

QUELQUES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ

Edité par
François Bohnet

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cet ouvrage, par quelque procédé que ce soit, et toute forme d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© CEMAJ - Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel 2008

ISBN 978-3-7255-5748-6

www.unine.ch/cemaj

La responsabilité de l'exécuteur testamentaire

par

Florence Guillaume¹

Professeure à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction.....	3
II. La notion d'exécution testamentaire	4
A. La nature juridique de l'exécution testamentaire	4
B. Le choix d'un exécuteur testamentaire	5
C. Le début et la fin des fonctions de l'exécuteur testamentaire	6
D. La rémunération de l'exécuteur testamentaire	8
III. Les droits et devoirs de l'exécuteur testamentaire.....	10
IV. La responsabilité civile de l'exécuteur testamentaire.....	17
A. L'application par analogie des règles du mandat	17
B. Le devoir de diligence et de fidélité	18
C. Les conditions de la responsabilité civile.....	20
1. La violation de l'un de ses devoirs par l'exécuteur testamentaire.....	20
2. L'existence d'un dommage	23
3. Le lien de causalité entre la violation d'un devoir et le dommage.....	24
4. La faute de l'exécuteur testamentaire.....	25

¹ Je remercie chaleureusement Me Aurélie Planas, assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel, avocate, de son aide précieuse pour la préparation de cette contribution.

D. Les conséquences liées à la responsabilité de l'exécuteur testamentaire.....	26
E. La qualité pour agir en responsabilité	29
F. Les compétences à raison du lieu et de la matière et le délai pour agir.....	30
V. La responsabilité disciplinaire de l'exécuteur testamentaire	31
A. L'absence de responsabilité de l'Etat pour les actes de l'exécuteur testamentaire.....	31
B. Le rôle de l'autorité de surveillance	31
C. La qualité pour saisir l'autorité de surveillance	33
D. Les compétences à raison du lieu et de la matière et le délai pour agir.....	34
VI. La responsabilité pénale et fiscale de l'exécuteur testamentaire ...	35
VII. Conclusion.....	37

I. Introduction

1. La responsabilité de l'exécuteur testamentaire trouve sa source dans plusieurs domaines du droit. Lorsqu'il ne respecte pas les devoirs que le de cujus ou le droit privé lui imposent, l'exécuteur testamentaire engage sa responsabilité civile. Comme celle-ci ne fait l'objet d'aucune disposition légale spécifique, il convient de se référer aux principes dégagés par la jurisprudence et la doctrine. L'exécuteur testamentaire assume aussi une responsabilité de nature disciplinaire. Son activité est en effet contrôlée par une autorité de surveillance qui vérifie, essentiellement sur plainte, la régularité et l'opportunité des mesures qu'il prend ou qu'il envisage. Si nécessaire, l'autorité de surveillance peut même prononcer des sanctions contre l'exécuteur testamentaire. Le recours à la jurisprudence et à la doctrine est aussi indispensable dans ce domaine pour définir les contours de la responsabilité de l'exécuteur testamentaire. Lorsqu'il commet un acte illicite, l'exécuteur testamentaire engage bien entendu sa responsabilité pénale. En outre, il assume plusieurs obligations sur le plan fiscal et engage sa responsabilité, aussi bien financière que pénale, en cas de non-respect de ses devoirs à l'égard des autorités fiscales.
2. La présente contribution est consacrée à la responsabilité de l'exécuteur testamentaire dans l'exécution de sa mission, aussi bien sur le plan civil que disciplinaire. Nous mentionnerons, pour mémoire, quelques éléments de la responsabilité pénale et fiscale de l'exécuteur testamentaire. Ces propos seront précédés d'un bref rappel des éléments caractéristiques de l'exécution testamentaire, ainsi que des droits et devoirs de l'exécuteur testamentaire, dont la violation fonde sa responsabilité sur le plan civil et disciplinaire.

II. La notion d'exécution testamentaire

A. La nature juridique de l'exécution testamentaire

3. L'exécution testamentaire est une institution juridique *sui generis* relevant du droit privé². Elle est réglée en partie par les dispositions pour cause de mort du de cujus et en partie par la loi, laquelle n'intervient en principe que de façon supplétive. En outre, la jurisprudence a fixé plusieurs règles importantes.
4. Le Tribunal fédéral a maintes fois³ mis l'accent sur l'indépendance de l'exécuteur testamentaire en précisant qu'il n'a pas la qualité d'un représentant ni du de cujus, ni des héritiers. L'exécuteur testamentaire représente en réalité la volonté du de cujus, de manière à préparer le partage de sa succession conformément à ses souhaits⁴. Il occupe une position indépendante, agit en son propre nom et n'a pas à suivre les instructions des héritiers⁵. Ces derniers n'ont pas le pouvoir de le révoquer : cette faculté est réservée à l'autorité de surveillance compétente (art. 518 al. 1 *cum* art. 595 al. 3 CC), laquelle n'intervient en principe que sur plainte des héritiers⁶. L'exécuteur testamentaire doit néanmoins tenir compte des désirs et des intérêts des héritiers, dans la mesure où ils sont compatibles avec la volonté du de cujus et les dispositions légales, notamment en ce qui concerne le partage de la succession⁷. Son indépendance lui permet d'arbitrer avec impartialité

² BSK-KARRER, Vor Art. 517/518 CC N 7 ; KÜNZLE HANS RAINER, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Zurich 2000, p. 119.

³ Voir par ex. TF 5P.440/2002 du 23 décembre 2002, consid. 2.2 ; ATF 90 II 376, JT 1965 I 336.

⁴ TF 5P.440/2002 du 23 décembre 2002, consid. 2.2.

⁵ GEISER THOMAS, Sorgfalt in der Vermögensverwaltung durch den Willensvollstrecker, Successio 2007 p. 178-184, p. 178 ; STEINAUER PAUL-HENRI, Le droit des successions, Berne 2006, N 1163-1163a p. 540 s. ; GUINAND JEAN / STETTLER MARTIN / LEUBA AUDREY, Droit des successions, 6^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2005, p. 248-250.

⁶ L'autorité de surveillance peut aussi être saisie d'une plainte de toute personne intéressée à la liquidation de la succession, notamment les légataires et les créanciers successoraux, ou agir d'office dans des situations d'urgence. Voir infra V, N 53.

⁷ ATF 108 II 535, JT 1983 I 591.

les volontés et intérêts souvent divergents des différents intervenants dans une succession.

B. Le choix d'un exécuteur testamentaire

5. Chacun peut désigner un exécuteur testamentaire conformément aux art. 517 et 518 CC. La loi précise que la désignation d'un exécuteur testamentaire doit intervenir dans une disposition testamentaire (art. 517 al. 1 CC). Une telle désignation constitue un acte unilatéral de caractère strictement personnel que le de cujus peut librement révoquer jusqu'à son décès. La clause désignant l'exécuteur testamentaire peut aussi être intégrée dans un pacte successoral. Elle conservera dans ce cas son caractère unilatéral et librement révocable (art. 509 CC)⁸.
6. Le de cujus peut choisir librement toute personne en laquelle il a confiance. Aucune qualification particulière n'est requise pour exercer la tâche d'exécuteur testamentaire : seul l'exercice des droits civils est exigé (art. 517 al. 1 CC). Il peut s'agir aussi bien d'une personne physique que d'une personne morale (par exemple une banque ou une fiduciaire). Peu importe que la personne choisie soit ou non intéressée personnellement à la succession.
7. Le de cujus peut désigner soit une seule personne, soit plusieurs personnes, lesquelles exerceront leur mission soit conjointement, soit alternativement. Le de cujus peut ainsi désigner un exécuteur testamentaire de substitution (ou de remplacement) lorsque la personne désignée à titre principal ne peut pas entrer en fonction, par exemple lorsqu'elle est prédécédée⁹ ou lorsqu'elle a refusé d'exercer

⁸ GEISER (n. 5), p. 180 ; STEINAUER (n. 5), N 1164a p. 541. Plusieurs voix sont en train de se manifester dans la doctrine visant à ouvrir la possibilité (par voie jurisprudentielle ou par une révision de la loi) de désigner l'exécuteur testamentaire dans une disposition bilatérale figurant dans un pacte successoral ; voir KÜNZLE HANS RAINER, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung, Successio 2007 p. 42-48, p. 42.

⁹ ABRECHT BERNARD, Problèmes liés à la désignation d'un exécuteur testamentaire de substitution, Successio 2008 p. 182-187, p. 184 s., est d'avis qu'une clause du type « Je nomme exécuteur testamentaire Me X., notaire, ou à défaut son successeur » est en principe suffisamment précise pour être valable. C'est en effet bel et bien le de cujus

cette tâche. Cet exécuteur testamentaire de substitution interviendra également lorsque la personne désignée en premier cesse ses activités d'exécuteur testamentaire en cours d'exercice¹⁰.

C. Le début et la fin des fonctions de l'exécuteur testamentaire

8. Le de cujus ne doit pas nécessairement informer de son vivant la personne qu'il a choisie de la mission qu'il souhaite lui confier après sa mort. La ou les personne(s) désignée(s) comme exécuteur(s) testamentaire(s) sera/ seront informée(s) d'office par l'autorité compétente¹¹ au décès du de cujus (art. 517 al. 2 CC). La loi prévoit un délai très bref de quatorze jours pour accepter ou refuser la tâche d'exécuteur testamentaire (art. 517 al. 2 CC). En pratique, le futur exécuteur testamentaire a en principe la possibilité de consulter l'acte pour cause de mort qui l'a désigné, de manière à pouvoir se faire une idée de l'ampleur de la tâche qui l'attend¹².
9. La personne désignée par le de cujus est entièrement libre d'accepter ou de refuser cette tâche, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une obligation légale¹³. Par contre, elle peut bien entendu ressentir une obligation morale à l'égard du de cujus d'accepter cette mission de confiance. Le

qui désigne l'exécuteur testamentaire dans une telle clause, même s'il ne connaît pas encore précisément son identité. Dans le même sens, voir un arrêt de l'Obergericht des Kantons Aargau, reproduit in : AGVE 2001 p. 30.

¹⁰ ABRECHT (n. 9), p. 182.

¹¹ L'autorité compétente est désignée par le droit cantonal. C'est en principe celle auprès de laquelle le testament a été déposé par le de cujus. Par ex. : Berne : Conseil municipal ou autorité désignée par la Commune (art. 6 al. 1 LICC/BE) ; Fribourg : notaire ou greffier du Tribunal d'arrondissement (art. 154 LACC/FR) ; Genève : Juge de Paix (art. 1 lit. d LACC/GE) ; Jura : notaire (art. 55c al. 2 LICC/JU) ; Neuchâtel : Président du Tribunal de district (art. 1 LICC/NE) ; Valais : notaire ou Juge de commune (art. 20 et 90 LACC/VS) ; Vaud : Juge de Paix (art. 2 al. 12 LICC/VD).

