix inférieur à celui qui aurait été convenu avec un tiers. Dans ce cas, il y a un risque au décès du de cujus que les autres héritiers soient tentés de considérer que la différence entre le prix de vente convenu et le prix du marché constitue une libéralité faite à l'héritier reprenant.

En droit suisse, une telle vente peut être qualifiée de donation mixte, avec pour conséquence que la partie gratuite sera sujette à rapport dans la succession¹⁰⁷. Elle sera qualifiée de donation déguisée en droit français¹⁰⁸. Celle-ci ne sera valable qu'à concurrence de la quotité disponible et pourra faire l'objet d'une action en réduction pour le surplus¹⁰⁹. La Cour de cassation a précisé que les donations déguisées ne sont pas, par elles mêmes et à raison du seul déguisement, nécessairement dispensées de rapport: le juge doit vérifier si le donateur voulait ou non rompre l'égalité entre les héritiers, et donc dispenser le

¹⁰⁶ Art. 238quindecies, art. 151septies et art. 41 CGI.

¹⁰⁷ Art. 626 al. 2 CCS; ATF 126 III 171, JdT 2000 I 554; ATF 98 II 352, JdT 1973 I 322; voir P. EITEL, *Bemerkungen zu BGE 126 III 171*, PJA 2000, pp. 1289-1293.

¹⁰⁸ Pour un arrêt récent, voir Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2008, Bull. 2008 I n° 68.

¹⁰⁹ Art. 921 à 928 CCF.

donataire du rapport¹¹⁰. Aussi bien en Suisse qu'en France, le calcul du montant de la libéralité consentie lors de la vente peut être assez complexe en pratique et risque de susciter des conflits entre les héritiers¹¹¹.

2. *L'octroi d'un prêt pour financer l'achat*

Dans l'hypothèse où l'héritier reprenant n'a pas les liquidités nécessaires pour payer le prix de vente, le de cujus peut être tenté de lui aménager des conditions de financement. Il peut par exemple lui octroyer un prêt.

Si le prêt n'est pas encore entièrement remboursé au décès du de cujus, sa créance contre l'héritier reprenant fera partie de son patrimoine successoral et tous ses héritiers en hériteront en commun¹¹². Par le biais de la compensation, la part successorale de l'héritier débiteur sera amputée du montant de la créance que le de cujus avait contre lui¹¹³. Ainsi par exemple, si un entrepreneur laisse trois enfants dont l'un a acheté l'entreprise familiale, les deux autres hériteront d'une créance contre l'acquéreur. Les héritiers peuvent toutefois convenir à l'unanimité d'ajourner le partage de la succession jusqu'à ce que le prêt soit entièrement remboursé, de façon à éviter d'hériter d'une créance à l'encontre de l'un d'eux¹¹⁴.

On précisera que le prêt d'une somme d'argent ne constitue pas en tant que tel une libéralité sujette à rapport. Mais si les conditions d'octroi du prêt s'écartent des conditions du marché, s'agissant notamment du taux d'intérêts convenu, les autres héritiers pourraient également y voir une donation mixte, respectivement une donation déguisée. L'héritier reprenant courrait dans ce cas le risque supplémentaire de devoir rapporter dans la succession un montant correspondant à la différence entre le taux d'intérêts usuel du marché et le taux d'intérêts convenu.

Pour remédier aux problèmes qui pourraient survenir entre les héritiers en cas de décès du chef d'entreprise avant le remboursement du

¹¹⁰ Voir notamment: Req. 11 janvier 1897, DP 1897.1.473; Cass civ. 1^{ère}, 17 janvier 1995, D. 1995.585; Cass. civ. 1^{ère}, 29 janvier 2002, JCP 2002.I.178, Bull. 2002 I n° 29.

¹¹¹ Le Tribunal fédéral applique la méthode de la proportionnalité, laquelle consiste à déterminer quelle fraction de la valeur du bien au moment de l'avancement d'hoirie représente la part gratuite et à appliquer ensuite cette fraction à la valeur du bien au moment de l'ouverture de la succession: ATF 98 II 352, JdT 1973 I 322; voir P.-H. STEINAUER (note 45), no 236, p. 145.

¹¹² Art. 602 al. 2 CCS; art. 724 CCF.

¹¹³ Art. 614 CCS; art. 864 CCF.

¹¹⁴ Art. 604 al. 1 CCS; art. 820 CCF.

prêt, une solution serait de convenir contractuellement avec l'héritier reprenant d'un remboursement immédiat et intégral du prêt au décès du de cujus.

3. *La protection des héritiers non-reprenants*

Lorsque l'entrepreneur décide de vendre son entreprise à l'un de ses descendants, il y a un risque important que le principe d'égalité de traitement entre les héritiers soit rompu. L'attribution par le de cujus du prix de vente aux héritiers non-reprenants par donation est un moyen permettant de rétablir l'égalité entre ses héritiers¹¹⁵.

Les actes de l'héritier reprenant peuvent augmenter le déséquilibre entre les héritiers lorsqu'il crée un risque financier à l'égard de ses co-héritiers. Par exemple, en Suisse, si l'héritier reprenant procède à l'acquisition de l'entreprise familiale par l'intermédiaire d'une société holding et que l'opération est financée par un prêt du de cujus, il y a un risque qu'il crée une situation de liquidation partielle indirecte au moment du remboursement du prêt¹¹⁶. Les autres héritiers se trouveraient alors devant l'alternative de soit demander le remboursement immédiat du prêt pour obtenir leurs parts successorales, en prenant le risque de devenir débiteurs solidaires d'un impôt dû au titre de la liquidation partielle indirecte¹¹⁷, soit d'attendre que leurs parts successorales soient recomposées au fur et à mesure du remboursement du prêt consenti par le de cujus à la société holding pour acquérir l'entreprise familiale. Le de cujus peut éviter de péjorer outre mesure la situation successorale des héritiers non-reprenants en prévoyant dans ses dispositions pour cause de mort qu'une éventuelle dette fiscale créée indirectement par la mise en place d'un véhicule d'acquisition pour reprendre l'entreprise familiale soit à la charge de l'héritier reprenant¹¹⁸.

¹¹⁵ Il est souhaitable dans ce cas d'obtenir l'accord des héritiers non-reprenants, dans le cadre d'un pacte successoral en Suisse, respectivement d'une donation-partage ou d'une renonciation anticipée à l'action en réduction en France. Voir *infra* III.B.

