



21.01.2020

Révision du Code civil (Transmission d'entreprises par succession)

Synthèse des résultats de la
procédure de consultation

Table des matières

| | | |
|----------|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1 | En général | 4 |
| 2 | Liste des participants | 4 |
| 3 | Objet de la procédure de consultation | 4 |
| 4 | Remarques générales | 5 |
| 4.1 | Approbation et rejet de principe | 5 |
| 4.2 | Remarques d'ordre général..... | 5 |
| 4.2.1 | Positives | 6 |
| 4.2.2 | Critiques | 8 |
| 4.2.3 | Diverses | 11 |
| 4.3 | Remarques par thème | 15 |
| 4.3.1 | Attribution intégrale de l'entreprise à une personne | 15 |
| 4.3.2 | Sursis à l'obligation de rapport..... | 20 |
| 4.3.3 | Obligations de fournir des sûretés et de verser des intérêts | 26 |
| 4.3.4 | Valeur de l'entreprise en cas de libéralité faite du vivant du <i>de cujus</i> | 29 |
| 4.3.5 | Pas d'attribution de part minoritaire dans une entreprise en imputation sur la réserve..... | 33 |
| 4.3.6 | Accord nécessaire des autres héritiers pour le rapport en nature | 35 |
| 4.3.7 | Suppression des experts officiels pour l'estimation des immeubles | 35 |
| 4.3.8 | Notion d'entreprise en droit successoral | 35 |
| 5 | Remarques par article | 38 |
| 5.1 | Art. 218, al. 3 | 38 |
| 5.2 | Art. 522a | 39 |
| 5.3 | Art. 616 | 39 |
| 5.4 | Art. 617 | 40 |
| 5.5 | Art. 618 | 42 |
| 5.6 | Art. 619 | 43 |
| 5.7 | Art. 620 | 44 |
| 5.8 | Art. 628, al. 2 | 46 |
| 5.9 | Art. 633 | 46 |
| 5.10 | Art. 633a et 633b | 46 |
| 6 | Autres points à étudier | 47 |
| 7 | Accès aux avis | 48 |
| | Anhang / Annexe / Allegato | 50 |

Résumé

La procédure de consultation a eu lieu du 10 avril au 30 août 2019. Ont répondu, 23 cantons, 5 partis politiques et 27 organisations et autres participants. Au total, le présent rapport porte sur 55 prises de position.

La très grande majorité des participants (21 cantons, 4 partis politiques et 20 organisations) a bien accueilli le projet de révision du Code civil (Transmission d'entreprises par succession). Seuls un canton, un parti politique et une organisation s'y opposent. Un canton et 6 organisations n'ont pas pris position expressément.

De manière générale, le but poursuivi de simplifier la transmission d'entreprises par succession a été largement soutenu. Les effets positifs escomptés des mesures proposées sur la pérennité des entreprises ont été salués. Celles-ci devraient bénéficier en particulier aux entreprises familiales et aux PME, à la préservation des emplois qu'elles génèrent et à l'économie en général.

Parmi les mesures proposées, la possibilité d'attribution intégrale de l'entreprise à une seule personne et la possibilité d'obtenir des délais de paiement pour le repreneur de l'entreprise à l'égard de ses cohéritiers ont été largement soutenues. Il en va de même du droit pour les cohéritiers de refuser que leur réserve leur soit attribuée sous forme de part minoritaire dans une entreprise. La question de la valeur d'imputation de l'entreprise dans la succession a par contre fait l'objet de plus de remarques, vu sa relative complexité.

L'obligation pour l'héritier repreneur de fournir des sûretés à ses cohéritiers en cas d'obtention de délais de paiement a pour sa part fait l'objet de nombreuses critiques, cette obligation pouvant grandement compliquer la mise en œuvre de la règle sur les délais de paiement. En outre, le cercle des entreprises concernées par l'avant-projet (les entreprises individuelles et les sociétés non cotées en bourse, à l'exception des sociétés de pure détention d'actifs et des entreprises agricoles) a été remis en question dans plusieurs prises de position.

Différents intervenants à la consultation ont regretté que les aspects fiscaux, primordiaux en matière de succession d'entreprises, n'aient pas été abordés (compétence cantonale).

Finalement, il a été relevé que l'augmentation de la liberté de disposer induite par la réduction des réserves des descendants proposée dans le projet du Conseil fédéral de révision du droit des successions du 29 août 2018 constitue la principale mesure favorisant la transmission d'entreprises.

1 En général

La procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du Code civil (Transmission d'entreprises par succession) a eu lieu du 10 avril au 30 août 2019¹. Les cantons, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale, les associations faîtières qui œuvrent au niveau national des communes, des villes et des régions de montagnes et de l'économie ainsi que d'autres organisations intéressées ont été invitées à se prononcer.

Ont répondu, 23 cantons, 5 partis politiques et 27 organisations et autres participants. Au total, le présent rapport porte sur 55 prises de position². 4 organisations ont expressément renoncé³ à formuler un avis.

2 Liste des participants

Une liste des cantons, des partis, des organisations et des personnes qui ont pris part à la consultation figure en annexe.

3 Objet de la procédure de consultation

Dans son Message du 29 août 2018 concernant la révision du code civil suisse (Droit des successions), le Conseil fédéral a exprimé son intention de proposer un avant-projet prévoyant des mesures visant à simplifier la transmission d'entreprises par succession⁴.

La consultation a ainsi porté sur l'avant-projet du Conseil fédéral du 10 avril 2019 concernant la révision du code civil suisse (Transmission d'entreprises par succession) et son rapport explicatif. L'avant-projet propose quatre mesures phares. Premièrement, il accorde aux héritiers un droit à l'attribution intégrale d'une entreprise dans le cadre du partage de la succession si le *de cuius* n'a pas pris de disposition à ce sujet, dans le but d'éviter le morcellement ou la fermeture d'entreprises. Deuxièmement, il institue en faveur de l'héritier repreneur la possibilité d'obtenir des délais de paiement à l'égard des autres héritiers, afin notamment de lui éviter d'importants problèmes de liquidités. Troisièmement, il établit des règles spécifiques en matière de valeur d'imputation des entreprises, en distinguant les éléments patrimoniaux nécessaires à leur exploitation et les éléments patrimoniaux qui ne le sont pas, pour tenir compte du risque entrepreneurial assumé par le repreneur, sans défavoriser les autres héritiers concernant des biens qui pourraient aisément être distraits de l'entreprise. Quatrièmement, enfin, il institue une protection renforcée des héritiers réservataires, en excluant que la réserve puisse leur être attribuée contre leur gré sous forme de part minoritaire dans une entreprise dont un autre héritier aurait le contrôle.

¹ L'avant-projet et le rapport explicatif sont disponibles sous: www.bj.admin.ch > Société > Projets législatifs en cours > Droit successoral > Procédure de consultation sur la transmission d'entreprises par succession.

² Les prises de position sont disponibles sous: www.bj.admin.ch > Société > Projets législatifs en cours > Droit successoral > Procédure de consultation sur la transmission d'entreprises par succession > Prises de position suite à la procédure de consultation.

³ Association des Communes Suisses, Femmes protestantes en Suisse, Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances, Union des Villes suisses

⁴ FF 2018 5865, 5878

4 Remarques générales

4.1 Approbation et rejet de principe

La très grande majorité⁵ des participants à la consultation a bien accueilli l'avant-projet.

18 cantons saluent l'avant-projet⁶. 3 cantons approuvent les objectifs poursuivis⁷. Seul un canton semble s'y opposer⁸, au motif que la transmission de fortune par succession est une affaire privée. Un canton ne se prononce pas et n'a pas de remarque particulière à formuler⁹.

4 partis politiques saluent l'avant-projet¹⁰ alors qu'un le rejette¹¹.

17 organisations saluent l'avant-projet¹². 3 organisations approuvent l'orientation générale de l'avant-projet¹³. 6 organisations ne s'expriment pas sur l'avant-projet en général ou sur son orientation¹⁴. Seule une organisation s'y oppose expressément¹⁵.

Pour la majorité des participants, les solutions proposées dans l'avant-projet permettront effectivement de faciliter la transmission d'entreprises et atténueront les problèmes rencontrés¹⁶. Elles sont cohérentes, équilibrées et effectives¹⁷. Les mesures proposées sont considérées non seulement comme adéquates¹⁸, mais nécessaires¹⁹, en particulier dans les cas où la succession n'a pas été préparée à l'avance ou n'a pas pu l'être en raison du décès subit ou accidentel du propriétaire de l'entreprise²⁰, voire même urgentes²¹.

Pour les opposants à l'avant-projet, les possibilités existantes en droit civil dans le cadre de la transmission d'entreprises offrent en principe une marge de manœuvre suffisante²². Les mesures proposées sont sans exception au détriment des héritiers réservataires²³, constituent une atteinte injustifiée aux droits des héritiers²⁴ et provoqueront des litiges successoraux²⁵.

4.2 Remarques d'ordre général

En sus de leur approbation ou rejet de principe, de nombreux participants à la procédure de consultation ont formulé des remarques d'ordre général sur l'avant-projet. Elles sont reportées

⁵ AG, p. 1; AI, p. 1; AR, p. 1; BE, p. 4; BS, p. 1; GE, p. 1; GL, p. 1; GR, p. 1; JU, p. 1; LU, p. 1; NE, p. 1; NW, p. 1; SH, p. 1; SG, p. 1; SO, p. 1; TG, p. 1; TI, p. 1; UR, p. 1; VD, p. 1; ZG, p. 2; ZH, p. 1; PDC, p. 1; PLR, p. 1; PS, p. 1; pvl, p. 1; ANV, p. 2; CP, p. 2; Economiesuisse, p. 1; EIT.swiss, p. 1; FER, p. 2; Forum PME, p. 1; FSN, p. 2; GastroSuisse, p. 2; HotellerieSuisse, p. 2; JuCH, p. 1; pharmaSuisse, p. 1; Relève PME, p. 1; SSE, p. 1; SFB, p. 3; suissetec, p. 1; Treuhand Suisse, p. 1; UNIGE, p. 1; USAM, p. 2; USS, p. 1

⁶ AG, p. 1; AI, p. 1; AR, p. 1; BE, p. 4; GE, p. 1; GL, p. 1; GR, p. 1; JU, p. 1; LU, p. 1; NW, p. 1; SG, p. 1; SH, p. 1; SO, p. 1; TG, p. 1; TI, p. 1; UR, p. 1; VD, p. 1; ZG, p. 2

⁷ BS, p. 1; NE, p. 1; ZH, p. 1

⁸ BL, p. 1

⁹ FR, p. 1

¹⁰ PDC, p. 1; PLR, p. 1; PS, p. 1; pvl, p. 2

¹¹ UDC, p. 1

¹² ANV, p. 2; CP, p. 2; Economiesuisse, p. 1; EIT.swiss, p. 1; FER, p. 2; Forum PME, p. 1; GastroSuisse, p. 2; HotellerieSuisse, p. 2; JuCH, p. 1; pharmaSuisse, p. 1; Relève PME, p. 1; SSE, p. 1; SFB, p. 3; suissetec, p. 1; UNIGE, p. 1; USAM, p. 2; USS, p. 1

¹³ EXPERTsuisse, p. 1; FSN, p. 2; Treuhand Suisse, p. 1

¹⁴ ASM, FSA, SGNV, SVgE, UNIL, UZH

¹⁵ VPAG, p. 1

¹⁶ AG, p. 1; AI, p. 1; BE, p. 3; GE, p. 1; GL, p. 1; JU, p. 1; LU, p. 1; NW, p. 1; SO, p. 1; TI, p. 1; VD, p. 1; ZG, p. 2; PDC, p. 1; PLR, p. 1; PS, p. 1; pvl, p. 1; ANV, p. 2; CP, p. 2; Economiesuisse, p. 1; EIT.swiss, p. 1; FER, p. 2; Forum PME, p. 1; GastroSuisse, p. 2; HotellerieSuisse, p. 2; JuCH, p. 1; pharmaSuisse, p. 1; Relève PME, p. 4; SGNV, p. 1; SSE, p. 1; SFB, p. 3; suissetec, p. 1; Treuhand Suisse, p. 1; UNIGE, p. 1; USAM, p. 2; USS, p. 2

¹⁷ SG, p. 1; PS, p. 1; USS, p. 2

¹⁸ AG, p. 1; GL, p. 1; SO, p. 1; ZG, p. 2; EIT.swiss, p. 1

¹⁹ GL, p. 1; PLR, p. 1; JuCH, p. 3

²⁰ CP, p. 2; Relève PME, p. 1

²¹ SFB, p. 2

²² UDC, p. 1

²³ UDC, p. 1; VPAG, p. 2

²⁴ BL, p. 1

²⁵ VPAG, p. 2

ci-après de manière synthétique en les catégorisant entre remarques positives, critiques et diverses.

4.2.1 Positives

Les éléments positifs suivants ont été relevés:

Transmission d'entreprises

- Cet avant-projet vient apporter un complément bienvenu aux propositions du projet de révision du droit des successions du 29 août 2018 visant à accroître la quotité disponible et donner ainsi une plus grande flexibilité dans la transmission d'entreprises pour cause (ou en vue) de mort du chef d'entreprise. Il apporte des améliorations importantes aux obstacles ou difficultés que l'on peut observer en droit actuel. Les propositions sont équilibrées et se limitent à ce qui est strictement nécessaire, soit des normes en matière d'attribution de l'entreprise, de sursis au paiement et de valeur d'imputation en particulier. Elles sont bien formulées et s'insèrent dans l'ensemble parfaitement dans la structure du code civil. Le résultat est donc à saluer²⁶.
- Cette modification permettra d'adapter la législation en vigueur aux problématiques actuelles, tout en assurant la pérennité des entreprises concernées et, partant, soutenir l'économie et maintenir les places de travail en Suisse. Cette nouvelle législation, qui s'insère dans le cadre de la révision du droit des successions, permettra de faciliter la reprise d'une entreprise en cas d'héritiers réservataires et d'éviter sa liquidation. Cela peut notamment trouver application en cas d'entreprise constituée et exploitée en couple, que ce soit par des conjoints, partenaires enregistrés ou membres d'une communauté de vie tels que des concubins. Le conjoint survivant ou partenaire enregistré voit ainsi sa situation améliorée et pourra, notamment en cas de descendants non-communs, se voir attribuer l'entreprise de manière facilitée. Il en va de même pour le concubin survivant qui aura été institué héritier ou légataire dans les dispositions pour cause de mort de son concubin²⁷.
- Les règles proposées conduisent heureusement à une nette amélioration de la position de l'héritier repreneur en comparaison au droit actuel²⁸.
- Il doit être possible en particulier pour les entrepreneurs d'assurer au moyen de dispositions idoines que leur entreprise ne soit pas morcelée et que sa continuité ne soit pas mise en danger par un décès²⁹.
- La situation juridique actuelle est insatisfaisante et peut représenter un obstacle inutile en matière de transmission d'entreprises par succession et ainsi empêcher le maintien en activité d'une entreprise. Les intérêts des héritiers l'emportent sur ceux de l'entreprise, ce qui nuit à l'emploi et à la création de valeur³⁰.

Société et économie en général

- Au centre de la révision se trouve une meilleure stabilité des entreprises et le maintien de places de travail, ce qui engendre des effets positifs directs sur la croissance économique³¹.

²⁶ UNIGE, p. 1

²⁷ JuCH, p. 1

²⁸ EXPERTsuisse, p. 7

²⁹ pvl, p. 1

³⁰ SSE, p. 1; USAM, p. 2

³¹ BE, p. 3

- Les mesures proposées offrent aux disposants de nouvelles possibilités, qui leurs paraissent cohérentes d'un point de vue de la gestion d'entreprise, de régler la transmission de leur entreprise³². Cela aura des effets positifs sur la croissance et sur l'économie³³. Elles sont dans l'intérêt de l'économie en général³⁴ et de l'économie locale³⁵.
- L'intérêt général, celui, central, des travailleurs à la conservation de leurs places de travail, et celui de l'économie justifient certaines restrictions dans les droits de certains héritiers³⁶.
- Les mesures proposées permettent une plus grande concentration de la propriété sur une entreprise auprès d'un seul successeur, ce qui paraît sensé d'un point de vue économique³⁷.
- Elles évitent le morcellement d'entreprises³⁸ ou la fermeture d'entreprises³⁹, contribuent ainsi à la stabilité⁴⁰ et à la survie d'entreprises⁴¹, qui serait souvent assurée en cas de reprise par un héritier membre de la famille⁴².

Emploi, entreprises familiales et PME

- Elles créent pour les PME, dont l'importance pour l'économie est capitale et qu'il convient de soutenir⁴³, des conditions optimales⁴⁴. Il existe un besoin de règles successorales spéciales pour elles en lien avec la transmission d'entreprises⁴⁵.
- Elles permettent de préserver les emplois que les entreprises génèrent⁴⁶.

Equilibre familial

- L'avant-projet veille à préserver l'égalité entre les héritiers⁴⁷. Il parvient à trouver un équilibre entre les intérêts liés à la transmission et à la continuité d'entreprises, et les intérêts des héritiers réservataires⁴⁸.
- Les fondements du droit suisse des successions, comme la protection des héritiers réservataires, sont préservés par les mécanismes de protection introduits (comme l'obligation de fournir des sûretés et de verser des intérêts)⁴⁹.
- Un affaiblissement du droit à la réserve est raisonnable et adapté en lien avec la transmission d'entreprise au sein de la famille⁵⁰.

Divers

- L'autonomie de décision et la responsabilité individuelle du disposant doivent être au centre des règles successorales. Cela nécessite la plus grande liberté possible de disposer de ses biens⁵¹.

³² AI, p. 1

³³ AI, p. 1

³⁴ BS, p. 1; TI, p. 1

³⁵ VD, p. 1

³⁶ PS, p. 1

³⁷ AI, p. 1

³⁸ AG, p. 1; JU, p. 1; Economiesuisse, p. 2, suissetec, p. 1

³⁹ AG, p. 1

⁴⁰ LU, p. 1

⁴¹ GL, p. 1

⁴² PLR, p. 1

⁴³ PLR, p. 1; pvl, p. 1

⁴⁴ GL, p. 1

⁴⁵ SO, p. 1; CP, p. 2; Relève PME, p. 1

⁴⁶ GL, p. 1; JU, p. 1; LU, p. 1; TI, p. 1; USS, p. 2

⁴⁷ Forum PME, p. 1

⁴⁸ Economiesuisse, p. 1; suissetec, p. 1; USS, p. 2

⁴⁹ BE, p. 3

⁵⁰ NW, p. 1

⁵¹ pvl, p. 1

- L'avant-projet paraît équilibré, correspondre au style du code civil, par bonheur particulièrement "lisible" et relativement homogène. Le fait de tenir compte si possible des besoins spécifiques de certaines successions spécifiques correspond en outre aux attentes d'un droit moderne et flexible⁵².

4.2.2 Critiques

Les éléments critiques suivants ont été relevés:

Transmission d'entreprises

- Les possibilités existantes en droit civil dans le cadre de la transmission d'entreprises offrent en principe une marge de manœuvre suffisante au disposant et aux héritiers pour procéder à une planification successorale raisonnable et durable. Si une succession ne comprend pas assez de moyens et qu'une transmission à l'interne de la famille est souhaitée malgré tout, il est possible de la régler à l'amiable bien avant le décès, par exemple au moyen d'une donation (mixte), de modalités de paiement, de délais ou de valeur, etc.⁵³.
- Le transfert d'entreprises peut s'effectuer de manière très différente en pratique. Il ne pose que très peu de difficultés si une entreprise est vendue au prix du marché, ou si la valeur de l'entreprise n'excède pas la réserve de l'héritier reprenneur⁵⁴.
- Plusieurs questions importantes ne sont pas réglées, ce qui va précisément empêcher la planification sûre à laquelle tend le rapport explicatif. La première question est celle de l'estimation elle-même, le texte devant trancher entre les différentes méthodes de fixation de la valeur vénale, ce point étant crucial aussi bien dans le partage et les rapports, que dans la réduction. La deuxième question est liée au champ d'application de la notion d'entreprise; en lien avec cette question, le texte du projet devrait certainement emporter, pour être juste, une norme sanctionnant le transfert préférentiel d'actifs du défunt, devenus des actifs sociaux, mais non liés à l'exploitation de l'entreprise. Le projet enfin n'envisage qu'une solution du tout ou rien s'agissant de la question de l'attribution préférentielle; une indivision peut aussi constituer une solution parfaitement envisageable pour la continuation de l'entreprise, à tout le moins comme *modus vivendi*. Loin enfin de se borner à supprimer la simple estimation officielle des immeubles de la succession, le projet devrait au contraire étendre cette estimation aux entreprises, et l'ouvrir déjà au disposant et au reprenant du vivant du premier. C'est la question de l'estimation, présumée exacte parce qu'officielle, qui devrait assurer une planification sûre pour l'entrepreneur⁵⁵.