¹² KÜNZLE HANS RAINER, Anfang und Ende der Willensvollstreckung, in : Hans Rainer Künzle (éd.), Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 20-36, p. 22 s.

¹³ Contrairement, par exemple, à la fonction de tuteur (art. 382 CC).

refus de la tâche d'exécuteur testamentaire n'a pas besoin d'être motivé¹⁴.

10. Si la personne désignée par le de cujus ne peut pas entrer en fonction et que le de cujus a désigné un exécuteur testamentaire de substitution, l'autorité compétente prendra d'office contact avec cette personne. Dans l'hypothèse où aucune des personnes désignées par le de cujus ne peut entrer en fonction, la succession sera administrée sans exécuteur testamentaire. Seul le de cujus a en effet le pouvoir de désigner un exécuteur testamentaire : ni les héritiers ni aucune autorité ne peuvent désigner un exécuteur testamentaire à la place du de cujus¹⁵.
11. L'exécuteur testamentaire entre en fonction au moment où son acceptation est communiquée (par oral ou par écrit) à l'autorité compétente, ou à l'échéance du délai de quatorze jours en cas de silence de sa part (art. 517 al. 2 *in fine* CC). Il reçoit alors un certificat d'exécuteur testamentaire qui lui permettra de se légitimer auprès des tiers. Dès son entrée en fonction, il a tous les droits et obligations de l'exécuteur testamentaire et engage sa responsabilité personnelle, ceci dès son entrée en fonction de fait et même avant d'en avoir été informé par l'autorité¹⁶. Si le testament (ou la clause qui l'a désigné) fait l'objet d'une action en nullité, l'exécuteur testamentaire doit limiter son activité aux actes d'administration nécessaires jusqu'à la fin de la procédure¹⁷.
12. La mission de l'exécuteur testamentaire prend en principe fin avec le partage de la succession. Si l'exécuteur testamentaire décède, révoque son mandat avant la fin de sa mission ou est destitué par l'autorité de

¹⁴ KÜNZLE (n. 12), p. 24.

¹⁵ KÜNZLE (n. 2), p. 147 s.

¹⁶ BSK-KARRER, Art. 517 CC N 21 ; STEINAUER (n. 5), N 1165e p. 542 ; KÜNZLE (n. 2), p. 154 s.

¹⁷ ATF 91 II 177, JT 1966 I 150 ; ATF 74 I 423, JT 1949 I 357. BSK-KARRER, Art. 518 CC N 20 ; KÜNZLE (n. 12), p. 24 s. ; FLÜCKIGER ANDREAS, Der Umgang des Willensvollstreckers mit anfechtbaren, nichtigen und unklaren Verfügungen von Todes wegen, in: Hans Rainer Künzle (éd.), Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 75-106, p. 97 s.

surveillance, les héritiers reprendront ses tâches. Toutefois, si le de cujus a désigné un exécuteur testamentaire de substitution, celui-ci pourra entrer en fonction après avoir été contacté par l'autorité compétente et avoir donné son accord¹⁸. Il reprendra les tâches de l'exécuteur testamentaire là où elles ont été laissées par son prédécesseur. Si le de cujus a attribué des tâches particulières à l'exécuteur testamentaire, sa mission prend fin lorsqu'il a exécuté ces tâches.

D. La rémunération de l'exécuteur testamentaire

13. L'exécuteur testamentaire a droit à une indemnité équitable pour l'exécution de sa mission (art. 517 al. 3 CC). Si la loi fixe le principe du droit à une rémunération, elle n'en précise toutefois pas l'ampleur. S'agit-il d'un simple défraiement ou d'une rémunération calculée en fonction du travail fourni? La question est délicate notamment lorsque la personne désignée comme exécuteur testamentaire a été choisie en fonction de ses qualifications professionnelles (par exemple un notaire, un avocat, un banquier, une fiduciaire, etc.).
14. On trouve dans plusieurs cantons des dispositions légales ou des tarifs professionnels réglementant la rémunération des exécuteurs testamentaires sur la base des heures de travail et/ou du patrimoine successoral¹⁹. Le Tribunal fédéral a toutefois précisé que la créance d'honoraires de l'exécuteur testamentaire est une créance de droit privé qui ne peut être déterminée que sur la base du droit fédéral, et non pas du droit cantonal²⁰.
15. Selon la jurisprudence, la rémunération de l'exécuteur testamentaire doit être fixée en fonction des circonstances du cas particulier en prenant en considération le temps employé, la complexité des opérations effectuées, l'étendue et la durée de la mission, ainsi que les

¹⁸ KÜNZLE (n. 12), p. 35 s.

¹⁹ Voir FLÜCKIGER ANDREAS, Das Honorar des Willensvollstreckers – Anwendung von Anwalts- und Notariatstarifen, in: Hans Rainer Künzle (éd.), Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 201-267, p. 227-236.

²⁰ ATF 78 II 123, JT 1953 I 9.

responsabilités que celle-ci entraîne²¹. La rémunération de l'exécuteur testamentaire doit être objectivement équitable, ce qui implique qu'elle soit proportionnée aux prestations fournies²². Elle doit par conséquent être calculée notamment sur la base du nombre d'heures de travail fournies. Toutefois, la question du tarif horaire applicable reste ouverte. Même si les tarifs professionnels et les dispositions légales cantonales ne peuvent pas être appliqués directement pour déterminer la rémunération de l'exécuteur testamentaire, il est possible de s'y référer indirectement pour établir une échelle de valeur²³. Il convient toutefois de les adapter afin de tenir compte du caractère objectivement équitable de la rémunération. S'agissant par exemple d'un avocat, le tarif horaire usuel de la branche peut s'avérer trop élevé s'agissant d'une succession avec peu d'actifs. Mais dès lors que le tarif horaire doit tenir compte notamment du degré de qualification requis, il paraît équitable d'admettre qu'un avocat, qui a été choisi par le de cujus notamment en vertu de ses qualifications professionnelles, puisse prétendre à une rémunération qui prenne notamment en compte lesdites qualifications²⁴. Il faut admettre que la rémunération de l'exécuteur testamentaire ne peut pas être fixée uniquement sur une base forfaitaire, notamment en fonction du patrimoine successoral. Le Tribunal fédéral²⁵ a ainsi précisé qu'une rémunération forfaitaire fixée par la législation cantonale réglementant les honoraires des notaires est inapplicable s'agissant d'actes effectués par un exécuteur testamentaire – notaire – qui ne relèvent pas de la fonction publique du notaire. Sans avoir fixé à ce jour de plafond pour la rémunération de l'exécuteur testamentaire²⁶, le Tribunal fédéral²⁷ admet qu'elle soit supérieure dans le cadre de successions

²¹ ATF 129 I 330, consid. 3.2.

²² ATF 129 I 330, consid. 3.3.

²³ FLÜCKIGER (n. 19), p. 208 s.

²⁴ ATF 78 II 123, consid. 1b ; FLÜCKIGER (n. 19), p. 206-208, lequel relativise (à juste titre) les considérants de l'ATF 129 I 330 à ce sujet.

²⁵ ATF 129 I 330 (établissement de la déclaration de succession).

²⁶ Certains auteurs estiment qu'elle ne saurait dépasser 3% de la valeur de la succession dans le cadre de grosses successions. CHK-KÜNZLE, Art. 517-518 CC N 67.

²⁷ ATF 129 I 330, consid. 3.2.

dont la valeur est élevée, dès lors que la responsabilité de l'exécuteur testamentaire est plus importante.

16. Dans le cas particulier où le de cujus a précisé le montant de la rémunération de l'exécuteur testamentaire dans le testament, les règles précitées s'appliquent quand-même et peuvent conduire à une augmentation ou une réduction du montant d'honoraires fixé par le de cujus²⁸. Lorsque le de cujus a prévu de donner un montant forfaitaire à l'exécuteur testamentaire, il peut s'avérer délicat en pratique de déterminer s'il s'agit de sa rémunération au sens de l'art. 517 al. 3 CC ou d'un legs, lequel viendrait, cas échéant, s'ajouter à la rémunération due pour l'activité d'exécuteur testamentaire. Un legs ne devrait pouvoir être admis que si le de cujus l'a désigné expressément comme tel²⁹.
17. En plus de sa rémunération, l'exécuteur testamentaire a droit à une indemnité pour ses frais. Il peut en outre prétendre à une rémunération séparée pour les activités qui dépassent sa fonction d'exécuteur testamentaire. Par exemple, un avocat peut demander des honoraires propres à sa profession pour l'activité qu'il a déployée dans le cadre d'une procédure judiciaire dans laquelle il a représenté les intérêts des héritiers³⁰. L'exécuteur testamentaire a un droit de rétention sur les biens de la succession en sa possession pour sa créance d'honoraires (art. 895 CC). Le Tribunal fédéral³¹ a même admis, dans un cas particulier, que ce droit de rétention s'étende à la rémunération due pour des activités d'avocat qui n'étaient pas en relation directe avec l'activité d'exécuteur testamentaire.

III. Les droits et devoirs de l'exécuteur testamentaire

18. Le législateur est parti de l'idée que les droits et devoirs de l'exécuteur testamentaire sont déterminés principalement par le de cujus. A titre subsidiaire, les dispositions légales relatives à l'administrateur officiel

²⁸ FLÜCKIGER (n. 19), p. 225 s.

²⁹ BSK-KARRER, Art. 517 CC N 28 ; FLÜCKIGER (n. 19), p. 225 s.

³⁰ ATF 129 V 113, consid. 4.3. BSK-KARRER, Art. 517 CC N 31 ; FLÜCKIGER (n. 19), p. 224.

³¹ ATF 86 II 355, JT 1961 I 302.

de la succession s'appliquent (art. 518 al. 1 CC). Ce renvoi a surtout pour but de préciser que l'activité d'exécuteur testamentaire, à l'instar de celles de l'administrateur officiel et du liquidateur officiel, est soumise à la surveillance d'une autorité désignée par le droit cantonal (art. 595 al. 3 CC)³².

19. La loi précise que la mission de l'exécuteur testamentaire est d'assurer l'exécution des dernières volontés du de cujus (art. 517 al. 1 CC). L'exécuteur testamentaire est chargé et habilité de par la loi de faire respecter la volonté du de cujus, notamment de gérer la succession, de payer les dettes, d'acquitter les legs et de procéder au partage conformément aux instructions du de cujus ou, à défaut, suivant les prescriptions de la loi (art. 518 al. 2 CC). Il doit donc essentiellement administrer la succession et exécuter les dispositions pour cause de mort prises par le de cujus, à la place des héritiers qui assument en principe cette charge.
20. Si le de cujus n'a pas défini spécialement la mission de l'exécuteur testamentaire, par exemple en la limitant à certaines activités particulières, sa fonction lui impose les principaux droits et devoirs suivants³³ :
 - Le devoir de remettre le testament à l'autorité, à l'instar de toute personne (art. 556 CC).