¹¹⁶ Art. 20a al. 1 lit. a et al. 2 LIFD. R. ARNOLD, Gesetzliche Regelung der indirekten Teilliquidation – Ende gut, alles gut?, *Revue fiscale* 2/2007, pp. 78-92; R. DANON, Vente et transmission de sociétés de capitaux en droit fiscal suisse, in: P. Wessner / F. Bohnet (éd.), *Droit des sociétés – Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin*, Bâle/Genève/Munich 2006, pp. 391-419.

¹¹⁷ Les dettes fiscales du de cujus passent en principe aux héritiers (art. 12 LIFD). Elles sont à la charge de la succession et doivent par conséquent être payées sur les actifs successoraux. Lorsque ceux-ci sont insuffisants, les héritiers assument une responsabilité personnelle et solidaire. Si le partage de la succession intervient avant le règlement de toutes les dettes, celles-ci devront être réparties entre les héritiers. Dans ce cas, chacun des héritiers peut exiger que les dettes soient garanties avant le partage (art. 610 al. 3 CCS).

¹¹⁸ Le de cujus peut régler le sort de ses dettes dans le cadre de ses dispositions pour cause de mort (art. 608 al. 1 CCS).

La vente de l'entreprise à un tiers est une autre situation où les actes de l'héritier reprenant peuvent augmenter le déséquilibre avec ses co-héritiers. Ce faisant, il peut réaliser un gain d'autant plus important que les conditions auxquelles il a lui-même acquis l'entreprise étaient favorables. Pour éviter que ce gain ne soit réalisé au détriment des autres héritiers, il pourrait être opportun de prévoir en faveur de ces derniers la possibilité de participer au gain réalisé lors d'une vente intervenant dans un certain laps de temps depuis la transmission de l'entreprise.

4. *La création d'un usufruit*

A la place d'une vente pure et simple, le de cujus peut aussi conserver l'usufruit de l'entreprise, en n'en transférant que la nue-propriété à son descendant.

Cette situation est toutefois peu motivante pour l'héritier reprenant qui ne profite pas du bénéfice de l'entreprise. En outre, une telle opération serait périlleuse en France, car l'administration fiscale pourrait se prévaloir au décès du chef d'entreprise de la présomption selon laquelle tout bien dont il a l'usufruit à son décès et dont l'un de ses héritiers a la nue-propriété fait partie de sa succession¹¹⁹. La valeur de l'entreprise serait ainsi réintégrée dans la succession du de cujus, alors même que la preuve du paiement pourrait être apportée.

5. *Les avantages et les inconvénients d'une vente*

Si la vente de l'entreprise du vivant du de cujus présente l'avantage de financer la retraite de ce dernier, elle présente plusieurs risques au niveau successoral. En outre, elle entraîne une charge fiscale assez importante: aux impôts liés à la vente s'ajoute l'impôt sur les successions prélevé sur le solde du prix de vente se trouvant dans le patrimoine du de cujus à son décès. Toutefois, en Suisse, la vente peut s'effectuer selon le mécanisme du transfert de patrimoine¹²⁰, avec l'avantage que les réserves latentes ne seront pas imposées à condition que l'entreprise reste assujettie à l'impôt en Suisse et que le transfert soit réalisé à la dernière valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu¹²¹. En France, la vente d'une entreprise individuelle entraîne en principe une imposition immédiate des bénéfices et des

¹¹⁹ Art. 751 CGI.

¹²⁰ Art. 69 LFus.

¹²¹ Art. 19 al. 1 lit. a LIFD; art. 8 al. 3 lit. a LHID.

plus-values¹²², mais il est possible d'obtenir une exonération à certaines conditions¹²³.

C. La mise en société de l'entreprise familiale afin de faciliter sa transmission

En dehors des mesures à caractère successoral, la transmission d'une entreprise individuelle peut être facilitée par sa mise en société du vivant du de cujus. Une telle opération est utile notamment pour associer progressivement l'héritier reprenant à la gestion de l'entreprise et à son capital social. Elle peut aussi être l'occasion d'opérer une répartition des activités de l'entreprise familiale dans deux ou plusieurs sociétés différentes. Cette solution sera envisageable, par exemple, dans le cas où le de cujus souhaite n'attribuer qu'une partie de l'activité de son entreprise à l'héritier reprenant.

1. Le choix d'une forme de société adaptée

La mise en société d'une entreprise individuelle peut être réalisée aussi bien en faveur d'une société de personnes¹²⁴ que d'une société de capitaux¹²⁵. Les critères permettant de choisir la forme de société adaptée aux besoins actuels et futurs des associés sont essentiellement les suivants: responsabilité pour les dettes sociales, financement, frais, organisation, activité et but, personnalité, nationalité et nombre des associés, raisons sociale, transfert, succession et fiscalité¹²⁶. En principe, la mise en société d'une entreprise individuelle se fera sous la forme d'un apport en nature à une société anonyme ou à une société à responsabilité limitée.

Pour éviter le risque qu'une société de personnes soit dissoute au décès du de cujus¹²⁷, les statuts de la société doivent contenir une clause expresse selon laquelle la société peut continuer malgré le

¹²² Art. 201 CGI.

¹²³ Art. 151septies A et 238quindecies CGI.

¹²⁴ En droit suisse: société en nom collectif (art. 552 ss COS), société en commandite (art. 594 ss COS). En droit français: société en nom collectif (art. L221-1 ss Code de commerce), société en commandite simple (art. L222-1 ss Code de commerce).

¹²⁵ En droit suisse: société anonyme (art. 620 ss COS), société en commandite par actions (art. 764 ss COS), société à responsabilité limitée (art. 772 ss COS). En droit français: société à responsabilité limitée (art. L223-1 ss Code de commerce), société anonyme (L225-1 ss Code de commerce), société en commandite par actions (art. L226-1 ss Code de commerce), société par actions simplifiées (L227-1 ss Code de commerce).

¹²⁶ R. RUEDIN, *Droit des sociétés*, Berne 2007, n° 945-957, pp. 187-189.

¹²⁷ Art. 574 et art. 619 COS *cum* art. 545 COS; art. L221-15 et art. L222-10 Code de commerce.

décès d'un associé ou permettant à ses héritiers de prendre sa place dans la société à son décès. Le risque de dissolution au décès de l'un des membres n'existe pas au sein des sociétés de capitaux dont la personnalité est indépendante de celle de ses membres. Toutefois, les statuts de la société ou une convention d'actionnaires peuvent prévoir des règles particulières en relation avec le décès de l'un des associés et la reprise de ses parts par ses héritiers.