Société et économie en général

- Le rapport explicatif part du principe qu'une transmission d'entreprise au sein de la famille n'est souvent pas possible et que l'entreprise doit être liquidée s'il n'y a pas suffisamment de liquidités dans l'entreprise ou dans la succession pour satisfaire les autres héritiers. Il part en outre du principe que sur la base de ces prétendues liquidations, il existe un intérêt général au maintien de ces entreprises. La révision envisagée se base ainsi sur une supposition. Les effets actuels prétendus sur l'économie ne sont pas prouvés⁵⁶.
- La mesure la plus efficace aussi bien pour la protection des héritiers minoritaires que pour l'intérêt de l'économie en général au maintien en activité de l'entreprise, serait de donner au juge la possibilité de vendre à un tiers l'entreprise ou des parts majoritaires dans une

⁵² UZH, p. 1

⁵³ UDC, p. 1

⁵⁴ UDC, p. 1

⁵⁵ UNIL, p. 2

⁵⁶ VPAG, p. 2

entreprise, même sans que cela lui soit demandé dans le cadre d'une procédure de partage de la succession. Cela servirait la protection des héritiers réservataires, et les places de travail ne sont pas perdues en cas de vente⁵⁷.

- Il est attendu que le juge procède à une pesée des intérêts dans laquelle l'intérêt macroéconomique au maintien de l'entreprise sera au premier plan. Cela conduira à ce que le juge commande, bon gré mal gré, une (ou plusieurs) expertise. Les questions en lien avec l'aptitude du repreneur, la rentabilité à venir de l'entreprise ou les questions macroéconomiques ne sont pas des questions juridiques et ne doivent donc pas être tranchées par le juge⁵⁸.
- Idéalement, le projet devrait prévoir plus de nuances, afin de permettre une pesée des intérêts entre les droits des héritiers et l'intérêt de l'économie nationale, (p. ex. un nombre minimal de places de travail, un chiffre d'affaire annuel minimum etc.). Une nouvelle loi séparée pourrait éventuellement être créée à cet effet⁵⁹.

Emploi, entreprises familiales et PME

- Il ne peut être fait appel au juge que si l'héritier concerné dispose des moyens financiers nécessaires pour payer les avances de frais de justice et les frais d'avocat. Seul celui qui dispose de suffisamment de liquidités peut aller en justice, ce qui n'est souvent pas le cas pour les petites entreprises⁶⁰.

Equilibre familial

- Les mesures proposées sont sans exception au détriment des héritiers réservataires, en réduisant leur droit de succession ou par l'octroi d'un sursis à leurs prétentions réservataires. Une exhérédation légale partielle et une atteinte à la liberté de propriété sont ainsi créées. Or, les exhérédations et les inégalités de traitement sont souvent motifs de conflits successoraux⁶¹.
- Certaines des mesures prévues sont susceptibles de créer des inégalités importantes entre les héritiers réservataires au profit de la survie de l'entreprise familiale et du repreneur, en particulier s'agissant du conjoint survivant⁶².
- L'avant-projet va à l'encontre d'un des buts essentiels du droit suisse des successions, le maintien de la paix intergénérationnelle. Peu importe comment un juge décide, une partie ne sera pas d'accord avec le jugement et des litiges sont programmés pour des générations⁶³.
- Afin de porter atteinte le moins possible à la paix des familles et de réduire le risque de litiges successoraux, il convient d'accorder une grande importance à l'adoption de dispositions légales aussi claires et efficaces que possible, limitées à leur but véritable et à l'essentiel. Il est ainsi recommandé de revoir l'avant-projet complètement et en profondeur. Un regroupement de cette révision avec la révision en cours du droit des successions et une discussion d'ensemble seraient salués⁶⁴.

⁵⁷ VPAG, p. 2

⁵⁸ VPAG, p. 3

⁵⁹ BS, p. 1

⁶⁰ VPAG, p. 3

⁶¹ UDC, p. 1

⁶² JuCH, p. 3

⁶³ VPAG, p. 2

⁶⁴ EXPERTsuisse, p. 7

Droit fiscal

- C'est au moyen de la suppression de l'impôt sur les successions que la transmission d'entreprise doit être favorisée de manière harmonisée au niveau suisse: cet impôt est hostile à l'économie, car il pèse financièrement inutilement sur les PME en cas de transmission par succession⁶⁵.
- Les modalités à la charge des cohéritiers auraient pu être atténuées en prévoyant d'autres mesures d'allégement en faveur du reprenant, notamment sous l'angle fiscal⁶⁶.

Risque de litiges

- L'avant-projet est trop confus et imprécis. La réglementation proposée va en partie trop loin et manque sa cible. Elle conduit à une augmentation du risque de litiges successoraux, qui constituent un risque majeur pour la continuité de l'entreprise⁶⁷.
- Les procédures judiciaires sont chères, longues et inefficaces en Suisse. La succession n'est pas partagée pendant la durée de la procédure, respectivement il ne peut être décidé du sort de l'entreprise. Il en résulte un "arrêt", car aucune partie ne veut diriger l'entreprise pendant la procédure, ou s'engager pour l'entreprise au vu du sort incertain de la procédure judiciaire. La durée d'une procédure peut être de plusieurs années⁶⁸.

Divers

- Les mesures envisagées génèrent en outre un important risque d'abus: la reprise d'une entreprise pourrait être exigée par plusieurs héritiers afin d'être favorisés financièrement sur le long terme par le fait que les autres héritiers ne reçoivent par exemple que leur droit à la réserve. L'avant-projet crée ainsi précisément en matière de reprise d'entreprises "à problèmes" ou presque sans moyens de fausses incitations ou des motivations non souhaitées. Dans certains cas, la vente à un tiers ou la liquidation de l'entreprise pourrait être la meilleure solution non seulement pour les héritiers, mais aussi du point de vue de l'économie dans son ensemble⁶⁹.
- L'avant-projet constitue une atteinte injustifiée à la sphère privée. Selon les principes reconnus en droit suisse des successions, la succession est partagée entre les héritiers. Selon l'art. 607, al. 2, CC, les héritiers légaux et les héritiers institués conviennent librement du mode de partage, à moins qu'il n'en soit ordonné autrement. Selon l'art. 610, al. 1, les héritiers ont un droit égal à tous les biens de la succession. Le partage nécessite l'accord unanime des héritiers et il n'y a donc pas de partage sans que tous les héritiers soient d'accord entre eux⁷⁰.
- Sur plusieurs points (art. 522a, 628, al. 2, 633a, 633b AP-CC), le projet doit absolument être coordonné avec le droit actuellement en vigueur, sous peine de voir de grosses difficultés surgir dans la pratique⁷¹.
- Le fait de régler uniquement la transmission d'entreprises peut quelque peu déranger, car il existe d'autres situations (p. ex. succession d'œuvres d'art ou d'artistes, objets avec lesquels un cohéritier a un lien particulier pour des raisons particulières, etc.) qui pourraient typiquement aussi justifier, et ce de manière accentuée suite à l'ATF 143 III 425, un mode d'attribution particulier (p. ex. une propriété accessible en fauteuil roulant, qui devrait être attribuée selon des critères analogues à ceux de l'art. 612a CC). Cette révision paraît sur

⁶⁵ UDC, p. 2

⁶⁶ JuCH, p. 3

⁶⁷ EXPERTsuisse, p. 7

⁶⁸ VPAG, p. 3

⁶⁹ UDC, p. 2

⁷⁰ VPAG, p. 2

⁷¹ UNIL, p. 2

ce point (positif et utile, mais très ponctuel) plutôt motivée par un travail de lobbying qu'intéressée à une vue d'ensemble. Il sera ainsi important, dans le cadre de la deuxième étape de la révision du droit des successions, de coordonner le droit successoral de l'entreprise avec le droit successoral général et de le systématiser⁷².

- Il manque à l'avant-projet la mention spécifique du but poursuivi, respectivement une délimitation nuancée de la thématique précisant l'intérêt public poursuivi, comme c'est le cas, dans un domaine similaire, dans la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural (LDFR)^{73 74}.

4.2.3 Diverses

Les divers éléments suivants ont en outre été relevés:

Transmission d'entreprises

- L'augmentation de la liberté de disposer, par une diminution des réserves des descendants, prévue dans le projet de révision du Code civil (Droit des successions) du Conseil fédéral du 29 août 2018 aura pour effet de faciliter la transmission d'entreprise d'un point de vue économique et est saluée par plusieurs participants⁷⁵. Elle constitue le principal facteur d'amélioration en matière de transmission d'entreprises⁷⁶. En effet, les réserves héréditaires constituent un obstacle au succès de transferts d'entreprises dans les cas où elles représentent une grande partie de la fortune du disposant⁷⁷.
- Les mesures proposées dans cet avant-projet sont moins importantes pour faciliter la transmission d'entreprises que la baisse des réserves proposées dans la révision du droit des successions du 29 août 2018. Elles ne doivent donc pas compromettre cette révision⁷⁸.
- Une transmission est un processus complexe qui se prépare, dans la famille mais aussi au sein du conseil d'administration. Les entreprises qui perdurent ont une chose en commun: elles sont bien organisées et recourent de plus en plus à des instruments de gouvernance (convention d'actionnaires, charte familiale, pactes successoraux, contrats de mariage). Ces outils permettent aussi à la génération à la barre d'envisager sa succession et à la jeune génération de prendre progressivement les choses en mains. Pour une succession réussie, il faut en effet être prêt pour la relève, savoir qui est à bord (notamment au conseil d'administration), préparer et planifier la succession (vente ou achat d'action, durée des mandats dans le conseil). Il est important de s'y prendre suffisamment à l'avance et de ne pas sous-estimer les aspects psychologiques et émotionnels inhérents à la transmission d'entreprises, d'autant plus lorsque ce sont des entreprises familiales. La succession est souvent anticipée par la famille, avec l'aide du conseil d'administration (composé de représentants de la famille et d'administrateurs indépendants). Dans certains cas, les administrateurs indépendants peuvent jouer un rôle déterminant et donner des impulsions plus librement. D'où l'importance de veiller à une bonne structure et composition du conseil⁷⁹.
- Il est estimé qu'il y a lieu de favoriser les démarches de nature conventionnelle (pacte successoral, convention d'actionnaires liant les membres de la famille ou fixant des règles

⁷² UZH, p. 1

⁷³ RS 211.412.11

⁷⁴ BS, p. 1.

⁷⁵ AI, p. 1; LU, p. 1; NE, p. 1; pvl, p. 2; EXPERTsuisse, p. 2; GastroSuisse, p. 2; SFB, p. 2

⁷⁶ UZH, p. 3

⁷⁷ PLR, p. 1

⁷⁸ EXPERTsuisse, p. 2

⁷⁹ CP, p. 1

d'indemnisation, conventions de répartition fixant des règles de calcul, etc.) ou structurelle (démembrement ou scission d'une entreprise, création d'une fondation à caractère d'entreprise, etc.). En effet, si les nouvelles dispositions permettent de bien comprendre quels sont les droits des personnes concernées et les intérêts à protéger, elles pourraient être difficilement applicables si aucune mesure n'est prise avant le décès pour planifier la transmission de l'entreprise (risques de procédures judiciaires longues et coûteuses et de conflits au sein des familles). Il serait ainsi judicieux d'indiquer au moins quelques exemples des mesures pouvant être prises: pacte successoral, convention d'actionnaires, restructuration d'entreprise, création d'une fondation à caractère d'entreprise ou un trust⁸⁰.

- Le nouveau droit ne permettra pas de compenser la nécessité pour le propriétaire d'entreprise d'anticiper la transmission et de prendre des dispositions pour cause de mort adaptées à la situation d'espèce⁸¹. Une planification active de la succession d'entreprise doit en effet être préférée du point de vue de l'économie, afin de ne pas laisser aux héritiers le règlement de cette question en cas de décès. Même si les nouvelles règles prévues devraient aider à éviter la vente de l'entreprise, le risque de retarder fortement le partage en cas de litige existe, ce qui n'est pas optimal pour les entreprises familiales et les héritiers eux-mêmes au vu des coûts et de la perte de temps engendrés⁸².
- Les entreprises familiales peuvent être très différentes et revêtir diverses formes. A cela s'ajoute que le transfert d'entreprise peut se faire de diverses manières et que les aspects successoraux à prendre en compte ne sont pas toujours de la même importance. Certaines situations délicates peuvent être évitées si l'on prépare la transmission suffisamment à l'avance et avant que n'intervienne la mort du propriétaire de l'entreprise. En ce sens, divers instruments sont d'ores et déjà à disposition pour la préparer au mieux⁸³.

Société et économie en général

- Le maintien en activité d'entreprises est essentiel pour la société (p. ex. maintien de l'emploi) et pour l'économie⁸⁴.
- L'intérêt de la collectivité ne pèse a priori pas plus que celui des héritiers et la continuité d'une entreprise ne doit pas constituer la principale priorité. L'état ne devrait s'immiscer dans le maintien en activité d'entreprises que si elles sont d'importance systémique (*too big to fail*). Au surplus, la responsabilité individuelle des entreprises doit prévaloir. Les modifications du droit des successions n'ont de ce point de vue un sens que si la liberté de manœuvre n'est pas limitée, ce que la révision vise plutôt à réaliser⁸⁵.

Emploi, entreprises familiales et PME

- Pour les PME (petites ou moyennes entreprises), il est important de régler clairement la transmission d'entreprise et d'assurer leur survie et le maintien des places de travail⁸⁶.
- Dans le cadre du partage successoral, il arrive souvent qu'une entreprise soit démantelée car la fortune commerciale n'est plus disponible suite au partage. Dans ce contexte, le maintien des places de travail dans les PME est une question importante⁸⁷.
- Le droit des successions est de grande importance pour les entreprises familiales, en particulier en lien avec la transmission d'entreprises et la planifications successorale. Il est

⁸⁰ NE, p. 1

⁸¹ JuCH, p. 3

⁸² Economiesuisse, p. 3

⁸³ CP, p. 1

⁸⁴ SSE, p. 1; USAM, p. 2

⁸⁵ Treuhand Suisse, p. 1

⁸⁶ BS, p. 1; pharmaSuisse, p. 1

⁸⁷ suissetec, p. 1

donc important qu'il contienne des règles aussi claires et précises que possible, notamment afin d'éviter des procédures judiciaires longues et coûteuses⁸⁸. Il convient d'éviter les formulations peu précises ou le fait de laisser au juge le soin de développer le droit, car cela complique la prévisibilité et la planification d'une succession⁸⁹.

- Le plus grand risque pour la plupart des entreprises familiales résulte du divorce et non de la succession. Ce risque et les conséquences de celui-ci pour l'économie sont occultés⁹⁰.

Equilibre familial

- Il est important de maintenir autant que possible une égalité entre héritiers⁹¹.
- Il convient de tenir compte du besoin toujours existant de protection des devoirs de solidarité intrafamiliale⁹².
- Les mesures proposées ont pour corollaire une atteinte aux droits des cohéritiers non reprenants. Dans la mesure où il fixe un cadre au délai de paiement pour les versements compensatoires (5 ans maximum, mise à disposition de sûretés et versement d'intérêts; art. 619 AP-CC) et permet en outre de prévoir des conditions spéciales en fonction du cas d'espèce (art. 619, al. 2, AP-CC), l'avant-projet paraît toutefois relativement équilibré⁹³.

Droit fiscal

- Il est fondamental qu'aucune perte de recettes fiscales ne soit liée à la mise en application du nouveau droit⁹⁴.
- L'impôt peut parfois, sur le plan fiscal, être un obstacle à une transmission d'entreprise. Or, l'impôt sur les successions et les donations n'est pas de la compétence de la Confédération mais exclusivement des cantons⁹⁵. Malgré cela, un allègement fiscal, en particulier pour les entreprises familiales, devrait à moyen terme être envisagé⁹⁶.
- Il est regretté qu'une réflexion plus large et générale sur les aspects fiscaux n'ait pas été menée. Sans cadre fiscal approprié, les modifications proposées par le Conseil fédéral ne suffiront pas pour résoudre les problèmes soulevés par les transmissions d'entreprises à des branches familiales éloignées. Une piste à étudier pourrait être que le droit fédéral institue le principe d'un traitement identique à celui des descendants directs sur le plan de l'impôt de succession lors d'une attribution de succession à des branches familiales, les cantons demeurant libres quant au taux applicable. Pour le surplus, des réflexions doivent aussi être menées au niveau cantonal et dans chaque canton⁹⁷.
- L'avant-projet ne règle pas la question des conséquences fiscales, en particulier au niveau de l'impôt sur les successions. Pour le maintien d'une entreprise de génération en génération, la question des impôts de l'entrepreneur comme de l'entreprise est d'importance fondamentale. Le rapport explicatif mentionne que les descendants sont exonérés de l'impôt sur les successions et les donations dans la majorité des cantons. Cependant, comme le repreneur n'est pas toujours un descendant et que l'impôt sur les successions est de compétence cantonale, cette question devrait être traitée en priorité. Quelles seraient les conséquences fiscales si les héritiers étaient des neveux ou des nièces, et que l'un d'eux

⁸⁸ FSN, p. 2

⁸⁹ VPAG, p. 1

⁹⁰ VPAG, p. 4

⁹¹ PDC, p. 1; pvl, p. 2

⁹² UR, p. 1

⁹³ VD, p. 1

⁹⁴ PS, p. 1

⁹⁵ NE, p. 2

⁹⁶ USAM, p. 2

⁹⁷ CP, p. 4; Relève PME, p. 4

devait fournir à l'autre un sursis au paiement de 5 ans? A quel moment l'impôt sur les successions est-il dû dans un tels cas et avec quels moyens devrait-il être payé⁹⁸?

- Il y a au niveau fiscal une occasion à ne pas manquer. Cela d'autant plus que juridiquement, cela paraît possible sans devoir passer par une modification de la Constitution. En effet, l'art. 122 Cst. donne à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil et l'autorise à opérer sur cette base, lorsque l'application du droit civil devient impossible ou excessivement compliquée, par exemple lorsque la législation cantonale restreint excessivement ou vide une norme du droit civil fédéral de son sens. Cette possibilité a déjà été utilisée auparavant avec l'adoption par le Parlement de l'art. 103 de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion, LFus)⁹⁹. L'art. 103 LFus est une norme fédérale d'application directe qui ne nécessite aucune concrétisation par le droit cantonal. Elle prévoit que la perception de droits de mutation cantonaux ou communaux est exclue en cas de restructuration au sens de la loi fiscale. Ainsi, un impôt indirect sur une transaction de droit privé – le droit de mutation ou le droit d'enregistrement frappant le transfert à titre onéreux de la propriété immobilière – a été supprimé par une loi fédérale afin que la neutralité fiscale des restructurations – l'un des buts principaux de la LFus – soit garantie. Le droit fédéral peut donc limiter ou interdire d'autres impôts indirects cantonaux frappant des transactions de droit privé, tels que l'impôt sur les successions et l'impôt sur les donations¹⁰⁰.
- L'opportunité de procéder à des adaptations du droit fiscal cantonal, en regard des modifications du droit fédéral, serait à examiner¹⁰¹.
- Il est regretté que la discussion sur le traitement fiscal de transmissions d'entreprises par des personnes non privilégiées fiscalement et de leur statut en cas d'échec de la transmission. Cette thématique justifie un débat approfondi justement parce qu'elle concerne une compétence fiscale cantonale¹⁰².
- La transmission d'entreprise par succession à un frère ou une sœur, au partenaire de vie non-marié ou à un tiers (p. ex. à un collaborateur de longue date) est souvent impossible du fait de la charge fiscale importante leur incombant. La pratique montre qu'actuellement la transmission d'entreprises classique à l'interne de la famille (aux descendants) diminue. S'il manque un descendant désireux de reprendre l'entreprise ou si le disposant n'a pas de descendants, la charge fiscale incombant au repreneur lors d'une transmission gratuite d'entreprise constituera à l'avenir encore le motif principal d'échec. Même si la révision proposée devrait réduire la charge constituée par les prétentions successorales et ainsi augmenter la marge de manœuvre du point de vue financier, il n'est pas démontré pleinement que cela conduira à une simplification significative de la transmission d'entreprises par succession. Il conviendrait ainsi de profiter de la révision en cours pour thématiser la question des obstacles fiscaux à la transmission d'entreprise, au risque sinon de réduire ses effets à une petite partie des transmissions d'entreprises et de ne s'approcher que partiellement du but poursuivi, le maintien de places de travail. Il faudrait étudier si et le cas échéant comment poser les jalons essentiels au niveau fédéral pour simplifier la transmission d'entreprises des repreneurs qui ne sont pas privilégiés fiscalement¹⁰³.