³² L'art. 595 al. 3 CC s'applique par analogie aussi bien à l'activité de l'administrateur officiel qu'à celle de l'exécuteur testamentaire (ATF 66 II 148, JT 1941 I 10 ; Cour de Justice de Genève, SJ 2001 I 519). L'autorité de surveillance est désignée par le droit cantonal. Voir infra V.

³³ Sur les droits et devoirs de l'exécuteur testamentaire, voir notamment : BSK-KARRER, Art. 518 CC N 12-26 ; CHRIST BERNHARD, in : Abt/Weibel (éd.), *Erbrecht*, Bâle 2007, Art. 518 CC N 20-39 ; SCHULER-BUCHE CAROLINE, *L'exécuteur testamentaire, l'administrateur officiel et le liquidateur officiel : étude et comparaison*, thèse, Lausanne 2003, p. 89-99 ; DRUEY JEAN NICOLAS, *Die Aufgaben des Willensvollstreckers*, in : Druey/Breitschmid (éd.), *Willensvollstreckung*, Berne/Stuttgart/Vienne 2001, p. 1-19 ; KÜNZLE (n. 2), p. 59-72 ; PIOTET PAUL, *Précis de droit successoral*, 2^{ème} éd., Berne 1988, p. 46 s. ; LOB JEAN, *Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire en droit suisse*, thèse, Montreux 1952, p. 37-55.

- Le devoir d'identifier et de localiser les héritiers et les légataires. Si nécessaire, l'exécuteur testamentaire peut faire un appel public aux héritiers (art. 555 al. 1 CC par analogie).
- Le devoir de faire respecter la volonté du de cujus, dans toute la mesure du possible (art. 518 al. 2 CC). Il s'abstiendra toutefois d'exécuter une disposition pour cause de mort illicite ou contraire aux mœurs sans en avoir au préalable informé les héritiers³⁴. De même, il renoncera sans autre à exécuter toute disposition pour cause de mort nulle, telle que par exemple une charge ou une condition qui n'a pas de sens, qui est impossible ou qui est purement vexatoire (art. 482 al. 3 CC).
- Le devoir d'administrer le patrimoine successoral (art. 518 al. 2 CC). Il doit prendre toutes les mesures matérielles et juridiques utiles à l'établissement et à la conservation du patrimoine successoral en vue de sa liquidation. Pour ce faire, il doit notamment dresser un inventaire des biens de la succession s'il n'a pas encore été fait (art. 595 al. 2 CC par analogie)³⁵. Si nécessaire, il peut faire un appel public aux créanciers. Il a le droit de demander des renseignements aux héritiers, notamment concernant les biens de la succession en leur possession ou leurs créances et dettes à l'égard du de cujus. L'obligation des héritiers de se renseigner mutuellement sur les éléments de nature à influencer le partage (art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC) existe également envers l'exécuteur testamentaire³⁶. Pour déterminer le patrimoine successoral, il a aussi le droit de demander des

³⁴ Il appartiendra à ces derniers d'intenter une action en nullité de la disposition pour cause de mort illicite ou contraire aux mœurs. S'ils renoncent à intenter cette action, l'exécuteur testamentaire peut respecter la volonté du de cujus en exécutant la disposition.

³⁵ Même si l'art. 595 al. 2 CC s'applique par analogie, l'inventaire dressé par l'exécuteur testamentaire n'a pas les mêmes effets que celui établi dans le cadre d'une liquidation officielle. Il n'a pas de valeur officielle et a un effet essentiellement informatif. Voir SCHULER-BUCHE (n. 33), p. 61-64.

³⁶ ATF 90 II 365, JT 1965 I 325. KÜNZLE HANS RAINER, Der Willensvollstrecker und das Bank- und Postgeheimnis, in : Schweizer/Burkert/Gasser (éd.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 209-218, p. 210-213.

renseignements aux tiers, et notamment aux banques³⁷. Ces dernières doivent le renseigner de la même manière qu'elles doivent le faire à l'égard des héritiers : elles ont le même devoir de renseignement qu'à l'égard du de cujus avant son décès³⁸. Il a le droit d'exiger des tiers en possession de biens successoraux qu'ils les lui remettent. Il a qualité pour agir en pétition d'hérédité contre les personnes qui ne sont pas héritières afin de réintégrer dans la succession tous les biens qui en dépendent (art. 598 CC)³⁹. Il a aussi qualité pour agir en paiement contre des débiteurs du de cujus ou de la succession.

- Le devoir de payer les dettes du de cujus et de la succession (art. 518 al. 2 CC). Il a le droit de disposer des biens successoraux pour payer les dettes⁴⁰. Il peut même en disposer contre l'avis des héritiers si la vente est nécessaire au paiement des dettes de la succession⁴¹. Il s'abstiendra toutefois de disposer des papiers de famille et des choses qui ont une valeur affective pour les héritiers sans leur accord (art. 613 al. 2 CC). Avant de payer une dette, il a bien entendu l'obligation de vérifier sa validité et son exigibilité. Si nécessaire, il a qualité pour agir en justice pour faire constater l'absence de dette de la succession ou pour défendre cette dernière contre une action en paiement intentée par un créancier. Il a également qualité pour recevoir des actes de poursuite contre la succession (art. 65 LP).
- Le devoir de remettre les legs aux légataires désignés par le de cujus (art. 518 al. 2 CC). A ce titre, il a le devoir de vérifier que les legs sont exigibles. Tel sera le cas dès que les héritiers ont

³⁷ ATF 132 III 677, JT 2007 I 611 ; ATF 89 II 87.

³⁸ La banque ne peut pas opposer son secret bancaire ni aux héritiers, ni à l'exécuteur testamentaire. BSK-KARRER, Art. 518 CC N 18 ; CHRIST (n. 33), Art. 518 CC N 26 ; GENNA GIAN SANDRO, Die Bank als Willensvollstreckerin, in : Jusletter du 16 janvier 2006, N 47 s. ; MEIER-HAYOZ ARTHUR / FORSTMOSER PETER, Die Auskunftsrechte von Erben gegenüber Banken, in : Jusletter du 8 septembre 2003 ; KÜNZLE (n. 36), p. 215 s.

³⁹ ATF 132 III 677, JT 2007 I 611.

⁴⁰ GUINAND JEAN, Le pouvoir de disposition de l'exécuteur testamentaire et sa responsabilité, RNRF 1976 p. 321-332, p. 325-328.

⁴¹ ATF 101 II 47.

accepté la succession ou ne peuvent plus la répudier (art. 562 al. 2 CC). Il a aussi le devoir de vérifier que les actifs successoraux sont suffisants pour désintéresser les créanciers du de cujus. Comme les droits de ces créanciers priment ceux des légataires (art. 564 al. 1 CC), les legs ne doivent être délivrés qu'après le paiement des dettes du de cujus ou la fourniture de garanties à ses créanciers⁴². S'il apparaît que les biens de la succession ne sont plus suffisants pour acquitter les legs après le paiement des créanciers du de cujus, l'exécuteur testamentaire doit réduire les legs (art. 486 al. 1 CC). Avant de les distribuer, l'exécuteur testamentaire a enfin et surtout, le devoir de vérifier que les réserves des héritiers sont respectées⁴³. Si tel n'est pas le cas, il devra en informer les héritiers et obtenir leur accord avant de délivrer les legs, respectivement suspendre la distribution en attendant le jugement consécutif à l'action en réduction intentée par les héritiers (art. 522 CC)⁴⁴. Si le de cujus a désigné une personne particulière comme débiteur du legs, l'exécuteur testamentaire doit surveiller que cette personne exécute son obligation. Toutefois, seul le légataire a qualité pour agir en délivrance du legs (art. 562 al. 1 CC).

- Le devoir d'exécuter les dispositions pour cause de mort prises par le de cujus, comme par exemple les charges ou la constitution d'une fondation⁴⁵. Il a le droit et le devoir de veiller à l'exécution d'une charge successorale si le débiteur ne s'exécute pas spontanément, cas échéant au moyen d'une action en exécution (art. 482 al. 1 CC)⁴⁶.

⁴² BSK-KARRER, Art. 518 CC N 51 ; STEINAUER (n. 5), N 1175b p. 548 ; KÜNZLE (n. 2), p. 275.

⁴³ BSK-KARRER, Art. 518 CC N 50 ; STEINAUER (n. 5), N 1175c p. 549 ; SCHULER-BUCHE (n. 33), p. 71 ; KÜNZLE (n. 2), p. 275.

⁴⁴ ATF 85 II 597, JT 1960 I 300.

⁴⁵ BSK-KARRER, Art. 518 CC N 50a ; STEINAUER (n. 5), N 1175 p. 548 ; KÜNZLE (n. 2), p. 66 et 316.

⁴⁶ TF 5C.311/2001 du 6 mars 2002, consid. 2b.

- Le devoir de renseigner les héritiers sur ce qui a trait à la succession⁴⁷ et les légataires en ce qui concerne leurs legs. De manière générale, le Tribunal fédéral a précisé que « *L'exécuteur testamentaire est tenu de renseigner les héritiers sur les faits importants pour le partage de la succession et sur les activités déployées dans le cadre de sa mission* »⁴⁸. Il doit fournir aux héritiers des renseignements appropriés compte tenu de la mission qui lui est confiée. Il doit notamment les informer précisément sur les avantages et les risques (y compris financiers) des actes qu'il envisage d'effectuer. C'est à lui de définir la procédure et l'ampleur de cette information⁴⁹. Si son activité se prolonge, il devra faire des rapports périodiques aux héritiers⁵⁰. Il devra toutefois veiller à ne pas multiplier inutilement l'information aux héritiers⁵¹.
- Le devoir de préparer le partage de la succession, conformément aux dispositions à cause de mort du de cujus ou, subsidiairement, conformément aux dispositions légales (art. 518 al. 2 CC). Il s'agit de la tâche principale de l'exécuteur testamentaire et il doit l'exécuter promptement. Si le de cujus a prévu des règles de partage (art. 608 al. 1 CC), l'exécuteur testamentaire doit les respecter dans son projet de partage. Toutefois, il peut y déroger en cas d'accord de tous les héritiers⁵². Si le de cujus n'a pas prévu de règles de partage, l'exécuteur testamentaire doit établir son projet de partage sur la base des dispositions légales (art. 610 à 619 CC). Dans ce cas également, il a le devoir de tenir compte de

⁴⁷ ATF 90 II 365, JT 1965 I 325.

⁴⁸ TF 5C.311/2001 du 6 mars 2002, consid. 2b.