En France, la réforme de 2006 a étendu aux entreprises exploitées sous forme de sociétés la possibilité de surseoir au partage de la succession lorsqu'il y a un risque que le partage immédiat porte atteinte à la valeur des biens¹²⁸. En outre, un héritier peut demander à obtenir de façon préférentielle les parts sociales du de cujus dans le partage de sa succession, à condition notamment qu'il ait participé ou qu'il participe activement à l'exploitation de la société au jour du décès¹²⁹.

2. *Les avantages et les inconvénients d'une mise en société*

La mise en société présente l'avantage de séparer le patrimoine de l'entreprise de celui du de cujus. A son décès, seules ses parts sociales feront partie de son patrimoine personnel et devront être partagées entre ses héritiers. La transmission des parts sociales d'une société au décès est plus aisée que celle d'une entreprise individuelle.

Avant de procéder à la transformation de l'entreprise, on gardera à l'esprit le fait que l'infrastructure nécessaire à l'organisation d'une société est plus lourde que celle d'une raison individuelle. En outre, cette opération entraîne des coûts importants, notamment les frais de constitution, ainsi que la libération du capital social minimum exigé pour certaines formes de sociétés.

La transformation d'une entreprise individuelle en une société anonyme ou une société à responsabilité limitée implique aussi des conséquences fiscales importantes. En droit suisse, l'opération peut être réalisée sous la forme d'un transfert de patrimoine¹³⁰, ce qui permet d'éviter l'imposition des réserves latentes, à condition que l'assujettissement soit maintenu en Suisse, que le transfert s'effectue à la valeur comptable et porte sur une exploitation ou une partie d'exploitation et que les actions de la société ne soient pas aliénées dans un délai de cinq ans¹³¹. Il n'y a pas d'aliénation lorsque les

¹²⁸ Art. 820 al. 2 CCF *cum* art. 1844-9 CCF. Voir *supra* II.B.4.

¹²⁹ Art. 831 al. 2 CCF *cum* art. 1844-9 al. 2 CCF.

¹³⁰ Art. 69 LFus.

¹³¹ Art. 19 al. 1 lit. b et 2 LIFD; art. 8 al. 3 lit. b LHID.

actions sont transférées à titre successoral ou par donation pendant le délai de blocage de cinq ans, mais ce dernier continue à courir pour les héritiers. Après le délai de blocage, le de cujus peut vendre ses actions, par exemple à l'héritiers reprenant. En droit français, l'opération d'apport est assimilée fiscalement à une cessation d'activité, laquelle entraîne une imposition immédiate des bénéfices non encore taxés. Mais l'imposition des plus-values d'apport réalisées sur les immobilisations non amortissables peut être provisoirement reportée à certaines conditions¹³². Au décès du de cujus, les héritiers seront exonérés de droits de mutation à titre gratuit à concurrence de 75% de la valeur des parts de la société à certaines conditions, notamment que l'héritier reprenant exerce son activité professionnelle principale dans l'entreprise pendant cinq ans et s'engage à conserver les actions pendant six ans après le décès¹³³.

V. LES ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ D'UNE SUCCESSION HELVÉTIQUE-FRANÇAISE

Les difficultés rencontrées lors de la recherche de la solution la plus favorable au chef d'entreprise qui désire transmettre son entreprise vont augmenter de façon exponentielle si la situation présente un élément d'extranéité. Lorsque des biens se trouvent en Suisse et en France, plusieurs problèmes juridiques vont se poser aux différentes étapes de la liquidation de la succession. En outre, si le de cujus était marié à son décès, la liquidation préalable du régime matrimonial¹³⁴ peut aussi présenter un élément d'extranéité. Tel est le cas lorsque les époux ont plusieurs nationalités ou lorsqu'ils ont — ou ont eu au cours de leur mariage — des domiciles dans des Etats différents. Ces problèmes devront être réglés en fonction du droit applicable, lequel sera déterminé par les règles de droit international privé des Etats concernés¹³⁵.

En Suisse, le droit international privé est codifié dans la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP). En France, il n'est pas codifié et découle des règles établies par la jurisprudence. La Convention entre la Suisse et la France sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile du 15 juin 1869 a été abrogée

¹³² Art. 151 octies CGI.

¹³³ Art. 787B lit. a et c CGI.

¹³⁴ Voir *supra* II.A.

¹³⁵ Voir A. BONOMI, Autonomie des parties en droit patrimonial de la famille et intérêt des entrepreneurs: aspects de droit matériel et de droit international privé, RSDIE 4/2004, pp. 459-481, spéc. pp. 476-481.

d'un commun accord entre les deux Etats avec effet au 1^{er} janvier 1992¹³⁶.

A. La liquidation préalable du régime matrimonial des époux

Lorsque le de cujus laisse un conjoint survivant, le régime matrimonial des époux doit être liquidé avant de répartir sa succession. Ce n'est que dans l'hypothèse où les époux ont choisi le régime de la séparation des biens que cette étape préalable n'est pas nécessaire. Dans les autres hypothèses, le droit applicable au régime matrimonial a une certaine importance, dès lors qu'il sera déterminant pour fixer les pourtours du patrimoine personnel du de cujus. Le droit international privé suisse sera applicable pour déterminer le droit régissant le régime matrimonial lorsque le de cujus avait son dernier domicile en Suisse, respectivement le droit international privé français lorsqu'il avait son dernier domicile en France. Ces deux systèmes de conflit de lois contiennent des règles de rattachement différentes.

1. Lorsque le dernier domicile du chef d'entreprise est en Suisse

Si le chef d'entreprise est domicilié en Suisse à son décès, les autorités suisses de son dernier domicile sont compétentes pour liquider sa succession et pour liquider préalablement son régime matrimonial¹³⁷.

Le régime matrimonial est régi par le droit choisi par les époux¹³⁸ ou, à défaut d'élection de droit, par le droit du dernier Etat dans lequel les deux époux ont été domiciliés en même temps¹³⁹. S'ils n'ont jamais eu leur domicile dans un même Etat, leur régime matrimonial est régi par leur droit national commun¹⁴⁰, ou le droit suisse s'ils n'ont pas de nationalité commune¹⁴¹. Ces règles s'appliquent de façon rétro-

¹³⁶ Cette Convention bilatérale reste cependant applicable aux successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 1992; ATF 119 II 77; CA Paris, 16 mai 1995, JDI 1996, p. 83, note M. REVILLARD. Voir F.-E. KLEIN, Die Aufhebung des französisch-schweizerischen Vertrags vom 15. Juni 1869 über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen und die — nicht immer erfreulichen — Folgen, BJM 1996, pp. 169-188; E. SIEGRIST, De la dévolution successorale en application de la convention franco-suisse du 15 juin 1869, thèse Neuchâtel 1953.