⁹⁸ VPAG, p. 4

⁹⁹ RS 221.301

¹⁰⁰ Relève PME, p. 4

¹⁰¹ NE, p. 2; TI, p. 1

¹⁰² FSN, p. 2

¹⁰³ FSN, p. 3

Divers

- Les statistiques mentionnées dans le rapport, selon lesquelles environ 3 400 entreprises par an pourraient avoir des problèmes de financement en raison des règles sur les successions, ne mentionnent pas dans combien de cas ces règles conduisent effectivement à des problèmes de financement, ni combien de transmissions d'entreprises par succession échouent à cause d'elles. Afin de pouvoir décider de l'efficacité et de la nécessité des mesures proposées, une étude approfondie devrait être menée, en particulier pour déterminer statistiquement combien de transmissions d'entreprises ont échoué à cause des règles successorales, et pour quelles raisons précises. Cela permettrait en outre d'étudier si les obstacles à la transmission d'entreprises relevant du droit des successions sont les principaux, ou si d'autres obstacles financiers, comme les conséquences fiscales, n'auraient pas une plus grande influence¹⁰⁴.
- De nombreuses notions et conditions devront être précisées par la jurisprudence¹⁰⁵.
- Il se pose la question si et jusqu'à quel point la redistribution des richesses a été prise en compte dans le projet de révision. Le 2% de la population mondiale dispose de plus de 50% de la fortune mondiale. Certaines familles conservent leur fortune depuis plus de six siècles et ainsi leur haute position sociale. La fortune comme les dettes se transmettent de génération en génération, empêchant la neutralité de l'égalité des chances. Il est demandé une prise en considération globale de tels effets. La redistribution des richesses fait partie d'une vision de la Direction du développement et de la coopération (DDC)¹⁰⁶.
- Les trois révisions du droit des successions prévues doivent être coordonnées avec soin. Une entrée en vigueur par étapes pose des problèmes de droit transitoire. On peut cependant partir du principe que les règles en la matière prévues à l'art. 15 tit. fin. CC ont de manière générale fait leurs preuves: elles donnent la priorité au nouveau droit, comme "meilleur droit". En présence de dispositions réduisant un héritier à la réserve, il sera inévitable de procéder par interprétation afin de déterminer si le disposant voulait réduire l'héritier autant que possible ou si les réserves en vigueur au moment de la rédaction de la disposition devraient s'appliquer¹⁰⁷.

4.3 Remarques par thème

4.3.1 Attribution intégrale de l'entreprise à une personne

La grande majorité des participants à la consultation s'étant exprimé sur la question spécifique de l'attribution intégrale de l'entreprise saluent la mesure¹⁰⁸. 2 participants s'y opposent¹⁰⁹.

De nombreux participants formulent des remarques:

Positives

- L'introduction d'un droit à l'attribution intégrale d'une entreprise ou de parts sociales ou droits de sociétariat devrait conduire à une nette amélioration de la transmission d'entreprises par succession¹¹⁰.

¹⁰⁴ FSN, p. 2

¹⁰⁵ JuCH, p. 3

¹⁰⁶ SVgE, p. 2

¹⁰⁷ UZH, p. 3

¹⁰⁸ AG, p. 1; AI, p. 1; AR, p. 1; GL, p. 1; LU, p. 1; OW, p. 1; SG, p. 1; SO, p. 2; PDC, p. 1; PLR, p. 1; pvl, p. 2; ANV, p. 2; CP, p. 2; Economiesuisse, p. 2; EIT.swiss, p. 1; FER, p. 1; Forum PME, p. 1; GastroSuisse, p. 2; HotellerieSuisse, p. 2; Relève PME, p. 2; pharmaSuisse, p. 1; SSE, p. 1; SFB, p. 3; suissetec, p. 1; SGNV, p. 1; UNIGE, p. 2; USAM, p. 2; USS, p. 2

¹⁰⁹ UDC, p. 1; VPAG, p. 2

¹¹⁰ PDC, p. 1

- Le droit pour un héritier de demander l'attribution intégrale d'une entreprise ainsi que l'attribution par le juge si plusieurs héritiers en demandent l'attribution, suppriment une entrave du droit actuel à l'attribution intégrale¹¹¹.
- Même si cette règle peut correspondre à une exhérédation partielle, il paraît justifié, au vu du but poursuivi que constitue la continuation d'une entreprise, qu'un héritier puisse demander l'attribution intégrale d'une entreprise¹¹².
- Les possibilités du droit actuel sont très restreintes et la situation insatisfaisante. La proposition du Conseil fédéral va dans le bon sens¹¹³.
- Cette nouveauté facilite grandement la continuité de l'entreprise après le décès du disposant. D'un côté elle empêche une conduite partagée de l'entreprise, souvent problématique, par plusieurs héritiers, et de l'autre elle permet à un juge indépendant de décider quel héritier est le plus apte à la conduite de l'entreprise¹¹⁴.
- Cette mesure aura indéniablement pour avantage de faciliter la gouvernance des entreprises en centralisant celle-ci en mains d'un seul héritier, étant précisé que celui-ci devra être, par exemple, plus apte à diriger l'entreprise en question¹¹⁵.
- Il y a un intérêt à la transmission de l'entreprise et à son maintien, ce qui implique aussi souvent que pour assurer la continuité, des décisions rapides concernant la poursuite de l'activité de l'entreprise puissent être prises¹¹⁶.
- Selon les cas de figure, cette attribution se fera certes au détriment des autres héritiers, mais aura pour effet positif de soustraire l'entreprise à d'éventuels conflits de nature successorale qui ont souvent pour conséquences une mauvaise gestion de la marche des affaires et une marge de manœuvre s'en trouvant réduite du fait des dissensions rencontrées par les héritiers en désaccord¹¹⁷.
- Séparer le conflit successoral de la gestion entrepreneuriale permettra une gouvernance efficiente aux effets positifs sur la santé économique des entreprises concernées, favorisant le maintien de centaines, voire milliers, d'emplois¹¹⁸.
- De tels mécanismes sont déjà connus de certains ordres juridiques voisins, tels que la France, et ont d'ores et déjà permis une gestion saine des entreprises dans cette situation¹¹⁹.
- De nombreuses transmissions de PME fonctionnent: l'intégration continue d'un potentiel successeur apte à la tâche fait partie d'une activité entrepreneuriale fructueuse. Les dispositions de l'avant-projet relatives au rapport sont ici très appropriées¹²⁰.
- Compte tenu du nombre d'entreprises dont la gestion est assurée par les deux membres du couple, mariés, en partenariat enregistré ou en communauté de vie tel que concubinage, cela permettra protéger le survivant qui aura la possibilité de se voir attribuer l'entreprise commune¹²¹.

¹¹¹ BE, p. 2

¹¹² SO, p. 2

¹¹³ CP, p. 2; Relève PME, p. 2

¹¹⁴ HotellerieSuisse, p. 2.

¹¹⁵ FER, p. 1

¹¹⁶ CP, p. 2; Relève PME, p. 2

¹¹⁷ FER, p. 1

¹¹⁸ FER, p. 1

¹¹⁹ FER, p. 2

¹²⁰ UZH, p. 2

¹²¹ JuCH, p. 2

- Au vu de la récente jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux compétences du juge en matière de partage successoral (ATF 143 III 425), l'absence d'une règle claire permettant à ce dernier d'attribuer l'entreprise à l'un des héritiers est un désavantage important en matière de transmission d'entreprise. Le choix entre la vente ou le tirage au sort ne peut, en effet, convenir. Et même si l'on peut imaginer que le chef d'entreprise ou celui qui détient des droits octroyant le contrôle de l'entreprise aura le plus souvent planifié sa succession, ce ne sera pas toujours le cas. L'introduction d'une règle permettant d'attribuer l'entreprise ou les droits octroyant un contrôle à l'héritier qui en fait la demande est donc bienvenue¹²².

Critiques

- Il n'est pas clair pourquoi l'héritier repreneur devrait avoir un droit d'attribution s'il possède déjà le contrôle sur l'entreprise avant l'ouverture de la succession et qu'il souhaiterait évincer à présent les autres héritiers. Il convient de se limiter au cas de la prise de contrôle sur l'entreprise¹²³.
- Si seul un héritier est en position de prendre le contrôle sur l'entreprise, le critère de l'aptitude à la conduite ne joue aucun rôle selon le projet. Il est douteux que cela favorise dans tous les cas le but poursuivi, soit la poursuite de l'entreprise. Il conviendrait d'attribuer plus d'importance à l'aptitude qualitative à la conduite de l'entreprise dans le projet¹²⁴.
- Dans les cas dans lesquels le juge devra choisir l'héritier qui paraît le plus apte à la conduite de l'entreprise, le temps nécessaire à prendre une décision et le manque d'indications à ce sujet laissent quelque peu perplexe¹²⁵.
- L'attribution d'une entreprise, de parts sociales ou de droits de sociétariat par le juge à plusieurs héritiers devrait également être possible si plusieurs héritiers étaient déjà associés au disposant (à parts égales ou pas) de son vivant. Il n'y a pas de motif impératif, si le disposant avait par exemple 60% d'une entreprise et deux de ses descendants chacun 20%, qui justifie qu'un juge ne puisse attribuer à chacun d'eux 30%. Une participation commune de plusieurs descendants à une entreprise devrait dans de tels cas correspondre à la volonté présumée du disposant s'il avait déjà associé ses descendants de son vivant, décision pour laquelle des raisons pouvaient exister, également dans l'intérêt de l'entreprise, par exemple s'ils disposent de compétences différentes et complémentaires¹²⁶.
- Le critère de l'aptitude à la conduite de l'entreprise est trop vague et ouvert, en particulier au vu des importantes conséquences financières et pratiques de cette règle. Il est recommandé de préciser dans la loi les critères selon lesquels le juge devra trancher la question de l'aptitude. De tels critères pourraient être, outre la fonction ou les tâches de l'héritier dans l'entreprise avant le décès du disposant ou au moment du partage, les connaissances de la branche et l'expérience de direction. La loi pourrait également prévoir qu'un héritier qui est déjà membre du conseil d'administration ou qui a déjà une fonction dirigeante dans l'entreprise dispose d'un droit préférentiel à l'attribution¹²⁷.
- La définition large d'héritier "le plus apte à la conduite de l'entreprise" devra inévitablement faire l'objet d'une précision de la jurisprudence. Toutefois, force est de constater que, contrairement à ce qui est prévu par la LDFR, l'avant-projet ne prévoit ni obligation par l'héritier reprenant d'exploiter personnellement l'entreprise, ni un droit au gain en cas de vente ul-

¹²² UNIGE, p. 2

¹²³ pvl, p. 3

¹²⁴ SO, p. 2

¹²⁵ TI, p. 2

¹²⁶ EXPERTsuisse, p. 2

¹²⁷ EXPERTsuisse, p. 3

térieure à un tiers. Cela est ainsi de nature à créer une inégalité entre les héritiers réservataires, avec un risque d'abus d'autant plus élevé que "le motif premier pour lequel une entreprise n'est pas reprise par un membre de la famille est le manque d'intérêt des enfants"¹²⁸.

- L'une des grandes difficultés en cas de succession réside dans le fait que l'entreprise est détenue par l'hoirie jusqu'au partage, à moins qu'elle ait fait l'objet d'une libéralité entre vifs. Ainsi, si le défunt n'a pas désigné d'exécuteur testamentaire, des mécanismes tels que la nomination d'un administrateur officiel, lequel doit s'en tenir à une gestion conservatoire, ou d'un représentant de la communauté héréditaire sont souvent en pratique inévitables. La procédure peut durer plusieurs années jusqu'au partage. Or, cette période peut entraver la santé financière de l'entreprise, notamment en terme d'investissements et de croissance. Ainsi, le simple fait d'estimer l'entreprise au moment du partage constitue déjà un avantage pour le reprenant. Il conviendrait donc de prévoir certains garde-fous, ainsi qu'une part à la plus-value limitée dans le temps¹²⁹.
- La manière de procéder dans l'immédiat, par exemple au moyen de mesures de sûreté, n'est pas réglée dans le cas où plusieurs héritiers demanderaient l'attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat dans une entreprise et que l'entreprise reste sans direction. Le laps de temps entre le décès du disposant et une décision définitive peut être de plusieurs années. Le maintien en activité de l'entreprise ne doit pas être compromis et une direction compétente doit être assurée de manière préventive dans l'intervalle. Il est recommandé de compléter l'art. 554 CC (administration d'office) pour permettre de nommer un administrateur à une entreprise sans direction ou sans organes¹³⁰.
- Lorsque les conditions sont remplies, l'héritier qui invoque son droit d'attribution préférentielle et est le seul à en faire la demande, obtiendra l'entreprise, et ce même s'il est inapte à la gérer. Souvent, cette situation ne sera pas en adéquation avec le but de la réforme, à savoir l'intérêt de l'économie en général et le maintien des places de travail, en particulier lorsque l'entreprise pourrait facilement être vendue à un reprenant compétent, l'un de ses cadres par exemple. On favorise ici la transmission au sein du groupe des héritiers au détriment de l'intérêt de l'entreprise elle-même et de l'économie en général. Il faut se demander si cette question ne devrait pas être repensée et la proposition légèrement amendée. Il serait peut-être préférable d'avoir une exigence d'aptitude dans l'hypothèse également de l'art. 617, al. 1, ch. 1, AP-CC, exception faite des cas dans lesquels le *de cuius* a adopté une règle de partage¹³¹.
- Concernant l'attribution par le juge, il est mentionné (pour mettre fin aux illusions), qu'une telle procédure judiciaire signifiera dans de nombreux cas la fin de l'entreprise¹³².
- Les raisons qui font que l'attribution d'entreprises agricoles prévues en droit foncier rural (art. 9 LDFR) fonctionnent ne sont pas telles qu'elles applicables aux entreprises d'autres secteurs¹³³.
- Lorsqu'une transition continue à la tête d'une entreprise a été négligée, les problèmes sont pratiquement inévitables. Si de surcroît il existe un conflit entre les héritiers, qui doit être confié à des avocats ou à un juge, la transmission d'entreprise échouera vraisemblablement, ce qui n'est pas forcément à mettre sur le dos de la loi¹³⁴.

¹²⁸ JuCH, p. 2

¹²⁹ JuCH, p. 2

¹³⁰ SGNV annexe, p. 2

¹³¹ UNIGE, p. 2

¹³² UZH, p. 2

¹³³ UZH, p. 2

¹³⁴ UZH, p. 2

- Avec les solutions de l'avant-projet, la bataille judiciaire sera déplacée des normes de droit matériel aux mesures provisoires. En pratique, la question est souvent dans de tels cas comment doit agir un éventuel exécuteur testamentaire (ou même un administrateur ou un représentant de la succession) dans le cadre de ses compétences? L'utilisation anticipée de biens de la succession par un cohéritier est régulièrement vue avec scepticisme si elle n'est pas carrément refusée. Pendant ce temps, les tâches de direction d'entreprise seront attribuées à une personne déjà impliquée dans l'entreprise ou alors un héritier "apte" à cette tâche, afin d'assurer et de rendre possible sa continuité¹³⁵.
- Il faut être conscient que les dispositions testamentaires relatives au partage (parfois prises il y a longtemps) ne règlent pas toutes les difficultés: elles peuvent être attaquées et générer des litiges dans les cas où le disposant les a rédigées à un moment où les choses étaient différentes, s'il a choisi une solution de fait inappropriée sous l'emprise d'un vice du consentement ou si des rivalités ou des souhaits opposés de reprises existent¹³⁶.
- Au vu des atteintes envisagées aux droits des héritiers réservataires, il conviendrait de prévoir de manière adéquate dans la loi des mesures visant à empêcher des agissements abusifs du repreneur¹³⁷.

Diverses

- Il est important que l'attribution par le juge soit liée à des exigences supplémentaires. Ainsi ne doivent pas seules être pertinentes les connaissances particulières et l'expérience, soit les qualités personnelles des héritiers, mais il conviendra d'étudier ce qui est le plus adapté pour l'entreprise concernée dans le contexte économique, à l'exemple de ce que prévoient les art. 11 et 20, al. 2, LDFR. Les critères y relatifs devront être développés par les tribunaux compétents dans des cas d'application¹³⁸.
- Le motif justificatif exposé (*ausdrücklicher Rechtfertigungsbedarf*) par le rapport explicatif semble être en contradiction avec le droit à l'attribution sans condition prévu par l'avant-projet. Cet élément devrait être éclairci¹³⁹.
- Le rapport explicatif mentionne expressément que la simplification du transfert d'entreprises par succession est réalisée exclusivement à charge des héritiers réservataires et qu'il nécessite ainsi une justification particulière. Or le droit à l'attribution selon l'art. 617 AP-CC prévoit uniquement qu'un ou plusieurs héritiers demandent l'attribution, sans poser de conditions au droit d'attribution. Le caractère justifié de l'attribution, faite au détriment des autres héritiers, ne peut être examiné. Il semble qu'il y ait contradiction entre la remarque introductive du rapport explicatif et le texte de loi, qui nécessite un éclaircissement¹⁴⁰.
- Selon les termes de l'art. 617 AP-CC, le droit à l'attribution appartient à tout héritier sans condition, pour autant que le défunt n'ait pas disposé de l'entreprise. Il se pose ainsi la question de savoir si la formulation proposée ne permet pas de contourner légèrement, au détriment des autres héritiers, le but poursuivi de la continuité de l'entreprise¹⁴¹.
- La détérioration de la position des héritiers réservataires au profit, abstrait, de la collectivité, dans le but de préserver des entreprises et des places de travail ne devrait pas dépendre uniquement du fait que la succession comprenne une entreprise et qu'un héritier

¹³⁵ UZH, p. 2

¹³⁶ UZH, p. 3

¹³⁷ SO, p. 2

¹³⁸ BE, p. 2

¹³⁹ ZH, p. 2.

¹⁴⁰ ASM, p. 1

¹⁴¹ Treuhand Suisse, p. 1

en demande l'attribution. Il se pose au moins la question de savoir si la possibilité d'attribution intégrale au détriment des autres héritiers est justifiée dans tous les cas¹⁴².

- L'octroi du droit d'attribution préférentiel fait passer la continuation de l'exploitation de l'entreprise avant l'égalité des héritiers à l'attribution au partage de chaque type de valeurs (art. 610, al 1, CC). Si l'on opte pour ce principe, il faut alors des règles plus complètes que celles figurant à l'art. 617 projeté¹⁴³.
- L'avant-projet vise le "tout ou rien". Soit il y a au moins une requête d'attribution préférentielle, et l'attribution aura lieu, soit il n'y en a aucune, et l'entreprise est vouée à la dislocation (art. 610, al. 1, CC). Une alternative nouvelle devrait être introduite: l'entreprise peut être maintenue, sous une forme indivise nouvelle: ce serait alors une exception au principe du partage (art. 604 CC), mais cela rétablirait alors une certaine égalité au sens de l'art. 610, al. 1, CC. Une solution possible, conforme à la tradition historique (art. 622 ss CC 1907), reste l'indivision des art. 336 ss CC. Cette solution permet en tout cas le maintien de l'exploitation, soit évite la disparition de l'entreprise, le cas échéant jusqu'à ce que son avenir soit plus précisément déterminé entre les cohéritiers. Cette formule a l'avantage ainsi d'assurer une survie de l'entreprise et d'éviter sa dislocation pour raison de partage. Pendant plusieurs années qui peuvent suivre le décès, des problèmes transitoires, touchant à la gestion ou touchant aux cohéritiers, peuvent se poser pour l'entreprise qui, une fois éclaircis ou réglés, permettront de décider de sa continuation. En droit foncier rural par exemple (art. 12 LDFR), l'on doit surseoir au partage si un héritier, potentiellement susceptible de reprendre l'entreprise agricole, n'a pas encore achevé sa formation, ce qui n'est pas réservé à l'art. 617, al. 3, AP-CC¹⁴⁴.
- Le besoin de pouvoir attribuer une entreprise dans son entier à un héritier sans que celle-ci doive être imputée immédiatement à sa part de succession est reconnu, même si les approches proposées conduisent à une certaine inégalité de traitement entre les héritiers¹⁴⁵.

4.3.2 Sursis à l'obligation de rapport

La grande majorité des participants à la consultation s'étant exprimé sur la question spécifique du sursis à l'obligation de rapport saluent la mesure¹⁴⁶. 3 participants s'y opposent¹⁴⁷.