⁴⁹ Voir à ce sujet une décision intéressante de la Commission de déontologie de l'Union suisse des fiduciaires du 29 octobre 2007, reproduite dans la TREX/ L'expert fiduciaire 2008 p. 46-49. Dans cette décision, la Commission a estimé que l'exécuteur testamentaire avait fait l'objet de mobbing de la part d'un des héritiers qui le harcelait de demandes de renseignements et lui impartissait des délais pour effectuer ses tâches.

⁵⁰ LOB (n. 33), p. 120.

⁵¹ Si l'exécuteur testamentaire fait du zèle dans son devoir d'information, il y a un risque que les héritiers considèrent qu'il tente d'augmenter artificiellement ses honoraires.

⁵² ATF 115 II 323, JT 1991 I 143 ; STEINAUER (n. 5), N 1177 p. 549.

la volonté des héritiers : il devra ainsi déroger aux dispositions légales en cas d'unanimité de ces derniers⁵³. Dans tous les cas, l'exécuteur testamentaire doit essayer de trouver une solution de partage qui convienne à tous les héritiers. Il doit respecter une égalité de traitement à leur égard et s'astreindre à une neutralité en cas de divergence d'intérêts. S'il trouve un accord entre les héritiers, il devra le formaliser dans une convention de partage signée par tous (art. 634 CC). S'il échoue et qu'un ou plusieurs héritiers refusent son projet de partage, l'exécuteur testamentaire est bloqué dans sa mission. Il n'a pas le droit d'imposer son projet de partage aux héritiers ni de signer la convention de partage au nom des héritiers ou de l'un d'entre eux⁵⁴. En cas de désaccord entre les héritiers, seul le juge est habilité à définir les modalités du partage à la demande de l'un des héritiers (art. 604 al. 1 CC)⁵⁵. En attendant que le juge soit saisi et impose un partage, celui-ci est suspendu.

- Le devoir de procéder au partage de la succession, sur la base de l'accord trouvé entre les héritiers (convention de partage), ou à défaut, sur la base d'une décision judiciaire (jugement de partage). L'exécuteur testamentaire n'a pas le droit de procéder d'office au partage sur la base de sa propre décision⁵⁶.

21. L'exécuteur testamentaire doit exercer ses fonctions de façon loyale, diligente et transparente⁵⁷. Il engage sa responsabilité personnelle lorsqu'il n'exécute pas ou exécute imparfaitement ses obligations. Le

⁵³ ATF 97 II 11, JT 1973 I 34.

⁵⁴ ATF 102 II 197, JT 1977 I 331.

⁵⁵ L'exécuteur testamentaire ne peut pas déposer une action en partage : seuls les héritiers ont qualité pour agir. Du même avis : STEINAUER (n. 5), N 1178 p. 550 ; KÜNZLE (n. 2), p. 289 ; contra : BSK-KARRER, Art. 518 CC N 66.

⁵⁶ GEISER (n. 5), p. 183 ; STEINAUER (n. 5), N 1176 p. 549 ; WOLF STEFAN, Die Teilung der Erbschaft durch den Willensvollstrecker, in : Hans Rainer Künzle (éd.), Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 107-124, p. 109.

⁵⁷ CHRIST (n. 33), Art. 518 CC N 29 ; STEINAUER (n. 5), N 1183 p. 553.

de *cujus* ne peut ni exclure ni limiter la responsabilité personnelle de l'exécuteur testamentaire⁵⁸.

IV. La responsabilité civile de l'exécuteur testamentaire

A. L'application par analogie des règles du mandat

22. La question de la responsabilité civile de l'exécuteur testamentaire a été complètement passée sous silence par le législateur. Il ressort des travaux législatifs que les règles régissant le contrat de mandat (art. 394 ss CO) s'appliquent par analogie pour tout ce qui a trait à la responsabilité de l'exécuteur testamentaire⁵⁹. Ces règles s'appliquent malgré l'absence de relation contractuelle entre l'exécuteur testamentaire et le *de cuius*. La désignation d'un exécuteur testamentaire ne peut en effet pas faire l'objet d'un contrat : elle doit toujours figurer dans une disposition testamentaire (art. 517 al. 1 CC)⁶⁰. Néanmoins, comme les devoirs de l'exécuteur testamentaire trouvent leur source dans les dispositions à cause de mort du *de cuius*, et non pas directement dans la loi, il s'agit bien d'une responsabilité de nature contractuelle⁶¹. Compte tenu du décès du mandant originel, c'est à l'égard de la communauté héréditaire que l'exécuteur testamentaire engage sa responsabilité civile⁶².
23. A côté de sa responsabilité civile de nature contractuelle à l'égard de la communauté héréditaire, l'exécuteur testamentaire assume également une responsabilité de nature délictuelle (art. 41 ss CO). Cette responsabilité ne peut être invoquée que lorsque l'exécuteur testamentaire viole un devoir général prescrit par le droit positif et cause un dommage à la personne ou aux biens d'une personne. Elle

⁵⁸ BSK-KARRER, Art. 518 CC N 112 ; FUHRER STEPHAN, Die Haftung des Willensvollstreckers und ihre Versicherung, in : Hans Rainer Künzle (éd.), Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 107-157, p. 133.

⁵⁹ TORRICELLI GIUSEPPE, L'esecutore testamentario in diritto svizzero, thèse, Bellinzone 1953, p. 218.

⁶⁰ Voir supra II.B, N 5.

⁶¹ LOB (n. 33), p. 122.

⁶² TF 5C.311/2001 du 6 mars 2002 ; ATF 101 II 47.

ne pourra donc être invoquée que très rarement en pratique⁶³. La responsabilité délictuelle de l'exécuteur testamentaire est engagée lorsque la personne qui s'estime lésée prouve la violation de l'un de ses devoirs par l'exécuteur testamentaire, un dommage, le lien de causalité adéquate entre ces deux éléments et la faute de l'exécuteur testamentaire.

B. Le devoir de diligence et de fidélité

24. En vertu des règles régissant le contrat de mandat, l'exécuteur testamentaire est responsable de la bonne et fidèle exécution des tâches qui lui sont confiées (art. 398 al. 2 CO). Le devoir de diligence et le devoir de fidélité s'imposent à l'exécuteur testamentaire dans l'exécution de toutes les tâches qui relèvent de ses compétences.
25. Le devoir de diligence impose à l'exécuteur testamentaire l'obligation de mettre en œuvre toute la diligence qui peut être raisonnablement attendue de sa part pour effectuer les tâches que le de cujus lui a confiées dans ses dispositions pour cause de mort ou qui résultent de la loi. La portée exacte de l'effort de diligence requis ne peut être déterminée à l'avance de manière précise. Elle ne peut être définie qu'en relation avec la situation dans laquelle l'exécuteur testamentaire est appelé à accomplir ses tâches. On tiendra ainsi compte de manière objective de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce pour déterminer si l'exécuteur testamentaire a agi en violation ou non de son obligation de diligence. Il est en effet tenu d'agir comme le ferait une personne raisonnable et diligente placée dans la même situation⁶⁴. Le Tribunal fédéral a précisé que lorsque l'exécuteur testamentaire est « un mandataire au bénéfice d'un diplôme de capacité professionnelle, qui s'est vu délivrer une autorisation officielle de pratiquer et qui exerce son activité contre rémunération, tel qu'un avocat et/ou notaire, on doit pouvoir attendre de lui une diligence particulière en relation avec ses connaissances spécifiques et compter, notamment, qu'il conseille et oriente son client quant aux possibilités juridiques ou pratiques qui se présentent à lui dans certaines situations »⁶⁵. On

⁶³ FUHRER (n. 58), p. 146.

⁶⁴ CR-WERRO, Art. 398 CO N 14.

⁶⁵ TF 5C.311/2001 du 6 mars 2002, consid. 2b.

ne devrait pas pouvoir admettre que l'exécuteur testamentaire puisse réduire son niveau de diligence en invoquant une rémunération inférieure à celle à laquelle il prétend dans le cadre de ses activités professionnelles (sur la base de l'art. 99 al. 2 CO). C'est en effet en pleine connaissance de sa rémunération qu'il a accepté la mission d'exécuteur testamentaire.

26. Le devoir de fidélité, qui s'impose également à l'exécuteur testamentaire, le contraint à agir en toutes circonstances dans l'intérêt présumé de la communauté héréditaire. Cette obligation impose notamment à l'exécuteur testamentaire un devoir de renseigner les héritiers et de leur rendre des comptes (art. 400 CO)⁶⁶. Le devoir de fidélité implique également pour l'exécuteur testamentaire le devoir d'éviter les conflits entre ses intérêts personnels et ceux de la communauté héréditaire⁶⁷. Il doit notamment s'abstenir de tirer profit de sa position pour régler à son avantage les prétentions que la succession a contre lui ou celles qu'il a contre celle-ci⁶⁸.
27. L'exécuteur testamentaire est en principe tenu d'exécuter personnellement les tâches qui lui sont attribuées par le de cujus (art. 398 al. 3 CO). Il ne peut pas se faire remplacer ni même céder sa fonction après l'avoir acceptée⁶⁹. Si nécessaire, l'exécuteur testamentaire peut recourir à des tiers pour exécuter des tâches spécifiques, notamment un avocat, un notaire, une fiduciaire ou un expert comptable. Dans ce cas, la responsabilité de l'exécuteur

⁶⁶ Selon le Tribunal fédéral, ce devoir de renseignement de l'exécuteur testamentaire peut aussi être déduit des art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC. ATF 90 II 365, JT 1965 I 325. Voir supra III, N 20.

⁶⁷ On rappellera que toute personne peut être nommée exécuteur testamentaire, y compris les propres héritiers du de cujus. Dans ce dernier cas, les conflits d'intérêts potentiels seront d'autant plus importants. Voir TF 5P.199/2003 du 12 août 2003 ; ATF 90 II 376, JT 1965 I 336.

⁶⁸ LOB (n. 33), p. 121. Voir à ce sujet la décision de l'autorité de surveillance de Bâle-Ville du 20 avril 1989, reproduite in : BJM 1990 p. 83-90.

⁶⁹ TF 5P.529/1994 du 13 mars 1995, reproduit in : PJA 1996 p. 82-86. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a admis qu'un exécuteur testamentaire, avocat, qui délègue ses tâches à l'un de ses associés ou collaborateurs, viole son devoir de fidélité ; la révocation par l'autorité de surveillance a été considérée en l'espèce comme une mesure justifiée compte tenu des graves manquements de l'exécuteur testamentaire.

testamentaire n'est engagée que s'il a commis une faute dans le choix de la personne et l'instruction qu'il lui a donnée (art. 399 al. 2 CO)⁷⁰.

