

Code civil

Dernière modification : 30.09.2025

PDF créé le : 07.10.2026



COMMENTAIRE EN LIGNE
LE COMMENTAIRE JURIDIQUE
EN OPEN ACCESS

TABLE DES MATIÈRES

..... 5

..... 17

..... 25

..... 37

..... 51

..... 63

..... 69

..... 79

..... 91

Art. 85 et 86 CC 101

..... 119

Art. 86b CC..... 131

..... 139

..... 143

Art. 88 et 89 CC 159

..... 171

..... 179

..... 195

..... 215

..... 233

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 52 CC

Un commentaire de Lukas Brugger / Claude Humbel

PROPOSITION DE CITATION

Lukas Brugger/Claude Humbel, Commentaire de l'art. 52 CC, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (édit.), Commentaire en ligne du Code civil suisse

Citation abrégée: OK-Brugger/Humbel, art. 52 CC N. XXX.

Titre deuxième: Des personnes morales

Chapitre I: Dispositions générales

A. De la personnalité

Art. 52

¹ Les sociétés organisées corporativement, de même que les établissements ayant un but spécial et une existence propre, acquièrent la personnalité en se faisant inscrire au registre du commerce.

² Sont dispensés de cette formalité les corporations et les établissements de droit public ainsi que les associations qui n'ont pas un but économique.

³ Les sociétés et les établissements qui ont un but illicite ou contraire aux mœurs ne peuvent acquérir la personnalité.

TABLE DES MATIÈRES

I. Objet de la réglementation	7
II. Principes de création pour les personnes morales	7
A. Obligation de tenir un registre vs. liberté de création	7
B. Relation avec les autorisations officielles prévues par d'autres actes législatifs	8
III. Situation juridique avant la création juridiquement valable	8
IV. Personnes morales ayant un but illicite ou immoral.....	9
A. Non-acquisition de la capacité juridique.....	9
B. Confiscation du patrimoine.....	11
C. Possibilité d'un effet « curatif » de l'inscription	11
D. Délimitation : non-reconnaissance de la capacité juridique en raison d'un « passage »	12
Bibliographie.....	12

I. OBJET DE LA RÉGLEMENTATION

L'art. 52 CC règle le point final du processus de création des personnes morales, à savoir l'**acquisition de la personnalité juridique**. Contrairement à ce que la marginale (« personnalité ») laisse supposer, il ne s'agit que de l'acquisition de la personnalité juridique et non de son contenu et de son étendue, qui sont réglés à l'art. 53 CC (« capacité juridique »).

L'art. 52 CC ne règle en fait que l'*effet* de la **dernière étape du processus de création d'une personne morale** (c'est-à-dire, en règle générale, son inscription au registre du commerce). L'ORC règle en détail l'étape elle-même, tandis que les bases de celle-ci (statuts ou acte de fondation) sont régies, sur le plan matériel et formel (prise de décision, acte de fondation, autres conditions formelles éventuelles), par les dispositions légales respectives des différentes personnes morales.

II. PRINCIPES DE CRÉATION POUR LES PERSONNES MORALES

A. Obligation de tenir un registre vs. liberté de création

A l'art. 52 al. 1 CC, le droit suisse part du **principe de ce que l'on appelle l'obligation de tenir un registre** ou le système normatif. La création d'une personne morale dépend donc de l'inscription obligatoire et constitutive au registre du commerce, à laquelle on a droit si les conditions déterminées par la loi sont remplies. Le système normatif représente le contre-modèle du système de concession, qui exige un acte de souveraineté de la part d'une autorité - une autorisation ou une reconnaissance - comme condition de création.

Toutes les personnes morales qui ne sont pas concernées par l'exception de l'al. 2 sont soumises à l'obligation de s'enregistrer ou au **système normatif**. Il en résulte une obligation d'inscription pour les collectivités du CO ainsi que pour les fondations de droit privé.

Pour les personnes morales énumérées à l'**al. 2** s'applique, en miroir, le **principe de la liberté de constitution**, qui prévoit la libre formation des collectivités. Dans ce cas, l'inscription est aussi régulièrement possible - elle

peut être volontaire ou exigée par le législateur pour d'autres raisons, par exemple pour les associations non économiques qui exercent une activité en la forme commerciale, qui sont soumises à l'obligation de révision ou dont l'activité principale consiste à recueillir ou à répartir directement ou indirectement des valeurs patrimoniales à l'étranger (art. 61 al. 2 ch. 1, 2 et 3 CC) - mais elle a dans ce cas toujours un caractère purement déclaratif. Le champ d'application de l'al. 2 a été de plus en plus restreint au fil du temps - la dernière fois, l'obligation de tenir un registre a été étendue aux fondations ecclésiastiques et aux fondations de famille par la loi dite GAFI du 12 décembre 2014, avec effet au 1er janvier 2016. En droit privé fédéral, le champ d'application de l'al. 2 reste donc limité à l'association non économique au sens des art. 60 ss. CC. Celle-ci naît - nonobstant les éventuelles obligations d'inscription de l'art. 61 al. 2 CC, qui n'entraînent qu'une inscription déclarative - « dès que la volonté d'exister en tant que corporation ressort des statuts » (art. 60 al. 1 CC).

B. Relation avec les autorisations officielles prévues par d'autres actes législatifs

- 6 L'octroi par l'autorité d'une **autorisation d'exercer une activité soumise à autorisation** par la personne morale est distinct de l'acquisition de la personnalité juridique. Toutefois, le législateur lie en partie ces deux questions par l'exigence d'une inscription au registre du commerce.

III. SITUATION JURIDIQUE AVANT LA CRÉATION JURIDIQUEMENT VALABLE

- 7 Avant la constitution juridiquement valable des personnes morales, le droit de la **société simple** (art. 530 ss. CO) s'applique aux associations et autres collectivités (sous réserve de dispositions spéciales, cf. par exemple art. 645 CO) (art. 62 CC). Selon une opinion controversée, mais sans doute majoritaire, les fondations sont en revanche considérées comme *nasciturus* avant leur création juridiquement valable et ont donc la capacité juridique sous réserve d'une inscription ultérieure (art. 31 al. 2 CC par analogie).

IV. PERSONNES MORALES AYANT UN BUT ILLICITE OU IMMORAL

A. Non-acquisition de la capacité juridique

Selon l'art. 52 al. 3 CC, les associations de personnes et les établissements 8
poursuivant des buts illicites ou immoraux ne peuvent pas acquérir le droit de la personnalité. Cette disposition ne concerne que le caractère illicite ou immoral *initial* de la poursuite du but ; si un but n'est illicite qu'*ultérieurement*, la personne morale doit à juste titre être dissoute.

L'affectation d'une personne morale est **illicite** lorsqu'elle contrevient à des 9
normes contraignantes, écrites ou non, du droit privé ou public. En raison notamment de l'évolution des conceptions sociales, les contours de l'**immoralité** sont moins clairs ; une formule répandue la décrit comme « une atteinte aux sentiments de décence de tous ceux qui pensent de manière juste et équitable ». Tant le but décrit dans les statuts que le but effectivement poursuivi peuvent fonder l'illicéité ; selon la jurisprudence (en cas d'ampleur correspondante), même les moyens mis en œuvre. Selon la doctrine et, à notre avis, à juste titre, il convient de faire une distinction en ce qui concerne l'impact du comportement des organes sur la validité de la personne morale : Lorsqu'un but statutaire (licite) n'est concrétisé que par le but illicite effectivement poursuivi et que telle était également la volonté initiale, on est en présence d'une « simulation » (art. 18 al. 1 CO) ; dans cette constellation, la poursuite effective illicite du but se superpose au but statutaire en fait conforme à la loi et à la morale, raison pour laquelle il faut partir du principe qu'il y a eu illicéité initiale. En revanche, si la volonté initiale était orientée vers un but licite et que les organes d'action dépassent de leur propre chef ce but dûment conçu et inscrit dans les statuts, il faut y voir, à juste titre, une infraction des organes qui peut, le cas échéant, entraîner leur responsabilité (ou l'obligation, en vertu du droit de surveillance ou du droit judiciaire, d'adopter un comportement conforme aux statuts), mais qui ne remet pas en question la licéité de la personne morale.

La conséquence juridique d'une violation de ces limites est en général la 10
nullité. La doctrine soutient que la non-reconnaissance de la personnalité juridique n'est appropriée que pour une petite partie des cas visés par l'art. 52 al. 3 CC et qu'il **convient d'examiner**, en fonction du **but de protection de**

la norme violée, si la nullité traditionnelle est la conséquence juridique qui convient pour remédier au défaut. La **nullité partielle** doit donc être prononcée si elle s'avère appropriée dans le cas d'espèce.

- 11 Si une personne morale doit être considérée comme nulle en vertu de l'art. 52 al. 3 CC, elle n'a en principe **jamais existé**. Néanmoins, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à considérer qu'une **personne morale formellement parfaite** doit d'abord être **déclarée nulle** (par un tribunal civil) **dans le cadre d'une procédure formelle** avant de pouvoir être traitée juridiquement comme inexistante. Jusqu'à ce moment, elle est considérée comme une entité juridique. En d'autres termes, l'absence de personnalité juridique doit être constatée par une déclaration de nullité (judiciaire) au nom de la sécurité juridique.
- 12 Le **début des effets temporels** d'une telle **constatation de nullité initiale** est contesté. Une partie de la doctrine part du principe qu'en cas de but initialement illicite ou immoral, elles « seraient certes nulles dès l'origine, mais si elles sont déjà entrées en relation avec des tiers ou ont été exécutées d'une autre manière, elles ne tombent pas *ex tunc* en tant que structures inexistantes dès l'origine, mais sont reconnues dans leur existence formelle et annulées *ex nunc* dans une procédure de liquidation ». Une autre partie de la doctrine - et cela devrait représenter la majorité, en particulier dans le contexte spécifique des fondations - part en revanche du principe qu'une personne morale qui existe formellement au départ est également déclarée nulle par le tribunal avec **effet *ex tunc***. Dans le domaine des fondations, le Tribunal fédéral semble lui aussi partir du principe d'un effet *ex tunc* et donc d'une nullité initiale de l'acte de fondation, malgré « l'application par analogie de l'art. 88 al. 2 CC » ; dans le contexte du droit des associations, le Tribunal fédéral part expressément du principe d'une dissolution *ex tunc*. Toutefois, il semble en même temps **(du moins dans les relations externes)** admettre **à chaque fois** , du moins implicitement, **l'existence d'un patrimoine spécial à liquider *ex nunc***, ce qui permettrait de régler les obligations envers d'éventuels débiteurs (putatifs). Cette jurisprudence du Tribunal fédéral est critiquée par la doctrine au motif que sans personne morale existante, il ne peut y avoir de liquidation. Dans le domaine des corporations du CO, le Tribunal fédéral part du principe d'une suppression *ex nunc* de la personne morale en se référant à la guérison selon l'art. 643 al. 2 CO pour la société anonyme (et par conséquent pour la société en commandite par actions, art.

764 al. 2 CO) ; ce qui, selon Riemer, doit également être admis pour les autres corporations du CO (Sàrl, société coopérative).

B. Confiscation du patrimoine

Une **confiscation du patrimoine au sens de l'art. 57 al. 3 CC** constitue la ¹³ conséquence fondamentale d'une procédure de dissolution *ex tunc* avec liquidation - qui s'applique aux personnes morales inscrites au registre du commerce malgré l'erreur initiale ou non inscrites en raison de l'art. 52 al. 2 CC. Cela vaut pour les corporations du CO, mais, selon une pratique plus ancienne mais probablement toujours en vigueur du Tribunal fédéral, *pas* pour les fondations de famille qui contreviennent à l'art. 335 CC (pour lesquelles le patrimoine de la fondation revient à la fondatrice ou au fondateur ou à leurs héritiers en cas de déclaration de nullité, voir pour plus de détails le commentaire dans OK-Brugger/Humbel, art. 57 CC n. 8 ss.). La doctrine part du principe que cela doit s'appliquer *a fortiori* en cas d'illicéité ou d'immoralité *ultérieure* du but.

C. Possibilité d'un effet « curatif » de l'inscription

Une inscription valable au registre du commerce peut certes « **guérir** » ¹⁴ certains **vices de constitution, mais en principe pas les vices de but** au sens de l'art. 52 al. 3 CC, car une telle personne morale ne peut même pas être créée. Il s'agit en l'occurrence de préserver l'apparence juridique pour des considérations de protection du trafic.

L'**exception possible pour la société anonyme** selon l'art. 643 al. 2 CO, ¹⁵ selon laquelle le droit de la personnalité est acquis par l'inscription même si les conditions de l'inscription n'existaient pas, fait l'objet de quelques controverses dans la doctrine. La controverse porte d'une part sur son applicabilité aux vices de destination *initiaux* et d'autre part sur sa transférabilité à d'autres entités du CO. Cette controverse doctrinale ne concerne toutefois pas les **personnes morales du CC**: l'obligation d'inscription fait défaut pour les associations (art. 52 al. 2 CC) ; en ce qui concerne les fondations, le Tribunal fédéral a expliqué dans l'ATF 96 II 273 consid. 2 que le principe de la sécurité juridique devait être apprécié différemment pour les fondations que pour les autres personnes morales, raison pour laquelle il ne faut pas attribuer d'effet curatif à l'inscription au

registre du commerce en cas de nullité de l'acte de fondation ou d'invalidité formelle de l'acte de fondation.

D. Délimitation : non-reconnaissance de la capacité juridique en raison d'un « passage ».

- 16 Il convient de distinguer la *non-acquisition* de la capacité juridique en raison des limites de l'art. 52 al. 3 CC de la *non-reconnaissance* de l'indépendance juridique de la personne morale en raison de ce que l'on appelle un « **passage** ». Cette non-reconnaissance de la capacité juridique se fonde sur l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC ; il est parfois renvoyé à l'al. 1) et permet, dans les cas où une personne morale est utilisée de manière abusive ou prétextée (le plus souvent pour éviter une responsabilité), d'agir « à travers le voile de la personne morale » sur les personnes (physiques ou morales) qui se trouvent derrière. Dans le cas de l'accès ordinaire ou direct, un tiers qui contrôle la personne morale est identifié avec celle-ci, tandis que dans le cas de l'accès inverse ou indirect, le tiers qui contrôle la personne morale se voit imputer « sa » personne morale ou son comportement. Comme toujours lors de l'application de l'art. 2 al. 2 CC, la retenue est de mise.

BIBLIOGRAPHIE

Eisenring Martin, in: Arnet Ruth/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB – PartG, 4. Aufl., Zürich 2023.

Grüniger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020.

Heini Anton/Portmann Wolfgang, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II/5, Das Schweizerische Vereinsrecht, 3. Aufl., Basel 2005.

Humbel Claude, Kommentierung zu Art. 53 ZGB, in: Guggi Nils/von Orelli Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch – Version 27.4.2023 <https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/zgb59>.

Humbel Claude/Schneuwly Anne Mirjam, Gesellschaftsformen im Sportorganisationsrecht, in: Schneuwly Anne Mirjam/Strub Yael Nadja/Koller Trunz Mirjam (Hrsg.), Sportverbandskommentar, publiziert am 15.8.2023.

Jakob Dominique, in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018.

Jakob Dominique, § 119 Stiftungsartige Erscheinungsformen im Ausland, in: Beuthien Volker/Gummert Hans/Schöpflin Martin (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, Verein – Stiftung bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., München 2016 (zit. Jakob, MüHB).

Jakob Dominique, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 2013 II, 185 ff.

Jakob Dominique/Brugger Lukas/Humbel Claude, Recht der Non-Profit-Organisationen in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2023.

Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen. Ein Blick auf die bestehende Registerpraxis und eine Besprechung des Urteils BVGer B-951/2020 vom 16.8.2021, SJZ 2022, 736 ff.

Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen und die Änderungskompetenz des Stiftungsrats – Zugleich eine Besprechung des Urteils des Schweizer Bundesverwaltungsgerichts B-951/2020 vom 16.8.2021, npoR 2022, 119 ff.

Jakob Dominique/Studen Goran, Swiss family foundations and the new registration requirement – paper tiger or paradigm shift?, Trusts & Trustees 2016, 707 ff.

Kick Markus, Die verbotene juristische Person. Unter besonderer Berücksichtigung der Vermögensverwendung nach Art. 57 Abs. 3 ZGB, Diss. Univ. Freiburg 1992 (= AISUF 123).

Mayer Colin, Prosperity. Better business makes the greater good, Oxford 2018.

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht. Mit neuem Aktien- und Handelsregisterrecht, 13. Aufl., Bern 2023.

Meise Barbara/Huguenin Claire, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-527 OR, 7. Aufl., Basel 2020.

Oesterhelt Stefan/Opel Andrea, Statuswechsel von Liechtensteinischen Familienstiftungen, EF 2021, 487 ff.

Pachmann Thilo, Sportverbände und Corporate Governance, Diss. Univ. Zürich 2007.

Piotet Denis, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, 2. Aufl., Basel 2023.

Reitze Christophe, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

Riemer Hans Michael, GAFI-Umsetzung: Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister auch für kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen, SZW 2016, 70 ff.

Riemer Hans Michael, Stämpflis Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012.

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993.

Schenker Franz/Meyer Manuel, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964/ OR inkl. Schlussbestimmungen, 6. Aufl., Basel 2024.

Scherrer Urs, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021.

Sethe Rolf/Humbel Claude, in: Heinrich Honsell/Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2024 (im Erscheinen).

Vez Parisima, Fondation, lacunes et droit désirable. Une analyse critique et systématique des articles 89 à 89, Bern 2004.

Weber Rolf, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II/4, Juristische Personen, Basel 1999.

Xoudis Julia, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, 2. Aufl., Basel 2023.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 53 CC

Un commentaire de Claude Humbel

PROPOSITION DE CITATION

Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 53 ZGB, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Citation abrégée: OK-Humbel, N. XXX zu Art. 53 ZGB.

B. Jouissance des droits civils

Art. 53

Les personnes morales peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme, telles que le sexe, l'âge ou la parenté.

TABLE DES MATIÈRES

- I. But de la norme et position systématique 19
- II. Aspects particuliers de la capacité juridique 20
 - A. Droit privé 20
 - 1. Droit des biens et droit général des obligations 20
 - 2. Droit des personnes et droits de la personnalité 20
 - 3. Droit de la famille 21
 - 4. Droit successoral 21
 - B. Capacité d'être partie, d'ester en justice et de poursuivre en justice 22
 - C. Droit public (y compris droit pénal) 22
- Bibliographie 23

I. BUT DE LA NORME ET POSITION SYSTÉMATIQUE

Après que l'art. 52 CC ait réglé l'acquisition de la capacité juridique des personnes morales, l'art. 53 CC traite de l'étendue et du contenu de cette capacité. 1

Le point de départ est le principe de la capacité juridique générale des personnes morales qui, en tant que titulaires de droits et d'obligations indépendants, sont considérées dans les relations juridiques comme des sujets de droit fondamentalement équivalents aux personnes physiques. Ce principe d'égalité entre les personnes morales et les personnes physiques est toutefois considérablement limité : ainsi, les droits et les obligations liés à la condition humaine ne peuvent être attribués qu'aux personnes physiques. En d'autres termes, il s'agit de personnes : Si certaines capacités et qualités sont intrinsèquement liées à la "nature" de l'être humain (la loi cite par exemple "le sexe, l'âge ou la parenté"), les personnes morales ne peuvent pas les obtenir. 2

Cette formule prétendument simple – les personnes morales jouissent de tous les droits et obligations qui ne doivent pas être exclus pour des raisons de logique matérielle – peut poser des questions de délimitation difficiles dans la pratique et a donné lieu à une jurisprudence riche et différenciée (voir en détail II.). Si l'on ne s'intéressait qu'à cette formule, on ne verrait pas qu'il existe également des droits et des obligations dont les personnes morales seraient exclues non pas en raison de leur "non-humanité", mais parce que le législateur a délibérément exclu cet aspect. 3

Enfin, il convient de noter que les droits et obligations des personnes morales ne constituent pas seulement un sous-ensemble des droits et obligations des personnes physiques. Au contraire, la capacité juridique est élargie par des domaines de capacité juridique se rapportant authentiquement aux personnes morales. Les faits constitutifs de la fusion, de la scission ou de la transformation selon la LFus ou la prévoyance du personnel selon l'art. 331 al. 1 CO sont des exemples de tels droits et obligations qui ne peuvent ou ne doivent être attribués "naturellement" qu'aux personnes morales (et en partie aussi aux communautés juridiques). 4

II. ASPECTS PARTICULIERS DE LA CAPACITÉ JURIDIQUE

A. Droit privé

1. Droit des biens et droit général des obligations

- 5 Les personnes morales sont régulièrement titulaires de droits patrimoniaux, de droits de créance, de droits réels et de droits immatériels (à l'exception du droit d'auteur). Elles participent à la concurrence économique et peuvent intenter une action ou déposer une plainte pénale en cas de violation de leurs droits conformément à la LCart et à la LCD. Comme les actes des organes des personnes morales leur sont imputés non seulement dans le domaine juridique mentionné, mais aussi pour leur "autre comportement" (art. 55 al. 2 CC), ils sont susceptibles de commettre un délit au sens des art. 41 ss CO et peuvent être tenus par des obligations extracontractuelles (par exemple en vertu de la culpa in contrahendo, de l'enrichissement illégitime selon les art. 62 ss CO ou de gestion d'affaires sans mandat selon les art. 419 ss CO). Il convient de faire une distinction entre l'exercice (en principe possible) des droits à réparation du tort moral découlant de l'art. 49 CO.