De nombreux participants formulent des remarques:

Positives

- La possibilité d'obtenir un sursis au paiement envers les cohéritiers devrait conduire à une nette amélioration de la transmission d'entreprises par succession¹⁴⁸.
- La possibilité de sursis peut simplifier les transmissions d'entreprises qui seraient impossibles pour des problèmes de liquidités, qui se produisent en règle générale lorsque l'entreprise ne dispose pas de suffisamment de réserves (donc est constituée de d'éléments

¹⁴² Treuhand Suisse, p. 2

¹⁴³ UNIL, p. 5

¹⁴⁴ UNIL, p. 5

¹⁴⁵ NW, p. 1

¹⁴⁶ AG, p. 1; AI, p. 1; GL, p. 1; LU, p.1; OW, p. 1; SG, p. 1; SO, p. 2; UR, p. 1; PDC, p. 1; pvl, p. 2; ANV, p. 2; CP, p. 3; EIT.swiss, p. 1; FER, p. 2; Forum PME, p. 1; FSN, p. 4; GastroSuisse, p. 2; HotellerieSuisse, p. 2; pharmaSuisse, p. 1; Re-lève PME, p. 2; SSE, p. 1; SFB, p. 3; suissec, p. 2; SGNV, p. 1; UNIGE, p. 4; USAM, p. 2, USS, p. 2

¹⁴⁷ BL, p. 1; UDC, p. 1; VPAG, p. 3

¹⁴⁸ PDC, p. 1

- patrimoniaux nécessaires à son exploitation) et que le repreneur ne dispose pas des moyens financiers nécessaires au paiement des autres héritiers¹⁴⁹.
- D'autres ordres juridiques connaissent déjà l'instrument du sursis au paiement et cela fait sens de l'insérer également dans notre code civil. Il s'agit de trouver un juste équilibre entre les intérêts du repreneur et ceux des autres héritiers. La proposition le fait adéquatement puisque la disposition exige, d'une part, que le règlement immédiat de la créance expose le débiteur à de graves difficultés, d'autre part, que le délai maximal n'excède pas une durée totale de 5 ans (d'autres ordres juridiques vont parfois jusqu'à 10 ans)¹⁵⁰.
 - Le sursis à l'obligation de rapport facilite la transmission d'entreprises surtout du point de vue du repreneur, car les processus de reprise et les obligations de rapport sont rendus mieux planifiables et l'entreprise peut être mieux utilisée pour réaliser d'éventuels paiements des créances en rapport (*Ausgleichszahlungen*) restants¹⁵¹.
 - La proposition de permettre au repreneur de solliciter des délais de paiement en cas de dissolution par décès lorsqu'une entreprise ou des parts sociales/droits de sociétariat octroyant le contrôle d'une telle entreprise sont en jeu est excellente. Elle fait écho à l'insertion d'une disposition comparable dans le cadre de la liquidation de la succession, à l'art. 619 AP-CC. Les difficultés de règlement d'une créance de liquidation, qu'elle soit successorale ou matrimoniale, sont en effet comparables¹⁵².
 - La règle se comprend dans la mesure où elle évite une dissociation entre le règlement d'une créance ensuite de liquidation du régime matrimonial, et une autre née du partage successoral¹⁵³.
 - Le fait de lier le droit à obtenir un sursis avec l'obligation de fournir des sûretés et de verser des intérêts limite fortement l'utilité pratique du sursis au paiement¹⁵⁴, mais est important afin d'empêcher une charge disproportionnée à l'encontre des héritiers réservataires. Dans certaines constellations, la mesure devrait toutefois conduire à une facilitation de la transmission d'entreprises, raison pour laquelle il convient de la soutenir¹⁵⁵.
 - La situation financière critique ne concerne pas que le repreneur, mais également l'entreprise. De ce point de vue, il est sensé d'octroyer au repreneur la possibilité, en situation financière critique, de demander un délai de paiement. Les intérêts des autres héritiers sont suffisamment pris en considération avec la durée maximale prévue pour le sursis, l'obligation de fournir des sûretés et le paiement d'intérêts équitables¹⁵⁶.
 - L'élargissement de la possibilité d'obtenir un sursis dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial aux héritiers du conjoint selon l'art 218, al. 3, AP-CC est également juste¹⁵⁷.
 - Avec un droit au sursis, l'entrepreneur repreneur peut financer les prétentions des cohéritiers progressivement au moyen des gains futurs de l'entreprise¹⁵⁸, ce qui augmente la marge de manœuvre pour une solution de succession d'entreprise judicieuse¹⁵⁹. L'avant-projet supprime ainsi en grande partie l'une des conséquences les plus néfastes du fait

¹⁴⁹ FSN, p. 5

¹⁵⁰ UNIGE, p. 4

¹⁵¹ AI, p. 1

¹⁵² UNIGE, p. 8

¹⁵³ UNIL, p. 3

¹⁵⁴ BE, p. 2; PLR, p. 1: Treuhand Suisse, p. 2

¹⁵⁵ PLR, p. 1

¹⁵⁶ SO, p. 2

¹⁵⁷ SO, p. 2

¹⁵⁸ UR, p. 1

¹⁵⁹ BE, p. 2

que les prétentions à la réserve des héritiers non repreneurs sont immédiatement exigibles¹⁶⁰.

- La possibilité, pour l'héritier repreneur, d'obtenir des délais de paiement à l'égard des autres héritiers, dans le but notamment de lui éviter d'importants problèmes de liquidités, est opportune et nécessaire¹⁶¹.
- La mesure visant la centralisation de la gouvernance ne produirait pas ses effets positifs si des aménagements de paiement de l'héritier repreneur n'étaient pas prévus. Cette mesure permettra à l'héritier gouvernant de répartir le paiement sur plusieurs années afin de s'acquitter des montants compensatoires éventuellement dus aux autres héritiers. Cela évitera ainsi au dirigeant, choisi par le juge ou le *de cuius* de son vivant, de devoir mettre en péril son patrimoine et, directement ou indirectement, celui de l'entreprise en succession¹⁶².
- Dans l'hôtellerie, branche dans laquelle la fortune commerciale n'est souvent pas liquide et est de plus nécessaire à l'exploitation de l'entreprise, une obligation de rapport ne peut être honorée sans autre. L'octroi d'un délai de cinq ans au maximum donne au repreneur suffisamment de temps pour planifier ses obligations financières envers les héritiers et de prendre les mesures nécessaires¹⁶³.

Critiques

- Lors de l'examen portant sur l'octroi du sursis, le montant concerné et la durée du sursis, les juges devront effectuer une pesée des intérêts dans laquelle l'intérêt de l'économie au maintien en activité de l'entreprise jouera un rôle déterminant. Le but poursuivi paraît étranger au droit des successions. Il s'agit d'une atteinte très importante aux droits de propriété des héritiers qui ne saurait se justifier par l'intérêt de la collectivité ou de l'économie en général. Régler la succession de ses biens est une affaire privée¹⁶⁴.
- Les cohéritiers dont la créance en rapport fait l'objet d'un sursis doivent payer l'impôt sur la fortune, mais ne disposent pas librement de la fortune y relative, ce qui peut conduire suivant les circonstances à des difficultés de paiement. Cela est problématique et il convient d'y trouver une solution qui garantisse pleinement leurs droits de propriété. Dans le cas contraire, la possibilité de lever le sursis pour justes motifs doit être prévue (p. ex. si les cohéritiers connaissent des difficultés financières)¹⁶⁵.
- Une règle de sursis ne peut atteindre son but que si le législateur laisse la question de sa nécessité et de son étendue à l'appréciation du juge, qui procède à une pesée des intérêts et du caractère supportable de la mesure dans le cas concret. Cela permettrait d'éviter des abus et apporterait une flexibilisation minimale et indispensable du droit des réserves, actuellement très rigide, sans que la règle prévue sur le sursis reste sans effet en pratique. Avec une conception plus flexible dans le sens d'un renoncement aux obligations de fournir des sûretés et de verser des intérêts, la possibilité d'obtenir un sursis des prétentions héréditaires a le potentiel de renforcer durablement la Suisse comme place favorable aux PME (*KMU-Standort*). Cette chance ne doit pas être manquée¹⁶⁶.
- Pour octroyer ou non un sursis au paiement, et si oui pour combien de temps, les juges devront effectuer une pesée des intérêts entre l'intérêt global de l'économie au maintien

¹⁶⁰ UR, p. 1

¹⁶¹ CP, p. 3; Relève PME, p. 2

¹⁶² FER, p. 2

¹⁶³ HotellerieSuisse, p. 2

¹⁶⁴ BL, p. 1

¹⁶⁵ BL, p. 1

¹⁶⁶ UR, p. 2

de l'entreprise et l'égalité de traitement entre les héritiers réservataires. Un refus d'octroyer un sursis pour le motif que l'intérêt global de l'économie ne le justifie pas, pourrait avoir pour conséquence que le droit à l'attribution ne puisse être réalisé. Bien que l'art. 617 AP-CC ne le prévoit pas, le droit à l'attribution pourrait être lié à des conditions via l'examen du délai de paiement, ce qui ne paraît pas très réussi du point de vue législatif¹⁶⁷.

- La pesée d'intérêts à laquelle le juge devra procéder selon l'art. 619 CC ne pourra pas se faire sans examen étendu. En cas de litige, des avis d'experts sur les intérêts de l'économie en général seront incontournables et des rapports ultérieurs sur les méthodes d'estimation seront probablement nécessaires¹⁶⁸.
- Le sursis à l'obligation de rapport représente une atteinte importante aux droits de propriété des héritiers réservataires¹⁶⁹ et constitue une violation du principe d'égalité entre héritiers ainsi que du droit des héritiers réservataires à l'obtention de leur réserve¹⁷⁰.
- Il ne sera pas possible d'empêcher que ces prêts forcés servent à maintenir en activité des entreprises inefficaces, ce qui n'est certainement pas dans l'intérêt de l'économie en général¹⁷¹.
- Si l'héritier auquel est attribué l'entreprise ne peut obtenir un financement sur le marché (p. ex. d'une banque), l'entreprise et/ou lui-même ne sont pas solvables. Contraindre les héritiers réservataires à octroyer un prêt à un cohéritier insolvable n'a pas lieu d'être. Il vaut mieux que l'entreprise soit vendue à un tiers¹⁷².
- L'analogie au droit des régimes matrimoniaux ne doit pas être faite à la légère, car contrairement au droit des successions, celui-ci résulte d'une union contractée librement. La durée du sursis maximum devrait en conséquence être réduite de cinq à trois ans. L'inégalité de traitement entre héritiers souhaitée économiquement serait ainsi plus réduite¹⁷³.
- De manière générale, les délais de paiement de l'art. 619 AP-CC ont pour conséquences, en dépit des sûretés prévues à l'al. 3, de faire subir aux autres héritiers, y compris le conjoint survivant dans sa créance en liquidation du régime matrimonial, les risques liés à la solvabilité de l'héritier auquel l'entreprise a été attribuée et ce sur une durée maximale de cinq ans. Ainsi, l'application de cet article prévoyant des délais de paiement devrait rester exceptionnelle. Or, retenir de graves difficultés au regard de la nécessité de vendre les parts de l'entreprise revient à étendre le champ d'application du droit de requérir des délais de paiements¹⁷⁴.
- L'époux créancier pourrait se voir non seulement imposer un délai de 5 ans pour recevoir sa part réservataire en vertu de l'art. 619 AP-CC, mais également le versement de sa créance en participation et de sa part à la plus-value. Ainsi, la protection garantie à l'héritier reprenant semble disproportionnée au vu de la situation dans laquelle sera placée le conjoint survivant, qui n'est pas protégé dans son droit au versement de sa créance en liquidation du régime matrimonial. Il est rappelé que le régime matrimonial, partant des modalités de sa liquidation, relève d'un choix entre les époux à la conclusion ou durant le mariage. Ainsi, lorsqu'un entrepreneur décèdera sans laisser de dispositions pour cause de mort réglant précisément l'attribution de l'entreprise à l'un des héritiers, son héritier pourra unilatéralement modifier les règles de la liquidation du régime matrimonial convenu par le

¹⁶⁷ ZH, p. 2.

¹⁶⁸ ZH, p. 2; Treuhand Suisse, p. 2

¹⁶⁹ ZH, p. 2

¹⁷⁰ BS, p. 3

¹⁷¹ VPAG, p. 3

¹⁷² VPAG, p. 3

¹⁷³ ZH, p. 2

¹⁷⁴ JuCH, p. 2

défunt et son conjoint survivant par le biais de l'art. 218, al. 3, AP-CC. Dans ce cas également, la survie de l'entreprise paraît excessivement favorisée au détriment de la situation financière du conjoint survivant et de la volonté du *de cujus*¹⁷⁵.

- Après avoir tranché la question de l'attribution, le juge doit décider si et pour quelle durée un délai de paiement doit être accordé (art. 619, al. 1, AP-CC). Une pesée des intérêts entre l'intérêt macroéconomique au maintien de l'entreprise et l'égalité de traitement entre les héritiers réservataires doit intervenir. Si le juge parvient à la conclusion que l'intérêt macroéconomique ne justifie pas l'octroi d'un délai de paiement, l'attribution de l'entreprise pourrait être empêchée par ce biais. Malgré une règle contraire à l'art. 617 AP-CC, l'attribution serait ainsi de fait liée à des conditions. Il semble important d'aménager les dispositions qui suivent le droit à l'attribution de manière à ce que le but poursuivi ne puisse être contourné¹⁷⁶.
- De manière générale, l'examen d'une justification de l'attribution de l'entreprise comme de l'octroi d'un délai de paiement ne pourra se faire sans expertises importantes. En cas de contestation, il est probable que des expertises portant sur les intérêts macroéconomiques et des expertises ultérieures sur les méthodes d'estimation soient nécessaires¹⁷⁷.
- Qu'en est-il lorsqu'il est clair que le repreneur ne pourra pas obtenir de sûretés garanties par l'entreprise et qu'il n'a pas d'autres possibilités d'en fournir? Ce sera notamment souvent le cas lorsque l'entreprise est en raison individuelle et que la principale valeur constitue son *goodwill* (= sa clientèle); il sera alors extrêmement difficile au repreneur de fournir des sûretés, sauf peut-être à transformer l'entreprise en société anonyme et à en donner ensuite les actions en garantie. Mais est-ce que cela est suffisant? Quid des intérêts des autres héritiers en cas de mauvaise gestion de l'entreprise ou de faillite? Le message devrait se prononcer sur ces questions. A notre sens, l'on ne devrait pas être trop exigeant à l'encontre de la fourniture de sûretés, sous peine de voir cette disposition rester souvent lettre morte. Il serait vraisemblablement préférable de relativiser le droit des autres héritiers à des sûretés et prévoir qu'il existe uniquement "si les circonstances le justifient", en particulier chaque fois que cela est supportable pour le repreneur¹⁷⁸.
- Dans les cas compliqués, la solution du sursis au paiement (concept parfaitement utile en tant que tel) n'apportera pas grand-chose¹⁷⁹.

Diverses

- La possibilité d'obtenir un sursis aux créances résultant des prétentions successorales constitue un élément particulièrement important de la révision¹⁸⁰.
- Les intérêts des cohéritiers ou cohéritiers réservataires ne doivent pas être oubliés. Le sursis à l'obligation de rapport a un effet négatif pour les héritiers réservataires. Le sursis est acceptable si sa durée est limitée et n'est pas excessive dans le cadre d'une pesée des intérêts. Pour cette raison, un délai de paiement à la juste appréciation du juge, mais limité à un maximum de cinq ans, est raisonnable¹⁸¹.

¹⁷⁵ JuCH, p. 3

¹⁷⁶ ASM, p. 2

¹⁷⁷ ASM, p. 2

¹⁷⁸ UNIGE, p. 4

¹⁷⁹ UZH, p. 3

¹⁸⁰ FSN, p. 4

¹⁸¹ BE, p. 2

- Une durée de sursis adaptée est d'importance capitale en présence de nombreux héritiers. Dans un tel cas, la part successorale de l'héritier repreneur est plus petite, ce qui complique d'autant la levée de fonds pour désintéresser les autres héritiers¹⁸².
- Sur le plan international, plusieurs législations étrangères prévoient une possibilité de report de la réalisation des droits réservataires¹⁸³.
- En droit matrimonial, le CC permet au juge, en diverses dispositions, d'octroyer des délais de paiement pour le règlement des créances de compensation, lorsque le règlement expose l'époux débiteur à des difficultés graves¹⁸⁴.
- Il n'est pas clair si la règle sur le sursis s'applique aussi lorsque le défunt a pris des dispositions concernant sa succession par exemple dans un pacte successoral avec ses héritiers. Il est considéré que l'art. 619 AP-CC ne s'applique que si aucune clause contraire d'un pacte successoral n'existe. De telles règles peuvent se rapporter par exemple à l'exigibilité des créances de rapport, à la durée du sursis ou à d'autres modalités de remboursement des créances. En cas de disposition unilatérale, les règles de l'art. 619 AP-CC devraient s'appliquer même si le disposant a prévu des dispositions différentes. Cet article vise à protéger l'héritier qui reprend l'entreprise. Si celui-ci a conclu avec le disposant et éventuellement d'autres héritiers un pacte successoral, il n'y a pas lieu à une intervention législative dans les règles convenues. Une réserve pour les clauses contraires d'un pacte successoral relatives à la reprise d'une entreprise, de parts sociales ou de droits de sociétariat devrait être prévue à l'art. 619 AP-CC¹⁸⁵.
- L'avant-projet ne précise pas le rapport entre la nouvelle disposition et d'éventuelles règles différentes entre le disposant et un héritier en sa qualité de débiteur d'une créance dont le fondement n'est pas de droit successoral. Exemple: Le disposant transmet de son vivant un bien-fonds à un héritier. Il laisse subsister une partie du prix d'achat comme prêt. Le disposant et l'héritier s'accordent pour que le prêt soit exigible au moment du décès du premier. Le texte de la disposition laisse à penser que le sursis s'applique aussi aux créances dont le fondement n'est pas de nature successorale, car il mentionne le terme général de "créances". Si l'héritier a déjà été favorisé du vivant du disposant et que le moment de l'exigibilité a en outre été fixé contractuellement, il n'est pas approprié dans un tel cas d'octroyer à cet héritier, débiteur du disposant, encore un délai de paiement de cinq ans¹⁸⁶.
- L'obligation de fournir des sûretés pour garantir les dettes de rapport devrait conduire dans de nombreux cas à ce que la règle ne puisse être appliquée. Si un héritier ne dispose pas de suffisamment de liquidités pour honorer ses dettes de rapport, il ne pourra dans de nombreux cas pas fournir de sûretés suffisantes. Il faudrait prévoir dans la loi une disposition explicite selon laquelle la mise en gage de parts sociales ou de droits de sociétariat de l'entreprise concernée vaut sûreté suffisante, car cela sera en pratique souvent la seule solution pour l'héritier repreneur de fournir des sûretés. Le créancier en rapport serait contraint dans de ce cas d'accepter comme sûretés suffisantes la mise en gage des parts sociales ou des droits de sociétariat de l'entreprise concernée¹⁸⁷.

¹⁸² ZG, p. 1

¹⁸³ CP, p. 3; SSE, p. 1

¹⁸⁴ CP, p. 3; Relève PME, p. 2

¹⁸⁵ EXPERTsuisse, p. 3

¹⁸⁶ EXPERTsuisse, p. 4

¹⁸⁷ EXPERTsuisse, p. 4

- Il faudrait prévoir une exigibilité immédiate des créances d'autres héritiers pour lequel le reprenant avait obtenu un sursis au paiement au sens de l'art. 619 AP-CC en cas de vente de l'entreprise dans ce délai¹⁸⁸.
- Il serait utile que le message donne des précisions sur la notion de gravité. Il faut que les difficultés soient graves et durables. C'est à regarder, d'une part, subjectivement, au regard des intérêts du reprenant lui-même et de sa volonté d'avoir les commandes de l'entreprise, de ses liquidités et possibilités de crédit, d'autre part, objectivement aussi, au regard des buts poursuivis par cette réforme, à savoir tenir compte de l'impact négatif du décès du chef d'entreprise sur les petites entreprises et les microentreprises et donc sur notre économie en général. Il ne semblerait, en effet, pas juste d'imposer aux autres héritiers des délais de paiement lorsque l'entreprise risque de difficilement survivre à la personne du *de cuius* (entreprise étroitement liée à la réputation de ce dernier ou à ses connaissances, par exemple, etc.), voire même lorsqu'il serait en réalité mieux qu'elle soit vendue (le reprenant ne disposant, par hypothèse, pas de compétences suffisantes pour la gérer mais ayant été le seul à demander à ce qu'elle lui soit attribuée). Ceci est, enfin, à mettre en balance avec les sacrifices imposés aux autres héritiers (= pesée des intérêts sur la base de l'ensemble des circonstances)¹⁸⁹.
- La possibilité de poser des conditions à l'octroi de ce sursis permettrait de tenir encore mieux compte du cas d'espèce et à réaliser un plus juste équilibre entre les intérêts des parties. L'introduction de quelques exemples dans le message à ce propos serait utile¹⁹⁰.

4.3.3 Obligations de fournir des sûretés et de verser des intérêts

Les participants à la consultation qui se sont exprimés sur la question spécifique de l'obligation de fournir des sûretés et de verser des intérêts sont partagés. 8 saluent la mesure¹⁹¹, 2 s'y opposent¹⁹², et 8 demandent une solution plus flexible, ou de renoncer à la mesure¹⁹³.

