



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG  
UNIVERSITÄT FREIBURG

# Journée de droit successoral 2018

Paul-Henri Steinauer  
Michel Mooser  
Antoine Eigenmann  
(éd.)



Stämpfli Editions

Cet ouvrage rassemble les contributions présentées lors de la journée de droit successoral du 18 janvier 2018. Dans l'esprit d'une formation continue de caractère général en droit successoral, cette journée s'adressait à l'ensemble des juristes intéressés par le droit des successions. Elle s'inscrivait dans le cadre de la formation continue des avocats spécialistes FSA en droit des successions, organisée par les Facultés de droit de Lausanne, Fribourg et Neuchâtel.

Ont contribué au présent volume :

Denis Piotet, Michel Mooser, Christoph Döbereiner, Yves Noël,  
Jean-Luc Tschumy et Paul-Henri Steinauer

---

Paul-Henri Steinauer  
Michel Mooser  
Antoine Eigenmann  
(Editeurs)

# **Journée de droit successoral 2018**

## **Contributions de**

Denis Piotet  
Michel Mooser  
Christoph Döbereiner  
Yves Noël  
Jean-Luc Tschumy  
Paul-Henri Steinauer



Stämpfli Editions

---

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek  
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2018  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

E-Book ISBN 978-3-7272-3247-3

Dans notre librairie en ligne [www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com),  
les versions suivantes sont également disponibles :

Print ISBN 978-3-7272-3246-6  
Judocu ISBN 978-3-0354-1507-0

printed in  
switzerland



## Avant-propos

Cet ouvrage rassemble les contributions présentées lors de la Journée de droit successoral du 18 janvier 2018. Dans l'esprit d'une formation continue de caractère général en droit successoral, cette journée s'adressait à l'ensemble des juristes intéressés par le droit des successions. Elle s'inscrivait dans le cadre de la formation continue des avocats spécialistes FSA en droit des successions, organisée par les Facultés de droit de Lausanne, Fribourg et Neuchâtel.

Nous tenons à exprimer notre très vive reconnaissance à toutes celles et tous ceux qui ont contribué au succès de cette journée, en particulier:

- aux conférenciers;
- à Mme Sophia Bondallaz, assistante à la Faculté de droit de Fribourg, M. Hugo Porchet, assistant à cette même Faculté, et Mme Myriam Sottas, secrétaire, qui ont assuré la mise en page du présent ouvrage;
- à Mme Isabelle Clerc, responsable de la publication pour les Editions Stämpfli;
- à Mme AnnetteENZ et au Service de la formation continue de l'Université de Fribourg, qui ont organisé la journée elle-même.

Paul-Henri Steinauer  
Michel Mooser  
Antoine Eigenmann



# Sommaire

Avant-propos .....	5
Liste des abréviations .....	9
 <b>Denis Piotet</b> , <i>professeur à l'Université de Lausanne</i>	
Le droit de disposition et d'administration du grevé dans la substitution fidéicommissaire.....	13
 <b>Michel Mooser</b> , <i>notaire, professeur titulaire à l'Université de Fribourg</i>	
La substitution légale et la substitution vulgaire.....	43
 <b>Christoph Döbereiner</b> , <i>docteur en droit, notaire à Munich</i>	
Introduction au droit successoral allemand .....	79
 <b>Yves Noël</b> , <i>avocat, professeur à l'Université de Lausanne</i>	
Droit fiscal successoral intercantonal .....	133
 <b>Jean-Luc Tschumy</b> , <i>docteur en droit, avocat spécialiste en droit des successions, à Lausanne</i>	
L'action révocatoire et les actions des créanciers successoraux.....	145
 <b>Paul-Henri Steinauer</b> , <i>professeur à l'Université de Fribourg</i>	
Le montant des rapports et des réunions.....	189