2. Droit des personnes et droits de la personnalité

- 6 Il convient de faire une distinction dans le domaine des droits de la personnalité. Dans ce domaine, il existe parfois des rapports juridiques qui, bien que pertinents pour les personnes morales, sont soumis à des normes propres (comme la capacité juridique et la question du domicile). D'autres aspects, comme l'âge (ou la majorité), ne sont pratiquement jamais pertinents pour les personnes morales. D'autres aspects du droit de la personnalité (comme la parenté, le droit de cité, la naissance et le décès ainsi que l'état civil) n'ont certes pas d'équivalent direct pour les personnes morales, mais font l'objet de normes propres au contenu comparable (par exemple les sociétés mères et les filiales, la domination nationale ou étrangère, la création et la dissolution/liquidation de sociétés ainsi que l'inscription au registre du commerce).
- 7 En ce qui concerne la protection de la personnalité, il faut en revanche partir du principe que les art. 27 ss CC aux personnes morales. Celle-ci doit toutefois être relativisée à plusieurs égards : La "capacité d'engagement" des personnes morales est nettement plus forte que celle des personnes

physiques. L'art. 28 CC concerne en partie des aspects de la personnalité qui ne peuvent être attribués qu'à des êtres humains (droit à l'existence, à l'intégrité physique et psychique, à la sphère intime, à la liberté et à l'épanouissement religieux ; en outre, protection contre le "stalking" au sens de l'art. 28b CC, les droits découlant de la LEg ainsi que les droits de la personnalité découlant de l'art. 328 CO), mais les personnes morales sont également concernées par le domaine de protection de l'art. 28 CC (p. ex. lorsqu'il s'agit de questions d'honneur, de réputation ou de la sphère privée – mais pas de la sphère intime). Elles peuvent en outre faire usage du droit de réponse prévu aux articles 28g et suivants CC. En ce qui concerne la protection du nom, il convient également de faire une distinction et seul l'art. 29 CC est applicable, bien que cela soit surtout important pour les personnes morales du CC (les personnes morales du CO sont en outre soumises aux dispositions des art. 944 ss CO relatives aux raisons de commerce) et que même dans ce cas, il faille recourir à des éléments du droit des raisons de commerce pour concrétiser des questions particulières.

3. Droit de la famille

Compte tenu des critères "naturels" de l'art. 53 CC et de l'essence humaine du 8
droit de la famille, il n'est guère étonnant que très peu de dispositions s'appliquent aux personnes morales dans ce domaine. Les fondations de famille (art. 87 et 335 CC) présentent encore un certain intérêt pratique. Pour le reste, les personnes morales sont exclues de presque tous les droits et obligations du droit de la famille. Dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte, cette exclusion n'a toutefois lieu qu'en vertu de dispositions législatives positives.

4. Droit successoral

De par leur nature, les personnes morales ne peuvent pas hériter (droit de 9
succession actif). En revanche, elles sont capables d'hériter (droit successoral passif), elles peuvent donc en principe hériter (cas spéciaux : art. 493, 539 al. 2 CC). Ce dernier est limité aux cas de succession volontaire (art. 467 et suivants CC) et ne s'étend en principe pas à la succession légale (art. 457 et suivants CC, exception art. 466 CC). Enfin, la personne morale peut être investie de diverses fonctions successorales (c'est-à-dire exécuteur testamentaire, administrateur de la succession, liquidateur et représentant des héritiers ; cf.

art. 517, 554 al. 2, 595, 602 al. 3 CC, mais pas de celle de témoin, art. 502 ss CC) peuvent être institués.

B. Capacité d'être partie, d'ester en justice et de poursuivre en justice

- 10 Les personnes morales ont la capacité d'être partie et d'ester en justice aussi bien activement que passivement. Cela doit également être le cas pour les litiges dans lesquels leur capacité juridique est l'objet du litige. Les personnes morales ont la capacité d'engager des poursuites.

C. Droit public (y compris droit pénal)

- 11 En droit public, ce qui a été dit pour le droit privé s'applique mutatis mutandis : il existe ainsi des droits et des obligations qui ne peuvent pas être conférés aux personnes morales en raison de leur nature, comme la dignité humaine (art. 7 Cst.), certains aspects de l'égalité de droit (art. 8 Cst. ; son al. 1 est toutefois applicable par analogie aux personnes morales), le droit à la vie et à la liberté personnelle (art. 10 Cst.), la protection des enfants et des jeunes (art. 11 Cst.), le droit au mariage et à la famille (art. 14 Cst.) ainsi que la liberté de conscience et de croyance (art. 15 al. 1 Cst.). Il existe également des droits qui pourraient leur être conférés, mais qui ne le sont pas en raison d'une décision législative, par exemple les représentants des parties doivent être des personnes physiques au sens de l'art. 40 al. 1 LTF. En miroir, les personnes morales jouissent d'abord des droits et obligations qui ne présupposent pas de qualités naturelles de l'être humain et qui n'ont pas été exclus par le législateur, comme par exemple le droit de culte (art. 15 al. 2 Cst.), le droit d'expression (art. 16 Cst.), le droit de réunion (art. 22 Cst.) et (selon la doctrine) également la liberté d'association (art. 23 Cst.), la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) et la liberté économique (art. 27 Cst.), la garantie du juge du domicile (art. 30 al. 2 Cst.), l'interdiction de la double imposition (art. 127 al. 3 Cst.) ainsi que l'art. 13 al. 2 Cst. Enfin, il existe certains droits et obligations qui ne peuvent ou ne doivent être attribués qu'à des personnes morales et non à des personnes physiques, comme les éléments constitutifs de la LFus, par exemple dans le domaine du droit de l'assurance-maladie.
- 12 La capacité délictuelle des personnes morales en droit pénal est en principe niée – en dehors de la législation pénale accessoire. Ce sont d'abord les organes qui sont personnellement responsables. Et ce, même si certains

éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas présents chez eux personnellement, mais de manière générale chez la personne morale (art. 29 CP). L'art. 102 CP constitue une exception de taille à ce principe, puisqu'il prévoit qu'une responsabilité subsidiaire, voire originelle, de la personne morale elle-même peut entrer en ligne de compte si l'acte ne peut pas être attribué à la personne qui a concrètement agi.

BIBLIOGRAPHIE

Büchler Andrea, Kommentierung zu Art. 331 ZGB, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO-Büchler).

Jakob Dominique, Kommentierung zu Art. 53 ZGB, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO-Jakob).

Reitze Christophe, Kommentierung zu Art. 53 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK-Reitze).

Riemer Hans Michael, Stämpfli's Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89^{bis} ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012 (zit. SHK-Riemer).

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993 (zit. BK-Riemer).

Scherrer Urs, Kommentierung zur Art. 53 ZGB, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021 (OFK-Scherrer).

Schiess Rütimann Patricia, Kommentierung zu Art. 23 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesfassung, Basel 2015 (BSK-Schiess Rütimann).

Weber Rolf H., Einleitung und Personenrecht, in: Tercier Pierre (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, II Band, 4. Teilband, Basel 1998.

Xoudis Julia, Kommentierung zu Art. 53 ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010 (CR-Xoudis).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 54/55 CC

Un commentaire de Claude Humbel

PROPOSITION DE CITATION

Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 54/55 ZGB, in: Nils Güggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Citation abrégée: OK-Humbel, N. XXX zu Art. 54/55 ZGB.

C. Exercice des droits civils

I. Conditions

Art. 54

Les personnes morales ont l'exercice des droits civils dès qu'elles possèdent les organes que la loi et les statuts exigent à cet effet.

II. Mode

Art. 55

¹ La volonté d'une personne morale s'exprime par ses organes.

² Ceux-ci obligent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres faits.

³ Les fautes commises engagent, au surplus, la responsabilité personnelle de leurs auteurs.

TABLE DES MATIÈRES

I. Contenu et conditions de la capacité civile des personnes morales	28
II. Organes de la personne morale	28
A. Notion d'organe	28
1. Organes formels et organes de fait	29
2. Typologie des organes	29
3. Relation entre l'organe et la personne morale	30
B. Représentation juridique des organes	30
1. Généralités	30
2. Pouvoir de représentation et pouvoir de représentation	30
3. Représentation du savoir	32
C. Obligation de la personne morale par "tout autre comportement"	32
D. Responsabilité des organes	33
III. Conséquences juridiques de l'absence de capacité civile	33
Bibliographie	34

I. CONTENU ET CONDITIONS DE LA CAPACITÉ CIVILE DES PERSONNES MORALES

- 1 La capacité d'exercice concrétise la capacité juridique de la personne morale en ce qui concerne sa capacité d'acquérir des droits et de créer des obligations (formation de droit). En même temps, cette capacité de création juridique est toujours limitée par la capacité juridique de la personne morale : Sans capacité juridique, il ne peut y avoir de droits de création. La capacité d'ester en justice, qui permet à une personne morale de mener un procès de manière autonome, est une conséquence de la capacité d'agir en matière de procédure civile.
- 2 Alors que les personnes morales n'ont pas l'exercice des droits civils par elles-mêmes, leur capacité d'agir requiert premièrement la capacité juridique, deuxièmement l'organisation nécessaire et troisièmement la désignation des "organes indispensables" selon la loi et les statuts. (art. 54 CC), qui doivent ensuite "exprimer la volonté de la personne morale" (art. 55 al. 1 CC). En d'autres termes, il s'agit d'une personne morale : L'action des organes est imputée à la personne morale comme étant la sienne. Les organes (exécutifs) n'agissent pas (en tant que représentants ou tiers liés par des pouvoirs) pour la personne morale, leur action est bien plus celle de la personne morale dont les organes sont les "éléments". Par conséquent, l'art. 54 CC stipule que la personne morale n'obtient la capacité d'agir qu'après la désignation effective et régulière de ses organes. Tant que les organes prescrits font défaut ou ne sont pas régulièrement constitués, la personne morale n'a en principe pas l'exercice des droits civils. Exceptionnellement, la loi prévoit qu'il peut être remédié à une organisation déficiente sur demande du tribunal ou de l'autorité de surveillance.

II. ORGANES DE LA PERSONNE MORALE

A. Notion d'organe

- 3 Le terme "organe" peut avoir deux significations différentes qu'il convient de délimiter : d'une part, il désigne l'organe ou l'unité d'organisation auquel une fonction déterminée est attribuée au sein de la personne morale. D'autre part – et cette compréhension de l'organe est également utilisée pour l'art. 54 s.

CC. CC – on entend par là le membre de l'organe, c'est-à-dire la personne physique ou morale en tant que "titulaire de la fonction" qui permet une externalisation de la volonté de la personne morale.

Les membres de l'organe doivent au moins être capables de discernement, l'exercice des droits civils n'est pas exigé. Ainsi, les mineurs capables de discernement peuvent également fonctionner comme organes d'une personne morale. 4

1. Organes formels et organes de fait

Lors de la détermination de la personne exerçant des fonctions d'organe, la doctrine et la jurisprudence distinguent les organes formels et les organes de fait. 5

Les organes formels sont désignés par l'autorité compétente en vertu de la loi ou des statuts pour exercer leur fonction. En outre, les personnes sont considérées comme des organes lorsqu'elles se comportent de facto comme tels (organes de fait). Il est exigé qu'ils "participent de manière déterminante à la formation de la volonté de la société" et qu'ils soient en même temps dotés d'une compétence décisionnelle de droit ou de fait, qui serait en soi réservée aux organes de fait. C'est donc une "notion fonctionnelle d'organe" qui est déterminante, d'une part en ce qui concerne la représentation extérieure des personnes morales et d'autre part en ce qui concerne la responsabilité des organes. 6

Outre cette paire de notions, la littérature mentionne parfois aussi celle d'"organes matériels". Celui-ci désigne les gérants institués par un acte formel, qui ne sont toutefois pas des organes formels au sens susmentionné. La question de savoir dans quelle mesure cette notion a (encore) une fonction de délimitation est controversée dans la doctrine. 7

2. Typologie des organes

Les personnes morales disposent typiquement des organes suivants, qui peuvent être classés par typologie en (i) organes de formation de la volonté (p. ex. les assemblées des membres, générales ou des associés, cf. art. 65 CC, art. 698, 804, 879 CO), (ii) organes de gestion et de représentation (p. ex. le comité d'association, art. 69 CC ; le conseil de fondation, art. 83 CC ; le conseil d'administration de la SA, art. 707 ss. CO, la direction de la Sàrl, art. 809 ss. 8

CO, ou l'administration de la société en commandite par actions ou de la société coopérative, art. 765 ss, 894 ss CO), (iii) des organes de contrôle (comme l'organe de révision, art. 69b, 83b CC, art. 727 ss, 907 ss CO) et (iv) d'autres organes – prévus par la loi ou les statuts. Pour savoir si la structure concrète des organes d'une personne morale donnée correspond à cette structure de base ou s'en écarte, il faut se référer aux dispositions particulières correspondantes.

3. Relation entre l'organe et la personne morale

- 9 D'un point de vue dogmatique, la relation entre l'organe et la personne morale est, selon la conception dominante, une relation d'organe. Il convient de distinguer le contrat d'engagement proprement dit, qui ne peut toutefois pas se substituer à la relation entre organes. Il s'agit plutôt d'un rapport juridique d'accompagnement et éventuellement de complément entre la personne morale et la personne agissant en tant que membre de l'organe. L'affirmation que l'on trouve parfois dans la doctrine, selon laquelle il existe un "contrat de gestion" unique, doit donc être précisée dans la mesure où ses composantes de droit des obligations et de droit des organes doivent être évaluées séparément dans chaque cas. Il découle de ce double rapport de droit des obligations et de droit des sociétés que l'organe qui se trouve dans un rapport de travail ou de mandat est lié de la même manière aux obligations du droit des obligations et à celles de l'organe.

B. Représentation juridique des organes

1. Généralités

- 10 Les organes expriment la volonté de la personne morale dans les relations extérieures. Il s'ensuit que les actes juridiques des organes accomplis pour la personne morale sont imputés à cette dernière et l'engagent donc directement. En revanche, si une personne exerçant une fonction d'organe agit en son propre nom, il n'y a pas d'imputation.

2. Pouvoir de représentation et pouvoir de représentation

- 11 Selon l'opinion unanime, il convient de distinguer, en ce qui concerne la représentation par un organe, entre le pouvoir de représentation dans les

rapports externes (le "pouvoir juridique") et le pouvoir de représentation dans les rapports internes (le "pouvoir juridique").

Le pouvoir de représentation est lié à la capacité d'agir de la personne morale et détermine par quels actes juridiques de l'organe celle-ci peut être liée vers l'extérieur. Il est limité par le but de la personne morale et s'étend en principe à toutes les activités présumées couvertes par les objectifs. Seuls sont exclus du pouvoir de représentation les actes qui sont diamétralement opposés au but de la personne morale et qui sont carrément exclus par celui-ci. Même les affaires qui ne font pas partie du domaine d'activité habituel de la personne morale sont couvertes par le pouvoir de représentation, si elles sont conformes au but. Il convient néanmoins de tenir compte des restrictions suivantes : Tout d'abord, la limitation du pouvoir de représentation peut résulter de la fonction de l'organe correspondant au sein de la structure de l'organe. D'autres limitations du pouvoir de représentation peuvent résulter d'une déclaration faite à des tiers ou d'inscriptions au registre du commerce (p. ex. exigence d'une signature collective ou d'une signature de filiale). Les "actes en soi" (c'est-à-dire les cas de double représentation ou d'autocontractualisation) s'opposent en principe à la représentation effective de la personne morale. Enfin, les actes de l'organe de la personne morale qui s'avèrent être un "abus du pouvoir de représentation" – c'est-à-dire un acte de représentation contraire aux intérêts ou aux obligations – ne sont pas imputables à la personne morale, dans la mesure où cette circonstance était reconnaissable pour le tiers contractant ou que celui-ci aurait dû la reconnaître en faisant preuve de la diligence requise. 12

En revanche, le pouvoir de représentation détermine dans quelle mesure l'organe est autorisé à conclure certains actes juridiques en interne. Les limitations internes du pouvoir de représentation, qui sont en principe autorisées et qui ne relèvent pas en même temps de l'une des exceptions susmentionnées, restent toutefois en principe sans effet à l'égard des tiers de bonne foi. Alors qu'elles ne peuvent pas empêcher la personne morale d'être liée vis-à-vis du tiers même en cas de dépassement du pouvoir de représentation, elles entraînent tout au plus une responsabilité de la personne agissant vis-à-vis de la personne morale dans les relations internes. 13

3. Représentation du savoir

- 14 Le savoir d'un organe est considéré comme le savoir de la personne morale dans son ensemble. Selon une partie de la doctrine, cela vaut même si un seul des membres de l'organe dispose d'une information déterminée qui aurait dû être transmise aux autres membres de l'organe dans le cadre d'une communication adéquate. Il convient toutefois de noter que le principe de la "représentation absolue du savoir" a été considérablement relativisé par la doctrine récente et que – sous réserve d'un non-respect fautif du savoir d'autres organes – seul un savoir (devoir) de la personne effectivement chargée d'une affaire peut être attribué.

C. Obligation de la personne morale par "tout autre comportement".

- 15 Dans le domaine extrajuridique, l'art. 55 al. 2 CC s'applique. Selon cet article, les organes peuvent obliger la personne morale "par leur autre comportement". Pour que le comportement d'un organe en dehors du domaine juridique soit imputé, un organe (formel ou de fait) doit agir "dans l'exercice d'une activité commerciale". En d'autres termes, l'acte en question ne doit pas seulement avoir lieu "à l'occasion" (c'est-à-dire dans le même contexte local ou temporel) de l'activité commerciale, mais doit également avoir un lien fonctionnel avec la compétence de l'organe. En revanche, il n'est pas nécessaire que l'acte soit couvert par le pouvoir de représentation de l'organe. Les intérêts purement privés de l'organe ne sont pas suffisants pour imputer l'acte à la personne morale ; en revanche, un intérêt personnel parallèle de l'organe n'empêche pas l'imputation.
- 16 L'art. 55 CC ne constitue ici que la norme d'imputation d'un comportement déterminé, et non une base de revendication autonome. Celle-ci doit résulter d'une norme séparée. Entrent par exemple en ligne de compte une mise en cause sur la base d'un dommage illicite (selon les art. 41 ss CO ou les prescriptions de la LCD) ou d'un enrichissement illégitime (art. 62 ss CO), d'une gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss CO), d'une culpa in contrahendo, etc.

D. Responsabilité des organes

Les organes de la personne morale peuvent être personnellement 17
coresponsables du comportement délictueux envers des tiers (art. 55 al. 3 CC),
et ce sur l'ensemble de leur fortune personnelle. Le texte allemand exige une
"faute". Une comparaison avec la version française ("fautes commises") montre
cependant que cette formulation est trop restrictive et doit être interprétée de
manière large : Tout comportement personnel fautif qui conduit à la
réalisation de l'élément constitutif de la responsabilité est suffisant, même si
celui-ci ne présuppose pas de faute proprement dite.

En cas de responsabilité simultanée de la personne morale selon l'art. 55 al. 2 18
CC, il n'y a ni décharge de l'organe qui a agi ni possibilité de recours de
l'organe contre la personne morale, mais une responsabilité solidaire de
l'organe et de la personne morale envers le tiers lésé (art. 50 al. 1 et art. 143 ss
CO). En cas d'actes commis par plusieurs membres d'organes ou par des
membres d'organes différents, il y a également une responsabilité solidaire
dans les relations externes, et une répartition selon la faute au sens de l'art. 50
al. 2 CO ainsi que des principes de l'art. 759 CO (solidarité et recours) dans les
relations internes. La possibilité d'une réduction individuelle de la
responsabilité d'un seul responsable en vertu de l'art. 43 al. 1 CO (faute propre
minime) ou de l'art. 44 CO (consentement ou aggravation) dans les rapports
externes est contestée, mais doit sans doute aussi être admise pour les autres
personnes morales au regard de l'art. 759 al. 1 et 2 CO.

La responsabilité envers la personne morale dans les rapports internes n'est 19
pas régie par l'art. 55 al. 3 CC, mais par le rapport juridique entre le
responsable de l'organe et la personne morale.

III. CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE L'ABSENCE DE CAPACITÉ CIVILE

La garantie d'une organisation régulière et la désignation effective des organes 20
sont des conditions indispensables à l'exercice des droits civils des personnes
morales (cf. ci-dessus n. 2). Dans une situation où un défaut d'organisation ou
une désignation erronée des organes est déjà constaté avant une inscription
de la personne morale au registre du commerce, le préposé au registre du
commerce peut attirer l'attention des parties sur le défaut afin qu'elles
puissent y remédier. S'il y a un défaut d'organisation, le tribunal (ou l'autorité

de surveillance pour les fondations) peut être saisi afin de prendre les "mesures nécessaires". Entrent en ligne de compte (i) la fixation d'un délai pour (re)mettre en ordre la situation, (ii) la nomination de l'organe manquant ou (iii) d'un soi-disant administrateur et (iv) en dernier recours, la dissolution et la liquidation de la personne morale. En décidant des mesures à prendre, le tribunal ou l'autorité de surveillance doivent exercer leur pouvoir d'appréciation conformément à leurs obligations, ce qui implique également la prise en compte du principe de proportionnalité.

- 21 Selon la jurisprudence et la doctrine, la représentation intérimaire de la personne morale par des personnes qui n'ont pas été régulièrement nommées est autorisée conformément aux dispositions des art. 419 ss CO.

BIBLIOGRAPHIE

Bärtschi Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022.

Bürge Stefan/Gut Nicolas, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art 731b OR, SJZ 2009, S. 157 ff.

Gericke Dieter/Waller Stefan, Kommentierung zu Art. 754 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (BSK-Gericke/Waller).

Jakob Dominique, Kommentierungen zu Art. 54 und 55, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (KUKO-Jakob).

Jakob Dominique/Brugger Lukas/Humbel Claude, Recht der Non-Profit-Organisationen, Zürich et al. 2023.

Müller Roland, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005.

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Bd. I, 5. Aufl., Zürich et al. 2021.

Recordon Pierre-Alain, Les premiers pas de l'article 731b CO, SZW 2010, S. 1 ff.

Reitze Christophe, Kommentierung zu Art. 54/55, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (BSK-Reitze).

Riener Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993 (BK-Riener).

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht 2. Aufl., Bern 2020.

Weber Rolf H., Einleitung und Personenrecht, in: Tercier Pierre (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, II Band, 4. Teilband, Basel 1998.

Xoudis Julia, Kommentierung zu Art. 54/55, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010 (CR-Xoudis).

Zobl Dieter, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 1989, S. 289 ff.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 56 CC

Un commentaire de Claude Humbel

PROPOSITION DE CITATION

Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 56 ZGB, in: Nils Güggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Citation abrégée: OK-Humbel, N. XXX zu Art. 56 ZGB.