C. Les conditions de la responsabilité civile

28. La responsabilité du mandataire est soumise aux mêmes règles que celle du travailleur (art. 398 al. 1 CO). Il s'agit d'un renvoi exprès aux dispositions sur le contrat de travail (art. 321e CO), lesquelles reprennent selon la doctrine majoritaire le régime général de la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO)⁷¹. La responsabilité civile de l'exécuteur testamentaire est donc essentiellement fondée sur les principes généraux de la responsabilité contractuelle.
29. Dans un arrêt topique, le Tribunal fédéral a rappelé qu' « *Il appartient donc aux héritiers qui s'estiment lésés de prouver la violation de ses devoirs par l'exécuteur testamentaire, le dommage et la relation de causalité entre ces deux faits. S'ils font ces preuves, la faute de l'exécuteur testamentaire est présumée conformément à l'article 97 CO. Il lui appartient alors d'établir qu'il n'a pas commis de faute pour échapper à sa responsabilité* »⁷². La responsabilité de l'exécuteur testamentaire est dès lors subordonnée à la réalisation de quatre conditions : la violation de l'un de ses devoirs par l'exécuteur testamentaire, un dommage, le lien de causalité entre le dommage et la violation de l'un des devoirs, ainsi qu'une faute de la part de l'exécuteur testamentaire. Nous allons reprendre brièvement ces quatre conditions générales de la responsabilité prévues à l'art. 97 CO afin d'exposer leurs spécificités en relation avec la responsabilité civile de l'exécuteur testamentaire :

1. La violation de l'un de ses devoirs par l'exécuteur testamentaire

30. L'action en responsabilité n'est possible que si l'exécuteur testamentaire a violé son obligation, autrement dit a agi

⁷⁰ LOB (n. 33), p. 119 s. ; CR-WERRO, Art. 398 CO N 43 ; TERCIER PIERRE, Les contrats spéciaux, 3^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2003, N 4657 p. 672 ; ENGEL PIERRE, Contrats de droit suisse, Berne 2000, p. 485.

⁷¹ CR-WERRO, Art. 399 CO N 4 ; TERCIER (n. 70), N 4722 p. 681 ; ENGEL (n. 70), p. 484 s.

⁷² ATF 101 II 47, consid. 2.

contrairement au comportement qui pouvait légitimement être attendu de sa part. Il doit avoir violé un devoir qui lui incombait⁷³, soit en n'exécutant pas les tâches que le de cujus lui a confiées dans ses dispositions pour cause de mort ou qui résultent de la loi, soit en les exécutant imparfaitement.

31. Il existe très peu de jurisprudence en matière de responsabilité civile de l'exécuteur testamentaire⁷⁴, de sorte qu'il convient pour chaque cas spécifique de faire application des principes généraux du droit des obligations ainsi que des dispositions sur le contrat de mandat.
32. De manière générale, l'exécuteur testamentaire engage sa responsabilité civile chaque fois qu'il viole son devoir de diligence et de fidélité (art. 398 al. 2 CO)⁷⁵. Plus particulièrement, il engage notamment sa responsabilité lorsqu'il⁷⁶ :
 - ne remet pas le testament à l'autorité ou tarde à le remettre⁷⁷ ;
 - ne procède pas à toutes les démarches nécessaires pour identifier et localiser tous les héritiers et les légataires ;
 - ne respecte pas la volonté du de cujus ou se trompe dans l'interprétation de ses dispositions pour cause de mort ;
 - ne prend pas toutes les mesures matérielles et juridiques nécessaires pour identifier tous les biens (actifs ou passifs) de la succession et pour conserver le patrimoine successoral⁷⁸ ;
 - se trompe dans l'estimation d'un bien (actif ou passif) de la succession ;
 - ne procède pas à temps aux actes d'administration nécessaires ;

⁷³ Voir supra III.

⁷⁴ Voir FUHRER (n. 58), p. 111-114.

⁷⁵ Pour une description du devoir de diligence et de fidélité, voir supra IV.B.

⁷⁶ Pour une liste des devoirs de l'exécuteur testamentaire, voir supra III, N 20.

⁷⁷ Voir toutefois ATF 90 II 376, JT 1965 p. 337. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que l'exécuteur testamentaire n'engageait pas sa responsabilité en tardant à remettre à l'autorité les dispositions de dernières volontés que le de cujus lui avait confiées.

⁷⁸ TF 5P.440/2002 du 23 décembre 2002.

- ne paie pas ou paie avec retard les dettes exigibles du de cujus ou de la succession ;
- paie une dette non exigible ou dont l'existence est douteuse ;
- dispose des papiers de famille ou d'une chose à laquelle les héritiers étaient particulièrement attachés pour des raisons affectives ;
- dispose d'un bien successoral sans cause valable⁷⁹ ;
- délivre un legs non exigible ;
- délivre un legs avec retard ;
- délivre un legs alors que les actifs successoraux sont insuffisants pour désintéresser les créanciers du de cujus ;
- délivre un legs qui lèse les réserves des héritiers sans avoir obtenu au préalable leur accord ;
- ne constitue pas la fondation instituée par le de cujus dans ses dispositions pour cause de mort ou n'exécute pas toute autre disposition pour cause de mort valable ;
- viole son devoir de renseignement envers les héritiers⁸⁰, soit qu'il omette de fournir des renseignements soit qu'il fournisse des renseignements erronés⁸¹ ;
- ne respecte pas son devoir de neutralité, et notamment procède à un acte visant à privilégier un intérêt personnel ;
- ne respecte pas, dans le cadre de son projet de partage, les règles fixées par le de cujus ou, à défaut, celles prévues par la loi, sans accord des héritiers ;
- oublie d'intégrer un bien (actif ou passif) dans le projet de partage ;

⁷⁹ L'exécuteur testamentaire a le droit de disposer des biens successoraux pour payer les dettes du de cujus et de la succession, même contre l'avis des héritiers. ATF 101 II 47.

⁸⁰ TF 5C.311/2001 du 6 mars 2002.

⁸¹ ATF 90 II 365, JT 1965 I 325.

- procède d'office au partage sur la base de sa propre décision sans accord des héritiers et sans décision judiciaire l'y autorisant ;
 - vend un bien dans la procédure de partage sans le proposer au préalable à un héritier⁸² ;
 - révoque son mandat en temps inopportun⁸³ .
33. Il faut préciser que l'exécuteur testamentaire ne viole pas son devoir de diligence et de fidélité lorsqu'il accomplit un acte que les héritiers considèrent comme inadéquat. Il peut en effet agir contre la volonté des héritiers si son acte est justifié et s'inscrit dans le cadre des attributions qui lui ont été confiées par le de cujus ou qui résultent de la loi⁸⁴ .

2. L'existence d'un dommage

34. La personne qui entend agir en responsabilité contre l'exécuteur testamentaire doit avoir subi un dommage, soit une diminution de son patrimoine. Une telle diminution pourra être constatée lorsqu'il y a une différence entre le patrimoine actuel du lésé et celui qu'il aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit. En d'autres termes, il faut avoir subi un préjudice économique du fait de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite de ses devoirs par l'exécuteur testamentaire. L'art. 97 CO consacre ainsi le système de l'intérêt positif à l'exécution, lequel ne limite pas le dommage à la valeur de la prestation promise (perte effective), mais porte également sur tout avantage qui aurait pu être retiré selon le cours ordinaire des choses et les données concrètes du cas d'espèce (gain manqué). En outre, le préjudice ne couvre pas uniquement le dommage au sens strict, mais comprend également le tort moral (art. 99 al. 3 CO *cum* art. 49 CO)⁸⁵ .

⁸² ATF 108 II 535, JT 1983 I 591.

⁸³ L'exécuteur testamentaire devra indemniser les héritiers du dommage qu'il leur cause de ce fait, par application analogique de l'art. 404 al. 2 CO.

⁸⁴ ATF 101 II 47.

⁸⁵ CR-THEVENOZ, Art. 97 CO N 41 ; TERCIER PIERRE, Le droit des obligations, 2^{ème} éd., Zurich 1999, p. 157 ; ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit

35. Par exemple, si l'exécuteur testamentaire paie une dette qui n'est pas exigible, sa responsabilité sera engagée. Dans ce cas, le dommage correspond au montant de la dette payée. Lorsque l'exécuteur testamentaire exécute un legs sur la base d'une disposition testamentaire qui n'est pas valable sans indiquer la possibilité d'une action en nullité aux héritiers, il engage également sa responsabilité. Le dommage correspond alors à la valeur vénale du legs. Il engage aussi sa responsabilité lorsqu'il exécute un legs alors que les actifs successoraux sont insuffisants pour désintéresser tous les créanciers du de cujus. Dans ce cas, le dommage correspond au montant restant dû aux créanciers après épuisement des actifs successoraux. Lorsque l'exécuteur testamentaire réalise un bien de la succession auquel les héritiers étaient particulièrement attachés pour des raisons affectives afin de payer une dette, il engage aussi sa responsabilité. Dans ce cas particulier, le dommage correspond au tort moral causé aux héritiers par la vente de ce bien⁸⁶.

3. Le lien de causalité entre la violation d'un devoir et le dommage

36. La responsabilité civile de l'exécuteur testamentaire ne peut être admise que si le dommage se trouve en relation de causalité naturelle et adéquate avec la violation d'un de ses devoirs. Le lien de causalité naturelle est admis lorsque l'inexécution ou la mauvaise exécution de ses devoirs par l'exécuteur testamentaire est la condition *sine qua non* de la survenance du dommage. Le lien de causalité doit aussi être adéquat, en cela que l'acte incriminé était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit⁸⁷. Le juge saisi doit examiner, sur la base de ces principes, si le lien de causalité naturelle et adéquate est réalisé en fonction des circonstances propres au cas d'espèce⁸⁸.

suisse, 2^{ème} éd., Berne 1997, p. 716.

⁸⁶ GUINAND/STETTLER/LEUBA (n. 5), n. 969 p. 255.

⁸⁷ TERCIER (n. 85), p. 158 s. ; ENGEL (n. 85), p. 718.

⁸⁸ TF 4C.324/2005 du 5 janvier 2006.

37. Par exemple, le Tribunal fédéral⁸⁹ a retenu que le montant dû au titre d'intérêts pour l'inexécution d'une charge par une héritière se trouvait en relation de causalité naturelle et adéquate avec la violation par l'exécuteur testamentaire de son devoir de renseignement à l'égard de cette héritière. L'exécuteur testamentaire, qui était notaire et avocat de formation, avait conseillé à cette dernière de « *consigner* » un montant litigieux en croyant à tort que cette « *consignation* » arrêterait le cours des intérêts en attendant le règlement d'un litige avec un co-héritier, ce qui n'était pas le cas. La responsabilité de l'exécuteur testamentaire s'est trouvée engagée suite au défaut de renseignement sur le risque financier que la « *consignation* » faisait courir à l'héritière. Dans une autre affaire, le Tribunal fédéral⁹⁰ a considéré que la perte financière subie par une héritière consécutivement à la vente d'actions par l'exécuteur testamentaire se trouvait aussi en relation de causalité naturelle et adéquate avec la violation par ce dernier de son devoir de renseignement. L'exécuteur testamentaire, qui était aussi notaire et avocat, avait vendu des actions du de cujus en date du 12 septembre 2001, alors qu'elles venaient de perdre une grande partie de leur valeur. La responsabilité de l'exécuteur testamentaire s'est trouvée engagée suite au défaut de renseignement sur le fait qu'une vente d'action en plein crash boursier était inadéquate.