De nombreux participants formulent des remarques:

Positives

- Les montants concernés devront faire l'objet de sûretés, ce qui est parfaitement indispensable à la préservation des intérêts des autres héritiers¹⁹⁴.
- Le rapport explicatif se base sur des entreprises florissantes dont le droit successoral actuel constitue le seul problème, ce qui ne correspond pas forcément à la réalité dans certains cas. La situation préexistante de l'entreprise, la situation économique ou le type de conduite de l'entreprise de l'héritier reprenant peuvent aussi détériorer le développement d'une entreprise en cinq ans après le décès du disposant. C'est pourquoi l'obligation de fournir des sûretés et de verser un intérêt équitable, ou la fixation de conditions au sursis sont importantes¹⁹⁵.
- Le lien effectué entre le droit à l'obtention d'un sursis et l'obligation de fournir des sûretés pour les montants concernés limite fortement l'utilité pratique du droit au sursis, mais est nécessaire pour éviter une atteinte disproportionnée aux droits des héritiers réservataires.

¹⁸⁸ JuCH, p. 2

¹⁸⁹ UNIGE, p. 4

¹⁹⁰ UNIGE, p. 4

¹⁹¹ BE, p. 2; BS, p. 3; SO, p. 2; PDC, p. 2; ANV, p. 2; CP, p. 3, Relève PME, p. 2; SSE, p. 1

¹⁹² AI, p. 1; pvl, p. 3

¹⁹³ AR, p. 1; UR, p. 2; ZG, p. 3; Economiesuisse, p. 2; EXPERTsuisse, p. 4; FSN, p. 5; SFB, p. 4; UNIGE, p. 4; USAM, p. 2

¹⁹⁴ ANV, p. 2

¹⁹⁵ BS, p. 3

Dans certaines constellations, cette mesure conduira malgré tout encore à une facilitation pour le repreneur, c'est pourquoi elle doit être soutenue¹⁹⁶.

- Les sûretés qui devront être fournies paraissent indispensables pour préserver les intérêts des autres héritiers. En effet, elles permettent de garantir le sacrifice demandé aux autres héritiers pour la pérennisation de l'entreprise, en particulier s'ils sont réservataires, le délai de paiement ne devant en aucun cas entraîner une diminution du montant de la part réservataire légale¹⁹⁷.
- Le versement de sûretés prévu par le projet de révision viendra limiter, voire exclure le risque financier des autres héritiers de voir le paiement de leur part successorale dépendre de la bonne marche économique de l'entreprise¹⁹⁸.
- L'exigence du versement d'un intérêt est pleinement justifiée. Les autres héritiers doivent, en effet, attendre durant une période qui peut être relativement longue (jusqu'à 5 ans) à compter du partage de la succession¹⁹⁹.

Critiques

- Il convient de supprimer cette norme. L'obligation de fournir des sûretés peut nuire sérieusement à la transmission d'entreprises. Elle va directement à l'encontre du but du sursis au paiement. Il doit être accordé une importance plus importante à flexibilisation de la transmission d'entreprises par succession et au maintien en activité de l'entreprise qu'à une diminution potentielle du montant de la part successorale légale²⁰⁰.
- Il est à craindre que l'obligation de fournir des sûretés empêche d'atteindre le but poursuivi de protéger le repreneur contre des difficultés financières. Il convient de réétudier la question de l'obligation de fournir des sûretés (en particulier du point de vue de ses coûts) et en cas de doute, d'y renoncer²⁰¹.
- Il sera précisément difficile de fournir des sûretés dans les cas qui le nécessiteraient le plus, car il n'est pas possible de les obtenir sans autres pour garantir des créances en rapport sur le marché des capitaux. Il faut aussi garder à l'esprit que d'un point de vue économique, il ne faut pas maintenir en vie inutilement longtemps des entreprises inefficaces. La mesure proposée devrait être réétudiée et précisée en conséquence²⁰².
- En droit des régimes matrimoniaux, des sûretés sont prévues si les circonstances le justifient (art. 203, al. 2, et 218, al. 2, CC). L'art. 619 AP-CC prévoit lui impérativement des sûretés et des intérêts. Une telle obligation n'a de sens que si la question de leur nécessité et de leur ampleur est étudiée au cas par cas, si les circonstances le justifient, et n'est pas imposée avec rigidité à l'avance²⁰³.
- La solution proposée ne résout que partiellement la question, spécialement en cas de succession litigieuse. Il n'est pas clair de déterminer ce qui se passera au niveau des sûretés si l'héritier repreneur ou l'entreprise ont difficultés financière et de liquidités. Les mesures proposées pourraient se révéler peu efficaces dans certains cas²⁰⁴.
- Les obligations de fournir des sûretés et de verser des intérêts sont cumulatives et inconditionnelles. Cela limite de manière importante le champ d'application de la nouvelle règle

¹⁹⁶ PLR, p. 1

¹⁹⁷ CP, p. 3; Relève PME, p. 2

¹⁹⁸ FER, p. 2

¹⁹⁹ UNIGE, p. 5

²⁰⁰ AI, p. 1

²⁰¹ pvl, p. 3

²⁰² Economiesuisse, p. 2

²⁰³ AR, p. 1; EXPERTsuisse, p. 5; UNIGE, p. 4

²⁰⁴ TI, p. 2

prévue relative au sursis. Celui qui peut remplir ces obligations est suffisamment solvable pour obtenir les moyens nécessaires sur le marché sans devoir demander de sursis au juge. Là où le sursis serait vraiment nécessaire, les conditions posées au sursis ne pourront pratiquement pas être remplies²⁰⁵.

- L'obligation de fournir des sûretés et de verser des intérêts, mécanismes de contrôle, limiteront l'application de la norme en pratique²⁰⁶. D'une manière générale, l'héritier attributaire de l'entreprise n'aura que rarement de vrais actifs permettant de constituer des sûretés en faveur des cohéritiers, sous réserve des parts sociales de l'entreprise elle-même si elle est organisée sous la forme d'une personne morale. La constitution de sûretés risque dès lors d'être un vrai problème pratique²⁰⁷.
- Il convient de trouver une solution plus flexible et d'octroyer au juge une marge d'appréciation pour trancher au cas par cas les questions de la nécessité et du montant des sûretés à fournir, ainsi des intérêts à verser²⁰⁸.
- Les seules sûretés qui entrent en considération sont les parts dans la société (en particulier les actions). Or si les affaires vont mal, celles-ci perdent de la valeur et ce sont les héritiers, contraints par l'avant-projet à accorder un prêt, qui sont punis. Si une entreprise ne connaît pas le succès, ce prêt est en outre en règle générale perdu²⁰⁹.

Diverses

- La protection des héritiers réservataires est de haute importance. Chaque intervention dans le droit des successions en faveur de la transmission d'une entreprise à un héritier a lieu au détriment des autres héritiers réservataires. Les sûretés et les intérêts sont une protection adéquate pour les autres héritiers²¹⁰.
- Les sûretés et les intérêts portant sur les montants faisant l'objet d'un sursis, de même que le droit de refuser une part minoritaire dans une entreprise sur laquelle ils n'ont aucun contrôle constituent une protection adéquate pour les autres héritiers. Il conviendra cependant de suivre les conséquences sur la pratique et éventuellement de procéder à des modifications, aussi bien pour les repreneurs qui ne pourraient pas fournir les sûretés exigées ou payer les intérêts, que pour les autres héritiers, qui suivant les circonstances pourraient ne jamais recevoir leur dû malgré les sûretés²¹¹.
- L'obligation de fournir des sûretés et de verser des intérêts portant sur les montants faisant l'objet d'un sursis doivent être reconsidérées ou éventuellement réglées de manière plus détaillée. Une PME familiale dispose rarement de moyens suffisants pour garantir des crédits. Si elle en dispose, ceux-ci peuvent sans autres être mis en gage auprès de banques pour se financer et pour satisfaire les créances en rapport des cohéritiers. Un sursis au paiement et la fourniture de sûretés sont superflus dans ces circonstances. Les entreprises sans moyens suffisants à utiliser comme garantie ne pourront sinon justement pas bénéficier du sursis, car il leur sera impossible de fournir les sûretés impérativement exigées par la loi. Cette situation insatisfaisante doit être modifiée par une obligation de fournir des sûretés et des intérêts examinée au cas par cas²¹².

²⁰⁵ UR, p. 1; SFB, p. 4; USAM, p. 2

²⁰⁶ BE, p. 2; SFB p. 4

²⁰⁷ FSA, p. 2

²⁰⁸ SFB, p. 4

²⁰⁹ VPAG, p. 3

²¹⁰ BE, p. 3, PDC, p. 2

²¹¹ PDC, p. 2

²¹² ZG, p. 3

- Les intérêts dus en cas de sursis au paiement, et la possibilité d'obtenir des sûretés, constituent une certaine compensation protégeant les autres héritiers, qui ne reçoivent pas immédiatement leur part successorale²¹³.
- Pour que la possibilité d'obtenir un sursis ne reste pas lettre morte, la fourniture de sûretés ne devrait pouvoir être exigée que si elle peut être effectuée au moyen des avoirs de l'entreprise. Sinon il doit être possible de considérer les montants objets du sursis comme un prêt non couvert, dont le risque doit être couvert par les intérêts. En outre, des conventions de remboursement peuvent être conclues, qui peuvent dépendre par exemple des gains de l'entreprises. Cela réduit le risque des autres héritiers. Si une entreprise doit malgré tout être liquidée ou si la créance ne peut être honorée pendant 5 ans, l'obligation de payer à charge du repreneur de l'entreprise est maintenue. Cela correspond à une constellation fréquente en cas de transmission d'entreprise du vivant de l'entrepreneur, dans le cadre de laquelle la créance en paiement du prix d'achat demeure sous forme de prêt. A cela se rajoute que le maintien en activité ne profite pas qu'au repreneur, mais aussi aux autres héritiers, car la valeur de liquidation devrait normalement être inférieure à la valeur de continuité, ce qui diminue la valeur d'imputation. Une formulation moins restrictive de l'art. 619, al. 3, AP-CC est proposée²¹⁴.

4.3.4 Valeur de l'entreprise en cas de libéralité faite du vivant du *de cuius*

La grande majorité des participants à la consultation s'étant exprimé sur la question spécifique de la valeur de l'entreprise saluent la mesure²¹⁵. Un participant s'y oppose²¹⁶.

De nombreux participants formulent des remarques:

Positives

- Le déplacement du moment déterminant pour fixer la valeur d'imputation au moment de la libéralité semble de manière générale approprié et compréhensible²¹⁷.
- La révision proposée prévoit des règles spécifiques et utiles pour le calcul de la valeur de l'entreprise²¹⁸.
- L'estimation de la valeur de l'entreprise au moment de la libéralité facilitera la transmission d'entreprise surtout du point de vue du repreneur, car le processus de reprise et les obligations de rapports seront mieux planifiables et l'entreprise pourra mieux être utilisée pour réaliser les paiements d'éventuelles dettes de rapports²¹⁹.
- Il est juste que la personne qui contrôle ou obtient le contrôle sur une entreprise grâce à une libéralité supporte le risque financier dès ce moment²²⁰.
- La valeur vénale au moment du partage de la succession est nouvellement déterminante pour le partage successoral. Cela, ainsi que la différenciation effectuée entre les éléments

²¹³ suissetec, p. 2

²¹⁴ FSN, p. 5

²¹⁵ AG, p. 1; AI, p. 1; AR, p. 1; BE, p. 3; GL, p. 1; LU, p. 1; SO, p. 3; SG, p. 1; UR, p. 2; VD, p. 1; PLR, p. 1; pvl, p. 2; ANV, p. 2; CP, p. 3; Economiesuisse, p. 2; EIT.swiss, p. 2; EXPERTsuisse, p. 5; FER, p. 2; Forum PME, p. 1; GastroSuisse, p. 2; HotellerieSuisse, p. 2; pharmaSuisse, p. 1; Relève PME, p. 3; SFB p. 4; SSE, p. 1; SFB p. 4; suissetec, p. 2; SGNV, p. 1; Treuhand Suisse, p. 2; UNIGE, p. 6; USAM, p. 2; USS, p. 2

²¹⁶ UDC, p. 1

²¹⁷ UR, p. 2; ZH, p. 2; ASM, p. 2; Treuhand Suisse, p. 2

²¹⁸ ANV, p. 2

²¹⁹ AI, p. 1

²²⁰ Economiesuisse, p. 2

nécessaires et non nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, rend possible une solution adaptée au cas particulier²²¹.

- Elle tient compte du risque entrepreneurial: l'évolution de la valeur des éléments nécessaires à l'exploitation de l'entreprise résulte en règle générale de l'activité entrepreneuriale. Il est donc juste que le repreneur bénéficie seul des gains et supporte seul les pertes²²².
- Il est tenu compte du risque entrepreneurial assumé par le repreneur sans défavoriser les autres héritiers concernant des biens qui pourraient aisément être distraits de l'entreprise²²³.
- Le déplacement du moment déterminant pour fixer la valeur d'imputation au moment de la libéralité et la distinction entre éléments patrimoniaux nécessaires à l'exploitation de l'entreprise et éléments non nécessaires semblent adaptés pour régler les problèmes actuels, sans défavoriser les héritiers réservataires²²⁴.
- Il offre des solutions appropriées au vu des chances et des risques inhérents au transfert d'entreprise du vivant du disposant, le repreneur supportant aussi bien le risque entrepreneurial que le risque de marché, et la valeur de l'entreprise dépendant en grande partie des décisions entrepreneuriales de sa direction²²⁵.
- Au décès du disposant, le repreneur ne devrait pas se voir imputer une plus-value de l'entreprise, soit ne devrait pas avoir à partager son succès entrepreneurial avec ses cohéritiers. Cette nouveauté est saluée²²⁶.
- La possibilité de déterminer à l'avance la valeur de l'entreprise permettra aux personnes concernées d'entreprendre une planification successorale à long terme. La mesure proposée paraît également équilibrée lorsque l'on considère uniquement l'équité dans les relations entre les héritiers²²⁷.
- Cette mesure est à saluer du point de vue de l'équité, puisqu'elle permettra une certaine marge de manœuvre pour l'héritier de la société en ce qui concerne notamment les investissements dans des biens nécessaires à la bonne marche des affaires et donc au maintien, voire même à l'augmentation des places de travail au sein de la société²²⁸.
- D'autre part, la qualification "d'éléments patrimoniaux non nécessaires" à l'exploitation de l'entreprise rendra le partage de la succession et le comblement d'une éventuelle amputation des réserves héréditaires de par l'attribution à un seul héritier, plus aisé. Les héritiers exclus de la gouvernance pourront ainsi récupérer une partie de leurs parts héréditaires, voire l'entier, sans être tributaire d'un éventuel délai de paiement sollicité par l'héritier dirigeant de l'entreprise²²⁹.

Critiques

- Apporter la preuve de la valeur des éléments patrimoniaux nécessaires à l'exploitation de l'entreprise amènera des difficultés pratiques pour distinguer les éléments patrimoniaux nécessaires de ceux qui ne le sont pas. Cela ouvre un potentiel de conflits²³⁰.

²²¹ Suissetec, p. 2

²²² BE, p. 3; FSN, p. 5

²²³ CP, p. 3; Relève PME, p. 3; SFB, p. 4; UNIGE, p. 6

²²⁴ PLR, p. 1

²²⁵ SO, p. 3

²²⁶ SO, p. 3

²²⁷ CP, p. 4; Relève PME, p. 3

²²⁸ FER, p. 2

²²⁹ FER, p. 2

²³⁰ SO, p. 3

- En cas de pertes commerciales, l'héritier repreneur pourrait, au moment de l'ouverture de la succession, avoir tout intérêt à ne pas retrouver les informations requises pour déterminer la valeur de l'entreprise au moment de sa reprise²³¹.
- La distinction entre éléments patrimoniaux nécessaires et non nécessaires à l'exploitation de l'entreprise provoquera des difficultés pratiques importantes. Afin d'apporter la preuve requise, il faudra établir quels éléments sont nécessaires à l'exploitation et lesquels ne le sont pas. Leur estimation devra également être claire. Ces deux éléments génèrent un potentiel important de litiges. Il en va de même en cas d'attributions de parts dans une entreprise²³².
- Il se pose la question s'il ne serait pas nécessaire de mieux protéger les cohéritiers dans l'hypothèse où l'entreprise aurait perdu de la valeur depuis le moment de la libéralité, rendant ainsi plus intéressant – pour le reprenant – le rapport à la valeur au jour du partage. Il s'agirait d'éviter que le bénéficiaire ne soit tenté de dissimuler l'existence d'une estimation réalisée au moment de la libéralité. Certes, il est probable que la dissimulation d'une telle évaluation remplisse l'état de fait d'une suppression de titre au sens de l'art. 254 CP (élément qui pourrait d'ailleurs être précisé dans le futur message), mais il semblerait souhaitable de préserver les droits des cohéritiers en amont. On pourrait imaginer plusieurs solutions. Ainsi, il est suggéré d'examiner la possibilité de rendre obligatoire l'évaluation de l'entreprise au moment de la libéralité, sauf renonciation expresse des autres héritiers, sur le modèle de ce que prévoit l'avant-projet pour les rapports en nature (art. 633 AP-CC)²³³.
- Selon les termes de loi proposés, tous les héritiers peuvent demander l'imputation de la valeur de l'entreprise au moment de son transfert. Si la valeur de l'entreprise a diminué d'ici au décès du disposant, cette règle défavorise inéquitablement l'héritier comme entrepreneur (en particulier en comparaison avec le droit actuel). Il convient ainsi de préciser le texte de loi, afin que seul l'héritier qui a repris l'entreprise, les parts sociales ou les droits de sociétariat, ne puisse demander l'imputation à la valeur au moment du transfert²³⁴.
- Une plus-value des éléments patrimoniaux nécessaires à l'exploitation de l'entreprise peut aussi provenir d'autres causes que de l'activité et de l'engagement entrepreneurial de l'héritier repreneur. Il est possible, et ce n'est pas rare en pratique, que le disposant soit encore actif lui-même avec une fonction dirigeante durant plusieurs années après le transfert de l'entreprise à un descendant (et qu'il conserve par exemple l'usufruit sur l'entreprise ou des parts dans l'entreprise). Le transfert anticipé d'une entreprise à un descendant peut finalement aussi reposer sur des raisons étrangères à l'entreprise. Tant et aussi longtemps qu'un héritier repreneur n'a pas pris de fonction opérative dans l'entreprise, malgré le fait qu'il en soit devenu le propriétaire, il serait choquant d'exclure les autres héritiers d'une plus-value des éléments nécessaires à son exploitation²³⁵.
- Le fardeau de la preuve revenant à l'héritier qui s'en prévaut, le repreneur qui disposerait d'une expertise fixant la valeur de l'entreprise au moment de la libéralité pourrait, en cas de perte de valeur, simplement la garder secrète ou la détruire comme elle lui serait défavorable²³⁶.
- Il devrait aussi être clairement précisé dans cet article de loi que les dispositions contraires du disposant dans un testament ou un pacte successoral l'emportent sur la règle légale²³⁷.

²³¹ TI, p. 2

²³² UR, p. 2; ASM, p. 2; Treuhand Suisse, p. 2

²³³ VD, p. 1

²³⁴ EXPERTsuisse, p. 6

²³⁵ EXPERTsuisse, p. 6

²³⁶ BS, p. 3

²³⁷ EXPERTsuisse, p. 6

- La réalisation de l'objectif, qui mérite d'être salué, d'imputer à leur valeur au moment de la libéralité les éléments nécessaires à l'exploitation de l'entreprise amène de problèmes pratiques importants. Si une expertise de la valeur au moment de la libéralité est effectuée, son examen, qui aura lieu suivant les circonstances plusieurs années après sa réalisation, sera pratiquement impossible²³⁸.