## Liste des abréviations

Abs.	<i>Absatz</i> (= al.)
ABGB	<i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i>
AG	<i>Aktiengesellschaft</i>
al.	alinéa(s)
ALR	<i>Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten</i>
art.	article
Art.	<i>Artikel</i> (= art.)
ATF	<i>Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse</i>
BeurkG	<i>Beurkundungsgesetz</i>
BISchK	<i>Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs</i>
BSK	<i>Basler Kommentar</i> (Commentaire bâlois)
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BK	<i>Berner Kommentar</i> (Commentaire bernois)
BNotO	<i>Bundesnotarordnung</i>
c./cons.	considérant(s)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
cf.	<i>confer</i>
CGB	<i>Civilgesetzbuch</i>
ch.	chiffre(s)
CHK	<i>Handkommentar zum Schweizer Privatrecht</i>
CO	LF du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Code des obligations) (RS 220)
CommFam	Commentaire du droit de la famille
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
cpr	comparer
CR	Commentaire romand
CS	Commentaire Stämpfli
Cst.	Constitution fédérale, du 18 avril 1999
DNotZ	<i>Deutsche Notar-Zeitschrift</i>
EB	<i>Ergänzungsband</i>
éd.	édition/éditeurs(s)
EGBGB	<i>Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche</i>
et al.	<i>et alii</i>
etc.	<i>et caetera</i>

EuErbVO	<i>Erbrechtsverordnung</i>
ex.	exemple
FamFG	<i>Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit</i>
FF	<i>Feuille fédérale</i>
FJS	Fiche juridique suisse
Fr	Francs
GBO	<i>Grundbuchordnung</i>
GbR	<i>Gesellschaft bürgerlichen Rechts</i>
GmbH	<i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i>
HeimG	<i>Heimgesetz</i>
HöfeO	<i>Höfeordnung</i>
ICONE	Institut de consultation notariale
i. f.	<i>in fine</i>
Intro.	Introduction
InsO	<i>Insolvenzordnung</i>
JdT	<i>Journal des Tribunaux</i>
KG	<i>Kommanditgesellschaft</i>
Kuko	<i>Kurzkommentar</i>
LDIP	LF du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LF	Loi fédérale
LFus	LF du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion; RS 221.301)
LHID	Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, du 14 décembre 1990 (RS 642.14)
LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, du 14 décembre 1990 (RS 642.11)
lit./litt.	lettre(s)
LMSD	Loi vaudoise du 27 février 1963 concernant le droit de mutation sur les transferts immobiliers et l'impôt sur les successions et les donations (RS/VD 648.11)
LNo/VD	Loi vaudoise sur le notariat du 29 juin 2004 (RS/VD 178.11)
LP	LF du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)

LPart	LF du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (RS 211.231)
LPartG	<i>Lebenspartnerschaftsgesetz</i>
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
N	numéro(s) marginal(aux)
n°	numéro
n./nn.	note(s), numéro(s)
nbp	note de bas de page
OFK	<i>Orell Füssli Kommentar</i>
OHG	<i>Offene Handelsgesellschaft</i>
OR	<i>Obligationenrecht</i>
p./pp.	page(s)
PJA	<i>Pratique juridique actuelle</i>
PraxK	<i>Praxiskommentar</i> (Commentaire pratique)
pt.	point
RDS	<i>Revue de droit suisse</i>
réf.	référence(s)
RDA	République démocratique allemande
RJB/RSJB	<i>Revue de la Société des juristes bernois</i>
RLNo/VD	Règlement d'application de la loi du 29 juin 2004 sur le notariat, du 16 décembre 2004 (RS/VD 178.11.1)
RNRF	<i>Revue suisse du notariat et du registre foncier</i>
RO	<i>Recueil officiel du droit fédéral</i>
RS	<i>Recueil systématique du droit fédéral</i>
RSJ	<i>Revue suisse de jurisprudence</i>
RSJB	<i>Revue de la Société des juristes bernois</i>
SchKG	<i>Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (=LP)</i>
SchlT	<i>Schlusstitel</i> (= Tit. fin.)
SJ	<i>La Semaine judiciaire</i>
ss	et suivant(e)s
sv.	et suivant(e)
T.	tome
TF	Tribunal fédéral
Tit. fin.	Titre final du Code civil suisse
Übest	<i>Übergangsbestimmung(en)</i>
UG	<i>Unternehmersgesellschaft</i>

vol.	volume
Vorb./Vorbem.	<i>Vorbemerkungen</i>
ZGB	<i>Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (= CC) (RS 210)</i>
ZK	<i>Zürcher Kommentar (Commentaire zurichois)</i>
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i>
ZVG	<i>Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung</i>