¹³⁷ Art. 86 al. 1 et art. 51 lit. a LDIP.

¹³⁸ Art. 52 al. 1 LDIP.

¹³⁹ Art. 54 al. 1 lit. a et b LDIP.

¹⁴⁰ Art. 54 al. 2 LDIP.

¹⁴¹ Art. 54 al. 3 LDIP. Dans ce cas, le régime matrimonial est celui de la séparation des biens. Le recours à l'art. 15 LDIP pourrait être envisagé si ce régime ne correspond absolument pas à la situation concrète des époux.

active au jour de célébration du mariage, sauf convention contraire entre les époux¹⁴², ce qui signifie qu'une seule loi régit le régime matrimonial depuis le mariage¹⁴³.

Lorsque les époux décident de choisir le droit applicable à leur régime matrimonial, ils ont le choix entre le droit de l'Etat dans lequel ils sont tous deux domiciliés ou seront domiciliés après la célébration du mariage, ou l'un de leurs droits nationaux¹⁴⁴. Toute autre élection de droit ne sera pas considérée comme valable par une autorité suisse. L'élection de droit doit figurer dans un contrat de mariage¹⁴⁵. Elle peut être faite ou modifiée en tout temps et rétroagit dans ce cas au jour de célébration du mariage, sauf convention contraire¹⁴⁶.

2. *Lorsque le dernier domicile du chef d'entreprise est en France*

En droit international privé français, les règles de compétence internationale sont déterminées en transposant les règles de compétence interne à l'ordre international. Les autorités françaises du dernier domicile du de cujus sont compétentes pour régler sa succession. Comme en Suisse, elles devront liquider le régime matrimonial avant de liquider la succession.

La France est partie à la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Celle-ci s'applique aux époux mariés après son entrée en vigueur, en date du 1^{er} septembre 1992. La Convention prévoit un rattachement de principe du régime matrimonial à la loi choisie par les époux¹⁴⁷. Ceux-ci ont un choix limité à l'un de leurs droits nationaux ou à la loi de l'Etat dans lequel l'un d'eux a sa résidence habituelle ou aura sa résidence habituelle après le mariage¹⁴⁸. A défaut de choix de la loi applicable, le principe est le rattachement à la loi de l'Etat dans lequel

¹⁴² Art. 55 al. 1 LDIP.

¹⁴³ Pour une illustration d'application de ces règles, voir *infra* V.A.3.

¹⁴⁴ Art. 52 al. 2 LDIP.

¹⁴⁵ Pour plus de détails, voir: A. BUCHER, *Le couple en droit international privé*, Bâle/Genève/Munich 2004, pp. 85-103; A. BONOMI, *Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé*, in: A. Bonomi / M. Steiner (éd.), *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé*, Genève 2006, pp. 59-75.

¹⁴⁶ Art. 53 al. 2 LDIP.

¹⁴⁷ Art. 3 al. 1 Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

¹⁴⁸ Art. 3 al. 2 Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

les époux ont établi leur première résidence habituelle¹⁴⁹. A défaut de résidence habituelle commune, le régime matrimonial est régi par la loi nationale commune des époux¹⁵⁰ ou, à défaut de nationalité commune, par la loi de l'Etat avec lequel, «*compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits*»¹⁵¹. La Convention est d'application *erga omnes*¹⁵², ce qui signifie qu'elle sera appliquée par le juge français même dans les rapports juridiques impliquant un Etat non contractant, comme par exemple la Suisse.

Pour les époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992, le régime de droit commun en matière de régimes matrimoniaux s'applique. Le système est sensiblement le même que sous le régime de la Convention. La loi choisie par les époux est en principe applicable à leur régime matrimonial¹⁵³. A défaut de choix exprès, il faut rechercher la volonté des époux¹⁵⁴. La Cour de cassation a fixé une présomption de rattachement en faveur de la loi du lieu du premier domicile matrimonial¹⁵⁵.

3. Illustration

Pour illustrer les différences de rattachement du régime matrimonial existant en droit international privé suisse et français, prenons l'exemple suivant:

Monsieur Chapuis, de nationalité suisse, a épousé Madame Dupont-Chapuis, de nationalité française, le 3 mars 1960 à Neuchâtel. Ils ont été domiciliés à Neuchâtel pendant 12 ans, puis se sont installés en France voisine à Pontarlier. Monsieur Chapuis vient de décéder à Pontarlier laissant pour lui succéder son épouse et ses trois filles. Avant de liquider sa succession, il faut commencer par liquider le régime matrimonial des époux Dupont-Chapuis. Les époux s'étant mariés avant le 1^{er} septembre 1992, les autorités françaises compétentes pour régler la succession vont appliquer le droit commun

149 Art. 4 al. 1 Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

150 Art. 4 al. 2 Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Cette disposition prévoit un système complexe pour déterminer la loi nationale commune des époux.

151 Art. 4 al. 3 Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

152 Art. 2 Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

153 Cette règle résulte de la consultation de DUMOULIN par les époux de Ganey en 1525.

154 Pour plus de détails concernant le contrat de mariage, voir: M. REVILLARD, Droit international privé et communautaire: pratique notariale, 6^{ème} éd., Paris 2006, pp. 131-192.

155 Cass. civ. 1^{ère}, 26 février 1963, rev. cr. DIP 1964 p. 734.

français pour déterminer le droit applicable au régime matrimonial des époux. Si ces derniers n'ont pas fait d'élection de droit, le droit de l'Etat dans lequel ils ont eu leur premier domicile matrimonial est applicable, soit le droit suisse. Leur régime matrimonial est donc le régime légal suisse de la participation aux acquêts. Après avoir procédé à la liquidation du régime matrimonial conformément à ces règles, les autorités françaises devront s'interroger sur le droit successoral applicable pour liquider la succession.

Si les époux Dupont-Chapuis étaient revenus s'installer en Suisse et que Monsieur Chapuis était décédé en Suisse, les autorités suisses de son dernier domicile auraient été compétentes et auraient aussi considéré que le régime matrimonial des époux était régi par le droit suisse. Le critère de rattachement aurait été dans ce cas non pas le premier domicile des époux, mais leur domicile au moment du décès. Si seul Monsieur Chapuis était revenu habiter en Suisse, les autorités suisses auraient considéré que le régime matrimonial était régi par le droit français, car c'est en France que les époux avaient été en dernier lieu domiciliés en même temps.