D. Siège

Art. 56

Le siège des personnes morales est, sauf disposition contraire des statuts, au siège de leur administration.

TABLE DES MATIÈRES

I. Nature du siège et principes généraux	39
II. Délimitations	39
A. Succursales	39
B. Domicile légal	40
III. Détermination du siège.....	40
A. Généralités	40
B. Détermination statutaire du siège	40
C. Détermination légale du siège	41
IV. Importance juridique du siège	42
A. Compétence des autorités.....	42
B. Autres aspects	44
V. Transfert du siège	44
A. Transfert du siège en Suisse	44
B. Transfert de siège avec lien avec l'étranger	45
1. Le siège des personnes morales en droit international privé suisse	45
2. Transfert de siège selon le droit international privé suisse.....	46
a. Remarque préliminaire sur la terminologie	46
b. Transfert de l'étranger vers la Suisse	46
c. Transfert de la Suisse à l'étranger	46
d. Fusion par voie d'immigration et d'émigration	47
Bibliographie	47

I. NATURE DU SIÈGE ET PRINCIPES GÉNÉRAUX

Les personnes morales ont besoin d'un point de rattachement local auquel 1
elles peuvent être ancrées géographiquement. La raison d'être du siège en tant que point de rattachement local de la personne morale s'explique par le droit de l'organisation et le droit économique : Ainsi, pour traiter avec les autorités du registre du commerce, de surveillance, judiciaires, fiscales et, le cas échéant, de poursuite, il faut un lieu où les relations juridiques de la personne morale concernée sont concentrées. Ce besoin de concentration et de fixation signifie deux choses : d'une part, toute personne morale doit disposer d'un siège et, d'autre part, elle ne peut en principe avoir qu'un seul siège (et non plusieurs) principe dit de l'unité du siège, avec des exceptions liées à l'histoire et à la politique.

II. DÉLIMITATIONS

A. Succursales

Il convient de distinguer du siège les succursales, c'est-à-dire les 2
établissements commerciaux qui sont indépendants de l'entreprise principale sur le plan local et économique, mais pas sur le plan juridique. L'indépendance requise pour une succursale exige que "l'entreprise succursale puisse être gérée de manière indépendante sans modifications importantes". Il convient d'examiner au cas par cas et en tenant compte des relations extérieures si c'est le cas. Le fait d'être soumis à des instructions internes ou de disposer de procédures internes n'est pas essentiel, il faut plutôt se baser sur l'existence d'une organisation de bureau propre avec une direction propre, dans laquelle au moins un employé est autorisé à signer. Alors qu'il existe des nuances dans la pratique et que la situation globale est toujours déterminante, de simples lieux de fabrication, dépôts de marchandises, points de livraison et autres ne devraient pas constituer des succursales.

Dans certaines circonstances, les succursales peuvent constituer un for spécial 3
(art. 12 CPC), mais pas un for de poursuite spécial qui – sous réserve de la faillite d'établissement des succursales suisses de personnes morales étrangères – reste toujours au lieu du siège de la personne morale (cf. art. 46 al. 2 LP).

B. Domicile légal

- 4 Il ne faut pas confondre le siège ou la succursale avec ce qu'on appelle le domicile juridique, c'est-à-dire l'adresse à laquelle on peut atteindre l'entité juridique à son siège (donc dans ses propres bureaux ou comme adresse c/o) (art. 2 let. b et 117 ORC).

III. DÉTERMINATION DU SIÈGE

A. Généralités

- 5 Alors que le rattachement géographique est obligatoirement prédéfini par le législateur pour les personnes physiques (art. 23 al. 1 CC : lieu du domicile permanent), l'art. 56 CC accorde aux personnes fondatrices ou aux organes de la personne morale la possibilité de déterminer leur siège de manière autonome et privée. En d'autres termes, cela signifie que : Les personnes morales peuvent en principe choisir librement leur siège dans leurs statuts (ce que l'on appelle le "siège statutaire"). Sous réserve de dispositions dérogoires de droit public et de l'interdiction de l'abus de droit selon l'art. 2 al. 2 CC, un siège différent du lieu de l'administration effective de la personne morale peut également être déterminé (voir ci-dessous n. 7). En l'absence d'un siège statutaire, l'art. 56 CC prévoit une disposition légale de remplacement selon laquelle le siège se trouve dans un tel cas au lieu de l'administration effective (voir ci-dessous n. 9 s.). Cette disposition légale du siège n'est cependant valable que pour les associations et les fondations, car la détermination statutaire du siège des collectivités du CO fait partie du contenu nécessaire des statuts et la disposition de remplacement de l'art. 56 CC ne peut donc pas s'appliquer (voir à ce sujet n. 6 et 9 ci-dessous). En ce qui concerne le siège, il convient donc de faire une distinction entre les personnes morales du CC et celles du CO, sans que cela ne soit directement exprimé à l'art. 56 CC.

B. Détermination statutaire du siège

- 6 Toutes les personnes morales peuvent (et celles du CO doivent) désigner leur siège dans les statuts. C'est le principe de la liberté de choix qui s'applique, un principe de réglementation de droit civil et non pas une expression de la liberté d'établissement de droit constitutionnel. La liberté de choix implique

que le siège désigné dans les statuts ne doit être situé ni au lieu de l'activité effective ni à celui de la direction intellectuelle de la personne morale.

Outre les éventuelles dispositions de droit public (par exemple par le biais de 7 concessions, de mandats étatiques ou de l'obtention de subventions) et l'interdiction de l'abus de droit (par exemple par le choix de sièges éloignés et rendant excessivement difficile l'exécution de simples créances de créanciers) en tant que limites, il faut surtout tenir compte des éléments suivants : Les personnes morales doivent disposer, à leur siège statutaire, d'une adresse de notification fixe à laquelle elles peuvent être jointes, une boîte aux lettres (qui garantit également qu'une personne physique peut effectivement recevoir des communications pour la personne morale) étant suffisante. En outre, les personnes morales doivent se voir opposer le siège choisi dans leurs relations avec des tiers (par exemple dans le cadre de l'introduction de poursuites ou de procès).

La détermination proprement dite du lieu du siège s'effectue régulièrement 8 par la mention statutaire d'une commune politique suisse (art. 117 al. 1 ORC), dans laquelle l'adresse de notification fixe garantit une accessibilité effective (cf. ci-dessus N. 7). Etant donné que le siège des associations et des fondations – contrairement à celui des corporations du CO – ne doit pas être fixé dans les statuts, il suffit de le rattacher à un critère objectivement déterminable. Ainsi, pour ces personnes morales, la détermination d'un siège errant ou alternant ("siège errant") est également admissible, tant qu'il reste objectivement déterminable. Le domicile du président du conseil d'administration ou du conseil de fondation est souvent cité dans ce contexte. En outre, il est possible pour les associations et les fondations de prévoir dans les statuts une délégation de la détermination du siège et de la déléguer en faveur du comité directeur (décision du comité directeur) ou du conseil de fondation (décision du conseil de fondation ou règlement de la fondation). Cela permet un assouplissement par rapport au siège statutaire, qui est difficilement modifiable – surtout dans le cas des fondations.

C. Détermination légale du siège

Comme la détermination du siège fait partie du contenu minimal obligatoire 9 des statuts pour les corporations du CO (art. 626 ch. 1, art. 764 al. 2, art. 776 ch. 1, art. 832 ch. 1 CO), l'art. 56 CC ne peut déployer d'effets que dans le domaine restant des personnes morales du CC. Pour les associations et les

fondations, le CC ne formule en effet aucune obligation de déterminer le siège statutaire. En l'absence d'une telle disposition, le siège se trouve "au lieu où se trouve leur administration" (siège dit effectif). Sur le plan normatif, on garantit ainsi que les associations et les fondations disposent toujours d'un siège.

- 10 En ce qui concerne le contenu exact de ce rattachement objectif, la doctrine est divisée : alors qu'une opinion doctrinale part du principe qu'il s'agit du lieu du centre administratif effectif, une opinion divergente estime qu'il faut se baser sur le lieu où les instructions décisives sont données. Le Tribunal fédéral suit en revanche une approche pragmatique, que l'on peut sans doute qualifier de "conciliante" : Selon cette approche, le lieu de l'administration effective est celui où sont accomplis les actes servant dans leur ensemble à la réalisation du but statutaire ; si ces actes de direction ne sont pas concentrés localement en un seul point de rattachement, il faut se baser sur le centre de gravité de l'action (on se réfère ici par exemple au lieu où la personne morale conclut ses contrats ; à la mention d'adresses c/o correspondantes dans la correspondance de la personne morale, qui indiquent un lieu d'action déterminé ; ainsi que, dans le domaine commercial, aux quantités commerciales qui sont réalisées via un lieu déterminé). Par nature, cela nécessite également une analyse au cas par cas.

IV. IMPORTANCE JURIDIQUE DU SIÈGE

A. Compétence des autorités

- 11 La règle générale veut que la compétence territoriale des autorités suive le siège de la personne morale. Ce principe n'est toutefois pas absolu et doit être précisé comme suit :
 - Autorités du registre du commerce : Les personnes morales doivent être inscrites au registre du commerce du lieu de leur siège. Les éléments déterminants sont d'une part la commune politique (art. 117 ORC), et d'autre part le domicile légal (art. 2 let. b ORC) comme adresse de notification. En l'absence de domicile légal, les conséquences juridiques de l'art. 152 ORC s'appliquent. L'office du registre du commerce impartit alors un délai à la personne morale en l'invitant à procéder à la réquisition requise ou à justifier qu'aucune inscription, modification ou radiation n'est nécessaire (al. 1). L'invitation contient en outre une indication des

dispositions déterminantes et des conséquences juridiques au cas où il n'y serait pas donné suite (al. 2).

- **Autorités judiciaires** : En principe, les tribunaux du siège des personnes morales sont territorialement compétents pour connaître des actions intentées contre elles (art. 10 al. 1 let. b CPC). Ce principe – basé sur la garantie du tribunal du domicile – est toutefois relativisé par une multitude d'exceptions (cf. art. 12 ss CPC). Voir également, dans le contexte du droit international privé, l'art. 151 al. 1 LDIP, qui établit la compétence du tribunal du siège de la société pour les actions relevant du droit des sociétés, et l'art. 165 LDIP sur la reconnaissance des décisions étrangères relatives aux prétentions relevant du droit des sociétés.
- **Autorités de poursuite et de faillite** : Le for ordinaire de la poursuite des personnes morales inscrites au registre du commerce est leur siège (civil), celui des personnes morales non inscrites au registre du commerce est le siège principal de leur administration (art. 46 al. 2 LP). Il convient de noter que tout lieu de poursuite ne constitue pas nécessairement un lieu de faillite ; outre le lieu de poursuite ordinaire, entrent notamment en ligne de compte pour les personnes morales : le lieu de l'établissement commercial d'un débiteur domicilié à l'étranger (art. 50 al. 1 LP), le lieu du patrimoine en cas de faillite subsidiaire (art. 166 ss LDIP).
- **Réserve de propriété** : pour être valable, une réserve de propriété au sens de l'art. 715 al. 1 CC doit être inscrite au siège de la personne morale dans un registre public à tenir par l'office des poursuites.
- **Administration fiscale** : Le siège a une signification limitée en droit fiscal. Il convient tout d'abord de noter que la notion de siège fiscal ne correspond pas à celle du droit civil. En outre, si le "rattachement personnel" fonde en principe un assujettissement fiscal selon le droit fédéral ou cantonal (voir par exemple l'art. 20, al. 1, LHID ; § 55 LT/ZH ; § 62 LT/AG), le droit fiscal se fonde souvent sur des aspects économiques, raison pour laquelle un simple domicile boîte aux lettres ne peut pas encore fonder un siège pertinent du point de vue du droit fiscal si l'activité commerciale effective a lieu à un autre endroit.
- **Autres autorités et en particulier autorités de surveillance** : En tant que point de rattachement pour la compétence des autorités de surveillance, le siège est surtout important dans le droit des assurances sociales (cf. art. 61

al. 1 LPP pour les institutions de prévoyance en général ; art. 89a al. 6 ch. 12 CC pour les fondations de prévoyance du personnel). Pour les fondations ordinaires, en revanche, le siège n'est pas le seul facteur déterminant pour établir la surveillance, mais le rayon d'action ; ainsi, pour les fondations actives dans toute la Suisse ou au niveau international, l'autorité de surveillance est toujours l'Autorité fédérale de surveillance des fondations (AFS).

B. Autres aspects

- 12 Le siège peut également avoir de l'importance pour le droit des raisons de commerce. En principe, les désignations géographiques, telles que les noms de montagnes, de cols, de rivières, de lacs ou de mers, peuvent être utilisées librement. Mais comme le public moyen considère les désignations de communes et autres indications de lieux comme une référence au siège de la personne morale, la jurisprudence du Tribunal fédéral, la pratique du registre du commerce et la doctrine sont unanimes à considérer que l'indication du nom d'une commune politique (ou d'une localité au sein de celle-ci) comme élément de la raison de commerce est admissible si cela correspond au siège effectif de l'entité juridique en question. Cela doit être pris en considération, notamment au regard du principe de véracité de l'art. 944 CO, selon lequel une raison de commerce trompeuse pourrait même avoir des conséquences en matière de droit de la concurrence déloyale.

V. TRANSFERT DU SIÈGE

A. Transfert du siège en Suisse

- 13 Un corollaire nécessaire du libre choix statutaire du siège est que le transfert du siège en Suisse doit en principe toujours être autorisé. Les fondations surveillées constituent une exception de taille lorsque le siège a été fixé dans les statuts : Dans ce cas, une modification de l'organisation au sens des articles 85 et suivants du Code civil est régulièrement nécessaire. CC, qui peut nécessiter l'intervention de l'autorité de surveillance.
- 14 Du point de vue du droit du registre du commerce, l'art. 123 al. 1 ORC s'applique, selon lequel une entité juridique doit requérir son inscription au nouveau siège lorsqu'elle transfère son siège dans un autre arrondissement que celui où elle était inscrite. La procédure de réquisition et d'inscription est

ensuite régie par les art. 123 al. 2 à 6, art. 124 ss. ORC sont réglées. En cas de transfert de siège soumis à inscription (par exemple pour une société anonyme, cf. art. 647 CO), la validité est régie par l'art. 936a al. 1 CO. Les transferts de siège non soumis à inscription (par exemple de certaines associations) deviennent obligatoires au moment de la prise de décision effective.

Sous réserve de certaines exceptions – citons la fixation du for de la poursuite 15 selon l'art. 53 LP et la perpetuatio fori en cas de litispendance selon l'art. 64 al. 1 let. b CPC – le transfert du siège fonde la compétence de principe des autorités du nouveau lieu de siège.

Enfin, les changements de siège dus à des fusions, des scissions et des 16 transformations sont régis par les dispositions de la LFus.

B. Transfert de siège avec lien avec l'étranger

1. Le siège des personnes morales en droit international privé suisse

En droit international privé, on ne se réfère pas à la notion de "personne 17 morale", mais à celle de "société". Selon l'art. 150 al. 1 LDIP, cette notion englobe aussi bien les groupements organisés de personnes que les unités patrimoniales organisées. Bien que la définition de l'art. 52 al. 1 CC soit ainsi évoquée, la description de droit international privé ne présuppose pas de personnalité juridique. En d'autres termes, la description de droit international privé peut englober davantage d'entités que celle du CC.

Selon l'art. 21 al. 1 LDIP, le siège des sociétés et des trusts est considéré 18 comme le "domicile". Par siège d'une société, on entend le lieu désigné dans les statuts d'une personne morale ou dans le contrat de société d'une société de personnes. Subsidiairement, le lieu de l'administration effective est considéré comme le siège. La LDIP reflète ainsi la réglementation de l'art. 56 CC. Le siège statutaire est toutefois soumis à une réserve de fiction en ce qui concerne les questions de compétence.

Concernant la compétence dans le domaine de la LDIP, cf. ci-dessus n. 11. Le 19 droit international privé applicable aux sociétés est déterminé par l'art. 154 LDIP : selon son al. 1, le statut personnel est déterminé sur la base de la théorie de l'incorporation ou de la fondation, c'est-à-dire que la société est soumise, indépendamment de son siège administratif actuel, au droit selon les

prescriptions duquel elle a été fondée et organisée. Toutefois, si cet État ne connaît pas de telles règles d'enregistrement ou de publicité ou si la société ne les respecte pas, l'al. 2 s'applique à titre subsidiaire, selon lequel le droit applicable à la société est celui de l'État dans lequel elle est effectivement administrée (théorie dite du siège).

2. Transfert de siège selon le droit international privé suisse

a. Remarque préliminaire sur la terminologie

- 20 Du point de vue du droit international privé suisse, l'immigration ou l'émigration d'une société suisse nécessite toujours un véritable "changement de droit", car, en raison de la théorie de la constitution qui prévaut en Suisse, le simple "changement de siège", compris comme un simple transfert du siège administratif, n'a aucun effet sur le statut de la société.

b. Transfert de l'étranger vers la Suisse

- 21 Le transfert du siège d'une société étrangère en Suisse est régi par les art. 161 s. LDIP. LDIP régit la question. Selon l'art. 161 al. 1 LDIP, une société étrangère peut se soumettre au droit suisse sans liquidation ni nouvelle fondation si le droit étranger (dit statut d'émigration) le permet, si la société remplit les conditions du droit étranger et si l'adaptation à une forme juridique suisse est possible (en vertu du principe de la fixation des formes). La ratio legis de cette disposition est une possibilité de reprise aussi large que possible d'un statut personnel selon la théorie de la fondation.
- 22 Dans les relations avec les Etats membres de l'UE, il faut notamment tenir compte du champ d'application (limité) de la liberté d'établissement (art. 49 et 54 TFUE) aux sociétés, qui a toutefois été progressivement élargi par la CJUE.

c. Transfert de la Suisse à l'étranger

- 23 En miroir à l'art. 161 al. 1 LDIP, l'art. 163 al. 1 LDIP prévoit la possibilité d'un transfert formel de droit depuis la Suisse : Une société suisse peut se soumettre au droit étranger sans liquidation ni nouvelle fondation si les conditions prévues par le droit suisse sont remplies et si elle continue d'exister selon le droit étranger (art. 163 al. 1 LDIP).

d. Fusion par voie d'immigration et d'émigration

Enfin, il convient de relever que des transferts de siège transfrontaliers 24 peuvent également résulter d'états de fait de fusion, qui sont respectivement possibles en tant que fusion par absorption ou fusion par combinaison (art. 163a s. LDIP).

BIBLIOGRAPHIE

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) vom 15. April 2015, BBl 2015 S. 3617 ff., abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2015/956/de> (zit. Botschaft 2015).

Eberhard Stefan/von Planta Andreas, Kommentierungen zu Art. 21 und 154 IPRG, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Eberhard/Planta).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister (EHRA), Anleitung und Weisung an die Handelsregisterbehörden für die Bildung und Prüfung von Firmen und Namen vom 1. April 2021, abrufbar unter <https://ehra.fenceit.ch/wp-content/uploads/sites/54/Weisung-fuer-die-Pruefung-von-Firmen-und-Namen-vom-1.-April-2021-1.pdf> (zitiert als EHRA-Firmen- und Namensrechtsweisung).

Grüniger Harold, Grenzüberschreitende Sitzverlegungen aus der und in die Schweiz, in: Jakob Dominique (Hrsg.), Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa, Bern 2010, 119 ff.

Gutzwiller Max, Verbandspersonen, Grundsätzliches, in: Gutzwiller Max (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, II Band, Einleitung und Personenrecht, Basel et al. 1967.

Jakob Dominique, Kommentierung zu Art. 56 ZGB, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (KUKO-Jakob).

Jakob Dominique, Time to say goodbye – Die Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen aus stiftungsrechtlicher und internationalprivatrechtlicher Perspektive, in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander D./Portmann Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich et al. 2018, S. 171 ff.

Jakob Dominique, § 119 Stiftungsartige Erscheinungsformen im Ausland, in: Beuthien Volker/Gummert Hans/Schöpflin Martin (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, Verein – Stiftung bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., München 2016 (zit. Jakob, MüHB).

Kunz Peter V./Rodriguez Rodrigo, Kommentierungen zu Art. 163, 163a und 163b IPRG, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Kunz/Rodriguez).

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter/Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018.

Meisterhans Clemens/Gwelessiani Michael, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich 2021.

Pedrazzini Mario/Oberholzer Niklaus, Grundriss des Personenrechts, 4. Aufl., Bern 1993.

Reitze Christophe, Kommentierung zu Art. 56 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK-Reitez).

Riemer Hans Michael, Stämpflis Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012 (zit. BSK-Riemer).

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993 (zit. BK-Riemer).

Schmid Ernst F., Kommentierung zu Art. 53 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021 (BSK-Schmid).

Siffert Rino, Berner Kommentar, Die Geschäftsfirmen, Art. 944–956 OR, Bern 2017 (zit. BK-Siffert).

Weber Rolf H., Einleitung und Personenrecht, in: Tercier Pierre (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, II Band, 4. Teilband, Basel 1998.

Xoudis Julia, Kommentierung zu Art. 56 ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010 (zit. CR-Xoudis).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 57 CC

Un commentaire de Lukas Brugger / Claude Humbel

PROPOSITION DE CITATION

Lukas Brugger/Claude Humbel, Commentaire de l'art. 57 CC, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (édit.), Commentaire en ligne du Code civil suisse

Citation abrégée: OK-Brugger/Humbel, art. 57 CC N. XXX.

E. Suppression de la personnalité

I. Destination des biens

Art. 57

¹ Sauf disposition contraire de la loi, des statuts, des actes de fondation ou des organes compétents, la fortune des personnes morales dissoutes est dévolue à la corporation publique (Confédération, canton, commune) dont elles relevaient par leur but.

² La destination primitive des biens sera maintenue dans la mesure du possible.

³ La dévolution au profit d'une corporation publique aura lieu, nonobstant toute autre disposition, si la personne morale est dissoute parce que son but était illicite ou contraire aux mœurs.