# Le droit de disposition et d'administration du grevé dans la substitution fidéicommissaire

Denis Piotet

*Professeur à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration  
publique de l'Université de Lausanne*

<b>I. Principes et bases légales</b>	<b>14</b>
1. «L'obligation de restituer la succession à un tiers» prévue à l'art. 488 al. 1 CC	14
2. L'acquisition de l'héritier appelé	18
3. La créance en restitution de l'héritier appelé	20
4. Le patrimoine séparé et la subrogation patrimoniale	21
<b>II. La nature des droits de l'appelé avant l'ouverture de la substitution</b>	<b>23</b>
1. Les conceptions fondamentales	23
2. Réfutation de la théorie du droit réel expectatif de l'appelé	26
a. <i>Contrariété avec le texte légal</i>	26
b. <i>L'historique du texte</i>	27
c. <i>La violation du numerus clausus</i>	28
d. <i>L'impossibilité de la figure juridique</i>	30
e. <i>L'interprétation téléologique et systématique</i>	31
f. <i>L'application erronée de l'art. 152 al. 3 CO</i>	32
g. <i>Restriction au droit de disposer et spécialité des droits réels</i>	33
h. <i>Conclusion théorique</i>	35
3. La jurisprudence	35
<b>III. Conclusion sur l'administration et le droit de disposition du grevé</b>	<b>37</b>
<b>Bibliographie</b>	<b>39</b>

- 1 Réglé très sommairement dans le texte légal, le régime juridique des biens substitués entre l'ouverture de la succession et celle de la substitution pose notoirement des questions très controversées, directement en corrélation avec les institutions fondamentales de notre droit privé suisse. Cette contribution tente de faire le point sur la jurisprudence et la doctrine en se fondant sur la situation juridique la plus fréquente et la plus controversée: la substitution fidéicommissaire d'héritiers. Nous n'envisagerons pas la substitution fidéicommissaire de légataires, si ce n'est à titre de comparaison: la titularité des biens substitués n'est pas acquise légalement par le légataire substitué, ce qui évite des difficultés propres au hiatus entre «können» et «dürfen», soit entre droits absolus et obligations personnelles, et l'acquisition s'opérant à titre particulier, soit en écartant le système de la subrogation patrimoniale due à la présence d'un patrimoine spécial, les questions difficiles y sont beaucoup plus réduites.
- 2 Déterminer l'administration et le droit de disposition du grevé suppose que l'on rappelle préliminairement les bases de la substitution fidéicommissaire d'héritiers.

## I. Principes et bases légales

### 1. «L'obligation de restituer la succession à un tiers» prévue à l'art. 488 al. 1 CC

- 3 a) Comme on le sait, la caractéristique de la substitution fidéicommissaire d'héritiers est de permettre que des successeurs du même disposant soient dissociés dans le temps pour le même patrimoine, les premiers (les grevés) recueillant à l'ouverture de la succession du disposant, et les seconds (les appelés) recueillant à un terme ultérieur qualifié comme «ouverture de la substitution» à l'art. 489 CC, et présumé coïncider avec la mort du grevé. Tous sont des successeurs universels du même disposant à raison du patrimoine désigné, ce qui les distingue des successeurs à titre particulier que sont les légataires substitués.
- 4 La qualité de successeur universel de l'appelé s'acquiert de plein droit à l'ouverture de la substitution, pour le patrimoine substitué, au même titre qu'un héritier ordinaire au jour du décès (art. 537 al. 1 CC): la jouissance des droits civils de l'appelé, comme sa capacité à recueillir en général, sont ainsi appréciées à cette date (art. 492 al. 1, 545 al. 1 CC). Si ces conditions sont

remplies, le grevé ou ses héritiers ont «l'obligation de restituer la succession» à l'appelé, selon le texte légal de l'art. 488 al. 1 CC, repris à l'art. 491 al. 2 CC («Pflicht zur Auslieferung», «obbligo alla trasmissione»), obligation qui naît au jour de l'ouverture de la substitution et qui, pour se lier avec le principe de l'art. 560 al. 1 CC, également applicable dès ce jour pour l'appelé, porte spécifiquement sur les biens substitués qui ne sont plus présents ou remplacés dans le patrimoine spécial laissé par le grevé.