4. La faute de l'exécuteur testamentaire

38. Lorsque l'exécuteur testamentaire a violé l'un de ses devoirs, il est présumé avoir commis une faute dans l'exécution du mandat que lui a confié le de cujus. Il commet une faute chaque fois que, connaissant son devoir, il sait ou doit savoir qu'il ne l'accomplit pas ou l'accomplit de manière imparfaite⁹¹. L'exécuteur testamentaire répond de toute faute, peu importe qu'elle soit intentionnelle ou non, grave ou légère (art. 99 al. 1 CO). La faute s'apprécie au regard de toutes les

⁸⁹ TF 5C.311/2001 du 6 mars 2002.

⁹⁰ TF 5C.119/2004 du 23 décembre 2004, consid. 3.3.

⁹¹ CR–THÉVENOZ, Art. 97 CO N 51 ; TERCIER (n. 85), p. 159 ; ENGEL (n. 85), p. 712.

circonstances du cas d'espèce, en particulier de la nature de l'affaire et de sa complexité.

39. L'exécuteur testamentaire peut se libérer de toute responsabilité en prouvant qu'aucune faute ne peut lui être reprochée (art. 97 al. 1 *in fine* CO). Si l'exécuteur testamentaire peut démontrer qu'il a agi après avoir consulté un spécialiste, par exemple pour évaluer un bien de la succession ou pour établir un avis de droit, l'existence d'une faute ne pourra pas être retenue à son encontre. De même, s'il a consulté au préalable les héritiers et a tenté, dans toute la mesure du possible, de trouver une solution qui satisfasse leurs désirs, le fait qu'il ait finalement pris une décision contraire pour respecter la volonté du de cujus n'est pas en soi constitutif d'une faute. En principe, l'exécuteur testamentaire qui s'adresse à l'autorité de surveillance, suit ses conseils et la renseigne sur l'évolution de la situation ne pourra voir sa responsabilité engagée⁹². Le Tribunal fédéral⁹³ a ainsi admis que l'exécuteur testamentaire qui, placé devant un choix délicat, a pris toutes les mesures nécessaires commandées par les circonstances, à savoir demander une expertise pour établir la valeur d'un bien de la succession, solliciter un avis de droit pour élucider tous les aspects de la situation, demander l'approbation de l'autorité de surveillance quant aux opérations qu'il envisageait et exécuter les instructions de cette autorité, n'a pas commis de faute.

D. Les conséquences liées à la responsabilité de l'exécuteur testamentaire

40. Si la responsabilité de l'exécuteur testamentaire est engagée, les héritiers n'ont pas pour autant le droit de résilier son mandat⁹⁴. L'exécuteur testamentaire conserve en principe son droit à ses honoraires pour les services qu'il a rendus⁹⁵. Mais comme les honoraires sont une contre-prestation pour l'activité diligente exercée par l'exécuteur testamentaire, ils peuvent être réduits en cas

⁹² BSK-KARRER, Art. 518 CC N 112 ; SCHULER-BUCHE (n. 33), p. 141.

⁹³ ATF 101 II 47, consid. 3.

⁹⁴ La destitution de l'exécuteur testamentaire est de la seule compétence de l'autorité de surveillance. Voir *infra* V.B.

⁹⁵ ATF 124 III 423.

d'exécution défectueuse. Le Tribunal fédéral⁹⁶ a précisé que « *le mandataire qui ne rend pas les services promis, c'est-à-dire qui demeure inactif ou n'agit pas avec le soin requis, ne peut prétendre à l'entier des honoraires convenus ou à la même rémunération qui serait équitablement due à un mandataire diligent.* » Toutefois, l'exécuteur testamentaire peut perdre son droit à rémunération lorsque ses prestations sont inutiles ou inutilisables, avec pour effet que l'exécution défectueuse est assimilable à une totale inexécution⁹⁷.

41. L'exécuteur testamentaire doit réparer le dommage qu'il a causé (art. 97 al. 1 CO). La personne lésée a en principe droit à l'indemnisation de son intérêt positif au contrat. Autrement dit, elle doit être placée dans la situation qui serait la sienne si l'exécuteur testamentaire avait exécuté ses tâches conformément aux instructions du de cujus ou aux modalités prévues par la loi⁹⁸. Le juge déterminera le mode et l'étendue de la réparation d'après les circonstances et la gravité de la faute (art. 99 al. 3 CO *cum* art. 43 al. 1 CO). Cas échéant, la créance en paiement des honoraires peut être compensée avec les dommages-intérêts.
42. Le juge peut réduire les dommages-intérêts lorsque des faits dont la partie lésée est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter ou à aggraver la situation de l'exécuteur testamentaire (art. 99 al. 3 CO *cum* art. 44 al. 1 CO). En cas de faute concomitante grave, le juge peut même décider de ne pas allouer de dommages-intérêts⁹⁹. Une faute concomitante d'un héritier pourrait par exemple être admise s'il n'a pas tenté de prévenir l'acte dommageable de l'exécuteur testamentaire en formant une plainte auprès de l'autorité de surveillance ou s'il a donné son consentement à cet acte. Le

⁹⁶ ATF 124 III 423, spéc. p. 425.

⁹⁷ ATF 124 III 423, spéc. p. 427 ; contra : CR-WERRO, Art. 398 CO N 35, lequel estime que seule la violation par le mandataire de son devoir de diligence doit déterminer la réduction de la rémunération, indépendamment de l'utilité du travail fourni.

⁹⁸ CR-THEVENOZ, Art. 97 CO N 33 s. ; contra : CR-WERRO, Art. 398 CO N 41, lequel considère que le dommage susceptible d'être réparé devrait être limité à l'intérêt qu'aurait eu le mandant à ne pas s'engager lorsqu'il s'agit d'une obligation de moyens et non pas d'une obligation de résultat.

⁹⁹ ATF 127 III 453.

Tribunal fédéral¹⁰⁰ a refusé d'admettre qu'une héritière qui a laissé passer plusieurs années sans donner de nouvelles instructions à l'exécuteur testamentaire sur le sort de fonds « *consignés* », laissant ainsi courir des intérêts importants sur la somme due à un co-héritier, a commis une faute concomitante suffisamment grave pour qu'elle se voie refuser toute indemnité. Dans une autre affaire, le Tribunal fédéral¹⁰¹ a refusé d'admettre toute faute concomitante d'une héritière qui ne connaissait rien aux marchés financiers et qui avait donné pour instruction à l'exécuteur testamentaire de vendre des actions en date du 12 septembre 2001 alors qu'elles venaient de perdre une grande partie de leur valeur. Il était dès lors justifié d'attribuer à ces héritières des dommages-intérêts. Dans tous les cas, la responsabilité de l'exécuteur testamentaire ne peut pas être engagée lorsqu'il a agi avec l'accord de tous les héritiers¹⁰².

43. La responsabilité civile de l'exécuteur testamentaire est personnelle. Lorsque plusieurs exécuteurs testamentaires ont été désignés par le de cujus, ils sont réputés avoir reçu un mandat collectif et encourent par conséquent une responsabilité solidaire (art. 518 al. 3 CC *cum* art. 403 al. 2 CO)¹⁰³. On peut toutefois admettre une entorse à la responsabilité solidaire entre les exécuteurs testamentaires dans des circonstances particulières. Par exemple, lorsque le de cujus a attribué des tâches spécifiques à chacun des exécuteurs testamentaires, la présomption de l'art. 518 al. 3 CC peut être renversée, car ils n'exercent pas de mandat collectif au sens de l'art. 403 al. 2 CO. Dans ce cas, chacun répondra individuellement de la violation de ses devoirs en relation avec la tâche qui lui a été confiée par le de cujus. Il en va de même lorsque les exécuteurs testamentaires se partagent le travail d'une manière telle que chacun exécute sa tâche de son côté sans que les autres y participent ou la contrôlent. On peut imaginer par exemple le cas où un exécuteur testamentaire est chargé de la

¹⁰⁰ TF 5C.311/2001 du 6 mars 2002.

¹⁰¹ TF 5C.119/2004 du 23 décembre 2004, consid. 3.3.

¹⁰² ATF 108 II 535, JT 1983 I 591 ; ATF 101 II 47 ; BSK-KARRER, Art. 518 CC N 112.

¹⁰³ La question d'un droit de recours interne entre les exécuteurs testamentaires demeure réservée (art. 99 al. 3 CO *cum* art. 50 al. 2 CO).

continuation des activités de l'entreprise du de cujus, alors qu'un autre se charge de l'administration du reste de son patrimoine personnel. Dans ce cas, il paraît approprié que chacun des exécuteurs testamentaires réponde individuellement des erreurs qui peuvent lui être imputées. En outre, lorsque le de cujus a prévu un exécuteur testamentaire de substitution et que celui-ci entre en fonction après une période pendant laquelle le premier exécuteur testamentaire a assumé ses tâches, chacun des exécuteurs testamentaires assume une responsabilité individuelle pour ses propres actes. La situation peut s'avérer complexe lorsque le de cujus a mis en place un système de hiérarchie entre les exécuteurs testamentaires, en prévoyant par exemple un exécuteur testamentaire principal qui supervise ou contrôle le travail d'une équipe d'exécuteurs testamentaires. Dans une telle constellation, on peut se demander si l'exécuteur testamentaire principal ne devrait pas encourir une responsabilité plus importante que celle des autres.

E. La qualité pour agir en responsabilité

44. Les héritiers (légaux ou institués) du de cujus ont la qualité pour agir en responsabilité contre l'exécuteur testamentaire. Ils peuvent agir individuellement¹⁰⁴. La question de la qualité pour agir des légataires ou de tiers est quant à elle controversée.
45. Le Tribunal fédéral¹⁰⁵ s'est prononcé sur cette question en estimant que « *l'action en responsabilité contre l'exécuteur testamentaire appartient aux héritiers et aux autres personnes gratifiées par le de cujus* », ce qui implique les légataires. Par contre, il a précisé dans le même arrêt qu'un tiers qui participe à la succession en vertu d'une cession faite par les héritiers n'a pas la qualité pour agir en responsabilité contre l'exécuteur testamentaire. En l'espèce, le neveu de la défunte s'était fait céder une partie de leurs droits successoraux par trois des héritiers. Le Tribunal fédéral a considéré que cette cession ne conférait pas au neveu un droit direct sur la succession, mais uniquement un droit personnel à la délivrance par l'héritier cédant des biens reçus en

¹⁰⁴ Il n'y a pas de consorité nécessaire. Voir par ex. TF 5C.311/2001, du 6 mars 2002.