TABLE DES MATIÈRES

- I. Objet de la réglementation 53
- II. Utilisation du patrimoine 53
 - A. Cas général (al. 1 et 2) 53
 - 1. Contenu de la norme et classification systématique 53
 - 2. Champ d'application de la norme 55
 - B. Confiscation des biens (al. 3)..... 56
 - 1. Contenu de la norme et classification systématique 56
 - 2. Champ d'application de la norme en général 56
 - 3. Applicabilité également aux personnes morales initialement nulles 57
 - a. Personnes morales en général 57
 - b. Pas d'applicabilité aux fondations de famille 57
- Bibliographie..... 59

I. OBJET DE LA RÉGLEMENTATION

L'art. 57 CC (« **Utilisation du patrimoine** ») est lié, sur le plan du contenu, à l'art. 58 CC (« Liquidation [du patrimoine] »). L'interaction de ces deux dispositions règle (bien que dans l'ordre inverse) le déroulement de la dissolution de personnes morales avec liquidation de patrimoine. Les opérations prévues par la LFus (fusion, scission, transformation et transfert de patrimoine) n'impliquent généralement pas de liquidation de patrimoine, ni même, dans certains cas, la dissolution ou la liquidation de toutes les personnes morales concernées. L'art. 57 CC ne traite pas non plus de la dissolution d'une personne morale suite à une faillite.

Les **motifs de dissolution** eux-mêmes ne sont pas décrits à l'art. 57 CC, mais sont considérés par cette disposition comme un élément constitutif. Les conditions de la dissolution ou de la suppression des différentes personnes morales se trouvent, d'une part, dans les **complexes de normes respectifs** et, d'autre part, dans **des motifs de dissolution de nature juridique** tels que les limitations statutaires (p. ex. dans une association ou une fondation à durée déterminée) ou les conditions résolutoires. En principe - sauf pour les fondations, cf. art. 88 al. 1 CC - la **liberté de dissolution** prévaut en raison de l'autonomie privée. Dans la doctrine, on avance avec de bonnes raisons que l'art. 57 al. 3 CC réglemente certes l'utilisation des biens dans un but immoral ou illicite, mais que, comme les motifs de dissolution correspondants ne sont expressément normalisés que pour les personnes morales du CC (art. 78, 88 al. 1 ch. 2 CC), l'al. 3 pourrait le cas échéant être qualifié de motif de dissolution pour les personnes morales du CO.

II. UTILISATION DU PATRIMOINE

A. Cas général (al. 1 et 2)

1. Contenu de la norme et classification systématique

L'art. 57 al. 1 CC prévoit que les biens d'une personne morale supprimée reviennent **à la collectivité publique** à laquelle elle était rattachée par sa destination. Cette disposition doit être lue en relation avec les dispositions correspondantes du droit des fondations de l'art. 84 al. 2 CC. L'importance

pratique de la dévolution des biens à la collectivité (al. 1 et al. 2) est limitée, car il s'agit, du point de vue de la hiérarchie des normes, d'une *lex generalis* **qui s'efface** devant les dispositions divergentes de la loi, des statuts, de l'acte de fondation ou d'une décision des organes compétents. Une telle dérogation statutaire est courante dans la pratique, notamment pour les organisations d'utilité publique exonérées d'impôt, car les autorités fiscales exigent que la fortune soit liée au but exonéré d'impôt. Ainsi, la dévolution de la fortune à la collectivité publique est la plupart du temps surtaxée par rapport au droit à l'autodétermination, raison pour laquelle il faut d'abord rechercher une disposition statutaire correspondante. En l'absence d'une telle disposition, la dévolution subsidiaire des biens à la collectivité publique s'applique aux personnes morales du CC, à condition que les biens soient utilisés le plus possible conformément à leur but actuel (al. 2). En revanche, pour les collectivités du CO, les dispositions légales respectives relatives à la répartition du produit priment sur l'art. 57 al. 1 CC. Sous réserve de l'al. 3 (cf. N. 8), tant les personnes morales du CO que celles du CC peuvent donc gérer de manière autonome l'utilisation de leur patrimoine lors de la dissolution.

- 4 En dépit d'une formulation claire en soi, l'OFRC a récemment adopté le point de vue selon lequel **les clauses de bénéficiaires ultimes** du droit des fondations sont inadmissibles (et conduisent à la nullité totale de la fondation). La pratique du droit des fondations, qui prévoit l'utilisation des biens en cas de dissolution d'une fondation (familiale) et un droit de dévolution pour le fondateur ou ses ayants droit, est très répandue. La conception de l'EHRA n'est pas inscrite dans le texte et ne se justifie pas au regard du téléos ou de l'histoire de la législation. Elle se fonde sur l'intention d'empêcher l'introduction statutaire de droits de révocation ou de retrait du fondateur pendant la vie - tels qu'ils ont été discutés dans le cadre de l'initiative parlementaire Schiesser et rejetés au regard du principe de séparation. D'un point de vue dogmatique, il convient de distinguer clairement de tels « droits du fondateur » d'une clause de bénéficiaire ultime en cas de dissolution au sens de l'art. 57 al. 1 CC ; on ne peut en aucun cas en déduire une interdiction globale des clauses d'affectation du patrimoine lors de la dissolution de fondations selon les art. 88/89 CC.

2. Champ d'application de la norme

L'applicabilité de l'art. 57 al. 1 et 2 CC aux **personnes morales devenues ultérieurement immorales ou illicites** n'est pas contestée. En revanche, les conséquences patrimoniales de la déclaration de nullité d'une personne morale *initialement* illicite (art. 52 al. 3 CC) sont imbriquées et font l'objet d'opinions multiples et controversées. Tant la jurisprudence que la majorité de la doctrine (même en cas d'acceptation d'une dissolution *ex tunc*) se prononcent en faveur de l'applicabilité des *règles de liquidation aux personnes morales initialement défectueuses*, pour des raisons de protection du trafic et de la confiance, dans la mesure où celles-ci sont déjà entrées en relation avec des tiers. Il faut donc d'abord procéder à une liquidation pour régler les dettes (cf. à propos de la procédure l'art. 58 CC en relation avec l'art. art. 913 et 739 ss. CO, commentaire de l'art. 58 in OK-Humbel, art. 58 CC n. 5 ss.), si l'illicéité initiale d'une personne morale est constatée ultérieurement.

La question de savoir si les *règles de répartition selon l'art. 57 CC* sont également applicables aux personnes morales dont les buts sont initialement illicites ou immoraux est également contestée. Le libellé de l'art. 57 CC parle d'une « suppression » (en français : « personnes morales dissoutes », en italien : « sciolta una persona giuridica »), ce qui implique une personne morale déjà existante. Au regard du contenu verbal et du telos de la norme, de bonnes raisons s'opposent également à l'application de l'art. 57 al. 1 et 2 CC aux personnes morales présentant des vices de constitution : Dans le cas d'une personne morale qui n'a jamais été constituée, le patrimoine ne peut être utilisé ni conformément aux dispositions statutaires ou aux décisions des organes (al. 1), ni « le plus conformément possible au but poursuivi jusqu'alors » (al. 2). Néanmoins, certains souhaitent que l'art. 57 al. 1 et 2 CC s'applique également aux personnes morales affectées de vices de constitution. Ces avis doctrinaux se réfèrent principalement à deux arrêts individuels du Tribunal fédéral qui portaient exclusivement sur l'applicabilité de l'art. 57 al. 3 CC et qui ont été rendus dans le contexte spécifique et politiquement marqué de l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger.

Il convient enfin de noter que, selon l'avis de la Cour suprême, l'art. 57 al. 1 et 2 CC s'applique en principe aussi aux fondations de famille.

B. Confiscation des biens (al. 3)

1. Contenu de la norme et classification systématique

- 8 La règle de confiscation de l'art. 57 al. 3 CC est une réglementation spéciale qui n'existe pas sous cette forme dans les pays voisins de la Suisse - pour autant que l'on puisse en juger - et qui constitue donc un "*unicum helvétique* ». Le motif téléologique est que les personnes physiques ou morales qui poursuivent un but immoral ou illicite par le biais d'une personne morale ne doivent pas être mises en mesure de disposer à nouveau du patrimoine correspondant et de fonder tout simplement une nouvelle personne morale.
- 9 Cette confiscation des biens par l'État doit être comprise comme une *lex specialis* qui prime sur d'éventuelles dispositions légales ou statutaires relatives à l'utilisation des biens lorsqu'une personne morale est supprimée en raison de la poursuite de buts immoraux ou illicites. Compte tenu de l'atteinte radicale à la position de propriété de la personne morale concernée, la confiscation n'est autorisée qu'en tant qu'*ultima ratio*.
- 10 En combinaison avec les al. 1 et 2, l'examen de l'utilisation des biens après la liquidation doit donc en principe se faire dans l'**ordre** suivant : (i) il faut d'abord examiner les conditions d'une éventuelle application de l'art. 57 al. 3 CC et de la confiscation des biens qui en découle. (ii) Ensuite, il convient d'examiner les éventuelles dispositions - légales ou statutaires - prises en vertu de l'art. 57 al. 1 CC. (iii) Enfin, un éventuel excédent d'actifs au sens d'une solution de repli revient à la collectivité.

2. Champ d'application de la norme en général

- 11 Le champ d'application de l'art. 57 al. 3 CC est controversé, notamment en raison des conséquences radicales de son application. La doctrine très majoritaire est d'avis qu'une application globale de l'art. 57 al. 3 CC à toutes les personnes morales présentant un défaut de finalité serait **trop large**.
- 12 Les multiples tentatives de justification d'une réduction de cette disposition excessive peuvent être regroupées en trois lignes d'argumentation, des différences pouvant également exister au sein de chacune d'entre elles : (a) La première ligne d'argumentation interprète le critère de « l'illicéité du but » de manière restrictive, une « répréhensibilité » particulière de l'action, voire une violation de l'*ordre public*, étant par exemple exigée pour une application de

l'art. 57 al. 3 CC. (b) D'autres auteurs souhaitent utiliser comme critère d'appréciation le résultat illicite provoqué par l'attribution de biens. (c) Un troisième point de vue préconise enfin un accès aux personnes qui se cachent derrière la personne morale illicite ou immorale. (d) Enfin, un dernier groupe d'auteurs est d'avis que les solutions proposées aux points (a) à (c) reformulent artificiellement la notion d'illicéité afin d'atténuer les résultats insatisfaisants de l'art. 57 al. 3 CC. Il semble plus approprié de concevoir la règle de confiscation comme une norme de règlement similaire au droit de l'enrichissement. Celle-ci devrait contribuer à mettre fin à la situation illicite en respectant au mieux la volonté des parties et les autres intérêts légitimes (principe de la plus petite intervention possible). En effet, une norme de règlement ne doit pas être interprétée en elle-même, mais à la lumière du but de protection de la norme qui établit l'illicéité. C'est sur cette base qu'il faut déduire les mesures à prendre pour mettre fin à la situation illicite.

3. Applicabilité également aux personnes morales initialement nulles

a. Personnes morales en général

La question se pose également de savoir si la règle de confiscation de l'art. 57 al. 3 CC s'applique également aux **personnes morales initialement nulles - parce qu'illicites ou immorales**. Cette question fait depuis longtemps l'objet de vives controverses. Comme dans le cadre des al. 1 et 2, le libellé de l'art. 57 al. 3 CC indique en principe que l'art. 57 al. 3 CC ne peut s'appliquer qu'en cas d'illicéité ultérieure, car le verbe « annuler » implique une existence antérieure de la personne morale dans le temps. Les matériaux originaux ainsi que ceux de la révision dans le cadre de l'initiative parlementaire Schiesser (00.461) donnent une indication dans ce sens. La jurisprudence du Tribunal fédéral a néanmoins étendu l'application (par analogie) de la règle de la confiscation aux corporations du CO et aux personnes morales ayant un but initialement illicite ou immoral. Ces décisions ont été rendues dans le contexte de sociétés anonymes créées pour contourner les dispositions de l'ancienne LFAIE (ou de l'actuelle LFAIE). 13

b. Pas d'applicabilité aux fondations de famille

Il n'est pas clair si ces décisions rendues dans le contexte des sociétés anonymes sont également valables pour les fondations de famille. Dans des arrêts spécifiques au droit des fondations familiales, rendus *avant* cette 14

jurisprudence relative aux corporations du CO, le Tribunal fédéral avait explicitement **exclu** du champ d'application de l'art. 57 al. 3 CC les fondations de famille dont le but était en conflit avec l'art. 335 al. 1 CC. La question de savoir si l'exclusion des fondations de famille expressément ordonnée par le Tribunal fédéral reste valable malgré sa jurisprudence récente fait l'objet de débats passionnés. Bien que le Tribunal fédéral n'ait pas émis de réserve à ce sujet, la doctrine et la pratique cantonale partent du principe que l'art. 57 al. 3 CC ne s'applique pas du seul fait que le but d'une fondation dépasse les limites de l'art. 335 al. 1 CC. Cela nous semble justifié pour les raisons suivantes : D'abord et avant tout, en cas de « simples » ou « simples » violations de l'art. 335 al. 1 CC, le « caractère particulièrement répréhensible » exigé par une partie de la doctrine (cf. supra N. 12) fait défaut, pour autant qu'aucune autre violation de la loi ne s'y ajoute. La description des buts admissibles à l'art. 335 al. 1 CC ne constitue pas un corset normatif suffisamment précis dont le dépassement, le cas échéant même inconscient, pourrait justifier une confiscation à la lumière du principe de proportionnalité. En outre, la limitation du but de l'art. 335 al. 1 CC ne vise qu'à faire triompher une appréciation du législateur, mais n'est pas une norme pénale (comme les dispositions de la LFAIE).

- 15 Si l'on part du principe, avec la doctrine dominante, que l'art. 57 al. 3 CC ne s'applique pas aux fondations de famille, la conséquence juridique d'une nullité initiale est un **retour de la fortune au fondateur initial** ou à ses héritiers ou descendants. En cas de création d'une fondation fiduciaire, les biens d'une fondation de famille nulle ne reviennent pas au fiduciaire (fondateur ou fondatrice formel(le)), mais au fiduciaire (fondateur ou fondatrice économique).
- 16 Dans ce contexte se pose la question du traitement des **clauses statutaires de caducité** en cas de nullité initiale. A notre connaissance, cette question n'est guère traitée dans la littérature. A notre avis, en cas de nullité initiale, les clauses statutaires de caducité ne s'appliquent pas en l'absence de création effective de la personne morale, et ce indépendamment du moment où l'on souhaite fixer le moment des effets d'un jugement de nullité : Alors qu'une clause de caducité n'a de toute façon jamais pu déployer d'effets dans le cas d'un jugement ayant un effet *ex tunc*, il en va de même dans le cas d'une liquidation de fait *ex nunc* ou de l'acceptation d'un patrimoine distinct, car cela ne pourrait se faire que pour des considérations de protection de la

confiance et dans les relations extérieures. Si une disposition des statuts de la fondation prévoit qu'en cas de dissolution de la fondation, le patrimoine doit revenir au circuit de succession du fondateur ou de la fondatrice, cette disposition est sans importance en cas de nullité. En aucun cas, l'inclusion d'une telle disposition dans l'acte de fondation n'entraîne la nullité de la fondation, d'autant plus qu'elle conduit au même résultat que la dévolution du patrimoine postulée par la doctrine et la jurisprudence.

BIBLIOGRAPHIE

Bloch Konrad, Die Ansprüche der Begünstigten einer Familienstiftung nach schweizerischem Recht, SJZ 1951, S. 72 ff.

Cartier Patricia/Friederich Anouk/Gün Merve/Poggio Karin/Siffert Rino/Tagmann Adrian, Rückblick auf die Praxis 2019 des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister, REPRAX 2020, S. 110 ff.

Druey Jean Nicolas, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 6.3.1986 i.S. Wohnbau AG Giswil c. Obwalden, SAG 1986, S. 182 f.

Eichenberger Lukas/Leu Daniel, Nichtigkeit und Eintragungsverweigerung: Hürden bei der Eintragung alter Familienstiftungen im Handelsregister, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) Familienstiftungen – neue Perspektiven, Tagungsband, Zürich 2024, S. 81 ff.

Eisenring Martin, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB – PartG, 3. Aufl., Zürich 2016.

Gmür Max/Hafter Ernst, Berner Kommentar, Personenrecht, Bern 1919.

Grüniger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

Heini Anton, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichtes, II. Zivilabteilung, vom 6.3.1986, SAG 1986, S. 180 f.

Hirsch Alain, Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichtes vom 6.3.1986, SAG 1986, S. 181.

Jakob Dominique, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018.

Jakob Dominique, Die liechtensteinische Stiftung, Eine strukturelle Darstellung des Stiftungsrechts nach der Revision vom 26.6.2008, Schaan 2009.

Jakob Dominique, Was darf eine Familienstiftung (noch) tun? in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) Familienstiftungen – neue Perspektiven, Tagungsband Zürich 2024, S. 117 ff. (zit. Jakob, Neue Perspektiven).

Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen. Ein Blick auf die bestehende Registerpraxis und eine Besprechung des Urteils BVGer B-951/2020 vom 16.8.2021, SJZ 2022, S. 736 ff.

Kick Markus, Die verbotene juristische Person. Unter besonderer Berücksichtigung der Vermögensverwendung nach Art. 57 Abs. 3 ZGB, Diss. Univ. Freiburg 1992 (= AISUF 123).

Daniel Leu/Daniel Gabrieli, Statutenänderungen bei Familienstiftungen, in: Peter Breitschmid/Paul Eitel/Alexandra Jungo (Hrsg.), Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker, Festschrift für Hans Rainer Künzle, Zürich/Basel/Genf 2021, 277 ff.

Niggli Christina, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB – PartG, 3. Aufl., Zürich 2016.

Piotet Denis, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010.

Reitze Christophe, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

Riemer Hans Michael, Stämpfli's Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012.

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993.

Sprecher Thomas/von Salis-Lütolf Ulysses, Die schweizerische Stiftung, Zürich 1999.

Vez Parisima, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, 2. Aufl., Basel 2023.

Vez Parisima, Fondation, lacunes et droit désirable. Une analyse critique et systématique des articles 89 à 89, Bern 2004.

Weber Rolf, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II/4, Juristische Personen, Basel 1999.

Xoudis Julia, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, 2. Aufl., Basel 2023.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 58 CC

Un commentaire de Claude Humbel

PROPOSITION DE CITATION

Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 58 ZGB, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Citation abrégée: OK-Humbel, N. XXX zu Art. 58 ZGB.

II. Liquidation

Art. 58

Les biens des personnes morales sont liquidés en conformité des règles applicables aux sociétés coopératives.

TABLE DES MATIÈRES

- I. Remarque préliminaire 65
- II. Phase de liquidation et procédure de liquidation 65
 - A. Personnalité juridique en phase de liquidation 65
 - B. Double renvoi aux dispositions de procédure du droit de la société anonyme ... 65
 - C. Aperçu du déroulement d'une procédure de liquidation ordinaire 66
 - 1. Désignation des liquidateurs 66
 - 2. Activité de liquidation 66
 - 3. Répartition de l'excédent d'actif 66
 - 4. Clôture de la procédure de liquidation 67
 - 5. Réinscription 67
 - D. Procédure simplifiée pour les personnes morales du CC 67
- Bibliographie 68

I. REMARQUE PRÉLIMINAIRE

Tout comme la "disposition sœur" de l'art. 57 CC, l'art. 58 CC – contrairement 1
à son titre "dissolution" – ne règle justement pas les conditions de la
dissolution des personnes morales, mais la présuppose comme élément
constitutif.

D'un point de vue systématique, il est étonnant que le législateur ait placé la 2
réglementation de la procédure de liquidation après celle de l'utilisation du
patrimoine. Ainsi, dans la pratique, lorsqu'un motif de dissolution survient, le
patrimoine d'une personne morale doit d'abord être liquidé de manière privée
et ce n'est qu'ensuite que le produit net peut être distribué (art. 57 CC).

II. PHASE DE LIQUIDATION ET PROCÉDURE DE LIQUIDATION

A. Personnalité juridique en phase de liquidation

La capacité juridique de la personne morale subsiste même après l'entrée en 3
phase de liquidation. Il y a cependant un changement de but à inscrire au
registre du commerce et la liquidation devient le seul but de la personne
morale (ajout : "en liquidation"). Les compétences des organes existants sont
alors limitées aux actes nécessaires à la liquidation, mais qui ne peuvent pas
être effectués par les liquidateurs.

La fin effective de la capacité juridique intervient lors de la radiation du 4
registre du commerce pour les personnes morales inscrites au registre du
commerce et lors de la clôture de la liquidation dans les autres cas.

B. Double renvoi aux dispositions de procédure du droit de la société anonyme

Pour le déroulement de la procédure de liquidation proprement dite, l'art. 58 5
CC renvoie tout d'abord aux dispositions du droit des sociétés coopératives
(art. 913 al. 1 CO) qui, à leur tour, invoquent (pour les aspects procéduraux) les
dispositions du droit de la société anonyme en matière de liquidation pour
leur application. Grâce à cette chaîne de renvois (dynamique), les dispositions

du droit de la société anonyme (art. 739 ss CO) sont en fin de compte applicables à toutes les personnes morales de droit privé.

- 6 Lors de la liquidation, il faut tenir compte des particularités de chaque personne morale, par exemple les dispositions du droit du registre du commerce ne s'appliquent pas aux associations non inscrites au registre du commerce et, pour les fondations surveillées, la liquidation doit être surveillée par l'autorité de surveillance compétente.

C. Aperçu du déroulement d'une procédure de liquidation ordinaire

- 7 Pour l'essentiel, il s'agit, lors de la liquidation, de liquider tous les rapports juridiques encore existants.

1. Désignation des liquidateurs

- 8 Sauf dispositions statutaires ou décisions contraires, il s'agit en règle générale de l'organe exécutif. En cas de dissolution judiciaire, le tribunal désigne également les liquidateurs, qui sont alors considérés comme des organes extraordinaires et dont la responsabilité peut être engagée en vertu de l'art. 55 al. 2 CC. Enfin, en cas de faillite, c'est l'administration de la faillite qui est compétente.