Diverses

- Cette règle incite à procéder une estimation de la valeur de l'entreprise au moment de la libéralité et de mettre en œuvre une planification successorale à long terme²³⁹.
- L'avant-projet préconise une imputation d'une donation de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise à sa valeur au moment de la libéralité, s'il est possible d'établir cette valeur. Si cette valeur est basse, il est hautement vraisemblable que le donataire conserve la documentation permettant d'établir cette valeur. Si au contraire cette valeur est élevée, il est possible qu'il ne veuille pas à la conserver, ce d'autant que le délai de garde est d'une manière générale fixé à dix ans. Or, si la logique veut que la valeur d'attribution de l'entreprise soit à la date de la libéralité et non à la date usuelle du décès, c'est pour que l'entrepreneur puisse profiter de la plus-value que ses choix stratégiques et sa bonne gestion respectivement son travail acharné ont permis de donner à l'entreprise. A l'inverse, il ne revient pas aux cohéritiers d'assumer le risque de mauvais choix stratégiques, d'une absence de vision, d'une mauvaise gestion et d'un laisser-aller. Il conviendrait donc d'insérer un droit de chaque héritier futur de requérir par le biais d'une preuve à futur la préservation des éléments permettant de déterminer la valeur au jour de la libéralité²⁴⁰.
- Il faudrait réfléchir à créer une obligation légale de procéder à une estimation de la valeur des éléments patrimoniaux nécessaires à l'exploitation de l'entreprise en cas de libéralité entre vifs portant sur une entreprise ou sur des parts sociales ou des droits de sociétariat dans une entreprise, et de faire authentifier par un officier public rapport d'estimation, afin de garantir que ce rapport soit effectivement à disposition au moment du décès. Il existerait ainsi une base pour fixer la valeur d'imputation, même s'il n'est pas exclu que celle-ci ne puisse elle-même faire l'objet d'un litige²⁴¹.
- L'héritier repreneur aura un intérêt à apporter la preuve de la valeur de l'entreprise au moment de la libéralité si cette valeur a augmenté. Dans le cas contraire, soit en cas de perte de valeur, il n'apportera pas cette preuve et ce sera à ses cohéritiers de l'apporter. Cela leur sera difficile même s'ils disposent d'un droit à l'information à l'encontre du repreneur. Celui-ci dispose d'un avantage en matière d'informations. Il est donc à se demander si la proposition de modification est plus juste que le droit actuel. Finalement, la valeur d'une entreprise ne dépend pas que des décisions de l'entrepreneur, mais peut suivant la branche être fortement influencée par la conjoncture et d'autres facteurs²⁴².
- L'imputation des éléments patrimoniaux nécessaires à l'exploitation de l'entreprise à leur valeur au moment de la libéralité ou au moment de la prise de contrôle vaut selon l'avant-projet comme règle générale qui ne s'appliquera pas uniquement si la valeur de l'entreprise au moment de la libéralité ne peut être prouvée. En pratique, cette valeur ne devrait plus pouvoir être prouvée si le transfert date d'il y a plus de dix ans. Dans les autres cas, cette valeur devrait pouvoir être établie après coup sur la base des données à disposition. Une telle estimation ne nécessite pas obligatoirement d'être réalisée déjà au moment de la

²³⁸ FSN, p. 5

²³⁹ HotellerieSuisse, p. 2; SFB, p. 5

²⁴⁰ FSA, p. 3

²⁴¹ BS, p. 3

²⁴² BL, p. 2

libéralité, mais peut sans autre également avoir lieu plus tard (p. ex. au moment du partage), pour autant que les données nécessaires à une telle estimation soient encore disponibles²⁴³.

- La mise en œuvre de cette règle devrait provoquer des difficultés pratiques importantes pour distinguer les éléments patrimoniaux nécessaires de ceux qui ne le sont pas, même si cette distinction est justifiée. L'exigence d'apporter la preuve de la valeur ne devrait être possible que si, au moment de la libéralité, d'une part il est établi quels éléments sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise et lesquels ne le sont pas, et, d'autre part, la valeur de ces éléments est connue. Dans le cas contraire, il y a un risque de litiges. Les mêmes difficultés sont à prévoir en cas d'attribution de parts dans l'entreprise (art. 633b AP-CC)²⁴⁴.
- Le droit transitoire prévoyant l'application du nouveau droit en cas de décès du disposant après l'entrée en vigueur de la modification, il pourrait y avoir des problèmes dans certains cas pour retrouver les données permettant de déterminer la valeur de l'entreprise dans le passé²⁴⁵.

4.3.5 Pas d'attribution de part minoritaire dans une entreprise en imputation sur la réserve

La grande majorité des participants à la consultation s'étant exprimé sur la question spécifique de la nécessité d'obtenir l'accord de l'héritier concerné pour pouvoir lui attribuer une part minoritaire dans une entreprise saluent la mesure²⁴⁶. 2 participants s'y opposent²⁴⁷.

Les remarques ponctuelles suivantes ont été formulées:

- Le droit pour les héritiers de refuser l'attribution d'une part minoritaire dans une entreprise sur laquelle ils ne disposent d'aucun contrôle constitue pour eux une protection adéquate²⁴⁸. Il est compréhensible et juste²⁴⁹. Il n'est en effet pas rare que ces parts aient une moindre valeur et qu'elles ne puissent pas être vendues²⁵⁰.
- Ce garde-fou empêchera donc de voir ce type d'héritiers privés *de facto* de leurs réserves héréditaires par la transmission de parts dans la société très difficiles à vendre, puisque ces parts ne permettent notamment pas, ou difficilement, de participer aux prises de décisions capitales dans la gestion de l'entreprise²⁵¹.
- Avec cette disposition, l'avant-projet propose de codifier une très ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 70 II 142 c. 2). Il est bon de clarifier la doctrine des biens aisément négociables, qui est aujourd'hui source d'insécurité juridique, et il faut saluer la volonté manifestée à cet égard dans l'avant-projet²⁵².
- Sur le principe, la reprise de l'ancienne jurisprudence fédérale (ATF 70 II 142) paraît injustifiée: cette jurisprudence est aujourd'hui régulièrement critiquée et va à l'encontre des objectifs présentés le 29 août 2018 par le Conseil fédéral aux Chambres, soit l'élargissement

²⁴³ EXPERTsuisse, p. 5

²⁴⁴ ZH, p. 2

²⁴⁵ TI, p. 1

²⁴⁶ AG, p. 1; AR, p. 1; GL, p. 1; LU, p. 1; SG, p. 1; SO, p. 2; PDC, p. 2; PLR, p. 1; ANV, p. 2; CP, p. 2; Economiesuisse, p. 3; EIT.swiss, p. 1; FER, p. 2; Forum PME, p. 1; GastroSuisse, p. 2; pharmaSuisse, p. 1; RelèvePME, p. 2; Treuhand Suisse, p. 2; SSE, p. 1; SFB, p. 4; suisstec, p. 2; UNIGE, p. 3; USAM, p. 2

²⁴⁷ pvl, p. 3; UNIL, p. 3

²⁴⁸ PDC, p. 2

²⁴⁹ SO, p. 2; CP, p. 2; Relève PME, p. 2

²⁵⁰ CP, p. 2; Relève PME, p. 2

²⁵¹ FER, p. 2

²⁵² UNIGE, p. 3

de la liberté testamentaire du disposant et la réduction de la protection réservataire. L'avant-projet devrait au contraire expliquer que l'art. 522a, al. 1, AP-CC doit constituer une exception au principe contraire qui serait général, et ne plus faire référence à cette vieille jurisprudence²⁵³.

- L'on peut se demander si la règle ne peut être interprétée comme excluant à contrario l'application de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de son développement doctrinal aux sociétés de pure détention d'actifs. Si tel était le cas, un héritier pourrait se voir attribuer une part minoritaire dans une société de détention immobilière absolument non liquide en imputation sur sa réserve. A notre avis, cette solution serait fautive. La jurisprudence du Tribunal fédéral et sa concrétisation doctrinale restent, le cas échéant, valables pour les biens non aisément négociables qui ne sont pas des entreprises au sens des nouvelles dispositions. Il serait souhaitable que le message le précise²⁵⁴.
- Dans certains cas, il peut exister un marché pour les participations minoritaires et il ne semble, dès lors, pas justifié d'empêcher en toutes circonstances l'attribution de ces dernières à un héritier réservataire. Il s'agit notamment de cas dans lesquels les droits du minoritaire sont renforcés par un pacte d'actionnaires qui octroie des garanties suffisantes. Les avantages pouvant être conférés sont, par exemple, 1) le droit à un représentant au conseil d'administration, 2) le droit de veto pour certaines décisions importantes ainsi que pour des transactions entre parties proches, 3) le droit à un versement sous la forme de dividendes d'une partie minimum du bénéfice annuel ou encore le droit de vendre les actions au même prix que l'actionnaire majoritaire en cas de cession des actions par ce dernier (= clause de *tag along*). La proposition semble pouvoir être affinée, afin de mieux tenir compte de la pratique qui, à l'heure actuelle, recourt assez souvent à des parts minoritaires. Il serait, ainsi, intéressant d'avoir, par exemple, une disposition qui prévoit qu'une part minoritaire ne peut être attribuée que si la position de l'héritier réservataire est suffisamment protégée par un pacte d'actionnaires. Le message pourrait, le cas échéant, préciser le type de clauses pouvant figurer dans le pacte afin que tel soit (en règle générale) le cas²⁵⁵.
- La solution envisagée prend en compte le fait que chaque héritier qui souhaite continuer une entreprise est soutenu, et que les autres héritiers ne peuvent être forcés de conserver de l'argent bloqué dans l'entreprise, s'ils n'ont pas d'intérêt pour celle-ci. Il paraît positif qu'une pesée d'intérêts intervienne au cas par cas, avec d'un côté l'intérêt macroéconomique au maintien de l'entreprise et à la protection de l'emploi, et de l'autre les autres héritiers qui ne doivent pas rester les mains vides²⁵⁶.
- Cette norme ne s'appliquera en pratique uniquement dans les cas où suffisamment de moyens financiers sont à disposition pour payer les autres héritiers²⁵⁷.
- Ce ne peut être la mission du droit des successions d'éviter que des parts minoritaires dans des entreprises soient constituées. La protection des minoritaires telle qu'elle existe en droit des sociétés suffit à traiter la problématique des participations minoritaires²⁵⁸.

²⁵³ UNIL, p. 3

²⁵⁴ UNIGE, p. 3

²⁵⁵ UNIGE, p. 3

²⁵⁶ suissetec, p. 2

²⁵⁷ Treuhand Suisse, p. 2

²⁵⁸ pvl, p. 3

4.3.6 Accord nécessaire des autres héritiers pour le rapport en nature

Les quelques participants à la consultation s'étant exprimé sur la question spécifique de la nécessité d'obtenir l'accord de l'héritier concerné pour pouvoir lui attribuer une part minoritaire dans une entreprise soutiennent la mesure²⁵⁹:

- Les nouvelles règles en matière de valeur d'imputation font supporter au repreneur aussi bien le risque entrepreneurial que le risque de marché, mais lui font profiter seul d'une plus-value de l'entreprise. Il est donc conséquent de ne pas lui permettre de rapporter en nature l'entreprise dans la succession sans l'accord des autres héritiers pour remplir son obligation de rapport (art. 633 AP-CC comme *lex specialis* par rapport à l'art. 628, al. 1, CC), car cela lui permettrait de répartir entre les héritiers une perte de valeur réalisée. La restriction de son droit au rapport en nature est ainsi justifiée²⁶⁰.

4.3.7 Suppression des experts officiels pour l'estimation des immeubles

Un participant s'étant exprimé sur la proposition de suppression des experts officiels pour l'estimation des immeubles la soutient²⁶¹, alors que 4 la rejettent²⁶²:

- Le recours – désormais pour les immeubles également – à l'autorité compétente ou au juge du partage en cas de litige sur le prix d'attribution d'un immeuble fait sens²⁶³.
- Le souhait d'unifier la méthode d'évaluation et de renoncer à la fixation du prix d'attribution par des experts officiels lorsque les héritiers ne peuvent se mettre d'accord (art. 618 CC) est compréhensible. L'acceptation d'une décision judiciaire par les héritiers et le public devrait toutefois être favorisée si l'estimation est effectuée par des spécialistes reconnus. Il conviendrait en conséquence de maintenir l'art. 618 CC actuel²⁶⁴.
- L'avant-projet propose de supprimer l'art. 618 CC actuel. Or celui-ci permet, en cas de désaccord entre les héritiers, d'éviter une longue et coûteuse procédure judiciaire et garantit que l'autorité cantonale compétente nomme un expert dans une procédure simple, afin d'estimer la valeur d'imputation d'un bien. La valeur d'imputation peut être fixée d'entente entre les parties et ne doit pas forcément correspondre à la valeur vénale. Il peut être plus bas. En cas de litige, c'est par contre la valeur vénale qui doit être retenue²⁶⁵.
- Au vu de l'importance que peut avoir la valeur d'un bien immobilier dans une succession, l'estimation de son prix d'attribution par un expert officiel est encore justifiée à l'heure actuelle lorsqu'un accord entre les héritiers n'est pas possible²⁶⁶.

4.3.8 Notion d'entreprise en droit successoral

Les remarques suivantes ont été exprimées sur la notion d'entreprise retenue:

- Les raisons de ne pas inclure dans le champ d'application les sociétés cotées en bourse et les entreprises agricoles, qui font l'objet d'une loi spéciale (LDFR) sont compréhensibles. Le champ d'application prévu pour les nouvelles normes est juste²⁶⁷.

²⁵⁹ BE, p. 3; SO, p. 3; Economiesuisse, p. 3; SFB, p. 5; UNIGE, p. 5

²⁶⁰ BE, p. 3; SO, p. 3; Economiesuisse, p. 3; SFB, p. 5; UNIGE, p. 5

²⁶¹ UNIGE, p. 5

²⁶² SO, p. 3; EIT.swiss, p. 2; SGNV, p. 1; UNIL, p. 8

²⁶³ UNIGE, p. 5

²⁶⁴ EIT.swiss, p. 2

²⁶⁵ SGNV Annexe, p. 1

²⁶⁶ SO, p. 3

²⁶⁷ SO, p. 1

- Au regard du but poursuivi, soit la sauvegarde des places de travail et du savoir-faire existant au sein des entreprises, et de ses conséquences, soit une entorse au principe d'égalité en nature entre les héritiers, il est juste de laisser de côté les sociétés cotées en bourse et celles de pure détention d'actifs. Les premières sont suffisamment liquides pour qu'une transmission puisse être réalisée sans porter atteinte aux droits de héritiers, tout particulièrement des héritiers réservataires. Quant aux secondes, elles ont pour but la détention (souvent d'immeubles) plus que le développement du tissu économique et il n'y a en règle générale pas de savoir-faire particulier ou de places de travail nombreuses à préserver; il ne serait, ainsi, pas approprié d'appliquer les nouvelles règles à une société immobilière ou une société de détention d'un avion, par exemple²⁶⁸.
- C'est à juste titre que la définition d'entreprise au sens de l'art. 616 AP-CC est relativement large. Toutefois, au vu de la protection accrue de la survie de cette entreprise et l'atteinte à la réserve des autres héritiers, il faudrait prévoir d'autres critères sur la base des intérêts en présence et afin de réduire le champ d'application de ces dispositions spéciales, par exemple en distinguant les entreprises selon leur nombre d'employés. L'avant-projet tel que soumis à consultation prévoit que toute entreprise dans cette large définition pourra bénéficier de ce système de transfert favorable, au détriment des autres héritiers, y compris du conjoint survivant, indépendamment du fait qu'elle emploie du personnel ou non. Ainsi, toutes ces entreprises bénéficieront de ces mesures, indépendamment de savoir si l'un des buts d'intérêt général mis en avant, à savoir le maintien des places de travail, soit pertinent²⁶⁹.
- L'exclusion des types de société ayant pour but unique le placement collectif ou la gestion collective de capitaux est également juste, même si ces sociétés détiennent par ailleurs des parts dans des entreprises. Leur caractère est différent; il s'agit de pures véhicules d'investissement qui sont en général relativement liquides²⁷⁰.
- La définition de l'entreprise faite à l'art. 616 AP-CC n'est pas adéquate. Dans la pratique, les entreprises sont souvent détenues par une société holding ou, à tout le moins, la majorité de contrôle est-elle détenue par une société holding soit une société de détention de biens. Le projet a pour but de préserver l'entreprise car elle est créatrice d'emplois, qu'elle assume une responsabilité sociale et qu'elle génère de la valeur pour le pays dans son ensemble. Les règles relatives à la transmission de l'entreprise devraient dès lors être applicables quelle que soit la structure juridique de détention²⁷¹.
- La définition proposée de la notion d'entreprise est très ouverte, ce qui conduit à de nombreux problèmes de délimitation, en particulier en matière de société simple. Même si cette forme juridique n'est pas destinée à la conduite d'une entreprise ayant une activité économique, cela existe. Une société simple peut ne pas être inscrite au registre du commerce. La question de savoir si une société simple doit être considérée, dans un cas d'application, comme une entreprise au sens de l'art. 616, al. 1, AP-CC conduira à des difficultés et de l'insécurité juridique. Afin d'éviter au mieux de tels problèmes de délimitation, il conviendrait d'étudier si les dispositions relatives à la société simple ne devraient pas être modifiées²⁷².
- Une définition aussi large de la notion d'entreprise n'est ni appropriée ni nécessaire. Il n'est pas nécessaire d'inclure la société simple dans la notion d'entreprise au sens de l'art. 616 AP-CC. Au contraire, la notion d'entreprise devrait se référer à l'inscription au registre du commerce. Premièrement, cela exclurait les sociétés simples et réglerait d'emblée cette

²⁶⁸ UNIGE, p. 7

²⁶⁹ JuCH, p. 2

²⁷⁰ UNIGE, p. 7

²⁷¹ FSA, p. 2

²⁷² FSN, p. 3

problématique. Ensuite cela comprendrait uniquement les petites entreprises individuelles qui auraient fait usage de la possibilité (facultative) de s'inscrire au registre du commerce. Cela permettrait aux propriétaires d'entreprises individuelles de soumettre, par une inscription au registre du commerce, leur entreprise aux normes de la présente révision. Toutes les autres entreprises seraient comprises dans la notion d'entreprise par leur inscription au registre du commerce²⁷³.

- Il est difficile de comprendre la position choisie pour les holdings. Selon le rapport, il ne se justifie pas d'appliquer les nouvelles règles aux sociétés qui n'ont pas "d'activité économique réelle"; ce serait notamment le cas des sociétés immobilières et des sociétés holding. Le rapport souhaite, donc, exclure du champs d'application des nouvelles règles les sociétés qui n'ont pas une propre exploitation mais se limitent à détenir des immeubles ou des participations dans d'autres sociétés. Les sociétés qui, en plus de détenir de tels actifs, exercent une activité économique réelle devraient, en revanche, tomber dans le champs d'application des nouvelles règles. Cela posera vraisemblablement certaines questions de délimitation: par exemple comment traiter une société immobilière qui s'occupe de la gestion d'un nombre important d'appartements ou la holding qui, en plus de détenir des participations, s'occupe activement de gérer leur financement, ou qui fournit au groupe certaines prestations en matière de consolidation des comptes ou de comptabilité des filiales? On peut se demander si, en ce qui concerne les holdings, une approche "par transparence" ne serait pas préférable: les sociétés holding entreraient, alors, dans le champs d'application des nouvelles dispositions si elles exercent une activité économique réelle directement ou par le biais de leurs filiales. Le rapport conclut que cela n'est pas approprié puisque le partage entre héritiers des participations de la holding n'aura pas les conséquences négatives que peut avoir le partage d'une entreprise exerçant une activité commerciale réelle. Il assume, donc, que la holding détient plusieurs participations et que ces dernières sont relativement indépendantes les unes des autres. Cela n'est pas toujours le cas. C'est peut-être vrai pour une société holding importante détenant un portefeuille de participations bien diversifié mais pas, par exemple, pour un groupe actif dans un seul domaine, qui est composé de plusieurs participations pour des raisons géographiques (par ex. filiales de distributions dans différents pays) ou d'organisation du travail (filiales de production, de distribution, etc.). Dans un tel cas, il ne sera souvent pas réaliste de séparer les différentes entités, sans même parler des conséquences fiscales qui pourraient découler d'une telle opération. Le rapport reconnaît, d'ailleurs, ces difficultés mais uniquement lorsque la société holding ne détient qu'une seule participation (puisque dans ce cas il n'est pas possible de distribuer les participations entre les héritiers). Cette exception ne tient, toutefois, pas compte de l'ensemble des cas problématiques et est peu compatible avec le texte de la loi. De plus, le rapport ajoute un critère qui n'a pas été retenu dans la notion d'entreprise de l'art. 616 AP-CC, à savoir le critère du responsable qui doit être actif dans l'exploitation²⁷⁴. Ces défauts mis à part, il faut encore se demander s'il est juste de traiter de manière différente les holdings et les autres entreprises. Pourquoi distinguer la société qui, à côté de l'exploitation, détient des biens non nécessaires à l'exploitation (une collection de tableaux, par exemple) – et est considérée comme une entreprise au sens des normes proposées – et la holding qui détient, elle, une société ayant une exploitation et une société détentrice d'un seul immeuble? Les holdings posent des questions compliquées (notamment lorsqu'elles détiennent plusieurs sociétés dont une société qui remplit les critères d'une exploitation). Il convient, à notre avis, de les envisager clairement dans le texte de la loi. Il faut y réfléchir de manière approfondie et proposer une solution qui soit en harmo-

²⁷³ FSN, p. 4

²⁷⁴ UNIGE, p. 7

nie avec le régime juridique réservé aux autres entreprises. Cela passera vraisemblablement par une approche en transparence (donc économique) qui exige que l'on regarde si la holding comprend une ou plusieurs sociétés remplissant les conditions de l'entreprise²⁷⁵.