B. La liquidation d'une succession helvético-française

Lorsque le patrimoine du chef d'entreprise est composé de biens en Suisse et en France, il convient de déterminer si le même droit régit la transmission pour cause de mort de tout son patrimoine ou si certains de ses biens sont régis par une loi différente. Comme pour la liquidation du régime matrimonial, les autorités du dernier domicile du de cujus sont en principe compétentes pour liquider sa succession. Elles appliqueront les règles de droit international privé de leur Etat respectif pour déterminer le droit applicable à la succession. Du point de vue fiscal, il faut mentionner l'existence d'une Convention de double imposition conclue entre la Suisse et la France en matière d'impôts sur les successions¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Convention entre la Confédération suisse et la République française en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur les successions du 31 décembre 1953. Cette Convention bilatérale prévoit que la fortune mobilière est en principe imposée au dernier domicile du de cujus, alors que la fortune immobilière est imposée au lieu de situation de l'immeuble (art. 2 §1 et art. 3 §1 CDI France). Toutefois, la fortune mobilière attribuable à un établissement stable peut être imposée au lieu de situation de l'établissement (art. 2 §2 et §3 CDI France). Voir R. LENZ, Double imposition internationale — Impôt sur les successions. La convention avec la France, FJS n° 1111b, 1963.

1. *Lorsque le dernier domicile du chef d'entreprise est en Suisse*

Si le chef d'entreprise a son dernier domicile en Suisse à son décès, les autorités suisses de son domicile sont compétentes pour régler sa succession¹⁵⁷, laquelle sera régie par le droit suisse¹⁵⁸. Le droit suisse sera en principe applicable à tous les biens du de cujus, quel que soit le lieu où ils se trouvent. Le droit international privé suisse consacre en effet le principe de l'unité de la succession, selon lequel tous les biens du de cujus (meubles et immeubles) forment un seul patrimoine successoral. Il faut toutefois réserver deux hypothèses particulières.

Premièrement, si le de cujus a une nationalité étrangère, sans avoir la nationalité suisse, il peut soumettre sa succession à son droit national en faisant une *professio juris* dans un testament ou dans un pacte successoral¹⁵⁹.

Deuxièmement, si le de cujus a un immeuble dans un Etat étranger qui revendique une compétence exclusive pour s'occuper des immeubles situés sur son territoire dans le cadre d'une succession, comme c'est le cas par exemple de la France, les autorités suisses ne s'occuperont pas de cet immeuble et laisseront les autorités étrangères du lieu de situation s'en occuper¹⁶⁰. Dans ce cas, l'immeuble concerné sera sorti de la succession suisse et sera réparti entre les héritiers par l'autorité étrangère compétente, laquelle appliquera son propre droit international privé pour déterminer le droit applicable à cette partie de la succession consacrée à l'immeuble. Il y aura donc deux successions distinctes, ouvertes dans deux Etats différents, qui seront partagées chacune selon la loi désignée par les règles de conflit de lois de chacun des deux Etats¹⁶¹. Dans ce cas particulier, la question se pose de savoir si les autorités suisses doivent considérer la succession dans son ensemble, soit non seulement les biens dont elles sont chargées de la dévolution mais aussi les biens situés à l'étranger qui sont soustraits à leur compétence, ou si elles doivent considérer de façon autonome la succession qui leur est soumise, sans tenir compte des biens situés à l'étranger¹⁶². Dans la première hypothèse, elles devront tenir compte

¹⁵⁷ Art. 86 al. 1 LDIP.

¹⁵⁸ Art. 90 al. 1 LDIP.

¹⁵⁹ Art. 90 al. 2 LDIP.

¹⁶⁰ Art. 86 al. 2 LDIP.

¹⁶¹ Pour une illustration d'application de ces règles, voir *infra* V.B.3.

¹⁶² E. SIEGRIST (note 136), pp. 93-102. Cet auteur utilise les termes «*appréciation globale*» pour désigner la méthode prenant en considération l'ensemble des biens du de cujus, sans égard à la masse successorale à laquelle ils appartiennent, et «*appréciation distincte*» pour désigner la méthode prenant en considération uniquement les biens figurant dans chacune des masses successorales sans considérer ceux qui appartiennent à l'autre masse successorale.

des biens soustraits à leur compétence, même si elles ne procèdent pas à leur répartition entre les héritiers. Cela signifie notamment que le calcul des réserves successorales selon le droit applicable à la succession relevant de la compétence des autorités suisses prendra en considération la valeur des immeubles qui échappent à leur compétence. Dans la seconde hypothèse, les autorités suisses ne prendront aucune-ment en considération les immeubles soustraits à leur compétence, lesquels seront considérés comme inexistants pour déterminer le patri-moine successoral à répartir entre les héritiers. La doctrine majori-taire est d'avis qu'il convient de considérer la succession dans son ensemble, ce qui implique notamment d'intégrer la valeur des immeubles situés à l'étranger soustraits à la compétence des autorités suisses pour calculer les réserves héréditaires¹⁶³. Cette solution s'im-pose pour des raisons d'équité.

2. *Lorsque le dernier domicile du chef d'entreprise est en France*

Si le dernier domicile du chef d'entreprise est situé en France à son décès, les autorités de son dernier domicile en France sont compé-tentes pour régler sa succession. La compétence internationale des autorités françaises du domicile du de cujus découle d'une transposi-tion des règles de compétence interne à l'ordre international¹⁶⁴. Mais la compétence internationale des autorités du dernier domicile du de cujus ne vaut, selon la jurisprudence, qu'en matière mobilière¹⁶⁵. En matière immobilière, les autorités du lieu de situation de l'immeuble sont exclusivement compétentes¹⁶⁶. Cela implique que les autorités françaises s'occupent toujours de la dévolution successorale des immeubles situés en France, mais ne s'occupent jamais de celle des immeubles situés hors du territoire français. A la différence du droit international privé suisse, le droit international privé français consacre ainsi le principe de la scission de la succession. Selon ce principe, les biens du de cujus peuvent former plusieurs patrimoines successoraux:

¹⁶³ A. BUCHER, *Droit international privé suisse – Tome II: Personnes, Famille, Succes-sions*, Bâle 1992, pp. 305-306; A. HEINI, in: D. Girsberger et al. (éd.), *Zürcher Kom-mentar zum IPRG*, 2^{ème} éd., Zurich 2004, vor Art. 86-96, n° 14, p. 1018; B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4^{ème} éd., Bâle 2005, ad art. 86, n° 4, p. 292; H.-P. SCHÖMMER / U. BÜRGI, *Internationales Erbrecht – Schweiz*, 2^{ème} éd., Munich 2006, n° 792, p. 194.

¹⁶⁴ Art. 720 CCF.