2. Activité de liquidation

- 9 Ensuite, les liquidateurs dressent le bilan et émettent un appel aux créanciers. Ensuite, ils mettent fin aux affaires en cours, encaissent les éventuels montants encore dus et réalisent les actifs. Parallèlement, ils doivent remplir les obligations de la personne morale. En cas de surendettement, le tribunal doit être informé et ordonner l'ouverture de la faillite (dans ce cas, il convient de se référer aux dispositions spéciales du droit de la faillite, cf. art. 740 al. 5 CO et art. 197 ss, 221 ss LP).

3. Répartition de l'excédent d'actif

- 10 Ce n'est que lorsqu'il reste un excédent d'actif après l'extinction de toutes les dettes de la personne morale que celui-ci doit être réparti.

4. Clôture de la procédure de liquidation

La personne morale prend fin avec la clôture de la procédure de liquidation. 11
Après la clôture de la liquidation, les liquidateurs doivent, conformément à l'art. 746 CO, requérir l'extinction de la raison sociale auprès de l'office du registre du commerce. Si une entité juridique est radiée du registre du commerce après la clôture de la liquidation, son existence juridique prend fin.

5. Réinscription

Une réinscription est possible (art. 935 CO) : Quiconque rend vraisemblable 12
un intérêt digne de protection peut requérir du juge la réinscription au registre du commerce de l'entité juridique radiée (al. 1). L'intérêt digne de protection est concrétisé à l'al. 2, où il s'agit d'une énumération exemplative.

In nuce, il s'agit ici de constellations dans lesquelles il s'avère, après la 13
radiation de l'entité juridique du registre du commerce, que la liquidation n'était pas encore terminée. Afin de donner à l'entité juridique la capacité d'agir nécessaire pour accomplir les actes requis pour clôturer la liquidation, elle doit être réinscrite au registre du commerce. Ce n'est qu'alors que la personnalité juridique renaît et que la liquidation non clôturée peut être clôturée. Ensuite, le motif de réinscription disparaît et l'entité juridique doit à nouveau être radiée.

D. Procédure simplifiée pour les personnes morales du CC

L'art. 58 CC est certes un droit impératif. Mais la doctrine admet, pour les 14
associations et les fondations, dans des cas simples (notamment en cas de clarté quant aux créanciers et à leurs créances), la liquidation tacite, par laquelle l'activité de la personne morale en question est menée à terme sans la mention "en liquidation" et, le cas échéant, sans un appel aux créanciers. Ce n'est qu'après la clôture de l'activité de liquidation proprement dite qu'intervient une inscription au registre du commerce, qui comprend aussi bien le passage au stade de la liquidation que la radiation. La liquidation tacite est exclue à juste titre pour les collectivités du CO et ne devrait être utilisée qu'avec une grande retenue – pour des considérations de protection des créanciers – pour les associations et les fondations.

BIBLIOGRAPHIE

Bilek Eva/von der Crone Hans Caspar, Voraussetzungen und Kognition hinsichtlich der Wiedereintragung einer Gesellschaft, SZW 2007, S. 453 ff.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2009.

Jakob Dominique, Kommentierung zu Art. 58 ZGB, in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO-Jakob).

Lorandi Franco, Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister nach Abschluss des Insolvenzverfahrens, AJP 2018, S. 724 ff.

Reitze Christophe, Kommentierung zu Art. 57/58 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK-Reitze).

Riemer Hans Michael, Stämpfli's Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89^{bis} ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012 (zit. SHK-Riemer).

Siffert Rino, Berner Kommentar, Das Handelsregister, Art. 927–943 OR, Bern 2021 (zit. BK-Siffert).

Vischer Markus, Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?, GesKR 2015, S. 257 ff.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Xoudis Julia, Kommentierung zu Art. 57/58 ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010 (zit. CR-Xoudis).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 59 CC

Un commentaire de Claude Humbel

PROPOSITION DE CITATION

Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 59 ZGB, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Citation abrégée: OK-Humbel, N. XXX zu Art. 59 ZGB.

F. Réserves en faveur du droit public et du droit sur les sociétés

Art. 59

¹ Le droit public de la Confédération et des cantons demeure réservé pour les corporations ou les établissements qui lui sont soumis et pour ceux qui ont un caractère ecclésiastique.

² Les organisations corporatives qui ont un but économique sont régies par les dispositions applicables aux sociétés.

³ Les sociétés d'allmends et autres semblables continuent à être régies par le droit cantonal.

TABLE DES MATIÈRES

- I. Contenu de la réglementation 71
 - A. Généralités 71
 - B. Normes de renvoi déclaratoires vs. constitutives 71
- II. Collectivités et établissements de droit public (al. 1, première variante) 72
 - A. Notions et délimitation 72
 - B. Droit applicable 72
- III. Corporations et établissements de droit ecclésiastique (al. 1, deuxième variante) . 73
 - A. Notion 73
 - B. Droit applicable 74
- IV. Corporations de droit privé fédéral à but économique (al. 2) 74
 - A. Notion 74
 - 1. "Associations de personnes" 74
 - 2. But économique 75
 - B. Droit applicable 75
- V. Corporations de droit cantonal (al. 3) 76
 - A. Notion 76
 - B. Droit applicable 76
- Bibliographie 77

I. CONTENU DE LA RÉGLEMENTATION

A. Généralités

Avec la dernière norme des dispositions générales sur les personnes morales, 1 le champ d'application direct des art. 52–58 CC est à nouveau limité. En effet, l'art. 59 CC n'est pas une norme matérielle, mais une simple norme de renvoi à caractère en partie programmatique. En conséquence, pour quatre groupes différents de personnes morales, il est renvoyé à différents ensembles de normes (droit public fédéral ou cantonal ; droit privé des cantons ou prescriptions du droit des obligations) ou ceux-ci sont réservés.

Une distinction catégorielle est faite entre les corporations et établissements 2 de droit public (al. 1, première variante), les corporations et établissements ecclésiastiques de droit public (al. 1, deuxième variante), les associations de personnes à but économique (al. 2) ainsi que les sociétés coopératives d'allmends et les corporations similaires (al. 3).

B. Normes de renvoi déclaratoires vs. constitutives

Lorsque le droit applicable résulte déjà des principes généraux ainsi que 3 d'autres dispositions, comme c'est le cas aux al. 1 et 2, il s'agit d'un renvoi purement déclaratoire ou d'un faux renvoi. Ainsi, le résultat du renvoi de l'al. 1 découle déjà de la réserve générale de l'art. 6 al. 1 CC, selon laquelle les compétences de droit public des cantons ne peuvent pas être limitées par le droit privé fédéral. De même, l'applicabilité des dispositions du droit des sociétés et du droit des coopératives aux associations de personnes ayant un but économique découle déjà des principes généraux relatifs aux personnes morales, raison pour laquelle ce renvoi doit également être considéré comme déclaratoire.

Etant donné que sans le renvoi de l'al. 3, le droit privé fédéral serait applicable 4 aux coopératives d'allmend et autres corporations similaires en vertu de l'art. 5 al. 1 CC, il s'agit d'un renvoi constitutif (authentique) qui "appelle originellement l'ensemble de normes auquel il est fait référence".

II. COLLECTIVITÉS ET ÉTABLISSEMENTS DE DROIT PUBLIC (AL. 1, PREMIÈRE VARIANTE)

A. Notions et délimitation

- 5 Les collectivités de droit public sont définies comme des "entités administratives constituées en membres, fondées sur le droit public et dotées de la puissance publique" pour l'accomplissement autonome de tâches étatiques. Outre les collectivités territoriales (Confédération, cantons, communes), elles comprennent également les collectivités personnelles (associations d'étudiants organisées selon le droit public) et les collectivités réelles (notamment les syndicats d'améliorations foncières, les corporations d'alpage et autres). Des formes mixtes entre ces catégories sont également envisageables.
- 6 Les établissements de droit public sont des unités administratives qui regroupent un certain nombre de personnes et de biens et qui les mettent durablement à la disposition de leurs utilisateurs pour une tâche administrative déterminée. On distingue les établissements de droit public autonomes et les établissements de droit public dépendants : les premiers ont la personnalité juridique, les seconds non. Les fondations de droit public constituent une forme particulière d'établissements de droit public, c'est-à-dire des patrimoines rendus autonomes par un acte de fondation, qui sont des unités administratives soumises au droit public et qui remplissent une tâche publique. Les fondations de droit public peuvent également être indépendantes ou dépendantes, c'est-à-dire disposer ou non d'une personnalité juridique propre.
- 7 La question de savoir si l'on est en présence d'une personne morale de droit public n'est que rarement contestée dans la pratique ; une attribution résulte généralement sans autre des bases de la création. En revanche, l'inscription au registre du commerce ne constitue pas un indice valable pour la délimitation.

B. Droit applicable

- 8 En principe, les collectivités et les établissements de droit public sont soumis au droit public fédéral et cantonal. Cela doit être précisé dans la mesure où cette référence ne concerne que les aspects internes de ces personnes

morales, tels que la constitution, le but et les statuts d'organisation (y compris leur modification) ainsi que la suppression.

En ce qui concerne les relations externes, il convient en revanche de faire une 9 distinction : Le droit public est applicable lorsque la personne morale exerce simultanément des tâches publiques avec le pouvoir souverain qui lui a été conféré par la collectivité publique et qu'elle est donc considérée comme titulaire de la souveraineté. En revanche, dans la mesure où la collectivité ou l'établissement de droit public est assimilé à son vis-à-vis dans les relations extérieures et n'agit pas en tant que puissance publique (par exemple lors de l'achat d'accessoires de bureau), il faut partir du principe qu'il s'agit d'une relation de droit privé.

En outre, non seulement le droit public, mais aussi le droit privé fédéral (y 10 compris le droit du registre du commerce et le droit des fusions) contiennent des normes particulières pour les personnes morales de droit public.

Enfin, il convient de noter que le droit public peut également s'appliquer aux 11 personnes morales de droit privé du CC ou du CO. C'est notamment toujours le cas lorsqu'il s'agit de l'accomplissement de tâches publiques (éventuellement en relation avec l'exercice de la puissance publique), comme c'est le cas pour les caisses-maladie de droit privé en tant que responsables de l'assurance-maladie obligatoire ou les sociétés de tir en tant que responsables du tir obligatoire hors du service.

III. CORPORATIONS ET ÉTABLISSEMENTS DE DROIT ECCLÉSIASTIQUE (AL. 1, DEUXIÈME VARIANTE)

A. Notion

La notion de personne morale de droit public ecclésiastique est ambiguë et 12 est interprétée de manière plus ou moins large par la doctrine. Ce qui est certain, c'est que le droit public s'applique en tout cas aux personnes morales qui sont reconnues de droit public par l'Eglise et le canton ou qui ont été créées par un canton pour des intérêts ecclésiastiques.

La question de l'ensemble des normes applicables ne doit pas être confondue 13 avec la protection constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance

selon l'art. 15 Cst. qui est accordée à toute personne morale qui poursuit un but religieux selon ses statuts.

B. Droit applicable

- 14 Dans le cas des personnes morales ecclésiastiques de droit public, il faut en principe procéder de la même manière que pour les autres personnes morales de droit public (cf. ci-dessus II.B.) ; ainsi, le droit public fédéral ou cantonal s'applique d'abord dans les rapports internes et ensuite dans les rapports externes en cas d'activités relevant de la puissance publique. Le droit privé fédéral s'applique d'une part lorsqu'une activité non souveraine (par exemple commerciale) est poursuivie. D'autre part, des dispositions de droit privé fédéral peuvent être introduites en tant que droit public cantonal par le biais d'un renvoi ou pour combler des lacunes. Enfin, le droit interne de l'Eglise (par exemple le droit canonique) peut s'appliquer par le biais d'un tel renvoi dans le droit public cantonal.

IV. CORPORATIONS DE DROIT PRIVÉ FÉDÉRAL À BUT ÉCONOMIQUE (AL. 2)

A. Notion

1. "Associations de personnes"

- 15 L'al. 2 soumet les "groupements de personnes" qui poursuivent un but économique "aux dispositions relatives aux sociétés et aux coopératives". Selon une interprétation littérale, cela inclurait certes, outre les personnes morales, les communautés dites juridiques. Selon la lecture dominante et à mon avis correcte, seules les premières sont visées. L'élément systématique plaide en faveur de cette interprétation : l'ensemble de l'art. 59 CC est intégré dans les "dispositions générales" relatives aux personnes morales, qui ne traitent justement pas des communautés juridiques. L'art. 52 al. 1 CC, qui parle de "groupements de personnes organisés corporativement", donne une indication supplémentaire dans la même direction. Dans la mesure où l'art. 52 al. 3 CC et l'art. 59 al. 2 CC reprennent le même terme, mais sans l'addendum de "l'organisation corporative", ce dernier devrait être également concerné.

Les associations de personnes à but économique organisées corporativement 16
sont régies par le CO. Comme il n'existe pas d'établissements au sens du CO,
on parle régulièrement et simplement de "corporations du CO".
Concrètement, il s'agit donc de la société anonyme (art. 620 ss CO), de la
société en commandite par actions (art. 764 ss CO), de la société à
responsabilité limitée (art. 772 ss CO) et de la société coopérative (art. 828 ss
CO).

2. But économique

L'al. 2 revêt une importance particulière en ce qui concerne l'association au 17
sens des art. 60 ss CC : La poursuite d'un but économique est en effet en
même temps un critère de délimitation pour l'admissibilité de la forme
d'association (art. 60 al. 1 CC). S'il existe un but économique dans une
association de personnes organisée sous forme corporative, il faut choisir une
forme juridique d'une des "corporations du CO".

Il y a "but économique" lorsque des avantages économiques ou d'autres 18
avantages pécuniaires sont recherchés pour les membres de la corporation.
D'une part, cela signifie en même temps que les prestations économiques en
faveur de tiers ne sont pas interdites, même si le but n'est pas économique,
c'est-à-dire idéal. D'autre part, cette référence ne signifie pas non plus que les
collectivités du CO ne peuvent pas poursuivre de buts non économiques ou
que, dans un tel cas, elles doivent être soumises aux dispositions du CC. Il
convient de noter que la notion de "buts idéaux", qui relève du droit civil, ne
doit pas être confondue avec la notion de "buts d'utilité publique" qui relève
du droit fiscal, laquelle répond à des critères propres et est déterminante pour
l'exonération fiscale.

B. Droit applicable

Le renvoi au CO à l'al. 2 doit être compris au sens large, dans la mesure où il 19
englobe les collectivités du CO même si elles poursuivent licitement un but
idéal. Dans la mesure où le législateur a créé une personne morale en premier
lieu pour poursuivre des buts économiques, le CO est donc toujours le groupe
de normes applicable en premier lieu. C'est la troisième partie du CO sur les
sociétés commerciales et les sociétés coopératives qui s'applique (art. 620 ss
CO).

- 20 Les avis sont partagés quant à l'applicabilité directe des art. 52–58 CC aux collectivités du CO. Alors qu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence partent du principe d'une applicabilité directe et reconnaissent en même temps la primauté des dispositions des art. 620 ss CO par rapport aux dispositions générales, une autre partie de la doctrine souhaite faire une distinction entre les différentes normes et examiner si celles-ci ont été (également) adaptées aux formes juridiques du CO. Indépendamment de l'approche que l'on souhaite privilégier à cet égard, les résultats devraient être régulièrement les mêmes. Ainsi, on peut partir du principe, avec la majorité, que les art. 52 al. 1 et 2, 53 à 55 CC sont, de par leur contenu, adaptés aux personnes morales en général et pas seulement à celles du CC.

V. CORPORATIONS DE DROIT CANTONAL (AL. 3)

A. Notion

- 21 Les "coopératives de biens communs et autres collectivités analogues" de droit privé cantonal sont régulièrement des formes d'organisation anciennes, de type coopératif (ou comparable, par exemple de type associatif), destinées à l'exploitation directe du sol, par exemple dans l'agriculture ou la sylviculture. Les coopératives paysannes modernes qui ne servent qu'indirectement à l'exploitation du sol (p. ex. les coopératives d'achat, de crédit et de machines) ne sont pas régies par l'art. 59 al. 3 CC, mais par le droit général des coopératives des art. 828 ss CO.

B. Droit applicable

- 22 En renvoyant de manière constitutive au droit privé cantonal – généralement contenu dans les lois cantonales d'introduction – le législateur a voulu tenir compte des coopérations historiques, structurées en coopératives, pour l'utilisation commune de biens communs, de terres agricoles, de pâturages, de forêts et autres, et les laisser dans leurs formes traditionnelles. Le droit privé cantonal s'applique à la création et à l'organisation ainsi qu'aux questions relatives à l'adhésion. Le droit privé fédéral s'applique éventuellement en tant que droit cantonal complémentaire et dans les domaines où les coopératives entretiennent des relations de même nature avec des tiers (p. ex. protection de la personnalité, responsabilité). L'application du droit public reste également possible.

BIBLIOGRAPHIE

Gutzwiller Max, Verbandspersonen, Grundsätzliches, in: Gutzwiller Max (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, II Band, Einleitung und Personenrecht, Basel et al. 1967.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich et al. 2020.

Jakob Dominique, Kommentierung zu Art. 59 ZGB, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (KUKO-Jakob).

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter/Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018.

Niggli Christina, Kommentierung zu Art. 59 ZGB, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl., Zürich 2016 (CHK-Niggli).

Reitze Christophe, Kommentierung zu Art. 59 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (BSK-Reitze).

Riemer Hans Michael, Stämpfli Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012 (zit. SHK-Riemer).

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993 (zit. BK-Riemer).

Weber Rolf H., Einleitung und Personenrecht, in: Tercier Pierre (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, II Band, 4. Teilband, Basel 1998.

Xoudis Julia, Kommentierung zu Art. 59, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010 (CR-Xoudis).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 80 CC

Un commentaire de Lukas Brugger

PROPOSITION DE CITATION

Lukas Brugger, Kommentierung zu Art. 80 ZGB, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Citation abrégée: OK-Brugger, N. XXX zu Art. 80 ZGB.

Chapitre III: Des fondations

A. Constitution

I. En général

Art. 80

La fondation a pour objet l'affectation de biens en faveur d'un but spécial.

TABLE DES MATIÈRES

I. Grandes lignes du droit suisse des fondations	81
A. Établissement unique de droit privé.....	81
B. Principe de séparation et de solidification	81
1. Principe de séparation	81
2. Principe de solidification	82
C. Interprétation de la volonté du fondateur	83
D. Types de fondations	83
1. La fondation "classique" et les types spéciaux	83
2. Importance de la distinction	84
3. Les fondations mixtes	84
E. Bases légales du droit des fondations	85
F. Délimitations	85
1. Fondations de droit privé et fondations de droit public	85
2. Fondations autonomes et dépendantes	86
3. Fondations temporaires et fondations de consommation	86
II. Eléments de la notion de fondation	87
A. But	87
B. Patrimoine	88
C. Organisation	88
III. Acte de fondation	89
Bibliographie	89

I. GRANDES LIGNES DU DROIT SUISSE DES FONDATIONS

Le droit civil suisse ne contient pas de définition légale de la fondation. La 1
forme juridique de la fondation repose plutôt sur une notion de base
générale : la fondation est un patrimoine spécial, sans propriétaire, affecté à
un but particulier et doté de la personnalité juridique.

A. Établissement unique de droit privé

La fondation n'a ni propriétaires ni membres, mais est un patrimoine 2
indépendant, affecté à un but particulier ("patrimoine d'affectation"). Elle
constitue ainsi le seul établissement de droit privé dans la distinction établie
par l'art. 52 CC entre les collectivités et les établissements. En raison de la
nature de l'institution, les organes ne forment pas la volonté de la fondation
de manière autonome, mais sont uniquement appelés à exécuter le but fixé
dans l'acte de constitution. Les personnes impliquées dans la fondation –
avant tout le fondateur, les organes de la fondation, les créanciers, les
bénéficiaires, etc. – ne sont pas ses membres, mais de simples participants
ayant chacun des relations juridiques distinctes avec la fondation et des droits
et obligations qui en découlent. Le fait que la fondation n'ait ni propriétaires
ni membres entraîne un déficit de contrôle typique de la forme juridique,
raison pour laquelle la fondation est la seule personne morale de droit privé
qui, selon l'art. 84 CC, est soumise à une autorité de surveillance étatique
uniquement en raison de sa forme juridique (les fondations de famille et les
fondations ecclésiastiques sont toutefois exclues de la surveillance étatique,
voir ci-dessous N. 14).

B. Principe de séparation et de solidification

La nature anstalt de la fondation s'exprime avant tout dans deux principes 3
fondamentaux du droit des fondations, le principe de séparation et le principe
de solidification.

1. Principe de séparation

Le principe de séparation signifie que l'affectation d'un patrimoine à un but 4
déterminé, effectuée dans le cadre de l'acte constitutif, donne naissance à un

sujet de droit distinct de la fondatrice, doté d'un patrimoine et d'une organisation propres.

- 5 En règle générale, une influence trop forte du fondateur ou de la fondatrice sur la fondation entre en conflit avec le principe de séparation. Le fondateur peut se réserver – outre le droit de modification du but prévu à l'art. 86a CC – d'autres droits d'information, de nomination, de révocation, de proposition, d'approbation ou de veto. Toutefois, si les droits d'influence et de contrôle prennent une ampleur qui ne respecte plus l'autonomie de la fondation – ce qui est à déterminer au cas par cas –, cela peut conduire à une rupture du principe de séparation et constituer un cas d'empiètement et, dans le cas des fondations d'utilité publique exonérées d'impôt, conduire en outre au refus de l'exonération fiscale.
- 6 Il convient de distinguer des droits du fondateur les droits dits spéciaux, généralement reconnus comme admissibles, par lesquels l'utilisation de certains biens dédiés est limitée, par exemple par un droit d'habitation sur un bien immobilier apporté en faveur de la fondatrice.