Cette obligation de restitution est de droit dispositif, le *de cuius* 5 pouvant la supprimer en tout ou partie pour constituer une substitution fidéicommissaire pour le surplus (*de residuo*), dont l'art. 492a CC offre une illustration particulière<sup>1</sup>. Ce qui constitue la caractéristique définissant la substitution fidéicommissaire est bien la pluralité de successeurs universels dissociés dans le temps pour le même patrimoine, et l'obligation de restitution à l'appelé n'est que sa caractéristique légale présumée en présence d'une dissociation des successeurs dans le temps pour le même patrimoine. S'il reste des valeurs substituées au décès du grevé, ce dernier n'a pu valablement en disposer à cause de mort aux dépens de l'appelé (c'est-à-dire au-delà d'une disposition à cause de mort en réglant la dévolution jusqu'à l'ouverture de la substitution qui ne correspondrait pas à la date du décès antérieur du grevé); car si le *de cuius* le permettait, ce serait exclure le principe de la substitution fidéicommissaire pour ces valeurs résiduelles: soit il y a substitution, et le grevé ne peut disposer des valeurs résiduelles à son décès correspondant à l'ouverture de la substitution, soit il n'y en a pas, même résiduelle, et le grevé peut alors disposer à cause de mort en principe librement du patrimoine spécial résiduel. La question de la capacité de disposer à cause de mort du grevé pour les biens substitués n'a ainsi rien de commun avec la question de la donation entre vifs des valeurs substituées pour le surplus<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cf. déjà ATF 100 II 92 = JdT 1975 I 558; TF, 5A\_713/2011 et les références; ATF 133 III 309 = JdT 2007 I 634; FF 2006, p. 6736.

<sup>2</sup> Malgré un traitement parfois commun de ces deux questions dans la doctrine; cf. notamment WOLF/GENNA, p. 309; BSK-BESSENICH, Art. 491 N 9 i.f.; STEINAUER, N 568.

6 b) L'obligation de restituer à l'appelé le patrimoine substitué a pour corollaire un devoir de bonne administration des valeurs composant le patrimoine spécial. Beaucoup d'auteurs déduisent cette obligation, face à un silence du texte légal sur ce point, que par analogie avec le droit de l'usufruit, dans la mesure où l'usufruitier doit maintenir en bon état l'objet de son usufruit, sa faute étant à cet égard présumée selon l'art. 752 CC<sup>3</sup>. Cette solution, appuyée par quelques régimes proches en droit comparé<sup>4</sup> et une minorité des anciennes législations cantonales<sup>5</sup>, repose sur l'idée que, tout comme l'usufruitier, le grevé doit conserver la substance des valeurs substituées qu'il pourrait être amené à restituer: elle est certainement plus juste quant à son résultat que l'idée d'un recours aux principes de la gestion d'affaires<sup>6</sup>, le grevé étant propriétaire des valeurs contrairement au gérant à l'art. 420 CO, l'exemple du renvoi de l'art. 485 al. 2 CC ne devant pas ici être suivi pour le surplus.

7 Si l'obligation de restitution des valeurs en nature implique comme dans l'usufruit un devoir de bonne administration, l'analogie n'est possible que dans la mesure où les situations sont comparables. Certains auteurs admettent ainsi une application analogique de l'art. 766 CC au grevé<sup>7</sup>, soit que l'usufruitier puisse être dispensé du paiement des intérêts passifs du patrimoine spécial par le juge, moyennant acquittement des dettes du patrimoine spécial par les actifs de ce patrimoine. Cette application analogique ne permet toutefois pas au grevé de saisir le juge comme ce dernier peut l'être par l'usufruitier pour se libérer d'intérêts passifs non couverts par la jouissance et les fruits: il ne s'agit que d'une ligne de partage des valeurs et des récompenses réciproques entre les deux patrimoines (substitué et propre) du grevé qui sera révélée à l'ouverture de la substitution.

<sup>3</sup> BK-TUOR, Art. 491 N 11; EITEL, p. 176 ss; STEINAUER, N 563; CS-COTTI, Art. 491 N 22; CR CC II-BADDELEY, Art. 491 N 44 sv.; PraxK-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, Art. 491 N 4; BSK-BESSENICH, Art. 491 N 5.