- La définition de "l'entreprise" visée par l'avant-projet prête déjà, et prêtera sans doute dans la pratique, à de nombreuses difficultés²⁷⁶.
- Il faut déjà définir le champ d'application chronologique de la notion d'"entreprise". La société peut être en effet cotée en bourse lors du transfert entre vifs (art. 633a, 522a, al. 2, CC), pour ne plus l'être lors du décès, ou inversement. On peut déduire du système général de l'art. 617 AP-CC que c'est le jour du décès qui est décisif, cela malgré les règles spéciales de l'art. 633a, repris pour partie aux art. 522a, al. 2, et 218, al. 3, AP-CC: mais le dire dans le texte légal serait certainement judicieux²⁷⁷.
- L'entreprise pourrait être utilisée comme véhicule de contournement des règles ordinaires du droit du partage, particulièrement dans la perspective d'une attribution préférentielle de certaines valeurs du défunt (art. 617a AP-CC). Comme l'avant-projet ne réserve que les "sociétés de pure détention d'actifs" à l'alinéa 1, la détention d'actifs non directement nécessaires au fonctionnement de l'entreprise ne fait pas échapper la société au régime spécial. Les valeurs personnelles que le *de cuius* transfère ainsi dans sa société afin d'en assurer une attribution privilégiée n'est d'ailleurs pas un objectif poursuivi par l'avant-projet, puisque les art. 633a et 633b spécifient clairement qu'ils ne s'appliquent qu'aux "éléments patrimoniaux nécessaires à l'exploitation" ce qui devrait aller de soi aussi dans le cadre de l'attribution de l'art. 617. Ce risque est certainement l'un des travers les plus conséquents de l'avant-projet. On pourrait envisager d'écarter un tel cas de figure en soustrayant de telles entreprises, augmentées d'actifs personnels du *de cuius*, au système spécial de l'avant-projet. Si l'on renonçait à une telle exclusion du régime préférentiel dans un tel cas de figure, il faudrait au moins alors adopter une disposition spécifique qui puisse assurer le retour de telles valeurs à la succession, pour qu'elles y soient soumises au partage ordinaire²⁷⁸.

5 Remarques par article

5.1 Art. 218, al. 3

Le texte de loi ne désigne pas clairement les personnes pouvant solliciter ces délais de paiement (héritiers collectivement, héritier pressenti pour la reprise?). En principe, il s'agira d'une requête formulée par l'ensemble des héritiers, car ils répondent solidairement du règlement de cette dette (l'on notera que le conjoint survivant est également un héritier et qu'il pourra s'opposer à une telle démarche; cet instrument risque donc de rester souvent lettre morte). Le rapport semble, cependant, vouloir réserver ce droit au seul repreneur. Outre le fait que le texte de la loi ne le mentionne pas expressément, contrairement à ce qu'indique le rapport, qu'en est-il, le cas échéant, de la situation des autres héritiers? Est-ce une demande qui a un effet également sur leur situation? Le message devrait ici apporter des précisions²⁷⁹.

²⁷⁵ UNIGE, p. 7

²⁷⁶ UNIL, p. 4

²⁷⁷ UNIL, p. 4

²⁷⁸ UNIL, p. 4

²⁷⁹ UNIGE, p. 8

5.2 Art. 522a

alinéa 1

Un réservataire peut ne pas être du tout héritier de la succession, et recevoir l'équivalent de sa part réservataire sous forme de legs. Cette situation ne serait pas visée par le projet de texte légal, ce qui ne serait certainement pas justifié. De même, l'expression "dont un autre héritier détient" est également inadéquate. Ce peut être un légataire qui acquiert à ce titre une participation majoritaire, sans quoi les règles d'avant-projet seraient aisément contournables. Il faudrait ainsi parler d'un "successeur ou d'un tiers tenu à réduction"²⁸⁰.

alinéa 2

L'alinéa 2 vise deux situations très différentes. Le sursis au paiement ne peut avoir de champ d'application que dans le cas particulier où un tiers est attributaire de l'entreprise et est assujéti à réduction, soit à restitution après réduction successorale: le sursis au paiement ne vise pas en effet les dispositions à cause de mort attribuant l'entreprise et qui seraient sujettes à réduction. Sur ce point, il s'agit d'une atteinte supplémentaire à la réserve des cohéritiers de l'attributaire. Le renvoi à une norme entièrement dispositive qu'est l'art. 619 AP-CC est sur ce point trompeur: il faut au contraire voir dans la protection du réservataire une limite impérative à la volonté du disposant sur ce point. L'autre question est la valeur d'imputation, qui n'est pas la valeur de l'entreprise ou de la participation majoritaire à l'ouverture de la succession, comme le veut la règle générale (art. 537, al. 2, CC), mais celle décisive au moment de la transmission (art. 633a AP-CC). Cette fixation n'est pas nécessairement favorable à l'attributaire, en tout cas pas dans les cas où l'entreprise a baissé de valeur entre son attribution et l'ouverture de la succession²⁸¹.

L'art. 522a CC ne peut être adopté tel quel sans modification correspondante de l'art. 528, al. 1, CC. Comment peut-on en effet concevoir que l'exploitant de l'entreprise ne doive pas restituer le fruit de son activité entrepreneuriale alors qu'il devrait rendre son enrichissement du fait de cette activité obtenue grâce au bien héréditaire même s'il est de bonne foi? La correction de cette incohérence devrait passer par une révision du texte de l'art. 528, al. 1, CC actuel, qui devrait consacrer l'idée fondamentale que le débiteur après réduction successorale ne peut être plus maltraité s'il est de bonne foi que s'il est de mauvaise foi²⁸².

5.3 Art. 616

En général

La définition devrait être revue en s'inspirant de celle de l'ordonnance du Registre du commerce²⁸³ (art. 2 et 36 notamment), des principes de transparence et de la distinction entre les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise et ceux qui ne le sont pas²⁸⁴.

alinéa 1

Il faut plus tenir compte des participations de fait dans les sociétés holdings et étudier s'il est possible de procéder à une attribution d'entreprise en cas de holding "mixte" par la scission des sociétés opérationnelles. Les sociétés anonymes en mains familiales sont souvent organisées en holdings pour leur conduite et leur administration. De tels holdings familiales sont

²⁸⁰ UNIL, p. 3

²⁸¹ UNIL, p. 3

²⁸² UNIL, p. 4

²⁸³ RS 221.411

²⁸⁴ FSA, p. 2

souvent utilisées en pratique pour éviter les problèmes de transmission d'entreprises. Le rapport explicatif mentionne cependant que les sociétés de pure détention d'actifs (y compris les holdings et les sociétés immobilières) ne tombent pas sous le champ d'application des nouvelles règles. Cette exclusion est problématique, par exemple si une holding détient des parts aussi bien d'une société immobilière que d'une entreprise familiale opérationnelle, soit en présence d'une holding "mixte". En cas de décès, seules des parts de cette société holding se trouvent dans la succession. Selon le texte de loi, aucune attribution de l'entreprise ne peut être demandée en cas de "holding" mixte, car elle est qualifiée partiellement de société de détention d'actifs. Il faudrait prévoir qu'un héritier puisse demander par exemple, afin de pouvoir la reprendre, le fractionnement de la holding en une partie de pure détention d'actifs et une partie "réelle", ou d'accorder au juge la compétence de restructurer une telle holding. Il est en effet usuel en pratique que des entrepreneurs regroupent en différentes sociétés filles leurs entreprises, biens immobiliers et cas échéant autres éléments de fortune sous la même "Top-holding", et qu'ainsi finalement des holdings "mixtes" se retrouvent dans une succession. Au vu de cela, il semble choquant que des entreprises regroupées sous une "Top-holding" ne puissent bénéficier des simplifications prévues par le nouveau droit²⁸⁵.

L'intérêt public est implicitement nié concernant les sociétés cotées en bourse et les sociétés de pure détention d'actifs (art. 616, al. 1, AP-CC). Il faudrait toutefois prendre également en compte d'autres éléments dans le cadre de la pesée des intérêts entre les droits des héritiers et l'intérêt de l'économie en général (p. ex. nombre minimal de places de travail, chiffre d'affaire annuel minimal, etc.) et éventuellement créer une loi spéciale séparée à cet effet²⁸⁶.

alinéa 2

Il convient de remplacer l'énoncé complet de la loi sur le droit foncier rural par son abréviation, comme déjà prévu pour les art. 654a, 682a et 798a CC²⁸⁷.

5.4 Art. 617

En général

La compétence d'attribution du juge devrait être étendue à l'ensemble des actifs d'une succession qui comprendrait une entreprise. Il n'est en effet concevable que le juge ne puisse attribuer que l'entreprise et qu'un lotissement et un tirage au sort doivent être organisés pour le solde des actifs successoraux²⁸⁸.

L'art. 617 AP-CC ne règle le droit à l'attribution d'une entreprise que lorsque le défunt n'a pas pris de disposition à son sujet. Il ne doit pas s'appliquer s'il l'a fait, même si la disposition prise est maladroite et pourrait conduire à la liquidation de l'entreprise. Une attribution différente de celle prévue par le défunt nécessite l'accord de tous les héritiers. Cela correspond à la systématique du droit des successions et doit impérativement rester ainsi²⁸⁹.

Les éléments mentionnés par le rapport pour l'appréciation du critère de l'aptitude sont tous soutenus. Pour le surplus, ce sera à la pratique de clarifier la notion d'aptitude et il ne semble pas nécessaire que le texte de la loi soit plus précis sur cette question. L'on s'inspirera vraisemblablement de la jurisprudence rendue en matière de droit foncier rural, jurisprudence au demeurant intéressante et sur des questions comme les aptitudes non pas de l'héritier lui-même

²⁸⁵ ZG, p. 2

²⁸⁶ BS, p. 1

²⁸⁷ VD, p. 3

²⁸⁸ FSA, p. 2

²⁸⁹ FSN, p. 4

mais de son conjoint ou de l'un de ses enfants. Une référence à cette jurisprudence dans le message pourrait être utile afin d'éviter une multiplication d'actions en justice²⁹⁰.

Il doit être possible de doubler l'art. 617 projeté d'un art. 617a au texte suivant: "617a. ¹Sur requête formulée à la majorité des héritiers, réunissant au moins la moitié des parts, le juge ordonne le maintien de l'entreprise en indivision. ²Le ou les requérants à l'attribution préférentielle, s'il y en a, sont chefs d'une indivision en participation. ³Sauf justes motifs de dissolution antérieurs à ce terme, la durée de l'indivision est fixée par le juge". Cette formulation établit une certaine égalité dans l'attribution entre cohéritiers des valeurs de l'entreprise, dont le rendement au moins resterait collectif²⁹¹.

Les valeurs du défunt passées au nom de la société qu'il maîtrise pourraient en soi justifier d'une attribution préférentielle selon le projet, alors qu'ils ne sont pas nécessaires au fonctionnement de l'entreprise. Cette utilisation injustifiée de l'attribution préférentielle doit être empêchée. Si l'on renonçait à exclure une telle entreprise du régime spécial, il faudrait alors une disposition nouvelle qui devrait être intégrée au projet. Seule une action oblique dirigée contre la société maîtrisée par le disposant est de nature à donner une solution satisfaisante. L'on pourrait ainsi compléter l'avant-projet de la disposition suivante: "617b. ¹Lorsque des valeurs non liées à la bonne marche de l'entreprise ont été intégrées à la personne morale la constituant de façon à permettre leur attribution préférentielle, tout héritier a la faculté de les distraire de cette société pour les soumettre aux règles ordinaires du partage. ²La société répond de leur aliénation, sous réserve de subrogation réelle" ²⁹².

alinéa 1

Il se pose la question de savoir si la règle doit aussi valoir lorsqu'un héritier exerce le contrôle sur une entreprise du vivant du disposant (en cas de libéralité de plus de 50% de parts ou de droits), mais décède avant lui alors qu'il n'a pas pris d'autres dispositions, et que ses descendants mineurs héritent. Il faudrait réfléchir si dans un tels cas un autre héritier ne devrait pas pouvoir demander l'attribution des parts sociales ou des droits de sociétariat²⁹³.

Le rapport explicatif mentionne à plusieurs reprises qu'il s'agit principalement de conserver la possibilité de transmettre une entreprise au sein de la famille. Dans ce cadre, il faudrait discuter s'il est également légitime de privilégier un héritier, en faveur du maintien en activité visé d'une entreprise dans l'intérêt de l'économie, mais au détriment des héritiers réservataires, si l'héritier demandant l'attribution n'est pas un membre de la famille (ou le partenaire de vie du défunt). Cette constellation est certes rare au vu de l'expression retenue ("et que le défunt n'en a pas disposé"), mais éventuellement digne de réflexion et d'explication²⁹⁴.

alinéa 2

Le rapport explicatif mentionne certains critères pouvant jouer un rôle dans le choix de l'héritier auquel attribuer l'entreprise si plusieurs héritiers en demandent l'attribution. Une tâche compliquée est cependant laissée au juge, en particulier si plusieurs héritiers remplissent certains des critères d'attribution, car ils travaillent par exemple déjà tous dans l'entreprise ou du moins dans la même branche²⁹⁵. Dans ce cadre, le juge dispose d'un pouvoir de décision discrétionnaire et doit disposer d'un large pouvoir d'appréciation²⁹⁶.

²⁹⁰ UNIGE, p. 2

²⁹¹ UNIL, p. 6

²⁹² UNIL, p. 6

²⁹³ BS, p. 2

²⁹⁴ BS, p. 2

²⁹⁵ BS, p. 2

²⁹⁶ pvl, p. 3

Il est proposé de remplacer le terme imprécis de "formation professionnelle" (*Berufsausbildung*) comme critère pour juger de l'aptitude à la conduite de l'entreprise par "formation et formation continue" (*Aus- und Weiterbildung*) dans le message²⁹⁷.

Lors du choix de la personne la plus apte à la conduite de l'entreprise, le risque d'une faillite inattendue devrait être pris en compte et des mesures être prises contre des possibilités d'enrichissement, de manière simple et, si possible, également de manière rétroactive et avec un long délai de prescription²⁹⁸.

alinéa 3

Malgré son emplacement au sein des règles de partage, cet alinéa présente une lacune qui doit encore être comblée. Il faut en effet déterminer le lien juridique qui lie les héritiers qui présentent une demande d'attribution en commun, lien qui devrait déterminer par la suite entre co-attributaires les rapports de droit qu'ils ont tissés quant à l'entreprise. Ce lien juridique peut aussi avoir des conséquences en procédure civile (art. 70, al. 1, CPC). Il se pose en effet la question si l'attribution de parts à plusieurs héritiers constitue à cet égard un maintien de l'hoirie entre les co-attributaires, ce qui ne serait pas adéquat sans doute pour le bon fonctionnement de l'exploitation future de l'entreprise, ou s'il s'agit d'une règle de partage et que les parts sont attribuées à parts égales. Cela devrait être éclairci²⁹⁹.

5.5 Art. 618

Il se pose la question des effets de procédure civile en lien avec la décision du juge, qui ne peut attribuer une part minoritaire à un héritier réservataire contre sa volonté. L'héritier réservataire concerné doit-il faire recours contre une décision d'attribution du juge, ou a-t-il la possibilité, par une communication aux autres héritiers, d'éviter de voir appliquée la décision judiciaire à son encontre? Ce point mérite d'être réglé soit dans la loi, soit du moins dans le message³⁰⁰.

Il est proposé la formulation suivante: "Une part minoritaire dans une entreprise dont un héritier a ou acquiert le contrôle ne peut être attribuée contre sa volonté à un autre héritier en imputation sur sa réserve"³⁰¹.

Cette règle répète l'art. 522a, al. 1, CC qui protège l'héritier réservataire non-attributaire, mais sa portée est différente: le réservataire peut renoncer par avance à la protection de l'art. 522, al. 2, CC par pacte abdicatif (art. 495 CC), alors que c'est par contrat de partage que l'on peut déroger à l'art. 618 CC, après la survenance du décès³⁰².

La règle projetée ne résout pas une question importante. Que devient la participation minoritaire lorsqu'aucun héritier ne s'accorde à la voir s'imputer sur sa réserve? La présence d'un tiers non réservataire ou d'une quotité disponible suffisamment importante peuvent résoudre cette difficulté, mais elle ne le sera pas si la quotité disponible est insuffisante et que la part minoritaire doit nécessairement s'imputer sur des réserves en présence. Dans ce cas de figure, il y a tout lieu de penser que c'est la vente aux enchères de la part minoritaire qui devra intervenir en application de l'art. 612, al. 3, CC, et les réservataires qui ont refusé cette part minoritaire ne pourront recevoir que leur quote-part sur le produit de cette vente, sans doute réalisée à moindre valeur au vu de la situation minoritaire de la participation. L'existence en

²⁹⁷ EIT.swiss, p. 1

²⁹⁸ SVgE, p. 5

²⁹⁹ BS, p. 1; UNIL, p. 6

³⁰⁰ BS, p. 2

³⁰¹ VD, p. 3

³⁰² UNIL, p. 7

fin de compte d'inconvénients liés à la part minoritaire n'est pas écartée par le mécanisme de l'art. 618 projeté³⁰³.

5.6 Art. 619

En général

Il se pose la question s'il ne devrait pas ressortir du texte de loi que les héritiers réservataires peuvent également se voir imposer un sursis³⁰⁴.

Il est demandé de prévoir une solution plus flexible, comme aux art. 203, al. 2, et 218, al. 2, CC, permettant de juger au cas par cas de la nécessité et de l'étendue du sursis³⁰⁵.

Cette disposition se situe dans le chapitre consacré au mode de partage, mais n'a pas pour objet la manière dont le partage doit intervenir, à la différence des art. 617 et 618 AP-CC. Elle serait plus justement placée dans le chapitre qui traite de la clôture et des effets du partage, avant les dispositions consacrées à la responsabilité envers les tiers (art. 639 et 640 CC), mais après la clôture du partage (art. 634 ss CC)³⁰⁶.

Cette disposition ne dit pas si elle est dispositive, soit si le *de cuius* peut, par une règle de partage, l'exclure, ou au contraire étendre les délais de sursis et supprimer l'exigence de sûretés. Cela paraît exclu s'il faut appliquer l'art. 619 CC par le renvoi de l'art. 522a, al. 2, AP-CC. Il conviendrait sans doute de l'indiquer, au moins dans le rapport explicatif³⁰⁷.

Si une solution garantissant les droits de propriété des cohéritiers n'est pas trouvée, la possibilité de lever le sursis pour justes motifs doit être prévue (p. ex. si les cohéritiers connaissent des difficultés financières)³⁰⁸.

alinéa 1

Il est proposé de préciser le terme de "créances" à l'art. 619 AP-CC pour qu'il ne s'applique qu'aux prétentions de nature successorale (en particulier aux dettes de rapport), soit de prévoir une réserve pour les dispositions contractuelles contrares liant l'héritier débiteur³⁰⁹.

alinéa 2

Le délai de cinq ans paraît acceptable³¹⁰.

Il convient d'augmenter la durée maximale du sursis. Cinq ans sont trop courts du point de vue de l'entreprise. Un délai adéquat serait d'au moins sept ans, qui correspondraient aux délais de remboursement usuels envers les instituts de crédits pour le financement d'entreprises³¹¹.

Il est proposé de prolonger à 10 ans, comme en Autriche, le sursis au paiement dans des cas particuliers. Cela permettrait une plus grande flexibilité et le maintien à long terme des entreprises. En effet, dans l'industrie de la construction par exemple, où les marges sont très basses (environ 3%), ou dans des domaines exigeant des investissements particuliers, un délai de 5 ans au maximum pourrait être insuffisant. Un cycle conjoncturel dure en outre entre 6 et 10 ans. Si une entreprise est reprise durant un cycle conjoncturel, il peut se passer plus de 5 ans

³⁰³ UNIL, p. 7

³⁰⁴ BS, p. 3

³⁰⁵ AR, p. 1

³⁰⁶ UNIGE, p. 5

³⁰⁷ UNIL, p. 7

³⁰⁸ BL, p. 1

³⁰⁹ EXPERTsuisse, p. 4

³¹⁰ CP, p. 3; Relève PME, p. 2

³¹¹ ZG, p. 1

avant que la situation économique s'améliore suivant les circonstances. Selon la situation financière de l'entrepreneur et la valeur du reste de la masse successorale, un délai de 5 ans peut repousser dans le temps le morcellement ou la fermeture d'une entreprise. Le but de la révision est toutefois d'assurer à long terme le maintien en activité des entreprises³¹².

alinéa 3

Il devrait ressortir du texte que l'octroi d'un sursis au paiement dépend de la fourniture de sûretés suffisantes³¹³.

Il est proposé la formulation suivante: "Les montants soumis à des délais de paiement doivent faire l'objet de sûretés et porter intérêts à un taux équitable"³¹⁴.

Afin de juger du caractère équitable du taux d'intérêt, il faut tenir compte de la circonstance des taux d'intérêts négatifs. Si les intérêts servent à neutraliser des pertes de valeurs dues à l'inflation, ils doivent suivre l'inflation à long terme. S'ils doivent plus s'orienter sur l'économie de marché ou l'économie réelle, leur montant doit être défini différemment. Ils ne devraient permettre ni une augmentation ni une diminution de valeur, car sinon des préoccupations secondaires entrent en jeu, qui peuvent être utilisés stratégiquement³¹⁵.