2. Principe de solidification

- 7 Les organes de la fondation ne peuvent pas former une volonté propre pour la fondation, mais sont appelés à mettre en œuvre le but de la fondation fixé dans l'acte de fondation et donc, en principe, la volonté du fondateur devenue immuable – précisément figée.
- 8 En raison du principe de solidification de l'institution, les fondations sont, par essence, des entités fixes et extrêmement stables. L'organisation fixée dans l'acte de fondation et rendue autonome par la volonté du fondateur ne doit en principe plus pouvoir être modifiée à volonté après la création de la fondation. Mais comme même le fondateur le plus prudent ne peut pas tenir compte de toutes les éventualités futures, il existe des possibilités d'adaptation de la fondation par le biais des art. 85–86b CC, qui permettent certaines entorses au principe de rigidité.
- 9 Une compréhension dynamique de la fondation signifie en outre que les organes de la fondation doivent certes s'orienter sur la volonté initiale du fondateur, mais qu'ils peuvent aussi, dans le cadre de l'exercice régulier de leur pouvoir d'appréciation, de leur propre autonomie d'action et dans les

limites des art. 85 ss CC, la fondation peut et doit également continuer à se développer.

C. Interprétation de la volonté du fondateur

Compte tenu de la nature institutionnelle de la fondation, l'interprétation du 10 but de la fondation et de la volonté du fondateur qui y est consignée revêt une importance capitale en tant que ligne directrice de l'action des participants à la fondation. En tant qu'acte juridique unilatéral, l'acte de fondation est interprété selon le principe de la volonté et non selon le principe de la confiance : Ce qui est déterminant, c'est ce que la fondatrice ou le fondateur a voulu et non ce qu'un destinataire potentiel de la déclaration pouvait comprendre.

Des circonstances extérieures aux documents de la fondation ou ultérieures 11 (p. ex. déclarations orales, documents d'accompagnement, letter of wishes, etc.) peuvent être prises en compte selon la théorie dite de l'allusion lors de la détermination de la volonté réelle, si elles sont au moins suggérées dans l'acte de fondation. En cas de modification des circonstances, la volonté hypothétique du fondateur peut être déterminée au moyen d'une interprétation complémentaire, le résultat de cette interprétation devant également être au moins suggéré dans l'acte de fondation.

D. Types de fondations

1. La fondation "classique" et les types spéciaux

Le droit des fondations distingue différents types, les fondations dites 12 "classiques" (également appelées fondations ordinaires ou normales) et les formes spéciales. Il existe des formes spéciales légales dotées de leurs propres règles (par exemple la fondation de famille, la fondation ecclésiastique et la fondation de prévoyance du personnel) et des formes spéciales de fait, comme la fondation d'entreprise, dont la particularité découle du patrimoine de la fondation lui-même (une entreprise active ou des parts de société) ou de l'objectif (par exemple maintenir ou développer l'entreprise).

La fondation "classique" n'est pas assimilable à un but d'intérêt général. Le 13 droit civil des fondations n'autorise pas seulement les fondations d'utilité publique, mais aussi tous les buts d'utilité publique ou privée qui ne sont pas

contraires à la loi ou aux bonnes mœurs (art. 52 al. 3 CC). En outre, l'utilité publique est en principe une notion juridique fiscale (cf. art. 56 let. g LIFD, art. 23 al. 1 let. f LHID) qui n'est ni définie spécifiquement pour le droit civil des fondations, ni considérée comme une condition d'admissibilité pour la constitution d'une fondation. "Classique" doit être compris dans ce contexte en ce sens que les art. 80–89 CC s'appliquent à la fondation sans que des normes spéciales spécifiques aux fondations ne s'appliquent, comme notamment l'art. 87 CC qui prévoit pour les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques une exception à la surveillance étatique des fondations ou à l'obligation de l'organe de révision (art. 87 al. 1 et al. 1^{bis} CC).

2. Importance de la distinction

- 14 En raison de l'approche différenciée selon le type de fondation, il n'existe pas en Suisse un droit des fondations applicable à toutes les fondations, mais il faut plutôt examiner au cas par cas quelles prescriptions sont applicables. Les choix opérés en fonction du type de fondation ont de graves conséquences sur la structure juridique et la gouvernance de la fondation : ainsi, une surveillance étatique est prévue pour les fondations classiques, alors qu'elle est totalement absente pour les fondations de famille et que, par conséquent, ce n'est pas l'autorité de surveillance étatique, mais le tribunal qui est compétent pour les réclamations des destinataires (art. 87 al. 1 et al. 2 CC). Les fondations ecclésiastiques sont quant à elles exclues de la surveillance d'une autorité de surveillance étatique, car elles sont soumises à une surveillance interne à l'Eglise.

3. Les fondations mixtes

- 15 Lorsqu'une fondation poursuit plusieurs buts (ce qui est tout à fait admissible), il peut s'agir de fondations dites mixtes. Les fondations mixtes sont des fondations qui poursuivent des objectifs communs à différents types de fondations, par exemple en combinant des objectifs d'utilité publique et des avantages pour les membres de la famille (fondations familiales d'utilité publique). Les dispositions du droit des fondations applicables aux fondations mixtes doivent être déterminées au cas par cas. A cela s'ajoute le fait que l'attribution d'une fondation peut déjà s'avérer difficile en raison du droit suisse des fondations qui différencie les types de fondations, d'autant plus que la distinction se fonde le plus souvent sur le but poursuivi ou sur les destinataires. La fondation de famille (art. 87 et 335 CC) est définie par le fait

que ses bénéficiaires sont des membres de la famille. Mais ce qu'il faut entendre par le terme juridique de "famille" est soumis à des appréciations sociopolitiques imprévisibles et changeantes, raison pour laquelle la frontière entre la fondation de famille pure, la fondation de famille mixte et la fondation classique n'est souvent pas claire.

E. Bases légales du droit des fondations

Les art. 80 à 89 CC règlent, en tant que droit matériel de base, les 16 caractéristiques fondamentales de toutes les fondations (création, organisation, organes et leurs obligations, modification du but et de l'organisation ainsi que dissolution). Les dispositions des types spéciaux de fondation de famille, de fondation ecclésiastique et de fondation de prévoyance du personnel supplantent ou complètent ces normes générales en tant que *lex specialis*.

En outre, les dispositions relatives à la comptabilité et à l'établissement des 17 comptes (art. 957 à 963b CO) ainsi que les dispositions du droit de la révision (art. 727 à 731a CO) s'appliquent par le biais de renvois dynamiques. Les art. 78 à 87 LFus règlent la fusion et le transfert de patrimoine et les art. 94 à 98 ORC les dispositions relatives à l'inscription des fondations au registre du commerce.

F. Délimitations

1. Fondations de droit privé et fondations de droit public

Les fondations au sens des art. 80 ss CC sont des fondations de droit privé. Il 18 existe en outre des fondations de droit public qui sont soumises au droit public fédéral ou cantonal (art. 59 al. 1 CC). Les fondations de droit public sont créées par des collectivités de droit public (Confédération, cantons, communes), en règle générale par un acte constitutif sous forme de loi, comme par exemple la fondation de droit public de la Confédération Pro Helvetia. Les règles applicables à la fondation de droit public sont définies par l'acte constitutif. Bien entendu, une corporation de droit public peut également créer une fondation de droit privé selon les articles 80 et suivants du Code civil suisse. CC.

2. Fondations autonomes et dépendantes

- 19 Le prototype de la fondation est la fondation dite indépendante, dotée d'une personnalité juridique propre. Il convient de distinguer ces fondations indépendantes des fondations dites dépendantes. Il s'agit certes également d'un patrimoine spécial doté d'un objectif propre et (éventuellement) d'une organisation propre, mais il leur manque une personnalité juridique propre, car elles ne sont pas juridiquement autonomes par rapport à la personne morale, mais sont attribuées à une tierce personne (généralement une fondation indépendante existante) avec une affectation spécifique. Une fondation dépendante repose généralement sur une donation gratuite sous condition, sous la forme d'une donation, d'une institution d'héritier ou d'un legs, ou sur un contrat de fiducie. La manière dont le tiers bénéficiaire doit gérer le patrimoine affecté résulte en premier lieu du droit matériel concerné (en particulier la charge selon le droit des donations ou des successions) ; la question de savoir dans quelle mesure il est également possible de recourir par analogie au droit des fondations est controversée. Les fondations dépendantes sont particulièrement importantes dans les modèles de fondations faîtières. Les fondations faîtières sont des structures particulières dans lesquelles une fondation indépendante sert de toit (fondation faîtière) à plusieurs masses patrimoniales différentes sous la forme de fondations dépendantes (sous-fondations). L'affectation d'un patrimoine à une fondation faîtière déjà existante (appelée dotation) permet également de s'engager en faveur de l'utilité publique sans devoir établir une structure de fondation propre.

3. Fondations temporaires et fondations de consommation

- 20 De par leur nature, et en particulier d'un point de vue historique, les fondations sont des entités juridiques destinées à durer éternellement. La liberté des fondateurs permet toutefois de créer des fondations temporaires, par exemple lorsqu'un testateur souhaite que sa fondation soit dissoute 15 ans après son décès. Ces fondations dites temporaires gagnent constamment en importance ces dernières années, notamment parce que le mot-clé "impact" met de plus en plus l'accent sur l'effet à court et moyen terme des moyens investis.
- 21 La question de savoir si une fondation peut, pour atteindre son objectif, utiliser uniquement les revenus de son capital ou également la substance de

son patrimoine (fondations dites de consommation) est liée à la durée de la fondation (et doit néanmoins être clairement délimitée). L'utilisation des actifs a fait l'objet d'une attention particulière pendant la période de faibles taux d'intérêt, car les fondations placent souvent leurs actifs de manière conservatrice, ce qui a entraîné une baisse constante des revenus des actifs de la fondation. Dans le cas des fondations, le capital peut en tout cas être utilisé pour la réalisation de l'objectif si les statuts de la fondation le prévoient. Même en l'absence d'une disposition statutaire explicite, le conseil de fondation est autorisé, selon le point de vue défendu ici, à utiliser temporairement, dans le cadre de l'exercice ordinaire de son pouvoir d'appréciation, des parties du patrimoine de la fondation pour l'utilisation du but, c'est-à-dire à puiser dans le capital de la fondation sans toutefois le consommer entièrement. Si l'on veut passer entièrement à la consommation, il faut demander une modification des statuts (en général via l'art. 85 CC).

II. ELÉMENTS DE LA NOTION DE FONDATION

A. But

Le but de la fondation est la pièce maîtresse d'une fondation. Le but confère à la fondation son caractère individuel, représente sa base d'existence qui détermine son identité, fonctionne comme pivot de l'activité de la fondation et constitue la maxime d'action des participants à la fondation. En conséquence, le but de la fondation doit présenter un minimum de précision (principe de précision) ; les buts de la fondation trop vagues (par exemple "le but de la fondation est de mener des activités d'utilité publique") ne sont pas autorisés. 22

Le droit civil des fondations n'autorise pas seulement les fondations d'utilité publique, mais aussi tous les buts d'utilité publique ou privée qui ne sont pas contraires à la loi ou aux bonnes mœurs (art. 52 al. 3 CC). Le fondateur peut donc, dans le cadre de la liberté du fondateur, donner à la fondation n'importe quel but – autorisé – même s'il repose sur une inégalité ou est perçu comme injuste. Le but de la fondation doit toutefois être d'utilité publique et donc orienté vers l'extérieur, une "fondation pour le fondateur" avec le fondateur comme unique bénéficiaire n'est pas autorisée. Les buts économiques sont également autorisés (ATF 127 III 337 : "La liberté d'accomplir des actes juridiques en général et la liberté des fondations en particulier ne permettent 23

pas de se limiter à des buts idéaux"). La limite entre les buts économiques admissibles et le but en soi inadmissible dans le cas des fondations d'entreprise (fondation dite d'entreprise à but autonome ou "fondation perpetuum mobile") est controversée dans le détail.

B. Patrimoine

- 24 Aucun patrimoine minimum n'est prévu par la loi pour la création d'une fondation suisse. Le type et l'étendue du patrimoine de la fondation peuvent en principe être déterminés librement par le fondateur. Outre l'argent liquide, des titres, des créances ou des NFT entrent également en ligne de compte, du moins tant qu'ils conservent leur valeur. Il est toutefois nécessaire que la dotation en biens soit appropriée au but poursuivi (rapport entre le but et les moyens). La pratique de l'Autorité fédérale de surveillance des fondations ESA exige un "seuil de sérieux" de CHF 50'000.
- 25 Une dotation successive en capital est autorisée, par exemple par le biais de clauses d'accumulation, selon lesquelles les revenus de la fondation sont ajoutés au capital jusqu'à ce que ce dernier atteigne un certain niveau. Il est également possible que la fondatrice ou le fondateur augmente le patrimoine de la fondation par le biais de fondations complémentaires ou de tiers par le biais de donations.

C. Organisation

- 26 L'organisation de la fondation, c'est-à-dire les organes de la fondation et le mode d'administration, est fixée par l'acte de fondation (art. 83 al. 1). L'organe suprême de la fondation chargé de l'administration – généralement appelé conseil de fondation en Suisse – est habilité et engage la fondation dans le cadre de l'art. 55 CC. Outre l'organe suprême, les fondations classiques – mais pas les fondations de famille ni les fondations ecclésiastiques, cf. art. 87 al. 1^{bis} CC – doivent également désigner un organe de révision comme organe (art. 83b CC).
- 27 Le fondateur est libre de définir l'organisation de sa fondation. Ils peuvent désigner d'autres organes – p. ex. des organes de consultation ou de contrôle – ou prévoir des mécanismes particuliers de désignation des organes (cooptation, désignation par un organe tiers ou par les héritiers du fondateur).

Une organisation déficiente peut être corrigée par l'autorité de surveillance (art. 83d).

III. ACTE DE FONDATION

Les fondations acquièrent leur personnalité juridique par leur inscription au registre du commerce (art. 52 al. 1 et art. 81 al. 2 CC, art. 94 ORC ; système dit de registre ou normatif). L'acte de fondation proprement dit est ce que l'on appelle l'acte d'affectation. Il s'agit d'un acte d'engagement unilatéral entre vifs ou pour cause de mort, non soumis à réception, par lequel le patrimoine est affecté à un but correspondant. Les éléments nécessaires à l'acte de fondation sont : la volonté de créer une fondation indépendante, la désignation des biens qui seront affectés à la fondation et la description du but particulier de la fondation. Ces essentialia negotii doivent figurer dans l'acte de constitution (ou dans la disposition pour cause de décès) et ne peuvent pas être transférés dans un règlement subordonné ou délégués à des organes ou à des tiers.

BIBLIOGRAPHIE

Brugger Lukas, Die gemischte Stiftung – Die Stiftung zur Verfolgung unterschiedlicher Zwecke im Lichte des schweizerischen ZGB und des österreichischen PSG, Schriften zum Stiftungsrecht, Band 12, Basel 2019.

Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2020.

Grüniger Harold, Vorbemerkung zu Art. 80 ZGB und Kommentierungen zu Art. 80, 87 und 335 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK-Grüniger).

Jakob Dominique, Kommentierungen zu Art. 80, 83 und 87 ZGB, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (KUKO-Jakob).

Jakob Dominique, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, Gutachten zum Schweizerischen Juristentag 2013, ZSR 2013 II, S. 185 ff. (zit. Jakob, Stiftungsbegriff).

Jakob Dominique/Brugger Lukas/Humbel Claude, Recht der Non-Profit-Organisationen in a nutshell, Zürich et al. 2023.

Lukas von Orelli, Zur Auslegung des Stifterwillens, Schriften zum Stiftungsrecht Band 11, Basel 2019.

Riemer Hans Michael, Stämpfli's Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89^{bis} ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012 (SHK-Riemer).

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (BK-Riemer).

Studen Goran, Die Dachstiftung – Das Tragen und Verwalten von Unterstiftungen unter dem Dach einer selbständigen Stiftung, Schriften zum Stiftungsrecht, Band 3, Basel 2011.

Sprecher Thomas, Stiftungsrecht in a nutshell, 2. Aufl. Zürich 2023.

Vez Parisima, Fondation, lacunes et droit désirable – Une analyse critique et systématique des articles 80 à 89 CC, Bern 2004.

Vez Parisima, Kommentierung zu Art. 80 ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010 (zit. CR-Vez).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 84 CC

Un commentaire de Lukas Brugger / Claude Humbel

PROPOSITION DE CITATION

Lukas Brugger/Claude Humbel, Kommentierung zu Art. 84 ZGB, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Citation abrégée: OK-Brugger/Humbel, N. XXX zu Art. 84 ZGB.

C. Surveillance

Art. 84

¹ Les fondations sont placées sous la surveillance de la corporation publique (Confédération, canton, commune) dont elles relèvent par leur but.

^{1bis} Les cantons peuvent soumettre les fondations dont la surveillance relève des communes au contrôle de l'autorité cantonale de surveillance.

² L'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination.

TABLE DES MATIÈRES

- I. But de la norme et légitimation de la surveillance des fondations 93
- II. Autorité de surveillance compétente (al. 1) 94
 - A. Autorité de surveillance de la Confédération, des cantons ou des communes ... 94
 - B. Détermination de la compétence 94
 - C. Surveillance communale (al. 1bis) 95
 - D. Prise en charge de la surveillance..... 95
- III. Mandat de surveillance et instruments de surveillance (al. 2) 95
 - A. Contenu de la surveillance 95
 - B. Instruments de surveillance 96
 - C. Responsabilité de l'autorité de surveillance..... 96
- IV. Protection juridique..... 97
 - A. Recours à la surveillance des fondations 97
 - B. Dénonciation 98
- V. Pratique de l'ESA 98
- Bibliographie..... 99

I. BUT DE LA NORME ET LÉGITIMATION DE LA SURVEILLANCE DES FONDATIONS

La fondation "classique" est la seule personne morale de droit privé suisse qui, en raison de sa forme juridique, est soumise à une surveillance étatique. Deux raisons principales sont invoquées à cet égard : La protection de la volonté du fondateur d'une part et la préservation de l'intérêt public d'autre part. En raison de sa forme d'institution, une fondation n'a ni membres ni propriétaires qui puissent garantir que le patrimoine de la fondation soit utilisé conformément à son but par les organes de la fondation et que la volonté du fondateur, la loi et les statuts soient respectés. Il en résulte un déficit de protection typique de la forme juridique, qui doit être comblé par la surveillance étatique. La littérature avance en outre que les buts de la fondation, souvent orientés vers l'intérêt général, doivent également être protégés par la collectivité. L'intérêt public faisant défaut aux fondations de famille et les fondations ecclésiastiques étant soumises à une surveillance ecclésiastique équivalente, elles sont exclues de la surveillance générale des fondations (art. 87 al. 1 CC). Les fondations de famille mixtes, c'est-à-dire les fondations qui poursuivent non seulement des buts partiels liés à la famille mais aussi des buts partiels classiques, sont toutefois soumises à la surveillance des fondations dans leur ensemble. Dans l'exercice de ses tâches, l'autorité de surveillance des fondations doit préserver à la fois l'élément privé et l'élément public, la volonté du fondateur restant toujours la ligne directrice pour la concrétisation de la surveillance dans les cas individuels. Il est vrai que la surveillance des fondations doit respecter l'autonomie de la fondation et ne peut intervenir qu'en cas de véritable erreur d'appréciation (abus, dépassement ou sous-dépassement).

La surveillance des fondations est un droit impératif et le fondateur ou la fondatrice ne peut pas non plus y déroger par des dispositions contraires. A l'inverse, les fondations qui ne sont pas soumises à une surveillance peuvent également être soumises à la surveillance des fondations.

Indépendamment de la place de la surveillance des fondations dans le CC, il s'agit matériellement de droit (administratif) public, raison pour laquelle les autorités de surveillance sont également liées aux principes constitutionnels généraux de l'action publique (en particulier aux principes de légalité et de

proportionnalité). En raison de leur proximité avec le droit civil, les décisions de la surveillance des fondations doivent toutefois être attaquées en dernière instance par un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral (art. 72 al. 2 let. b ch. 4 LTF).

II. AUTORITÉ DE SURVEILLANCE COMPÉTENTE (AL. 1)

A. Autorité de surveillance de la Confédération, des cantons ou des communes

- 4 Les fondations sont placées sous la surveillance de la collectivité publique à laquelle elles sont rattachées en vertu de leur destination. L'al. 1 établit une distinction entre les compétences de la Confédération, des cantons et des communes. L'autorité fédérale de surveillance des fondations (ESA) est rattachée au Secrétariat général du Département fédéral de l'intérieur. L'autorité cantonale chargée de la surveillance des fondations découle de la législation cantonale et est généralement réglée dans les lois cantonales d'introduction du CC. Il est donc fréquent de rencontrer une activité de surveillance exercée par des autorités au niveau de la commune ou du district. Certains cantons ont regroupé la surveillance des fondations par voie de concordat et créé des structures supracantonales, notamment l'autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse centrale et l'autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse orientale. Bâle-Ville et Bâle-Campagne ainsi que les cantons de Vaud, du Valais, de Neuchâtel et du Jura ont également regroupé leur surveillance.

B. Détermination de la compétence

- 5 La compétence de l'autorité fédérale, cantonale ou communale de surveillance des fondations découle du but de la fondation et de son rayon d'action géographique ; le siège de la fondation ou la volonté du fondateur n'ont pas d'importance décisive. La compétence suit l'étendue géographique de l'activité de la fondation, même si la doctrine estime qu'il faut se demander quelle collectivité serait compétente si la fondation n'existait pas. Les fondations actives dans toute la Suisse (dites nationales) et/ou au-delà des frontières ou à l'étranger (dites internationales) sont soumises à la surveillance de l'ESA. Dans les autres cas, la compétence de l'ASE est généralement subsidiaire. Cela signifie que l'ASE est compétente lorsqu'il n'est pas possible

de déterminer clairement un centre d'activité par rapport à un seul canton ou au domaine de compétence d'une autorité de surveillance supracantonale.

C. Surveillance communale (al. 1^{bis})

Selon cette disposition, les cantons ont le droit, en vertu du droit fédéral, de 6 concentrer chez eux les fondations soumises à la surveillance de leurs communes. Cette centralisation de la surveillance communale au niveau cantonal a déjà lieu depuis quelques années, même s'il existe encore quelques communes qui surveillent elles-mêmes leurs fondations (ce qui est à rejeter tant du point de vue de la gouvernance que des conflits d'intérêts potentiels).