¹⁰⁵ ATF 101 II 47.

partage. La qualité d'héritier n'est en effet pas susceptible d'être cédée à un tiers en tant que telle. Le neveu de la défunte aurait dû se faire céder expressément les droits des autres recourants contre l'exécuteur testamentaire pour obtenir la qualité pour agir contre celui-ci (conformément à l'art. 164 CO).

46. Cette jurisprudence est approuvée par la majorité de la doctrine¹⁰⁶ qui considère que la qualité pour agir en responsabilité contre l'exécuteur testamentaire doit être accordée tant aux héritiers qu'aux légataires, mais pas aux créanciers ni aux cessionnaires de droits successoraux. Ces derniers ne peuvent invoquer qu'une responsabilité civile de nature délictuelle contre l'exécuteur testamentaire (art. 41 ss CO). Dans tous les cas, les personnes ayant qualité pour agir ne peuvent pas agir en responsabilité contre l'exécuteur testamentaire si elles ont approuvé l'acte contesté¹⁰⁷.

F. Les compétences à raison du lieu et de la matière et le délai pour agir

47. Les tribunaux civils ordinaires du dernier domicile du de cujus sont compétents pour connaître d'une action en responsabilité contre l'exécuteur testamentaire (art. 18 al. 1 LFors)¹⁰⁸. Comme l'action se trouve en rapport étroit avec la succession, elle peut en effet être qualifiée d'action de nature successorale.
48. La compétence à raison de la matière est déterminée par le droit cantonal. De manière générale, l'action en responsabilité contre l'exécuteur testamentaire aura pour but de faire condamner ce dernier

¹⁰⁶ BSK-KARRER, Art. 518 CC N 113 ; STEINAUER (n. 5), N 1186a p. 556 ; FUHRER (n. 58), p. 129 ; SCHULER-BUCHE (n. 33), p. 138 s. ; KÜNZLE (n. 2), p. 335 s. ; contra : GUINAND (n. 40), p. 331 s.

¹⁰⁷ ATF 101 II 47.

¹⁰⁸ ATF 117 II 26 ; BSK-KARRER, Art. 518 CC N 114 ; VON WERDT NICOLAS, in : Kellerhals et al. (éd.), Gerichtsstandsgesetz, Berne 2005, Art. 18 LFors N 21 ; DONZALLAZ YVES, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Berne 2001, p. 422 ; GRÜNINGER HAROLD, in : Müller/Wirth (éd.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zurich 2001, Art. 18 LFors N 24 ; contra : BRÜCKNER CHRISTIAN / WEIBEL THOMAS, Die erbrechtlichen Klagen, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, N 325 p. 134 ; FUHRER (n. 58), p. 134, lequel désigne le domicile de l'exécuteur testamentaire.

au paiement du montant correspondant au dommage du ou des lésés. La valeur litigieuse, soit le montant du préjudice subi, déterminera ainsi en principe le tribunal qui devra être saisi, et partant la procédure applicable¹⁰⁹.

49. La responsabilité de l'exécuteur testamentaire étant de nature contractuelle, le délai de prescription est de dix ans (art. 127 CO)¹¹⁰. Le point de départ de ce délai dépend de la nature du manquement à l'obligation¹¹¹.

V. La responsabilité disciplinaire de l'exécuteur testamentaire

A. L'absence de responsabilité de l'Etat pour les actes de l'exécuteur testamentaire

50. Comme l'exécuteur testamentaire n'exerce aucune prérogative de fonction publique, il ne saurait engager une quelconque responsabilité de l'Etat. Il faut toutefois réserver le cas où le droit cantonal prévoit une responsabilité de la collectivité publique, notamment lorsque l'exécuteur testamentaire a qualité de fonctionnaire. En outre, l'Etat peut encourir une responsabilité à titre subsidiaire en cas de négligence de l'autorité de surveillance¹¹².

B. Le rôle de l'autorité de surveillance

51. L'exécuteur testamentaire, bien qu'il ne soit pas un officier public, est soumis à la surveillance d'une autorité désignée par le droit cantonal (art. 518 al. 1 CC *cum* art. 593 al. 3 CC). Cette surveillance a pour but de garantir la bonne exécution de la volonté du défunt. Elle s'impose au de cujus qui ne peut pas l'écarter. L'autorité de surveillance n'agit en principe que sur plainte (art. 595 al. 3 CC), de

¹⁰⁹ Par exemple, dans le canton de Neuchâtel, le Tribunal cantonal sera compétent de manière générale à partir d'une valeur litigieuse de CHF 20'000, la procédure écrite trouvant application. Pour tous les montants inférieurs, le Tribunal de district devra être saisi (art. 9 OJ/NE).

¹¹⁰ BSK-KARRER, Art. 518 CC N 114 ; FUHRER (n. 58), p. 134.

¹¹¹ ATF 106 II 134. CR-THÉVENOZ, Intro Art. 97-109 CO N 26.

¹¹² BSK-KARRER, Art. 518 CC N 109 ; STEINAUER (n. 5), N 1186b p. 556.

sorte qu'elle ne procède pas à un contrôle régulier de l'activité de l'exécuteur testamentaire. Celui-ci n'est d'ailleurs pas tenu de lui rendre compte de son activité, ni de l'informer de ses actes.

52. Les attributions de l'autorité de surveillance ainsi que les sanctions qu'elle peut prononcer à l'encontre de l'exécuteur testamentaire sont fixées par le droit fédéral. Son pouvoir est limité, dès lors qu'elle ne peut statuer que sur les questions de droit formel et sur l'opportunité des mesures prises par l'exécuteur testamentaire¹¹³. Les questions de droit matériel¹¹⁴ restent de la compétence du juge ordinaire¹¹⁵. L'autorité de surveillance doit contrôler la régularité et l'opportunité des mesures prises par l'exécuteur testamentaire et peut lui donner des instructions. Si nécessaire, elle peut aussi prononcer des sanctions disciplinaires à son encontre (avertissement, blâme, amende, destitution)¹¹⁶. Elle doit exercer sa tâche avec mesure et retenue. Elle ne peut sanctionner l'exécuteur testamentaire que si son comportement est arbitraire ou manifestement inopportun¹¹⁷.
53. En particulier, la destitution de l'exécuteur testamentaire est une mesure grave qui ne peut être prononcée que si sa gestion fait courir des risques aux droits des héritiers et des légataires, comme par exemple en cas de mauvaise administration, de malversations ou de lenteur injustifiée¹¹⁸. Selon la jurisprudence¹¹⁹, la destitution ne peut intervenir qu'à titre d'*ultima ratio*, lorsque l'autorité de surveillance peut présumer que le de cuius aurait également révoqué l'exécuteur testamentaire s'il avait été encore vivant. Seule une faute ou une négligence grave de la part de l'exécuteur testamentaire peut justifier sa destitution par l'autorité de surveillance¹²⁰. Un simple désaccord

¹¹³ TF 5P. 209/2003 du 9 septembre 2003, consid. 6.

¹¹⁴ Par exemple le motif de nullité de la clause testamentaire relative à l'institution d'un exécuteur testamentaire. ATF 132 III 305, JT 2006 I 269.

¹¹⁵ ATF 48 II 308, JT 1923 I 290 ; STEINAUER (n. 5), N 1185c p. 555.

¹¹⁶ TF 5P. 209/2003 du 9 septembre 2003, consid. 6 ; ATF 90 II 376, JT 1965 I 336 ; ATF 48 II 308, JT 1923 I 290.

¹¹⁷ LOB (n. 33), p. 108.

¹¹⁸ LOB (n. 33), p. 110.

¹¹⁹ ATF 90 II 376, JT 1965 I 336 ; ATF 66 II 148, JT 1941 I 10 ; Cour de Justice de Genève, SJ 2001 I 519.

¹²⁰ BSK-KARRER, Art. 518 CC N 104.

avec les héritiers n'est pas une cause suffisante¹²¹. En cas de destitution, l'autorité ne pourra pas désigner un autre exécuteur testamentaire, puisque seul le de cujus a le pouvoir de le faire¹²². Si le de cujus a désigné expressément un exécuteur testamentaire de substitution, celui-ci pourra entrer en fonction dans le cas où le premier exécuteur testamentaire se révèle incapable de remplir les tâches qui sont exigées de lui. A défaut, la succession sera en principe administrée par les héritiers eux-mêmes.

54. L'autorité de surveillance conserve ses prérogatives même lorsque l'exécuteur testamentaire est soumis à des règles professionnelles contrôlées par une autorité de surveillance spécifique, comme c'est par exemple le cas lorsqu'un avocat, une banque ou une fiduciaire assume cette fonction¹²³. Dans ce cas, les deux types de surveillance coexistent.

C. La qualité pour saisir l'autorité de surveillance

55. Une plainte peut être déposée auprès de l'autorité de surveillance contre les mesures prises ou envisagées par l'exécuteur testamentaire, ainsi qu'en cas d'inaction de la part de ce dernier. La qualité pour déposer plainte appartient principalement aux héritiers (légaux ou institués). Ce droit leur permet de contrebalancer le fait qu'un tiers gère la succession à leur place¹²⁴. Les autres personnes participant matériellement à la succession, à savoir les légataires et les créanciers successoraux, ont aussi qualité pour agir¹²⁵. Les légataires peuvent ainsi

¹²¹ TF 5P.341/2000 du 6 octobre 2000 ; Cour de Justice de Genève, SJ 2001 I 519.

¹²² En l'état de la loi, ni l'exécuteur testamentaire, ni l'autorité de surveillance ne peuvent désigner un exécuteur testamentaire de substitution. Plusieurs auteurs seraient favorables à une modification de la loi pour introduire une telle possibilité. Voir ABRECHT (n. 9), p. 183 s., et références citées.

¹²³ Voir TF 2P.139/2001 du 3 septembre 2001, pour la surveillance disciplinaire des avocats ; GENNA (n. 38), N 26-32, s'agissant de la surveillance effectuée par la Commission fédérale des banques ; TREX/ L'expert fiduciaire 2008 p. 46-49, pour une décision de la Commission de déontologie de l'Union suisse des fiduciaires.

¹²⁴ SCHULER-BUCHE (n. 33), p. 121 s.