<sup>4</sup> § 613 ABGB; ALR prussien, I 2.2/466.

<sup>5</sup> Notamment Bâle-Ville (HUBER, p. 256 sv.).

<sup>6</sup> ZK-ESCHER, Art. 491 N 6; BOHNY, p. 353; HAUSER, p. 51; SUTER, p. 103 ss.

<sup>7</sup> SALATHÉ, p. 56 sv. et les références.

De même, la charge de gros travaux de réfection ou de réparation qui ne sont en principe pas à la charge de l'usufruitier (art. 764, al. 2 et 3, et 765 al. 3 CC) ne signifie naturellement pas qu'ils sont, avant l'ouverture de la substitution déjà, à charge de l'appelé, mais que leur financement peut être assuré par les actifs du patrimoine spécial avant l'ouverture de la substitution. De même encore, une administration conjointe des droits soumis à usufruit (au sens de l'art. 773 CC) est exclue avant l'ouverture de la substitution. 8

En fin de compte, l'analogie raisonnable avec les règles de l'usufruit peut se justifier dans la seule mesure où la restitution en nature des valeurs substituées le justifie, et non au-delà. L'obligation de restitution a, en d'autres termes, directement pour conséquence des règles de comportement à charge du grevé, indépendamment du droit de l'usufruit<sup>8</sup>. 9

- c) Le règlement du régime de la substitution fidéicommissaire d'héritiers se caractérise enfin par des sûretés du droit éventuel de l'appelé (art. 490 CC), disposition qui exclut ici directement une analogie avec les art. 760 ss CC. 10

Les sûretés de l'art. 490 CC garantissent les droits de l'appelé, au cas où il succéderait au disposant à l'ouverture de la substitution. Si l'appelé ne peut recueillir, les sûretés n'ont pas eu d'objet et, faute de patrimoine spécial à l'ouverture de la substitution, elles sont recueillies par le grevé ou par ses héritiers. L'existence d'une mesure de sûreté n'est pas en soi au demeurant la démonstration de l'existence d'un droit privé subjectif à la sûreté avant l'ouverture de la substitution: d'ailleurs, l'appelé peut ne pas encore exister, et l'on ne voit pas comment un droit subjectif à la sûreté existerait sans titulaire. 11

Que les sûretés de l'art. 490 CC ne témoignent pas d'un droit privé subjectif substantiel de l'appelé avant l'ouverture de la substitution est renforcé par l'idée qu'une poursuite en réalisation des sûretés selon l'art. 38 LP est en principe écartée par le 12

<sup>8</sup> P. PIOTET, p. 104.

régime de cette disposition spéciale<sup>9</sup>. D'autre part, une annotation au registre foncier sur l'immeuble substitué peut parfaitement renforcer un droit personnel pour le cas où il existera plus tard (réserve de rang), comme c'est le cas par exemple d'un bail ne devant entrer en vigueur qu'à un terme ultérieur, mais annoté aujourd'hui: comme pour la réalisation forcée des sûretés, là aussi, l'appelé n'a pas de droit privé subjectif à l'annotation<sup>10</sup>: il n'y a qu'une incombance de sûretés pour la délivrance des biens substitués au grevé.

- 13 Dans la procédure gracieuse de constitution des sûretés de l'art. 490 CC, l'appelé, s'il existe, intervient au titre de personne ayant un intérêt factuel digne de protection, modalité qui correspond à celle le légitimant à recourir jusqu'au Tribunal fédéral (art. 76 al. 1 lit. b LTF) ou encore à procéder comme intervenant accessoire au sens de l'art. 74 CPC, ou encore enfin en constatation de droit au sens de l'art. 88 CPC en matière contentieuse. L'inexistence de l'appelé peut justifier, d'office si nécessaire, la désignation d'un curateur à même d'agir aujourd'hui pour le cas où il existera plus tard<sup>11</sup>. Même rattaché au droit de la protection de l'adulte (et non par analogie seulement), il s'agit bien ici du comblement d'une lacune de la loi, car l'appelé qui serait une personne morale non encore constituée au décès du disposant devrait à nos yeux bénéficier de la même mesure, alors même que le droit de la protection de l'adulte ne lui est en soi pas applicable.