D. Prise en charge de la surveillance

Selon l'art. 96 ORC, l'office du registre du commerce communique la création 7 d'une fondation à l'autorité de surveillance qu'il estime compétente et lui transmet une copie de l'acte de fondation (al. 1), à la suite de quoi l'autorité de surveillance annonce la prise en charge de la surveillance ou transmet la création de la fondation à l'autorité compétente (al. 2). Toutefois, seul l'office du registre du commerce doit décider de l'admissibilité de l'inscription de la fondation et il ne peut pas faire dépendre l'inscription de l'accord de l'autorité de surveillance. Dans la pratique, il s'est avéré utile de soumettre volontairement les documents de la fondation à l'autorité de surveillance pour un examen préalable, à la suite de quoi celle-ci déclare, après examen, prendre en charge la surveillance à titre préventif. Il est ainsi possible de procéder à des adaptations et de clarifier d'éventuelles questions de compétence avant que la fondation ne soit inscrite au registre du commerce.

III. MANDAT DE SURVEILLANCE ET INSTRUMENTS DE SURVEILLANCE (AL. 2)

A. Contenu de la surveillance

L'autorité de surveillance doit veiller à ce que la fortune de la fondation soit 8 utilisée conformément à son but. La surveillance est donc globale et porte sur l'ensemble des activités de la fondation. Il s'agit d'une surveillance juridique et non d'une surveillance technique, ce qui signifie notamment que l'autorité de surveillance doit respecter le domaine d'autonomie de la fondation et ne peut

pas substituer son propre pouvoir d'appréciation à celui des organes de la fondation. L'autorité de surveillance doit notamment veiller à ce que les organes respectent la loi, les bonnes mœurs, l'acte de fondation ou les règlements et n'outrepassent pas illégalement ou n'abusent pas de leur marge d'appréciation.

B. Instruments de surveillance

- 9 Comme instruments de surveillance, l'autorité de surveillance dispose de moyens préventifs et répressifs. Les moyens de surveillance préventifs sont tout d'abord l'obligation d'établir un rapport annuel à l'intention de l'autorité de surveillance (composé des comptes annuels ainsi que d'un rapport d'activité présentant les principaux événements survenus au cours de l'exercice, les attributions, etc.), puis la communication des modifications de règlement, ainsi que le respect des directives relatives au placement de la fortune, qui varient selon l'autorité de surveillance, et l'information en cas d'insolvabilité ou de surendettement imminent (art. 84a CC). Un nouvel art. 84b CC (entrée en vigueur le 1er janvier 2023) oblige en outre l'organe suprême de la fondation à communiquer chaque année séparément à l'autorité de surveillance le montant total des rémunérations qui lui sont versées directement ou indirectement, ainsi qu'à l'éventuelle direction.
- 10 Les instruments de surveillance répressifs sont notamment les rappels, les réprimandes, l'annulation de décisions, les mesures de remplacement, les amendes, l'institution d'un administrateur (art. 83d al. 1 ch. 2 CC), la modification de l'organisation ou du but (art. 85, 86 CC) ou, en dernier recours, la révocation d'un membre d'un organe ou de l'ensemble de l'organe. Ces mesures, qui sanctionnent le plus souvent un comportement fautif des organes, sont soumises aux principes de proportionnalité et de subsidiarité, c'est-à-dire qu'aucune mesure plus radicale ne peut être prise tant que des mesures moins contraignantes sont possibles et qu'elles conduisent au même objectif.

C. Responsabilité de l'autorité de surveillance

- 11 Comme la relation entre l'autorité de surveillance et la fondation est de nature de droit public, des cas de responsabilité de l'Etat peuvent résulter d'une activité administrative contraire aux obligations. Dans le cas des fondations

d'entreprise en particulier, l'autorité de surveillance fait preuve de retenue en conséquence.

IV. PROTECTION JURIDIQUE

A. Recours à la surveillance des fondations

Le recours en matière de surveillance des fondations constitue un *proprium* 12 du droit des fondations et est désigné par la doctrine et la jurisprudence comme un moyen de droit *sui generis* dérivé de l'art. 84 al. 2 CC. Il donne aux parties prenantes de la fondation un instrument leur permettant de se plaindre auprès de l'autorité de surveillance des actes ou des omissions des organes de la fondation et de garantir ainsi la poursuite correcte du but et l'utilisation des biens. En d'autres termes, elle donne aux participants une possibilité permanente de participation et de contrôle, raison pour laquelle elle est également considérée comme un moyen de gouvernance interne de la fondation. Il existe un droit au traitement et la décision de l'autorité en dernière instance peut faire l'objet d'un recours judiciaire.

Le point central du recours en matière de surveillance des fondations est la 13 question de l'étendue du cercle de la légitimité à recourir. Ainsi, tout le monde s'accorde à dire qu'il ne faut pas "poser des exigences excessives" afin de garantir une protection efficace, mais qu'il faut aussi un certain seuil de sérieux, faute de quoi la fondation pourrait être bloquée par des plaintes dites populaires. La question de savoir où cette limite doit être fixée est toutefois controversée dans le détail. Selon la pratique, toute personne qui pourrait un jour se trouver dans la situation d'obtenir une prestation ou un autre avantage de la fondation, ou qui a un autre intérêt personnel, direct et actuel, est habilitée à déposer un recours. La pratique qui s'appuie sur ce principe est toutefois fortement influencée par les cas individuels et ne favorise guère la sécurité juridique. C'est pourquoi la doctrine argumente régulièrement avec la formule - qui a également besoin d'être concrétisée - de "l'intérêt légitime à contrôler", en se demandant s'il existe un intérêt légitime à contrôler la mesure invoquée ou contestée. Un tel intérêt reviendrait en tout cas aux personnes ayant un droit ou une prétention vis-à-vis de la fondation (c'est-à-dire par exemple les bénéficiaires, les donateurs ou les cofondateurs qui ont droit à l'utilisation conforme de leur donation) ainsi qu'aux personnes ayant un intérêt protégé par le droit des fondations (c'est-à-dire les membres des

organes et le fondateur ou la fondatrice). Seules seraient exclues les personnes qui n'ont qu'un intérêt abstrait dans la fondation.

- 14 Dans le cadre de l'initiative parlementaire Luginbühl, le recours en matière de surveillance des fondations a également été réglementé par le droit positif et, par conséquent, la question de la légitimation pour recourir a été clarifiée. Un nouvel art. 84 al. 3 CC (entrée en vigueur le 1er janvier 2024) a ainsi été adopté, selon lequel "les bénéficiaires ou créanciers de la fondation, le fondateur, les donateurs et les membres anciens et actuels du conseil de fondation qui ont intérêt à ce que l'administration de la fondation soit conforme à la loi et à l'acte de fondation [...] peuvent recourir auprès de l'autorité de surveillance contre les actes et les omissions des organes de la fondation". Il s'agissait d'un compromis négocié au Parlement. La proposition d'introduire dans la loi le critère de "l'intérêt légitime au contrôle" a été rejetée au cours des débats parlementaires. En lieu et place, une énumération a été introduite, qui comprenait à l'origine "les fondateurs, les bénéficiaires, les créanciers de la fondation, les membres du conseil de fondation ou les donateurs ou les personnes qui leur sont proches", avant d'être encore rétrécie. La doctrine a parfois vivement critiqué cette mesure, notamment parce que l'énumération est arbitraire et permet ainsi des lacunes, et que l'on ne parle plus que d'un "intérêt" au lieu d'un "intérêt légitime". Ainsi, les héritiers ou les descendants du fondateur ne sont à notre avis pas concernés par le libellé du nouvel art. 84 al. 3 nCC. Une certaine sécurité juridique devrait tout de même s'instaurer par rapport à la situation actuelle, souvent peu claire.

B. Dénonciation

- 15 Outre le recours à l'autorité de surveillance, il existe la possibilité de dénoncer l'autorité de surveillance, qui est également admissible sans véritable intérêt à la protection juridique. Celle-ci ne garantit toutefois ni la qualité de partie ni la possibilité d'un recours. C'est le droit cantonal applicable qui détermine si les autorités sont tenues de traiter les dénonciations ou seulement d'en prendre connaissance.

V. PRATIQUE DE L'ESA

- 16 La pratique de surveillance de l'ESA est publiée dans différentes notices, FAQ ainsi que dans des indications générales sur son site Internet. De par leur

nature juridique, ces publications sont le plus souvent qualifiées de règlements administratifs internes et reflètent la pratique des autorités ; elles ne sont toutefois en principe pas des sources de droit autonomes et ne contiennent donc pas de règles de droit propres avec des droits et des obligations concrets. Les notices publiées jusqu'à présent traitent de la pratique de reprise de l'ESA, de l'exemption de l'obligation de l'organe de révision, des règlements et de leur approbation, de la publication des rémunérations versées au conseil de fondation et à la direction ainsi que de l'émission de réserves d'organisation avant l'entrée en vigueur du droit des fondations révisé.

Depuis 2022, l'ESA a numérisé son système de surveillance avec le projet dit 17 eESA. Grâce à un lien numérique entre les fondations soumises à la surveillance et la plateforme EasyGov, la remise des rapports annuels sera uniformisée et la surveillance sera davantage basée sur les données. En outre, la communication entre la fondation et l'autorité de surveillance (p. ex. services de surveillance, demandes, etc.) doit avoir lieu via EasyGov. Les fondations qui ne sont pas enregistrées sur EasyGov doivent recourir aux formulaires mis à disposition par l'ESA pour les rapports et autres demandes. L'onboarding des fondations sur la plateforme EasyGov ainsi que d'autres informations sur la surveillance numérisée de l'ESA et l'utilisation des formulaires sont décrits en détail dans des fiches d'information spécifiques et sur le site Internet de l'ESA.

BIBLIOGRAPHIE

Brugger Lukas, Die gemischte Stiftung – Die Stiftung zur Verfolgung unterschiedlicher Zwecke im Lichte des schweizerischen ZGB und des österreichischen PSG, Schriften zum Stiftungsrecht, Band 12, Basel 2019.

Grüninger Harold, Kommentierung zu Art. 84 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK-Grüninger).

Jakob Dominique, Kommentierung zu Art. 84 ZGB, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO-Jakob).

Jakob Dominique, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, Gutachten zum Schweizerischen Juristentag 2013, ZSR 2013 II, S. 185 ff. (zit. Jakob, Stiftungsbegriff).

Jakob Dominique/Brugger Lukas/Humbel Claude, Recht der Non-Profit-Organisationen in a nutshell, Zürich et al. 2023.

Jakob Dominique/Savanovic Ivana, Verpasste Chance zur Stärkung des Stiftungsstandorts Schweiz, abrufbar unter <https://www.ius.uzh.ch/de/research/units/stiftungsrecht/Aktuelles/Newsfeed/Verpasste-Chance-zur-St%C3%A4rkung-des-Stiftungsstandorts-Schweiz.html>, besucht am 25.3.2023.

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (BK-Riemer).

Studen Goran, Die Dachstiftung – Das Tragen und Verwalten von Unterstiftungen unter dem Dach einer selbständigen Stiftung, Schriften zum Stiftungsrecht, Band 3, Basel 2011.

Xoudis Julia, Kommentierung zu Art. 84 ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010 (zit. CR-Xoudis).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 85 et 86 CC

Un commentaire de Lukas Brugger / Claude Humbel

PROPOSITION DE CITATION

Lukas Brugger/Claude Humbel, Commentaire de l'art. 85 et 86 CC, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (édit.), Commentaire en ligne du Code civil suisse

Citation abrégée: OK-Brugger/Humbel, art. 85 et 86 CC N. XXX.

D. Modification

I. De l'organisation sur proposition de l'autorité de surveillance

Art. 85

L'autorité fédérale ou cantonale compétente peut, sur la proposition de l'autorité de surveillance et après avoir entendu l'organe suprême de la fondation, modifier l'organisation de celle-ci, lorsque cette mesure est absolument nécessaire pour conserver les biens ou pour maintenir le but de la fondation.

II. Du but sur requête de l'autorité de surveillance ou de l'organe suprême de la fondation

Art. 86

¹ L'autorité fédérale ou cantonale compétente peut, sur requête de l'autorité de surveillance ou de l'organe suprême de la fondation,

modifier le but de celle-ci, lorsque le caractère ou la portée du but primitif a varié au point que la fondation ne répond manifestement plus aux intentions du fondateur.

² Peuvent être supprimées ou modifiées de la même manière et dans les mêmes circonstances les charges et conditions qui compromettent le but du fondateur.

TABLE DES MATIÈRES

I. Objet de la réglementation	104
A. Point de départ : les changements organisationnels et de but comme options d'action pour faire face à la « rigidité » de la fondation.....	104
B. Libéralisation par le législateur.....	106
C. Délimitations	106
II. Modifications de l'organisation (art. 85 CC)	107
A. Champ d'application	107
B. Conditions et mise en œuvre pratique.....	108
C. Règlement d'organisation ou de fondation	109
III. Changements de but (art. 86 CC).....	110
A. Champ d'application	110
B. Conditions et mise en œuvre pratique.....	111
IV. Procédure	113
Bibliographie.....	115

I. OBJET DE LA RÉGLEMENTATION

A. Point de départ : les changements organisationnels et de but comme options d'action pour faire face à la « rigidité » de la fondation

- 1 Il découle de la **nature institutionnelle** de la fondation et du **principe de séparation et de rigidité** (cf. OK-Brugger, art. 80 CC N. 4 ss) que la volonté du fondateur, figée au moment de la création de la fondation, est en principe immuable et doit être poursuivie comme telle par les organes de la fondation. Il appartient donc en principe au fondateur de donner à la fondation une forme aussi durable que possible, qui lui permette de poursuivre la volonté du fondateur à long terme et, le cas échéant, longtemps après le décès de la personne qui l'a créée. D'une part, il est évident que les **structures ainsi créées sont relativement rigides** (et doivent l'être afin de protéger la fondation et la volonté du fondateur contre toute influence extérieure) et que les organes de la fondation ont principalement une fonction administrative et d'exécution, mais pas de fonction décisionnelle proprement dite. Cela implique toutefois également des risques, car une rigidité (volontaire) peut aussi être préjudiciable si l'environnement juridique ou factuel d'une fondation évolue d'une manière que le fondateur n'avait pas prévue. Les personnes qui créent une fondation ne peuvent pas anticiper tous les changements sociaux, économiques ou autres, ni prévoir des bouleversements radicaux tels que des événements guerriers, des pandémies ou des crises économiques. Si la fondation a été dotée d'un cadre statutaire qui ne lui permet pas de réagir de manière adéquate à de tels changements, qu'ils soient progressifs ou immédiats, son existence est potentiellement menacée.
- 2 Le droit suisse des fondations met en principe à la disposition de la fondation différents **instruments** pour désamorcer ce problème de manière proactive ou y remédier a posteriori. Bien qu'il n'existe en Suisse aucun droit légal et donc automatique de modifier les statuts par le fondateur, les organes de la fondation ou des tiers (car cela serait contraire à la nature même de la

fondation et au principe de séparation et de rigidité), les options suivantes sont disponibles :

- Premièrement, le fondateur a la possibilité de régler les dispositions organisationnelles qui vont au-delà du contenu obligatoire des statuts dans des **règlements d'organisation ou de fondation** facilement (ou plus facilement) modifiables, au lieu de les inscrire dans les statuts (cf. n° 12 ci-dessous). En outre, la personne qui crée la fondation est libre de ne pas la concevoir « pour l'éternité » par une disposition **statutaire et/ou une dotation correspondante**. La liberté du fondateur lui permet ainsi de prévoir que la fondation n'existe et n'agit que pour une durée limitée (fondation à durée déterminée) ou que son patrimoine doit être épuisé et consommé de manière continue (fondation consommable). D'un point de vue pratique, on peut également envisager des fondations dites « dépendantes », qui n'acquiescent pas de personnalité juridique propre et dont le patrimoine est placé sous le toit d'une fondation faîtière, ce qui peut toutefois être soumis à certaines conditions.
- Deuxièmement, le droit suisse des fondations permet au fondateur de se réserver **dans l'acte de fondation le droit de modifier l'organisation ou le but de la fondation**, mais l'exercice de ce droit n'est pas libre, il est soumis à certaines conditions (art. 86a CC, voir OK-Brugger/Humbel, art. 86a CC N. 10 ss).
- Troisièmement, et surtout, les dispositions relatives au but et à l'organisation figées dans les statuts ne sont pas absolues, même en Suisse. Le législateur a reconnu la **nécessité d'une adaptabilité des fondations** et a donc introduit, à l'**art. 85 ss CC**, des dispositions de droit positif dont l'application est toutefois soumise à des conditions objectives afin d'éviter des abus de la forme de la fondation. Des **modifications ultérieures de l'organisation sont exceptionnellement admissibles en vertu de l'art. 85 CC** si elles sont absolument nécessaires pour préserver le patrimoine de la fondation ou pour garantir la réalisation de son but (voir ci-après n. 15 ss) ; Conformément à l'**art. 86 CC**, les modifications du **but de la fondation** supposent que le but initial ait acquis une signification ou un effet totalement différent, de sorte que la fondation s'est manifestement éloignée de la volonté initiale du fondateur. Il s'agit pour ainsi dire d'un **cas d'application légale de la clause rebus sic stantibus**, raison pour laquelle son application est soumise à des **exigences strictes**.

B. Libéralisation par le législateur

- 3 On constate à cet égard une **évolution constante** d'un droit des fondations initialement peu enclin aux changements **vers une conception plus moderne et plus dynamique des fondations**. Cette conception nous semble judicieuse, notamment d'un point de vue pragmatique, car les fondations sont de plus en plus exposées à un environnement normatif et fiscal en mutation rapide. Celui-ci n'est pas seulement caractérisé par la lenteur des rouages de l'administration fédérale, mais aussi par la rapidité avec laquelle les organisations inter et supranationales adoptent de nouvelles réglementations. Dans ce contexte, il est logique que le législateur **adapte les structures existantes des fondations à cette évolution et la sous-tende également sur le plan dogmatique**. Cela a été fait, d'une part, en codifiant la distinction existante *praeter legem* entre modifications essentielles et modifications non essentielles (art. 86b CC, voir [OK-Brugger/Humbel, art. 86b CC N. 3](#)) et par l'introduction de la possibilité d'une réserve de modification du but (art. 86a CC, cf. [OK-Brugger/Humbel, art. 86a CC N. 4 s.](#)) au 1er janvier 2006. D'autre part, le seuil des modifications d'importance mineure au sens de l'art. 86b CC a récemment été abaissé, dans la mesure où elles ne doivent plus être fondées sur des raisons objectives « valables » et ne doivent plus être « nécessaires », mais seulement « justifiées » ou « apparaître justifiées ».

C. Délimitations

- 4 Les modifications de but et d'organisation doivent être distinguées des **mesures prises par l'autorité de surveillance** en vertu de l'art. 83d al. 1 CC en cas de lacunes organisationnelles et de dispositions organisationnelles initialement insuffisantes, ainsi que des mesures ordonnées par les autorités de surveillance en vertu de l'art. 84 al. 2 CC. La suppression d'un organe de révision prévu dans les statuts présuppose que les conditions de l'art. 85 CC et de l'art. 83b al. 2 CC sont remplies. Selon la pratique des autorités de surveillance, les modifications des statuts relatives à l'obligation de révision sont approuvées lorsque les conditions de l'ordonnance sur la révision des fondations sont remplies, c'est-à-dire lorsque le total du bilan de la fondation est inférieur à 200 000 CHF pendant deux années consécutives, que la fondation ne sollicite pas publiquement des dons ou d'autres contributions et que la révision n'est pas nécessaire pour évaluer de manière fiable la situation patrimoniale et les résultats de la fondation.

Il convient également de distinguer les modifications de l'art. 86 CC de la 5
 réalisation de l'objet successif dans les **fondations successives** (ou, de
 manière moins précise, car deux objets ne coexistent jamais simultanément,
 les fondations mixtes successives). Dans le cas de telles fondations, un seul but
 est poursuivi *à la fois* ; le fondateur peut toutefois prescrire un événement
 déterminé ou objectivement déterminable comme motif de transition d'un
 but à l'autre. Au moment du transfert, il y a **modification du but sans**
transformation au sens de l'art. 86 CC ; la modification intervient donc *en*
vertu de l'acte de fondation, sans intervention du fondateur ou des organes. Si
 le moment du transfert n'est pas fixé avec précision (mais seulement
 déterminable objectivement), les organes de la fondation doivent en informer
 les autorités de surveillance et les autorités du registre du commerce
 compétentes.

En cas d'**abrogation de la fondation** au sens de l'art. 88 al. 1 CC, les 6
 modifications du but ou de l'organisation priment en vertu des principes de
 proportionnalité et de subsidiarité.

La **LFus** renvoie, pour les modifications du but dans le cadre de **fusions**, à 7
 l'art. 86 CC (art. 78 al. 2, 3 LFus) et **aux transferts de patrimoine** (art. 86 al.
 2, 1er al. LFus), mais ne se prononce pas sur les modifications de
 l'organisation. Celles-ci peuvent toutefois s'imposer dans le cadre de fusions
 ou de transferts de patrimoine afin d'adapter l'organisation de la fondation à la
 nouvelle structure et doivent alors être évaluées à l'aune des conditions
 générales de l'art. 85 CC (ou, en cas de modifications organisationnelles
 mineures, de l'art. 86b CC). Comme les art. 78 ss LFus ne prévoient ni
 scissions ni transformations de fondations, des cas tels que les transferts de
 siège (dans la mesure où ils nécessitent une modification des statuts, cf. N. 9)
 doivent également être traités dans le cadre des dispositions relatives aux
 modifications organisationnelles importantes ou sans importance (cf. N. 8 ss
 ci-dessous).

II. MODIFICATIONS DE L'ORGANISATION (ART. 85 CC)

A. Champ d'application

Le **champ d'application personnel** de l'art. 85 CC s'étend, outre aux 8
 fondations « classiques », aux fondations de prévoyance en faveur du
 personnel et aux fondations de famille. Contrairement à la fondation

classique, il appartient toutefois à l'organe suprême de ces dernières de vérifier que les conditions de modification sont remplies.