Il serait préférable de formuler l'exigence de sûretés de manière un peu moins absolue, en retenant qu'elles seront dues "si les circonstances le justifient" comme cela est prévu à l'art. 218, al. 2, CC pour la créance de participation au bénéfice de l'union conjugale ou encore pour le règlement des dettes entre époux (art. 203, al. 2, CC). Ceci est d'autant plus justifié que, pour la créance de participation matrimoniale, dans l'hypothèse où une entreprise ou des droits octroyant un contrôle sont concernés, l'art. 218, al. 3, AP-CC renvoie à une application de l'art. 218, al. 2, CC et envisage donc l'octroi de sûretés uniquement "si les circonstances le justifient". La différence dans le régime juridique réservé aux deux créances – matrimoniale ou successorale – est ennuyeuse et l'on n'en comprend pas bien les raisons³¹⁶.

La notion d'intérêt "à un taux équitable" est nouvelle et pas clairement définie. Pourquoi la notion est-elle différente de celle de l'art. 218 CC? La manière dont il doit être déterminé en équité n'est pas claire. Une clarification dans le message permettrait d'éviter que cette question ouvre un champ nouveau de discussions et de litiges entre les héritiers³¹⁷.

Il convient de biffer l'obligation de fournir des sûretés, qui va directement à l'encontre du but du sursis au paiement³¹⁸.

Cet alinéa devrait être biffé ou reformulé. Il devrait être répondu aux questions de la nécessité et de l'étendue des sûretés et des intérêts sur la base de l'appréciation du juge au cas par cas³¹⁹.

5.7 Art. 620

En général

Le fait que tous les biens de la succession soient imputés à leur valeur vénale est salué. Ancrer dans la loi cette pratique établie crée de la sécurité juridique et de la transparence³²⁰.

³¹² SSE, p. 1; USAM, p. 2

³¹³ BS, p. 3

³¹⁴ VD, p. 3

³¹⁵ SVgE, p. 5

³¹⁶ UNIGE, p. 4

³¹⁷ UNIGE, p. 5

³¹⁸ AI, p. 1

³¹⁹ ZG, p. 3; SFB, p. 5; USAM, p. 2

³²⁰ SO, p. 3

Il est recommandé de renoncer à la suppression de la règle de fixation du prix d'attribution des immeubles par des experts officiels (art. 618 CC) ou de formuler l'art 620 AP-CC de sorte qu'en cas de contestation, la fixation du prix d'imputation des immeubles soit réalisée encore à l'avenir par des experts officiels³²¹.

L'art. 620 AP-CC exprime la règle générale, actuellement implicite dans le texte du code civil (sauf pour les immeubles), à savoir que la valeur vénale au jour du décès est décisive pour l'estimation des valeurs à partager. Sur ce point, la règle nouvelle doit être saluée et correspond à l'avant-projet de 2016³²².

L'avant-projet ne se détermine pas sur le type d'évaluation de la valeur vénale de l'entreprise, soit le choix entre différentes techniques d'évaluation de cette valeur. Dans une jurisprudence se rapportant à une liquidation de régime matrimonial (ATF 136 III 209, JdT 2011 II 281 et les réf.), le Tribunal fédéral avait dissocié de différentes méthodes d'évaluation de la valeur vénale, la valeur vénale de liquidation, la valeur vénale intrinsèque et la valeur vénale de continuation: les différences entre ces méthodes sont considérables quant aux résultats, et, dans le cas particulier du partage successoral, la valeur de liquidation comme valeur vénale est seule conforme au principe d'égalité entre les héritiers (comme en matière de liquidation du régime matrimonial). Ce point est crucial, et doit absolument être pris en compte par le législateur: comme dans la LDFR, le législateur doit dire expressément s'il concède en plus du privilège d'attribution, à un privilège de prix, ne serait-ce que quant à la méthode de fixation de la valeur³²³.

Permettre à une autorité cantonale spécialisée de prononcer l'estimation de telle ou telle valeur de la succession est un acquis du droit actuel (pour les immeubles art. 618 CC), et c'est au contraire sa limitation aux immeubles qui doit être étendue à l'estimation des entreprises. La suppression de toute forme d'estimation officielle serait une erreur de politique législative et nuirait à une planification sûre de la succession de l'entrepreneur. Le rapport explicatif lui-même met l'accent sur la nécessité, en cas d'aliénation avant le décès, d'une estimation de l'entreprise, et l'importance de cette question dans la succession future devrait amener à pouvoir disposer, lors de l'aliénation en particulier, d'une valeur d'estimation officielle présumée exacte. Cette solution contribuerait à la sécurité de la planification de la transmission des entreprises. Si, en 1907, les valeurs successorales les plus importantes étaient encore immobilières, les entreprises devraient aujourd'hui être assimilées à de telles valeurs importantes: les difficultés d'évaluation justifient que le législateur mette à disposition un moyen plus sûr de fixer cette valeur. L'on pourrait ainsi disposer d'un nouvel article 620*bis* qui serait le suivant: "1Lorsque les héritiers ne peuvent se mettre d'accord sur le prix d'attribution d'un immeuble ou d'une entreprise, il est fixé par les experts désignés par l'autorité cantonale compétente. 2La même autorité peut fixer officiellement, par les experts qu'elle désigne, le prix de l'entreprise au jour de son transfert, à la demande du disposant ou de l'attributaire"³²⁴.

Il est proposé le texte légal suivant (en remplacement de l'art. 618 CC actuel): Art. 621 (nouveau); Procédure d'estimation; Lorsque les héritiers ne peuvent se mettre d'accord sur le prix d'attribution, la valeur vénale est fixée par des experts officiels³²⁵.

alinéa 1

Selon l'art. 630, al. 1, les immeubles sont rapportés à leur valeur vénale. Cette règle s'applique également aux choses mobilières et autres droits selon la doctrine et la jurisprudence. Il est

³²¹ SO, p. 3

³²² UNIL, p. 7

³²³ UNIL, p. 7

³²⁴ UNIL, p. 8

³²⁵ SGNV Annexe, p. 1

donc juste de remplacer le terme "immeubles" (*Grundstücke, fondi*) par "biens" (*Vermögensgegenstände, beni*)³²⁶.

5.8 Art. 628, al. 2

Le chiffre 3 devrait rappeler qu'il s'agit d'un contrat postérieur à l'ouverture de la succession (voir l'art. 636 CC) et soumis à la forme du contrat de partage (art. 634 CC) pour plus de clarté³²⁷.

5.9 Art. 633

Etant donné que l'exception est prévue à l'art. 628, al. 2, AP-CC, il ne semble pas nécessaire de la répéter à l'art. 633 AP-CC, une seule mention suffisant. Les art. 633a et 633b AP-CC pourraient, le cas échéant, figurer à la suite de l'art. 630, qui a trait au mode de calcul, avec comme notes marginales: art. 630, III. Mode de calcul, 1. Principe; art. 630a, 2. Entreprises; art. 630b, 3. Parts sociales et droits de sociétariat³²⁸.

Il serait plus clair d'indiquer aux art. 633 et 633a AP-CC que l'entreprise à laquelle l'on se réfère est celle définie à l'art. 616 AP-CC, comme cela est effectué aux art. 218, al. 3, et 522a, al. 2, AP-CC. Elles sont, en effet, situées dans un autre chapitre que l'art. 616 AP-CC³²⁹.

L'on ne comprend pas comment l'art. 633 AP-CC pourrait constituer une *lex specialis* par rapport à l'art. 628, al. 1, CC, du moment que l'art. 628, al. 2, ch. 3, AP-CC prévoit justement que le rapport en nature d'une entreprise, de parts sociales ou de droits de sociétariat nécessite l'accord des autres héritiers. Il est en conséquence proposé de biffer l'art. 633 AP-CC³³⁰.

5.10 Art. 633a et 633b

Les termes "éléments patrimoniaux" (*Vermögensteile, elementi patrimoniali*) utilisés à l'art. 633a AP-CC semblent prêter à équivoque. La notion d'"éléments" (*Teile, elementi*) suggère que certains éléments patrimoniaux nécessaires à l'exploitation de l'entreprise peuvent aussi individuellement – suivant la situation en matière de preuves – être imputés à leur valeur au moment de la libéralité alors que le solde des éléments patrimoniaux nécessaires à l'exploitation seraient imputés à leur valeur au moment de la succession. Il n'est pas clair si cela est voulu ou s'il ne faudrait pas utiliser les termes "actifs nécessaires à l'exploitation" (*betriebsnotwendiges Vermögen, beni patrimoniali necessari*)³³¹.

Le fait qu'en cas d'absence d'estimation, l'art. 630 CC s'applique, devrait être mentionnée explicitement à l'art. 633a AP-CC³³².

Il convient de supprimer purement et simplement la formulation "... s'il est possible d'établir cette valeur" aux art. 633a, 633b, al. 1, et 633b, al. 3, AP-CC. Elle est trop évasive et ouvrirait la porte à plusieurs interprétations possibles, que le juge devrait trancher. Une méthode d'estimation doit toujours être trouvée. Soit il existe des documents sur des méthodes reconnues d'estimation, soit la valeur doit être estimée après coup. De nombreux services cantonaux des

³²⁶ BE, p. 3

³²⁷ UNIL, p. 8

³²⁸ UNIGE, p. 6

³²⁹ UNIGE, p. 6

³³⁰ BL, p. 2

³³¹ BL, p. 2

³³² EIT.swiss, p. 2

impôts établissent annuellement une déclaration d'évaluation des papiers-valeurs sans cours boursier pour l'impôt sur la fortune, qui se base sur des méthodes d'estimation reconnues³³³.

Techniquement, la règle prévue aux art. 633a et 633b AP-CC n'est pas compatible avec l'art. 630, al. 2, CC qui doit être nécessairement et parallèlement modifié, pour excepter, quant aux fruits, jouissances et impenses, le cas de l'art. 633a et 633b AP-CC (même problématique que pour le régime de la réduction et l'art. 528 CC). Ces deux dispositions rencontreront des difficultés d'application pour la fixation précise du moment d'estimation, et cela indépendamment des difficultés propres à l'estimation elle-même³³⁴.

La simplification du titre marginal est saluée³³⁵.

La règle proposée nécessite un réexamen complet et de détail, ainsi qu'une formulation plus précise, qui pourrait être la suivante: "*Lorsqu'une libéralité porte sur une entreprise, des parts sociales ou des droits de sociétariat, les éléments patrimoniaux nécessaires à l'exploitation de l'entreprise sont imputés à leur valeur au moment de la libéralité si l'héritier bénéficiaire de la libéralité l'exige, pour autant qu'entre le moment de la libéralité et le partage de la succession une plus-value qui lui soit exclusivement ou de manière prépondérante attribuable à a été réalisée. Les dispositions contraires du disposant sont réservées*"³³⁶.

Il serait opportun de conserver formule utilisée à l'art. 630 CC, à savoir d'utiliser le verbe "rapporter" plutôt qu'"imputer" ("... les éléments patrimoniaux nécessaires à son exploitation sont rapportés ..."), même s'il est vrai que c'est le rapport par imputation qui est ici visé (mais ce dernier élément peut, le cas échéant, être précisé dans le message). Cela permet d'éviter, en sus, toute éventuelle confusion avec l'imputation sur les parts héréditaires de l'art. 620, al. 1, AP-CC³³⁷.

On peut aussi, en français, éviter la répétition du mot "valeur" par la formulation "sont imputés à leur valeur au moment de la libéralité s'il est possible de l'établir"³³⁸.

6 Autres points à étudier

Différents intervenants à la consultation ont proposé d'étudier d'autres mesures:

- D'autres éléments pourraient entrer en ligne de compte pour limiter le risque constitué par la transmission d'entreprises (plafonnement des réserves, parts dégressives en cas de succession particulièrement dotée, *Mejora*)³³⁹.
- Il est suggéré de modifier la loi sur la fusion en intégrant un nouveau chapitre relatif aux transmissions d'entreprises par succession. Ce chapitre pourrait renvoyer aux dispositions du code civil pour ce qui est des principes successoraux à respecter, et prévoir quelques règles essentielles en matière de restructuration, notamment celle de l'exigence de la forme authentique pour tous les modes conventionnels de transmission. Cela permettrait d'intégrer la transmission d'entreprises par succession dans le droit commercial et d'assurer une sécurité juridique renforcée par l'intervention d'un notaire, lequel devra s'assurer du respect des droits successoraux, et par la conservation des minutes (les conventions sous seing privé pouvant se perdre ou s'égarer facilement)³⁴⁰.

³³³ SGNV annexe, p. 2

³³⁴ UNIL, p. 9

³³⁵ ZH, p. 2

³³⁶ EXPERTsuisse, p. 6

³³⁷ UNIGE, p. 6

³³⁸ UNIGE, p. 6

³³⁹ UZH, p. 3

³⁴⁰ NE, p. 1

- Une réflexion pourrait aussi être portée sur une éventuelle nécessité de protéger les employés (et éventuellement les créanciers) de l'entreprise dans la cadre de certaines transmissions d'entreprises par succession³⁴¹.
- Il faudrait prévoir la possibilité de nommer un administrateur de la succession en cas de transmission d'entreprise litigieuse (art. 554, al. 1, CC). Beaucoup de temps peut se passer en cas de désaccord entre les héritiers, en particulier si un ou plusieurs héritiers demandent l'attribution d'une entreprise. Pendant cette période d'incertitude, l'entreprise doit pouvoir conserver l'exercice des droits civils. L'art. 554, al. 1, CC devrait être complété afin que dans un tel cas, une administration de la succession (au moins pour ce qui concerne l'entreprise) puisse être ordonnée, sur demande d'un héritier ou d'office, et qu'un administrateur être institué³⁴².
- Entre le décès et l'attribution de l'entreprise, il s'écoulera une longue période. Si le défunt est chef d'entreprise en raison individuelle ou s'il exerce une fonction dirigeante essentielle à la marche de l'entreprise, la direction de cette dernière doit être assurée durant cette phase transitoire. L'avant-projet ne prévoit rien à cet égard. C'est une lacune. L'administrateur de la succession ne peut pas ou pas nécessairement assumer ce rôle, les qualités personnelles et le cahier des charges du chef d'entreprise ne correspondant pas à celui de l'administrateur officiel d'une manière générale. On pourrait imaginer qu'à la requête d'un héritier, l'autorité compétente puisse nommer un représentant de l'entreprise parallèlement à un éventuel administrateur officiel ou représentant de la communauté héréditaire³⁴³.
- La réglementation relative à l'exécution testamentaire pourrait être étendue avec la faculté laissée à l'exécuteur testamentaire de choisir et nommer un exécuteur testamentaire de substitution, en particulier si les actifs successoraux sont importants³⁴⁴.
- Le Tribunal fédéral ayant dénié au juge toute compétence d'attribution de biens, sous réserve des volontés exprimées par le défunt, une compétence générique d'attribution pourrait lui être conférée, à l'image de la compétence qui lui est attribuée par l'AP-CC en matière d'entreprise³⁴⁵.
- Toutes les libéralités faites par le *de cuius* qui sont rapportables ou réductibles doivent être évaluées à leur valeur au jour du décès en l'état du droit. Les réflexions faites quant à la date de valorisation de l'entreprise pourraient être poursuivies s'agissant d'autres actifs, voire de toutes les libéralités, du moment que la bonne gestion et les bons choix stratégiques faits par les donataires, respectivement les mauvais choix ou l'absence de décision du donataire ont de plus en plus une influence prépondérante sur la valeur des biens donnés au jour du décès³⁴⁶.

7 Accès aux avis

Conformément à l'art. 9 de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation³⁴⁷, le public a accès au dossier soumis à consultation, ainsi qu'aux avis exprimés par les participants, après expiration du délai de consultation, tout comme au rapport sur les résultats de la consultation, une fois que le Conseil fédéral en a pris connaissance. Ces documents sont

³⁴¹ NE, p. 2

³⁴² ZG, p. 2

³⁴³ FSA, p. 2

³⁴⁴ FSA, p. 3

³⁴⁵ FSA, p. 3

³⁴⁶ FSA, p. 3

³⁴⁷ RS 172.061

publiés sous forme électronique sur le site internet de la Confédération³⁴⁸. Toutes les prises de position peuvent également être consultées sur ce même site (article 16 de l'Ordonnance sur la consultation du 17 août 2005³⁴⁹).

³⁴⁸ Les prises de position sont disponibles sous: www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation.

³⁴⁹ RS 172.061.1

Verzeichnis der Eingaben
Liste des organismes ayant répondu
Elenco dei partecipanti

Kantone / Cantons / Cantoni

| | |
|-----------|------------------------------------------------------------------|
| AG | Aargau / Argovie / Argovia |
| AI | Appenzell Innerrhoden / Appenzell Rh.-Int. / Appenzello Interno |
| AR | Appenzell Ausserrhoden / Appenzell Rh.-Ext. / Appenzello Esterno |
| BE | Bern / Berne / Berna |
| BL | Basel-Landschaft / Bâle-Campagne / Basilea-Campagna |
| BS | Basel-Stadt / Bâle-Ville / Basilea-Città |
| FR | Freiburg / Fribourg / Friburgo |
| GE | Genf / Genève / Ginevra |
| GL | Glarus / Glaris / Glarona |
| GR | Graubünden / Grisons / Grigioni |
| JU | Jura / Giura |
| LU | Luzern / Lucerne / Lucerna |
| NE | Neuenburg / Neuchâtel |
| NW | Nidwalden / Nidwald / Nidvaldo |
| SG | St. Gallen / Saint-Gall / San Gallo |
| SH | Schaffhausen / Schaffhouse / Sciaffusa |
| SO | Solothurn / Soleure / Soletta |
| TG | Thurgau / Thurgovie / Turgovia |
| TI | Tessin / Ticino |
| UR | Uri |
| VD | Waadt / Vaud |
| ZG | Zug / Zoug / Zugo |
| ZH | Zürich / Zurich / Zurigo |

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

| | |
|------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| PDC | Christlichdemokratische Volkspartei CVP Parti Démocrate-Chrétien PDC Partito Popolare Democratico PPD |
| PLR | FDP. Die Liberalen PLR. Les Libéraux-Radicaux PLR. I Liberali Radicali PLD. Ils Liberals |
| PS | Sozialdemokratische Partei der Schweiz SP Parti Socialiste Suisse PS Partito Socialista Svizzero PS |
| pvl | Grünliberale Partei glp Parti vert'libéral pvl |

UDC Schweizerische Volkspartei SVP
Union Démocratique du Centre UDC
Unione Democratica di Centro UDC

Interessierte Organisationen und Privatpersonen / Organisations intéressées et particuliers / Organizzazioni interessate e privati

ANV Association des Notaires Vaudois

ASM Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter SVR
Association suisse des magistrats de l'ordre judiciaire ASM
Associazione svizzera dei magistrati ASM
Associazion svizra dals derschaders ASD

CP Centre patronal

Economiesuisse economiesuisse

EIT.swiss EIT.swiss

EXPERTsuisse EXPERTsuisse

FER Fédération des Entreprises Romandes

Forum PME Forum PME
KMU-Forum
Forum PMI

FSA Schweizerischer Anwaltsverband SAV
Fédération Suisse des Avocats FSA
Federazione Svizzera degli Avvocati FSA

FSN Schweizerischer Notarenverband SNV
Fédération Suisse des Notaires FSN
Federazione Svizzera dei Notai FSN

GastroSuisse GastroSuisse

HotellerieSuisse HotellerieSuisse

JuCH Juristinnen Schweiz
Femmes Juristes Suisse
Giuriste Svizzera
Giuristas Svizra
Women Lawyers Switzerland

pharmaSuisse Schweizerischer Apothekerverband
Société Suisse des Pharmaciens
Società Svizzera dei Farmacisti

Relève PME Relève PME

SFB Swiss Family Business

SGNV St. Gallischer Notarenverband

SSE Schweizerischer Baumeisterverband SBV
Société Suisse des Entrepreneurs SSE
Società Svizzera degli Impresari-Costruttori SSIC

suissetec Schweizerisch-Liechtensteinischer Gebäudetechnikverband
Association suisse et liechtensteinoise de la technique du bâtiment
Associazione svizzera e del Liechtenstein della tecnica della costruzione

| | |
|------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| SVgE | Schweizerische Vereinigung gegen Erbschleicherei Association suisse contre la captation d'héritage Associazione svizzera contro la caccia all'eredità |
| Treuhand Suisse | Treuhand Suisse |
| UNIGE | Université de Genève |
| UNIL | Université de Lausanne |
| USAM | Schweizerischer Gewerbeverband SGV Union suisse des arts et métiers USAM Unione svizzera delle arti e mestieri USAM |
| USS | Schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB Union syndicale suisse USS Unione sindacale svizzera |
| UZH | Universität Zürich |
| VPAG | Vereinigung der Privaten Aktiengesellschaften Association des sociétés anonymes privées The Swiss Association of Privately Held Companies |

Organismes ayant renoncé à se prononcer

- Schweizerischer Gemeindeverband SGV
Association des Communes Suisses ACS
Associazione dei Comuni Svizzeri ACS
- Evangelische Frauen Schweiz EFS
Femmes protestantes en Suisse FPS
- Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht SGHVR
Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances SDRCA
- Schweizerischer Städteverband SSV
Union des villes suisses UVS
Unione delle città svizzere UCS