## 2. L'acquisition de l'héritier appelé

- 14 Qu'il s'agisse de substitution fidéicommissaire ordinaire ou de substitution pour le surplus, les biens figurant dans le patrimoine du grevé ou de ses héritiers au jour de l'ouverture de la substitution sont acquis à titre universel à l'appelé selon l'art. 560 CC. Ces biens sont acquis du disposant lui-même, et non du grevé ou de ses héritiers; mais l'appelé reprend à

<sup>9</sup> P. PIOTET, p. 104; JATON, p. 21 ss; KRAUSKOPF, p. 172; BK-WEIMAR, Art. 490 N 20; EITEL, p. 204 sv.; *contra*: la doctrine ancienne, soit ZK-ESCHER, Art. 490 N 9; HAUSER, p. 44.

<sup>10</sup> ZK-ESCHER, Art. 490 N 8; SALATHÉ, p. 86; EITEL, p. 199; JATON, p. 32 sv.; BSK-BESSENICH, Art. 490 N 4; BK-TUOR, Art. 490 N 17; BK-WEIMAR, Art. 490 N 20.

<sup>11</sup> ATF 140 III 145 = JdT 2014 II 343.

titre universel le patrimoine successoral tel que modifié par l'héritier grevé, au même titre que l'héritier définitif le reprend de l'héritier provisoire.

Une première construction juridique de l'acquisition à titre universel de l'appelé tiendrait en l'idée que le patrimoine substitué doit revenir, au moins un instant théorique, dans la succession du disposant pour être ensuite acquis à titre universel. Cette résolution rétroactive du droit du grevé n'est cependant pas compatible avec notre système général du droit suisse. 15

L'acte juridique qui soumet à un terme ou à une condition résolutoire la propriété n'entraîne jamais, par l'avènement du terme ou de la condition, l'extinction *ipso iure* du droit de propriété préexistant. La survenance du terme ou de la condition n'oblige le titulaire du droit qu'à l'éteindre, moyennant une modalité de publicité légale (radiation au registre foncier, remise de la possession)<sup>12</sup>. Les rares cas où le Tribunal fédéral admet une condition résolutoire modalisant le droit réel lui-même concernent les servitudes, dans la seule mesure où l'avènement de la condition se vérifie facilement au registre foncier, cas qui constituent des exceptions à une prohibition de principe<sup>13</sup>. 16

Le système général parle ainsi à juste titre d'une «obligation» de restitution du grevé ou de ses héritiers (art. 488 al. 1, 491 al. 2 CC), et témoigne par là également du fait que, s'il y avait un droit conditionnel, la condition ne pourrait avoir d'effet réel. 17

Mais le mécanisme d'acquisition de l'appelé n'en est pas encore expliqué. Il faut le faire simplement par l'admission d'une succession à titre universel au jour de l'ouverture de la substitution, le régime de l'art. 560 CC étant applicable à l'appelé comme à n'importe quel héritier institué. Cette succession à titre universel, décalée chronologiquement par rapport au jour de l'ouverture de la succession du disposant, porte sur un patrimoine substitué qui peut avoir été substantiellement modifié par le grevé ou ses héritiers avant l'ouverture de la substitution: il n'en résulte pas pour autant que l'appelé succède à titre universel au grevé, mais simplement que la reprise universelle par l'appelé du patrimoine spécial avec les droits et obligations qui y a introduits le grevé lui parvient, par l'intermédiaire de ce dernier, directement du disposant. 18

<sup>12</sup> Cf. notamment ATF 133 III 641; TF, 5A\_740/2014 c. 3 = RNRF 2017, p. 279, c. 3; P. PIOTET, La réalisation, p. 368 ss et les références; ENGEL, p. 853 sv.; HOWALD, p. 86 ss, 126 sv.; BK-FRIEDRICH, Art. 7 N 84; FOËX, N 399 ss; BOVAY, p. 103.

<sup>13</sup> ATF 106 II 329, en lien avec ATF 87 I 311 = JdT 1962 I 237.