¹⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 1939, *Labedan*, D.P. 1939.1.97, note P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Recueil Sirey* 1940 I p. 49, note J.P. NIBOYET; B. ANCEL / Y. LEQUETTE, *Les Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., Paris 2006, n° 18, pp. 157-163.

¹⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 12 octobre 1976, Bull. 1976 n° 290; Cass. civ. 1^{ère}, 7 janvier 1982, Bull. 1982 n° 6.

ses meubles sont dans une masse successorale distincte de celle dans laquelle figurent ses immeubles. S'agissant des immeubles, il y aura autant de masses successorales que de pays dans lesquels se trouvent des immeubles du de cujus.

Le principe de la scission de la succession s'applique aussi en matière de droit applicable. La succession mobilière est régie par la loi du domicile du de cujus¹⁶⁷, alors que la succession immobilière est régie par la loi du lieu de situation de l'immeuble¹⁶⁸. Chaque masse successorale est par conséquent régie par sa propre loi, laquelle peut être différente pour chaque masse. Le droit international privé français n'autorise pas la *professio juris* en matière de succession¹⁶⁹.

Dans l'hypothèse où les autorités françaises ne sont compétentes que pour une partie de la succession, par exemple les immeubles situés en France, doivent-elles faire une appréciation globale de la succession en prenant en considération les autres biens du de cujus ou peuvent-elles limiter leur champ de vision aux biens pour lesquels elles sont compétentes ? La jurisprudence française opte pour une appréciation distincte de chaque masse successorale en considérant que chacune des masses est une succession autonome¹⁷⁰. La répartition des biens relevant de la compétence des autorités françaises se fait donc en principe sans se préoccuper du sort des biens figurant dans les autres masses successorales et pour lesquels les autorités d'autres pays sont compétentes. Mais cette jurisprudence a été récemment tempérée en faveur d'une appréciation globale de la succession : la valeur des biens qui échappent à la compétence des autorités françaises est désormais prise en considération pour le calcul des réserves héréditaires¹⁷¹. En outre, les tribunaux français devraient aussi prendre en considération la succession dans sa globalité lorsque le de cujus a conclu un accord avec ses héritiers, notamment dans le cadre d'une donation-partage, d'un testament-partage, d'une RAAR ou d'un pacte successoral, de même que lorsque les héritiers ont convenu entre eux

¹⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 1939, *Labedan*, D.P. 1939.1.97, note P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Recueil Sirey 1940 I p. 49, note J.P. NIBOYET, B. ANCEL / Y. LEQUETTE (note 165), n° 18, pp. 157-163.

¹⁶⁸ Art. 3 al. 2 CCF. Req. 2 juin 1806; Cass. civ., 14 mars 1837, *Stewart*, B. ANCEL / Y. LEQUETTE (note 165), n° 3, pp. 22-29.

¹⁶⁹ Voir B. AUDIT, *Droit international privé*, 2^{ème} éd., Paris 1997, n° 866, p. 722; A.-S. PAPEIL, *Doit-on laisser la possibilité au futur de cujus de choisir la loi applicable à sa succession?*, *Successio* 2007, pp. 108-123; A. BONOMI / J. BERTHOLET, *La professio juris en droit international privé suisse et comparé*, in: *Mélanges publiés par l'Association des notaires vaudois à l'occasion de son centenaire*, Zurich 2005, pp. 355-380, spéc. p. 374.

¹⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1953, rev. cr. DIP 1955, p. 698, note E. MEZGER.

¹⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, *Ballestrero*, rev. cr. DIP 2000, p. 359, note B. ANCEL, D. 2000 p. 539, note F. BOULANGER, JDI 2001 p. 505, note M. RÉVILLARD.

d'un partage amiable de la succession¹⁷². On mentionnera enfin le fait que lorsqu'une loi étrangère est applicable à la succession, un héritier de nationalité française dont la part de succession est inférieure en vertu de cette loi à celle à laquelle il aurait pu prétendre si le droit français avait été applicable à la succession a le droit de prélever la différence sur les biens de la succession (meubles et immeubles) situés en France¹⁷³. Ce droit de prélèvement peut être invoqué dans tous les cas où la succession est régie par une loi étrangère. Pour estimer si un héritier a effectivement subi une perte dans la succession en raison de l'application d'un droit étranger, le juge considérera la succession dans son ensemble et non pas uniquement les biens figurant dans la masse successorale soumise à sa juridiction¹⁷⁴. Il appliquera donc le droit français à tous les biens successoraux, en faisant comme s'ils étaient tous soumis au droit français.

Comme le droit français prohibe les pactes sur succession future¹⁷⁵, des difficultés peuvent survenir lorsque le de cujus a établi un pacte successoral selon un droit étranger. Les autorités françaises du dernier domicile du de cujus peuvent, par exemple, être confrontées à un pacte successoral conclu conformément au droit suisse. La validité d'un pacte successoral sera examinée par les autorités françaises au regard du droit applicable à la succession, car il s'agit fondamentalement d'une institution de droit successoral permettant de modifier de façon conventionnelle les règles de dévolution ab intestat. Si un pacte successoral contient des dispositions permettant de créer ou de renoncer à des droits sur toute ou partie d'une succession future, il sera considéré comme nul par les autorités françaises. Comme la prohibition des pactes sur succession future a un caractère d'ordre public international, ce principe s'applique aussi bien aux Français qu'aux étrangers¹⁷⁶. Toutefois, la jurisprudence a quelque peu atténué le principe de la nullité des pactes sur succession future en admettant la

172 P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 8^{ème} éd., Paris 2004, n° 817, p. 595.

173 Art. 2 de la loi du 14 juillet 1819: «Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales.» Selon la jurisprudence, ce droit de prélèvement peut être exercé aussi bien à l'égard d'étrangers que de Français. Voir P. MAYER / V. HEUZÉ (note 172), n° 812-813, p. 592-594; B. AUDIT (note 169), n° 874, p. 729.

174 Cass. civ. 1^{ère}, 4 février 1986, *Defrénois* 1987, art. 33837, note M. REVILLARD; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} février 1972, *Defrénois* 1972, art. 30177, note P. MALAURIE; Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1985, *Caron*, rev. cr. DIP 1986, p. 66, note Y. LEQUETTE, JDI 1987 p. 80, note M.-L. NIBOYET. Voir P. MAYER / V. HEUZÉ (note 172), n° 817, p. 595.