¹²⁵ ATF 47 III 10, JT 1921 II 37. BSK-KARRER, Art. 518 CC N 99 ; STEINAUER (n. 5), N 1185b p. 555 ; BRÜCKNER/WEIBEL (n. 108), N 314 p. 132 ; BREITSCHMID PETER, Behördliche Aufsicht über den Willensvollstrecker, in :

déposer plainte lorsqu'ils estiment que les mesures prises par l'exécuteur testamentaire portent – ou peuvent porter – atteinte à leur legs¹²⁶. Chacune des personnes légitimées à agir peut déposer plainte individuellement.

56. L'exécuteur testamentaire peut aussi s'adresser directement à l'autorité de surveillance pour lui demander des conseils, des instructions ou l'approbation des mesures qu'il envisage. Il pourra de cette manière limiter sa responsabilité¹²⁷. Cette démarche sera utile notamment en cas de conflit avec les héritiers ou en cas de conflit entre plusieurs exécuteurs testamentaires. Toutefois, l'autorité de surveillance ne peut pas être saisie par l'exécuteur testamentaire s'il ne parvient pas à trouver un accord entre les héritiers concernant le projet de partage. Seul le juge ordinaire a la compétence de définir les modalités du partage dans le cadre d'une action en partage introduite par l'un des héritiers (art. 604 al. 1 CC)¹²⁸.
57. L'autorité de surveillance peut exceptionnellement agir d'office, par exemple en cas de risque imminent ou d'absence des héritiers¹²⁹. Elle agira en principe sur dénonciation d'un tiers, car elle n'est pas informée des activités de l'exécuteur testamentaire.

D. Les compétences à raison du lieu et de la matière et le délai pour agir

58. L'autorité de surveillance du dernier domicile du de cujus est compétente pour surveiller l'activité de l'exécuteur testamentaire (art. 18 al. 2 LFors).
59. La désignation de l'autorité de surveillance compétente est laissée à la libre disposition des cantons (art. 54 al. 2 Titre final du CC)¹³⁰. Ces derniers déterminent la procédure applicable.

Druey/Breitschmid (éd.), Willensvollstreckung, Berne/Stuttgart/Vienne 2001, p. 149-183, p. 156 s.

¹²⁶ ATF 90 II 376, JT 1965 I 336.

¹²⁷ ATF 101 II 47.

¹²⁸ Voir supra n. 55.

¹²⁹ ATF 90 II 376, JT 1965 I 336. STEINAUER (n. 5), N 1185b p. 555.

¹³⁰ Par ex. : Berne : Préfet (art. 7 LICC/BE) ; Fribourg : Président du Tribunal d'arrondissement (art. 193 LACC/FR) ; Genève : Juge de Paix (art. 1 lit. h

60. Comme le droit fédéral ne prescrit pas de délai spécifique pour saisir l'autorité de surveillance, il convient de se référer aux règles de procédure fixées par le droit cantonal.

VI. La responsabilité pénale et fiscale de l'exécuteur testamentaire

61. Dans le cadre de l'exercice de sa fonction, l'exécuteur testamentaire doit veiller au respect des normes de droit pénal et de droit fiscal. L'examen exhaustif de ces règles dépasserait le cadre de la présente contribution. Nous nous limiterons à mentionner ici, pour mémoire, quelques éléments dans ces deux domaines dont le non-respect peut engager la responsabilité de l'exécuteur testamentaire.
62. Le Code pénal ne contient pas de disposition spécifique traitant de la responsabilité pénale de l'exécuteur testamentaire dans le cadre de l'exercice de sa fonction. Il convient donc de se référer aux normes pénales ordinaires, et notamment celles réprimant les infractions contre le patrimoine (art. 137 ss CP). On citera à cet égard à titre d'exemple les infractions d'appropriation illégitime (art. 137 CP)¹³¹, d'abus de confiance (art. 138 CP)¹³², de gestion déloyale (art. 158 CP), de faux dans les titres (art. 251 CP) et de blanchiment d'argent (art. 305^{ter} CP). Concernant cette dernière infraction, il est intéressant de relever que l'exécuteur testamentaire n'est pas en tant que tel un intermédiaire financier assujetti à la LBA¹³³.
63. En droit fiscal, l'exécuteur testamentaire doit veiller au respect des règles instituant des obligations de procédure. On mentionnera par exemple l'obligation de déposer la formule de déclaration de succession permettant de déterminer l'avoir successoral imposable. Ce

LACC/GE) ; Jura : Juge administratif (art. 10 LACC/JU) ; Neuchâtel : Président du Tribunal de district (art. 1 ch. 7 LICC/NE) ; Valais : Juge de district (art. 78 al. 1 ch. 12 LACC/VS) ; Vaud : Juge de Paix (art. 530 CPC/VD).

¹³¹ TF 6S.171/2003 du 10 septembre 2003.

¹³² Voir par ex. TF 6S. 398/ 2004 du 3 février 2005 ; TF 6S.287/2003 du 17 octobre 2003.

¹³³ Voir Compilation assujettissement AdC, document établi par l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent en date du 12 janvier 2005 (« *Le champ d'application personnel et territorial de la loi sur le blanchiment dans le secteur non bancaire* »), N 2.11.5 p. 33.

devoir s'impose à tout représentant des héritiers connu de l'administration fiscale, et en particulier l'exécuteur testamentaire¹³⁴, même en l'absence de disposition expresse dans la législation cantonale¹³⁵. L'exécuteur testamentaire a également l'obligation de renseigner l'autorité fiscale¹³⁶, et engage sa responsabilité pénale en cas de dissimulation ou de distraction de biens successoraux dans la procédure d'inventaire¹³⁷. La législation fiscale impose en outre à l'exécuteur testamentaire des obligations de fond. Par exemple, il doit veiller au paiement des impôts du défunt, et assume, pour certaines dettes fiscales de ce dernier, une responsabilité personnelle solidaire avec les héritiers¹³⁸. L'exécuteur testamentaire assume également, dans certains cas, une responsabilité personnelle solidaire avec les héritiers s'agissant des impôts de la succession. De tels impôts résultent d'actes d'administration de la succession, tels que par exemple la vente d'un immeuble du de cujus ou la liquidation d'une entreprise dans laquelle le de cujus avait une participation¹³⁹. Certaines législations fiscales cantonales prévoient en outre une obligation de l'exécuteur testamentaire de payer l'impôt sur les successions et les donations sous peine d'encourir une responsabilité personnelle¹⁴⁰, alors que d'autres ne prévoient une responsabilité solidaire qu'entre les bénéficiaires de

¹³⁴ TF 2A.420/2004 du 17 septembre 2004.

¹³⁵ Par exemple, la législation genevoise prévoit cette obligation (art. 31 de la Loi sur les droits de succession), alors que la législation zurichoise ne la prévoit pas.

¹³⁶ Voir par ex. l'art. 174 LIFD. TF 2P.23/2007 du 27 novembre 2007.

¹³⁷ Art. 178 LIFD ; art. 56 al. 4 LHID ; à Genève : art. 72 Loi de procédure fiscale ; à Zurich : art. 238 Steuergesetz.

¹³⁸ Voir par ex. l'art. 12 al. 1 LIFD ; il peut toutefois se libérer de cette responsabilité en prouvant qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances (art. 13 al. 4 LIFD) ; le degré de diligence requis est comparé à celui exigé d'un employeur s'agissant de sa responsabilité pour les actes de ses employés (art. 55 CO). Voir KARRER MARTIN, *Steuerrechtliche Pflichten und Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers*, in : Druey/Breitschmid (éd.), *Willensvollstreckung*, Berne/Stuttgart/Vienne 2001, p. 135-147, p. 137 ; ZWEIFEL MARTIN, *Die steuerrechtliche Stellung des Willensvollstreckers*, in : Hans Rainer Künzle (éd.), *Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2)*, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 177-199, p. 183.

¹³⁹ ZWEIFEL (n. 138), p. 195 s. Voir par ex. l'art. 13 al. 3 lit. d LIFD et l'art. 32 al. 1 lit. c LTVA.

¹⁴⁰ Par ex. : Genève (art. 53, 54 et 64 al. 3 Loi sur les droits de succession).

la succession (héritiers et légataires)¹⁴¹. Lorsque l'exécuteur testamentaire assume, en vertu du droit cantonal, une responsabilité personnelle pour le paiement de l'impôt sur les successions et les donations, il a le droit de recourir contre la taxation¹⁴².

VII. Conclusion

64. La fonction d'exécuteur testamentaire n'est certainement pas de tout repos ! Cette personne en laquelle le de cujus a placé toute sa confiance pour liquider sa succession conformément à ses souhaits est sans cesse tiraillée par les différents protagonistes de la succession. Les successeurs du de cujus, que ce soient les héritiers ou les légataires, n'auront de cesse de le solliciter en leur faveur. Les divers créanciers feront aussi pression de leur côté pour obtenir leur part de la succession. L'exécuteur testamentaire devra diriger le navire successoral à travers les intérêts divergents de toutes ces personnes, tout en respectant les règles qui lui sont imposées aussi bien par le de cujus que par la loi.
65. Comme tout capitaine, l'exécuteur testamentaire est le seul maître à bord. Il se soumettra uniquement à la volonté du de cujus, laquelle s'imposera continuellement à lui et le guidera tout au long de sa route. Mais il sera perturbé à tout moment par les successeurs du de cujus qui lui rappelleront qu'il doit aussi tenir compte de leurs intérêts. Ils pourront faire intervenir l'autorité de surveillance pour l'immobiliser lorsqu'il outrepassera ses pouvoirs ou le contraindre à avancer en cas d'inertie.
66. Tout au long du voyage, l'exécuteur testamentaire devra veiller à exercer sa mission avec diligence et fidélité. Il n'a pas uniquement un devoir moral à l'égard du de cujus. Tout manquement entraînera sa responsabilité, avec des conséquences possibles aussi bien sur le plan financier que pénal. Il devra garder à l'esprit en tout temps qu'il ne

¹⁴¹ Par ex. : Zurich (art. 57 Gesetz über die Erbschafts- und Schenkungssteuer). Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question d'une éventuelle obligation de l'exécuteur testamentaire de payer aussi l'impôt sur les successions et les donations : ATF 101 II 47.

¹⁴² TF 2P.276/2003 du 19 juillet 2004.

court pas seulement le risque de devoir renoncer à tout ou partie de ses honoraires, mais également de devoir payer des dommages-intérêts, voire des amendes. Lorsqu'il a des qualifications professionnelles particulières, il ne pourra pas se reposer sur le fait que les successeurs du de cujus ont approuvé ses actes : leur approbation ne le déchargera de sa responsabilité que s'ils sont aussi qualifiés en la matière. Seule la consultation de l'autorité de surveillance lui permettra de limiter sa responsabilité à l'égard des successeurs du de cujus. En suivant ses oracles, l'exécuteur testamentaire s'assurera d'un voyage conforme à la volonté du de cujus.