### 3. La créance en restitution de l'héritier appelé

- 19 L'obligation de restitution prévue par la loi à charge du grevé ou de ses héritiers (art. 488 al. 1, 491 al. 2 CC) n'existe pour l'appelé que pour les biens substitués qui ne se retrouvent pas dans la succession à titre universel intervenue au jour de l'ouverture de la substitution (*supra* N 3 ss et 14 ss).
- 20 Pour les uns, l'obligation de restitution est individualisée pour chaque valeur substituée manquante, soit constitue une obligation de restitution en nature; pour d'autres, suivant le modèle de l'ancien droit bernois, c'est au contraire la valeur des biens substitués qui est l'objet de la restitution seule<sup>14</sup>. L'acquisition à titre universel dont l'appelé peut être totalement ou partiellement frustré porte sur des biens individualisés dont l'ensemble forme une universalité de droit, spécialement le patrimoine spécial substitué: c'est aux composants de cette universalité qu'a droit l'appelé à l'ouverture de la substitution, et non (uniquement) à leur valeur vénale, même si un système de subrogation patrimoniale s'applique, comme nous le soulignerons encore, au patrimoine spécial. Ce mécanisme seul justifie qu'une valeur disparue ou diminuée puisse être remplacée dans le patrimoine subrogé par un bien nouveau, et que l'appelé acquiert à titre universel ce bien nouveau subrogé à l'ouverture de la substitution, alors que ce bien nouveau n'était pas substitué à l'ouverture de la succession du disposant.
- 21 En d'autres termes, l'idée de restitution de la valeur des biens substitués est assurée par l'application de la subrogation patrimoniale: l'appelé n'en a pas moins un droit à chaque valeur acquise à titre universel, et son droit est sanctionné par l'art. 598 CC, qui lui permet de récupérer, dans une action à caractère universel, chaque valeur individuellement: l'obligation de restitution du grevé et de ses héritiers n'en est que le complément obligationnel.
- 22 Ce caractère complémentaire peut faire hésiter sur le régime de la prescription de la créance obligeant à restitution le grevé et ses successeurs: on pourrait être tenté par une application analogique des délais de la pétition d'hérédité (art. 600 CC). Mais il nous paraît que le système général et

<sup>14</sup> En faveur de la première thèse, WOLF/GENNA, p. 302; EITEL, p. 179 sv.; CR CC II-BADDELEY, Art. 491 N 37; STEINAUER, N 566 sv.; BSK-BESSENICH, Art. 491 N 8; P. PIOTET, *Transferts*, N 207 ss, p. 161 sv.; de l'autre avis en revanche, BK-WEIMAR, Art. 491 N 12.

subsidaire de l'art. 127 CO est pleinement satisfaisant, le point de départ de la prescription supposant l'exigibilité de la créance par une mise en demeure du grevé ou de ses successeurs (art. 131 CO).

La créance en restitution de l'immeuble substitué peut avoir été annotée au registre foncier (art. 960 al. 1 ch. 3 et 490 al. 2 CC). Cette écriture emporte alors rattachement *propter rem* de la qualité de débiteur à l'immeuble par cette écriture constitutive, au même titre que pour l'art. 960 al. 1 ch. 1 CC<sup>15</sup>, mécanisme spécial qui déroge au principe général de la subrogation patrimoniale<sup>16</sup>. 23

#### 4. Le patrimoine séparé et la subrogation patrimoniale

L'existence d'un patrimoine séparé est unanimement acquise dans le régime de la substitution fidéicommissaire<sup>17</sup>. Comme nous l'avons relevé, la théorie générale des patrimoines séparés doit amener à distinguer ceux qui sont opposables aux tiers, notamment aux créanciers, et ceux qui ne le sont pas, même si la loi organise pour eux un système de représentation spécifique par rapport aux biens qui y sont inclus (par exemple, l'exécution testamentaire)<sup>18</sup>. 24

Il n'est pas contesté que la présence d'un patrimoine séparé est révélée (soit opposable) aux tiers à l'ouverture de la substitution. Les créanciers du grevé ne peuvent, dès l'ouverture de la substitution, s'en prendre aux valeurs substituées qui sont passées à l'appelé. 25

Mais la subrogation patrimoniale a aussi pour effet d'obliger l'appelé à répondre, à raison du patrimoine substitué, des passifs qui lui sont attribués, même s'il est le successeur du disposant et non du grevé. Ainsi, si un véhicule substitué est vendu par le grevé pour permettre l'acquisition d'un véhicule neuf, le paiement du prix faisant la différence est une dette du patrimoine substitué, autorisant le vendeur à s'en prendre à l'appelé. De même, les dettes non réglées au décès du grevé de l'entretien de 26

<sup>15</sup> Cf. par exemple, ATF 120 Ia 240.