175 Voir *supra* III.B.2.

176 A. VACCHAREZZA, *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé, étude des solutions en vigueur dans les pays du marché commun*, rapport au 7^{ème} Congrès de l'Union Internationale du Notariat Latin, Bruxelles 1963, p. 463.

validité d'un pacte successoral lorsqu'il ne lèse pas les réserves héréditaires¹⁷⁷. En outre, elle a admis qu'il soit possible de requalifier un pacte successoral en une institution existant en droit français, notamment une institution de nature contractuelle, une donation-partage, une RAAR voire un pacte successoral étranger¹⁷⁸. Un pacte successoral ne sera par conséquent pas nécessairement considéré comme nul par les autorités françaises. Dans le cas où il est interprété comme un pacte sur succession future il sera nul¹⁷⁹, dans le cas où il pourra être requalifié en une institution du droit français il peut être considéré comme valide, en particulier lorsqu'il ne lèse pas les réserves héréditaires¹⁸⁰. Si un pacte successoral est considéré comme nul par les autorités françaises, les biens dont il réglait la dévolution seront répartis conformément aux règles ab intestat.

3. *Illustration*

Pour illustrer les difficultés pouvant survenir lors de la liquidation d'une succession dont certains biens se trouvent sur territoire suisse et d'autres biens sur territoire français, reprenons l'exemple que nous avons commencé ci-dessus¹⁸¹:

Monsieur Chapuis, de nationalité suisse, a épousé Madame Dupont-Chapuis, de nationalité française, à Neuchâtel. Ils ont été domiciliés à Neuchâtel pendant 12 ans, puis se sont installés en France voisine à Pontarlier. Monsieur Chapuis vient de décéder à Pontarlier laissant pour lui succéder son épouse et ses trois filles. Monsieur Chapuis laisse des biens mobiliers et immobiliers en France et en Suisse. Les autorités françaises sont compétentes pour régler la succession de Monsieur Chapuis en ce qui concerne les biens situés en France et les meubles situés en Suisse, mais pas pour l'immeuble situé en Suisse. Les autorités du lieu d'origine en Suisse de Monsieur Chapuis devront régler la succession de l'immeuble situé en Suisse¹⁸². Elles

177 Le Tribunal de première instance de Monaco a appliqué la théorie de l'effet atténué de l'ordre public: Trib. 1^{ère} inst. Monaco, 23 février 1995, rev. cr. DIP 1996, p. 439, note B. ANCEL.

178 CA Aix-en-Provence, 16 octobre 2003, rev. cr. DIP 2004, p. 589, note P. LAGARDE.

179 Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003; Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 1996.

180 Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2008; Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 2006; Cass. civ. 1^{ère}, 4 octobre 2005.

181 Voir *supra* V.A.3.

182 Art. 87 al. 1 LDIP. Pour le cas où le de cujus ne serait pas de nationalité suisse, les autorités suisses du lieu de situation de l'immeuble seraient compétentes (art. 88 al. 1 LDIP).

appliqueront en principe le droit suisse¹⁸³. Les règles successorales suisses seront par conséquent applicables pour répartir l'immeuble situé en Suisse entre l'épouse et les trois filles du de cujus. S'agissant de la partie de la succession traitée par les autorités françaises, elle sera répartie conformément aux règles successorales du droit français. Il est probable que la valeur de l'immeuble situé en Suisse soit prise en considération pour calculer le montant des réserves successorales. Si Monsieur Chapuis a choisi de soumettre sa succession au droit suisse, cette *professio juris* sera considérée comme nulle par les autorités françaises. Si les époux Dupont-Chapuis avaient conclu un pacte successoral conformément au droit suisse, un tel pacte sera considéré comme nul par les autorités françaises s'il ne peut pas être requalifié en une institution existant en droit français et qu'il lèse les réserves héréditaires. Dans le cas où le pacte est déclaré nul, la succession de Monsieur Chapuis sera répartie selon les règles ab intestat du droit français. En revanche, dans tous les cas, aussi bien la *professio juris* que le pacte successoral seront considérés comme valables par les autorités suisses chargées de la dévolution de l'immeuble situé en Suisse.

Si les époux Dupont-Chapuis étaient revenus s'installer en Suisse et que Monsieur Chapuis était décédé en Suisse, les autorités suisses de son dernier domicile seraient compétentes pour régler sa succession. Toutefois, l'immeuble situé en France serait écarté de la masse successorale en raison de la compétence exclusive revendiquée par les autorités françaises pour les immeubles situés sur territoire français. La dévolution successorale de cet immeuble serait assurée par les autorités de son lieu de situation, lesquelles appliqueraient le droit successoral français. Tous les autres biens de Monsieur Chapuis seraient répartis conformément aux règles successorales du droit suisse. Il est probable que les autorités suisses prennent en considération la valeur de l'immeuble situé en France, notamment pour le calcul des réserves héréditaires. Comme le de cujus est de nationalité suisse, il ne peut pas choisir de soumettre sa succession à un autre droit que le droit suisse¹⁸⁴. S'il avait expressément désigné, dans un testament ou un pacte successoral, le droit suisse comme étant applicable à sa succession, une telle *professio juris* n'aurait aucun effet pour

183 Art. 91 al. 2 LDIP. Toutefois, si le de cujus a fait une *professio juris* en faveur du droit de son Etat de domicile, les autorités suisses appliqueront ce droit. Une telle *professio juris* serait considérée comme valable par les autorités suisses, même si les autorités françaises du domicile du de cujus ne la considéreraient pas comme valable.

184 En revanche, son épouse, de nationalité française, pourrait soumettre sa propre succession au droit français (art. 90 al. 2 LDIP). Une telle *professio juris* serait considérée comme valable par les autorités suisses, même si les autorités françaises ne la considéreraient pas comme valable.

l'immeuble situé en France. S'il avait conclu un pacte successoral avec son épouse, ce pacte ne pourrait pas non plus avoir d'effet sur l'immeuble situé en France.

La situation peut se compliquer dans l'hypothèse où un bien du de cujus ne serait pas qualifié de la même manière en France qu'en Suisse. Comme chacun des deux Etats procède à une qualification *lege fori*, il est possible qu'un bien soit qualifié de meuble dans un Etat et d'immeuble dans l'autre¹⁸⁵. Dans un tel cas, il pourrait y avoir un conflit positif de compétence entre les autorités des deux pays. Par exemple, la qualification des parts d'une société civile immobilière s'est posée en France et a finalement été tranchée en faveur d'une qualification de meubles¹⁸⁶, comme cela serait d'ailleurs également le cas en Suisse.

VI. CONCLUSION

La présente contribution montre qu'il existe diverses manières de transmettre une entreprise familiale à un descendant. Aucune ne peut être retenue comme solution idéale: le choix du mode de transmission dépend essentiellement de la situation de fait de départ. Le droit offre plusieurs options au chef d'entreprise pour assurer sa succession au sein de son entreprise. Quelle que soit la manière choisie pour transmettre l'entreprise, ce choix aura des incidences au niveau successoral. Pour cette raison, nous avons concentré notre étude sur les conséquences successorales des principaux modes de transmission de l'entreprise familiale.