<sup>16</sup> P. PIOTET, *Transferts*, N 760 ss, p. 170 sv.

<sup>17</sup> ZK-ESCHER, Art. 492 N 11; BK-TUOR, Art. 491 N 27; BK-WEIMAR, Vorbem. Art. 488 ss N 10 et Art. 492 N 9 ss; CR CC II-BADDELEY, Art. 491 N 16 ss; P. PIOTET, p. 97 ss; WOLF/GENNA, p. 302; CS-COTTI, Art. 491 N 8 sv.; BSK-BESSENICH, Art. 491 N 8; SALATHÉ, p. 63 ss; HAUSER, p. 86 ss; EITEL, p. 155 ss avec encore d'autres références.

<sup>18</sup> Cf. sur l'ensemble, PIOTET, N 3 ss et les références.

l'immeuble substitué sont acquises à titre universel comme passifs par l'appelé, et ne sont pas à charge des héritiers du grevé.

- 27 Le mécanisme de la subrogation patrimoniale est dicté directement par la séparation des patrimoines et découle de l'idée du maintien de leur valeur<sup>19</sup>. Ce n'est que si la subrogation patrimoniale n'intervient pas que l'acquisition de valeurs infondée entre les patrimoines donne naissance à des créances en récompense<sup>20</sup>. Pourtant, ce système général n'est pas reçu par tous les auteurs, certaines idées s'en écartant par rapport au système. Certains auteurs n'admettent que des récompenses entre patrimoines à l'ouverture de la substitution, mais non l'intégration de nouveaux passifs à l'un des patrimoines par exemple<sup>21</sup>. La clé de rattachement entre le patrimoine spécial et le patrimoine général du grevé peut se fixer sur l'idée de jouissance nette, dérivant de l'obligation de restitution des valeurs substituées en nature à l'ouverture de la substitution. Sur ce point, une analogie, portant sur le rattachement aux patrimoines, peut se faire sur le régime de l'usufruit. Alors que jouissance, fruits et revenus des biens substitués sortent du patrimoine spécial<sup>22</sup>, les intérêts passifs et charges d'entretien ordinaire sortent aussi du patrimoine spécial, et chargent le patrimoine propre du grevé, dont ils constituent la contrepartie de la jouissance et des fruits. De ce point de vue, pour l'ensemble des biens substitués, la part passive qui dépasse la jouissance et les revenus des biens substitués peut entrer, par analogie seulement avec l'art. 766 CC<sup>23</sup>, dans le patrimoine spécial, au même titre que les grosses réparations et remplacements d'objets.
- 28 La théorie de la séparation des patrimoines donne cependant lieu à une controverse en matière de substitution fidéicommissaire. C'est celle de savoir si le patrimoine séparé est opposable aux tiers avant l'ouverture de la substitution, ou au contraire s'il ne porte que des effets relatifs entre grevé et appelé avant cette date. Cette controverse est liée à celle qui touche à la nature des droits de l'appelé avant l'ouverture de la substitution. Nous allons l'analyser dans les lignes qui suivent.

<sup>19</sup> PIOTET, N 23 ss et les références.

<sup>20</sup> PIOTET, N 32 sv.

<sup>21</sup> Ainsi, pour les dettes souscrites par le grevé, BK-TUOR, Art. 492 N 11; ZK-ESCHER, Art. 492 N 8; exacts en revanche, BK-WEIMAR, Art. 491 N 14 sv.; CC CR II-BADDELEY, Art. 491 N 21.

<sup>22</sup> En dérogation au système général vu la nature de la substitution fidéicommissaire, PIOTET, N 20.

<sup>23</sup> Cf. *supra* N 7.