La comparaison des droits des successions existant en Suisse et en France fait ressortir de nombreuses similitudes. Le droit suisse n'est certes pas identique au droit français, mais les deux droits offrent des instruments successoraux très semblables. La réforme de 2006 a gommé une différence importante entre les deux droits en introduisant dans le droit français la renonciation anticipée à l'action en réduction. Même s'il ne s'agit pas d'un pacte successoral au sens du droit suisse, cet instrument permet d'atteindre certains des objectifs poursuivis lors de la conclusion d'un pacte successoral. Le droit des successions de ces deux pays présente toutefois des différences importantes, parmi lesquelles on peut citer notamment le fait que le conjoint survivant n'est pas un héritier réservataire en présence de descendants du de cujus en droit français, alors qu'il est toujours un héritier réservataire

¹⁸⁵ Voir par ex. TGI de la Seine, 12 janvier 1966, *Stroganoff-Scherbatoff*, note Y. LOUSSOUARN, rev. cr. DIP 1967, p. 120.

¹⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1985, *Caron*, rev. cr. DIP 1986, p. 66, note Y. LEQUETTE, JDI 1987 p. 80, note M.-L. NIBOYET.

en droit suisse. Les différences entre les deux ordres juridiques se font surtout sentir au niveau des règles adoptées en droit international privé. Le fait que les autorités françaises réclament une compétence exclusive pour les immeubles situés sur territoire français et ne s'occupent pas des immeubles situés à l'étranger complique le règlement de la succession d'une personne possédant des biens situés en Suisse et en France. En outre, le droit international privé suisse est plus libéral que le droit international privé français, dès lors qu'il autorise, à certaines conditions, le choix du droit applicable à la succession.

Dès lors que les autorités du lieu du domicile du chef d'entreprise s'occuperont de la dévolution de sa succession, il est extrêmement important de tenir compte des règles de droit international privé retenues en matière de droit des successions par l'Etat de son dernier domicile. L'application de ces règles permettra en effet de déterminer la ou les loi(s) applicable(s) à sa succession et, par voie de conséquence, quels sont les instruments juridiques à sa disposition et quelles sont les conséquences du choix qu'il a opéré dans le mode de transmission de son entreprise familiale à l'un de ses descendants.

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION.....	33
II.	LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE FAMILIALE PAR SUCCESSION AB INTESTAT	34
	A. L'influence de l'existence d'un conjoint survivant.....	35
	B. L'indivision entre les héritiers	35
	1. La règle de l'unanimité.....	36
	2. La responsabilité personnelle des héritiers pour les dettes.....	36
	3. La désignation d'un représentant des héritiers	37
	4. La prolongation de l'indivision	37
	C. Le partage de l'entreprise familiale.....	38
	1. Le partage ab intestat.....	39
	2. L'attribution préférentielle	39
	3. La vente de l'entreprise à un tiers.....	40
III.	LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE FAMILIALE PAR UN ACTE À CAUSE DE MORT	40
	A. L'attribution de l'entreprise à un descendant par testament.....	41
	1. La liberté des héritiers	41
	2. Le respect des réserves héréditaires	42
	3. La transmission en deux étapes successives.....	43
	4. Les avantages et les inconvénients de l'attribution par testament	44
	B. La conclusion d'un accord avec les héritiers	45
	1. Le pacte successoral en droit suisse	45
	2. La donation-partage et la RAAR en droit français	47
	3. L'attribution d'une contrepartie aux héritiers non-reprenants.....	49
	4. Les avantages et inconvénients d'un accord avec les héritiers.....	50
	C. La désignation d'une personne de confiance pour administrer provisoirement l'entreprise au décès	50
	1. L'exécuteur testamentaire en droit suisse.....	50
	2. Le mandataire à effet posthume en droit français.....	51
IV.	LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE FAMILIALE PAR UN ACTE ENTRE VIFS.....	52
	A. La donation de l'entreprise à un descendant	52
	1. Le rapport successoral	52
	2. La dispense de rapport successoral.....	53

3. Les avantages et les inconvénients d'une donation entre vifs	54
B. La vente de l'entreprise à un descendant	55
1. La fixation du prix de vente	55
2. L'octroi d'un prêt pour financer l'achat	56
3. La protection des héritiers non-reprenants	57
4. La création d'un usufruit	58
5. Les avantages et les inconvénients d'une vente	58
C. La mise en société de l'entreprise familiale afin de faciliter sa transmission.....	59
1. Le choix d'une forme de société adaptée	59
2. Les avantages et les inconvénients d'une mise en société.....	60
V. LES ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ D'UNE SUCCESSION HELVÉTIQUE-FRANÇAISE	61
A. La liquidation préalable du régime matrimonial des époux	62
1. Lorsque le dernier domicile du chef d'entreprise est en Suisse	62
2. Lorsque le dernier domicile du chef d'entreprise est en France.....	63
3. Illustration	64
B. La liquidation d'une succession helvético-française	65
1. Lorsque le dernier domicile du chef d'entreprise est en Suisse	66
2. Lorsque le dernier domicile du chef d'entreprise est en France.....	67
3. Illustration	70
VI. CONCLUSION	72

SEMAINE JUDICIAIRE

DOCTRINE

Comité de rédaction:

Bernard CORBOZ

Bernard BERTOSSA

Laura JACQUEMOUD-ROSSARI

André SCHMIDT

Gilles PETITPIERRE

François BELLANGER

juge au Tribunal fédéral

ancien procureur général

juge au Tribunal fédéral

ancien juge à la Cour de justice

professeur honoraire de l'Université

avocat, professeur à l'Université

Secrétaire du comité de rédaction:

Jessica DENTELLA

titulaire du brevet d'avocat

Adresses:

Rédaction:

Cour de justice
Case postale 3108
1211 Genève 3

Administration:

M^{re} Corinne Teyssere
11, rue Ferdinand-Hodler
1207 Genève
roulteys@swissmail.com

Abonnements:

Imprimerie Fornara SA
8, rue Leschot
1205 Genève
tél.: 022 320 88 22
fax: 022 320 88 40
imp.fornara@bluewin.ch

Numéros écoulés:

Reliureduleman.ch
M. Stéphane Chabbey
3, rue Michel-Chauvet
1208 Genève
tél.: 022 732 48 91
fax: 022 732 48 92
reliureduleman@bluewin.ch