- 9 Le **champ d'application matériel** de l'art. 85 CC englobe tous les facteurs qui concernent l'*organisation de* la fondation et qui ne sont pas de nature accessoire. Sont notamment concernés l'organisation, la nomination et la composition des organes de la fondation (conditions professionnelles ou personnelles requises pour l'acceptation d'un mandat, limitations de la durée du mandat, limites d'âge, *etc.*), les règles de procédure internes à la fondation, ainsi que les règles relatives au placement ou à la gestion de la fortune, les droits d'intervention du fondateur, des bénéficiaires ou de tiers, ainsi que les changements de nom et les transferts de siège. Dans la littérature, certains auteurs estiment que les changements de nom et les transferts de siège doivent toujours être qualifiés de modifications mineures au sens de l'art. 86*b*. À notre avis, même s'il est généralement vrai que les transferts de siège constituent des modifications mineures, il convient néanmoins de vérifier au cas par cas l'importance du transfert de siège dans la structure de la fondation et l'impact de la modification sur le patrimoine de la fondation ou la poursuite de son but. Un changement de siège n'entraîne pas nécessairement un changement d'autorité de surveillance compétente, d'autant plus que la compétence de l'autorité de surveillance ne résulte pas du siège, mais de l'étendue géographique de l'activité de la fondation (cf. OK-Brugger/Humbel, Art. 84 CC, N. 5). Ainsi, avant et après un changement de siège, la même autorité de surveillance (cantonale ou fédérale) peut rester compétente pour la fondation. À notre avis, une modification est en tout état de cause importante si la fondation doit devenir une fondation de consommation.

B. Conditions et mise en œuvre pratique

- 10 Les modifications organisationnelles apportées par l'autorité de surveillance supposent que « la modification est rendue urgente par la nécessité de préserver le patrimoine ou le but de la fondation » (selon l'ancienne formulation « rendue urgente »). Dans la pratique, la **nécessité de la modification** est soumise à des exigences élevées, qui font l'objet d'appréciations divergentes dans la doctrine. Alors qu'une partie de la doctrine salue explicitement la jurisprudence stricte en se référant à la nature *clausula* de cette disposition, ou du moins l'accepte, l'opinion contraire estime qu'il suffit que la modification soit dans l'intérêt de la réalisation du but

de la fondation ou qu'elle permette d'atteindre le but « nettement mieux » qu'avec la forme organisationnelle antérieure. Selon von Orelli, en cas de modifications organisationnelles, il faut toujours se demander si la modification permet d'améliorer l'efficacité de la fondation au sens où l'entendait le fondateur ou la fondatrice, la variante qui maximise l'effet souhaité par le fondateur devant être choisie parmi les différentes options possibles. La manière de définir le seuil de nécessité reste, à notre avis, une question sémantique. Il est toutefois beaucoup plus important de canaliser cette **exigence dans des voies praticables**. Cette situation peut être déterminée à l'aide de différents critères auxiliaires, idéalement **objectivement déterminables**, tels que (menace de) blocage des organes de la fondation (qui sont pertinents pour la poursuite du but) ; des coûts excessifs causés par une organisation dysfonctionnelle qui grèvent le patrimoine de la fondation au point qu'il ne suffit plus pour poursuivre le but à long terme ; l'absence d'instruments de *gouvernance de la fondation*, sans lesquels la gouvernance interne de la fondation est remise en question.

Lors de la **formulation des dispositions organisationnelles modifiées**, le **but doit à nouveau servir de ligne directrice** : les statuts modifiés doivent éliminer le risque mentionné pour le but de la fondation et garantir sa **meilleure réalisation possible**. Il découle en outre *a maiore ad minus* de l'art. 86b CC que la modification de l'organisation de la fondation ne doit pas porter atteinte aux droits éventuels de tiers.

C. Règlement d'organisation ou de fondation

Compte tenu de ce seuil élevé fixé par la jurisprudence, il convient de souligner l'importance pratique des **règlements d'organisation ou de fondation**. En droit des fondations, il est en effet **admissible de** régler l'organisation de manière globale ou partielle dans un règlement de niveau inférieur aux statuts. Cette procédure présente l'avantage d'une adaptabilité nettement **supérieure et plus rapide à mettre en œuvre** par rapport à une réglementation statutaire : l'organe suprême de la fondation peut procéder **de sa propre compétence** aux modifications organisationnelles au niveau du règlement.

Alors qu'auparavant, les autorités de surveillance exigeaient habituellement que les règlements leur soient soumis « pour approbation » dans le cadre de leur activité de surveillance, elles se contentent aujourd'hui, à juste titre, de

les « examiner », d'autant plus qu'une approbation par l'autorité de surveillance n'a pas d'effet constitutif et n'est pas requise par le droit des fondations. Les modifications doivent être portées à la connaissance de l'autorité de surveillance afin que celle-ci puisse exercer sa fonction de surveillance, **prendre connaissance** du contenu du règlement et intervenir si nécessaire, c'est-à-dire en cas de violation du droit objectif ou de l'ordre statutaire.

- 14 Le fait qu'il appartienne à l'organe suprême de la fondation de modifier le règlement d'organisation ou de fondation de sa propre compétence ne signifie pas que cette compétence lui est réservée. Les **autorités de surveillance** ont également la **compétence**, découlant de leur mission de surveillance, **d'ordonner les modifications du règlement** nécessaires à la protection du patrimoine et du but de la fondation. Cela découle, d'une part, *a maiore ad minus*, de la compétence des autorités de surveillance de prendre des mesures en cas de lacunes organisationnelles au sens de l'énumération non exhaustive de l'art. 83d CC et, d'autre part, du principe de subsidiarité. Une telle décision devrait alors être prise sous la forme d'une décision susceptible de recours.

III. CHANGEMENTS DE BUT (ART. 86 CC)

A. Champ d'application

- 15 Le **champ d'application personnel** de l'art. 86 CC s'étend, outre aux fondations « classiques », aux fondations de prévoyance en faveur du personnel et aux fondations de famille. Comme pour la modification de l'organisation, l'organe suprême des fondations de famille doit vérifier que les conditions d'une modification sont réunies.
- 16 Le **champ d'application matériel** de la norme se réfère à la fin de la fondation, donc au véritable « **cœur** » **de la fondation**. Une modification touche aux « fondements de la fondation ». Pour que l'art. 86 CC soit applicable, il est déterminant qu'il s'agisse d'un élément identitaire de la fondation. Les simples modifications formelles ou linguistiques (y compris de la destination) n'entrent donc pas dans le champ d'application de l'art. 86 CC, mais doivent être effectuées selon les conditions facilitées de l'art. 86b CC. En raison de ce champ d'application restreint, les cas de modification du but sont plutôt rares dans la pratique, à l'exception notable de l'adaptation du but des

anciennes fondations de famille, qui ont dû adapter leur but à la jurisprudence du Tribunal fédéral avant de pouvoir être inscrites au registre du commerce.

Le champ d'application de la norme englobe également les **charges et conditions** (art. 86 al. 2 CC) qui sont certes inscrites dans les statuts, mais en dehors de la destination proprement dite et qui compromettent la réalisation du but. 17

B. Conditions et mise en œuvre pratique

Compte tenu de l'importance de la volonté du fondateur, figée dans le but de la fondation, en tant qu'élément central du droit des fondations, il est justifié de poser **des exigences élevées** en cas de modification du but. Sinon, le concept fondamental de la fondation serait compromis et l'institution serait exposée à des abus. Avant d'envisager plus en détail une modification du but, il convient d'interpréter les dispositions statutaires relatives au but, en recherchant toujours la véritable volonté initiale du fondateur, conformément au principe de la volonté. Il appartient en premier lieu aux parties prenantes de la fondation – en premier lieu les organes de la fondation – d'interpréter les dispositions des statuts de la fondation de manière à ce que celle-ci puisse exercer une activité réelle. Ce faisant, les organes de la fondation doivent toujours garder à l'esprit qu'ils ne sont pas des organes de formation de la volonté, mais qu'ils ont pour seule mission d'exécuter la volonté du fondateur – la fondation n'est pas une personne morale, mais une institution. Pour les activités quotidiennes de la fondation, cette situation implique déjà, sur le plan conceptuel, une interprétation et une exégèse constantes des statuts. Il n'existe pratiquement aucun statut de fondation qui anticipe toutes les options imaginables et ne laisse aucune marge d'interprétation aux organes agissants quant à la manière dont les fonds de la fondation doivent être affectés concrètement à la finalité de la fondation. Les changements de but constituent des modifications de la matière première de l'action fondatrice et ne peuvent donc être envisagés que lorsque l'exploitation de cette matière première atteint ses limites et que l'activité effective de la fondation n'est plus possible ou presque plus possible. L'une des plus grandes difficultés d'une planification prudente en matière de droit des fondations est de reconnaître que la formulation choisie aujourd'hui ne sera plus, dans quelques décennies, un mode d'emploi pour la prospérité de la fondation, mais qu'elle constituera au contraire un obstacle si l'environnement réel change de manière 18

significative. Il est généralement recommandé de définir le but de la fondation de manière assez large afin de laisser aux organes de la fondation une marge d'interprétation suffisante, même des décennies (ou des siècles) après la création de la fondation. Dans le cas d'objectifs de fondation larges, il est particulièrement utile de documenter les réflexions et les intentions des fondateurs pour les générations futures de membres des organes de la fondation. Cela peut également se faire sous la forme de documents de fondation non contraignants sur le plan juridique, tels que des « lettres d'intention » ou des « lignes directrices », qui consignent les intentions, les valeurs et les souhaits et ne constituent généralement que des aides à l'orientation complémentaires. D'autre part, le but de la fondation doit être suffisamment précis pour refléter concrètement la volonté du fondateur et pour imposer aux organes une obligation de respecter cette volonté au lieu de leur laisser toute latitude (principe dit de la détermination), et pour satisfaire aux conditions fiscales qui exigent également une qualification précise du but de la fondation.

- 19 Selon l'art. 86 al. 1 CC, un changement de but présuppose une **composante objective** et une **composante subjective** : d'un point de vue objectif, un **changement dans la signification et l'effet** du but est nécessaire, d'un point de vue subjectif, le but doit s'être **manifestement éloigné de la volonté initiale du fondateur**. C'est le cas lorsque le but initial de la fondation est absurde, totalement dépassé ou non rentable, ou lorsque les attentes du fondateur ne se sont pas réalisées. La réponse à cette dernière question doit être recherchée en se demandant si, compte tenu de l'évolution de la situation, la volonté initiale du fondateur peut encore être raisonnablement réalisée telle qu'elle a été consignée dans l'acte de fondation. Des exemples typiques d'objectifs susceptibles d'être modifiés parce qu'**obsolètes, absurdes ou déjà (largement) atteints** sont la lutte contre une maladie aujourd'hui éradiquée, la poursuite d'objectifs politiques obsolètes parce qu'ils ont déjà été atteints (introduction du droit de vote des femmes ou abolition de la peine de mort en Suisse) ou la promotion d'une éducation qui n'est plus d'actualité ou qui a été reprise par des institutions publiques. Selon une doctrine, un **déséquilibre entre les moyens et les fins** peut également justifier une adaptation de la fin : celle-ci peut être devenue économiquement inefficace, par exemple parce que les moyens disponibles sont trop importants pour une fin trop restreinte ou trop faibles pour une fin trop large, mais qui ne peut être divisée en sous-fins, de sorte qu'une

adaptation de la fin est également justifiée dans ce cas. Avant de procéder à une modification de la finalité, il convient selon nous, en cas de surdotation, de procéder d'abord à une interprétation dynamique de la finalité de la fondation, compte tenu de la primauté de la volonté initiale du fondateur. Si cela échoue, d'autres possibilités d'action alternatives, telles qu'une liquidation partielle, devraient être examinées avant de modifier la finalité. En revanche, dans le cas d'une fondation dont les moyens sont trop limités, il convient également, à notre avis, d'examiner d'autres mesures dans les limites de l'objet, telles que des fusions ou des transferts de patrimoine, avant d'envisager des modifications de l'objet.

L'organe compétent ou les autorités compétentes ne sont pas libres de **formuler le nouvel objet de la fondation**. Celui-ci doit au contraire être **aussi proche que possible de l'objet initial** et s'orienter objectivement vers le **domaine d'activité et le cercle de bénéficiaires** existants. La ligne directrice à suivre est la volonté hypothétique ou présumée du fondateur, qui doit être déterminée, le cas échéant, par interprétation ; il s'agit donc de répondre à la question de savoir ce qu'aurait ordonné le fondateur s'il avait eu connaissance des circonstances et de la situation actuelles. Enfin, il convient de noter qu'il faut renoncer à un changement de but et dissoudre la fondation (art. 88 al. 1 ch. 1 CC) si une adaptation ne permet pas non plus d'aboutir à un résultat sensé et conforme à la volonté (hypothétique) initiale du fondateur.

IV. PROCÉDURE

La **procédure** de modification de l'organisation et du but est **généralement engagée dans la pratique par l'organe suprême de la fondation**, car c'est lui qui est le mieux à même d'évaluer la situation de la fondation. La marche à suivre dépend de la forme de la fondation et de la modification :

- Dans le cas des **fondations classiques**, la compétence appartient à une « **autorité de transformation** » spéciale qui, dans les faits, est toutefois identique à l'autorité de surveillance tant au niveau fédéral que cantonal. Au niveau fédéral, il en va ainsi depuis le 1er janvier 2006, date à laquelle les fondations soumises à la **surveillance de la Confédération** ne sont plus transformées par le Conseil fédéral, mais **par le DFI**. Cette évolution se reflète également au niveau cantonal. La disposition légale selon laquelle l'autorité de transformation compétente agit à la demande de l'autorité de surveillance n'a donc plus guère de sens. Il est conforme à la

doctrine dominante et à la pratique des autorités que l'**organe suprême de la fondation** dispose non seulement d'un **droit d'être entendu**, mais aussi d'un **droit de proposition** non seulement en cas de modification du but au sens de l'art. 86 CC – où cela est explicitement inscrit dans le texte de loi –, mais aussi en cas de modifications de l'organisation au sens de l'art. 85 CC. Compte tenu du libellé actuel de la loi, nous nous demandons toutefois s'il s'agit d'un droit justiciable ou plutôt d'une simple possibilité d'initiative *de fait* (au sens d'un droit de notification, qui devrait également être accordé aux autres participants à la fondation). Dans la pratique connue des auteurs, pratiquement toutes les modifications du but ou de l'organisation d'une fondation émanent de ses organes. En conséquence, il conviendrait, à notre avis, de modifier *de lege ferenda* l'inégalité de traitement injustifiée entre les art. 85 et 86 CC. Premièrement, cette inégalité de traitement repose sur une omission du législateur, qui n'a pas coordonné ces deux processus. En outre, et surtout, des considérations téléologiques plaident également en faveur d'un droit de requête justiciable de l'organe suprême de la fondation, même en cas de modifications organisationnelles : il est en effet tout aussi important pour la fondation et son développement que l'organe suprême de la fondation puisse réagir aux insuffisances organisationnelles et inciter l'autorité de transformation à agir. Cela est actuellement également possible en cas de **refus de l'autorité de surveillance** de présenter une demande ou, dans le cas général où l'autorité de surveillance et l'autorité de transformation sont identiques, en cas de refus de rendre une décision, mais cela doit être obtenu par voie de **recours** et, en dernière instance, par un **recours en matière civile** devant le Tribunal fédéral. Une fois la modification prononcée, l'organe suprême de la fondation ne dispose pas d'un véritable droit de veto. Toutefois, une procédure de recours est également disponible dans ce cas. La contestation est ouverte non seulement aux organes de la fondation, mais aussi aux **bénéficiaires**, qui, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, n'ont toutefois ni qualité pour agir ni droit d'être entendus au préalable dans la procédure de modification. À notre avis, ils devraient toutefois être associés le plus tôt possible au processus de modification, dans un souci de planification prévisionnelle et de sécurité juridique accrue, afin d'éviter des contestations ultérieures.

- Dans le cas des **fondations de famille**, la **jurisprudence du Tribunal fédéral**, qui est plus ancienne mais toujours valable, et l'**opinion**

dominante partent du principe que le conseil de fondation dispose d'un **droit de modification autonome** et peut décider des modifications sans autorisation judiciaire préalable. Il reste toutefois lié aux conditions de fond de l'art. 85 s. CC et à l'exigence d'un exercice correct du pouvoir d'appréciation. En cas de violation, la responsabilité de l'organe suprême de la fondation est engagée. Une **opinion minoritaire** plus ancienne estime que le tribunal doit toujours être impliqué dans les modifications de l'organisation ou du but. Dans la pratique, le problème se pose que l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) semble également exiger une telle décision judiciaire, qui n'est pas prévue par le texte de la loi, ce qui a entraîné des procédures longues et des coûts considérables pour les fondations de famille (voir également OK-Brugger/Humbel, Art. 57 CC, N. 13 ss).

- Conformément à l'**art. 62 al. 2 LPP**, l'**autorité de surveillance compétente** au sens des art. 61 ss LPP est également l'autorité de transformation au sens des art. 85 ss CC pour les institutions de prévoyance constituées en tant que **fondations de prévoyance en faveur du personnel**. Il s'agit généralement de la même autorité qui assume également la surveillance des fondations au niveau cantonal ou supracantonal.

La modification des statuts doit être annoncée au **registre du commerce** 22 (art. 97 al. 1 let. c ORC), ce qui, pour les fondations « classiques » et les fondations de prévoyance en faveur du personnel, est effectué d'office par l'autorité de conversion elle-même. Contrairement à une pratique cantonale antérieure, qui exigeait un acte authentique soumis à l'approbation de l'autorité de transformation, la décision de modification ne nécessite désormais plus **d'acte authentique** selon le libellé explicite de la loi (art. 86c CC, cf. OK-Brugger/Humbel, art. 86c CC n. 2).

BIBLIOGRAPHIE

Amadò Flavio/Manfredi Valentina, Il diritto svizzero delle fondazioni in vigore dal 1° gennaio 2023 e dal 1° gennaio 2024 – Le recenti novità legislative riferite alle fondazioni di diritto svizzero, *Novità giuridiche* 1 (2024), S. 31 ff.

Baumann Lorant Roman, *Der Stiftungsrat – Das oberste Organ gewöhnlicher Stiftungen*, Diss. Zürich 2009 (= ZStP 214).

Brugger Lukas, Die gemischte Stiftung – Die Stiftung zur Verfolgung unterschiedlicher Zwecke im Lichte des schweizerischen ZGB und des österreichischen PSG, Diss. Zürich 2019 (Schriften zum Stiftungsrecht 12).

Egger August, Zürcher Kommentar, Art. 1-89 ZGB. Personenrecht, Bd. I, 2. Aufl., Zürich 1930.

Eichenberger Lukas/Leu Daniel, Nichtigkeit und Eintragungsverweigerung - Hürden bei der Eintragung alter Familienstiftungen ins Handelsregister, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) Familienstiftungen – neue Perspektiven, 2024, S. 84 ff.

Eisenring Martin, in: Arnet Ruth/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Schweizer Handkommentar, Personen- und Familienrecht, Art. 1–456 ZGB – Partnerschaftsgesetz, 4. Aufl., Zürich 2023.

Grüninger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

Grüninger Harold, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter/Tschäni Rudolf/Daeniker Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015.

Jakob Dominique, in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018.

Jakob Dominique, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 132 (2013) II, S. 185 ff.

Jakob Dominique/Brugger Lukas/Humbel Claude, Recht der Non-Profit-Organisationen in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2023.

Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen. Ein Blick auf die bestehende Registerpraxis und eine Besprechung des Urteils BVGer B-951/2020 vom 16.8.2021, SJZ 118 (2022), S. 736 ff.

Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen und die Änderungskompetenz des Stiftungsrates, Zugleich eine Besprechung des Schweizer Bundesverwaltungsgerichts B-951/2020 vom 16.8.2021, npoR 3 (2022), S. 119 ff.

Leu Daniel/Gabrieli Daniel, Statutenänderung bei Familienstiftungen, in: Peter Breitschmid/Paul Eitel/Alexandra Jungo (Hrsg.), Der letzte Wille, seine

Vollstreckung und seine Vollstrecker – Festschrift für Hans Rainer Künzle, 2021, S. 277 ff.

Liver Peter, Rezension zu Riemers Kommentar zum Stiftungsrecht, ZBJV 112 (1976), S. 315 ff.

Malacrida Ralph, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter/Tschäni Rudolf/Daeniker Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015.

Riener Hans Michael, GAFI-Umsetzung: Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister auch für kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen, SZW 2016, S. 70 ff.

Riener Hans Michael, Stämpfli Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012 (zit. SHK-Riener).

Riener Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BK-Riener).

Sprecher Thomas, Stiftungsrecht in a nutshell, 2. Aufl. Zürich 2023.

Sprecher Thomas, Vom Recht des StifTERS, «seine» Stiftung auf den Kopf zu stellen, Jusletter vom 13. März 2023.

Sprecher Thomas, Die Verbrauchsstiftung – Grundlagen, Formen, Wirkungen, Jusletter vom 15. Juni 2020.

Sprecher Thomas, Die Revision des schweizerischen Stiftungsrechts, Zürich 2006 (zit. Sprecher, Revision).

Sprecher Thomas/von Salis Ulysses, Die Schweizerische Stiftung, Zürich 1999.

Studen Goran, Die Dachstiftung – Das Tragen und Verwalten von Unterstiftungen unter dem Dach einer selbständigen Stiftung, Diss. Zürich 2011 (=Schriften zum Stiftungsrecht 3).

Uhl Matthias, Kooperation im Stiftungsrecht, Diss. Zürich 2016 (Schriften zum Stiftungsrecht 7).

Von Orelli Lukas, Zur Auslegung des Stifterwillens, Diss., Basel 2019 (Schriften zum Stiftungsrecht 11).

Von Schnurbein Georg / Hengevoss Alice (Center for Philanthropy Studies Universität Basel), Sunset Foundations – Stiftungen auf Zeit.

Wiget Niklaus, Gläubigerschutz bei nichtigen Familienstiftungen, Diss. Zürich 1972 (= ZBR 387).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 86a CC

Un commentaire de Lukas Brugger / Claude Humbel

PROPOSITION DE CITATION

Lukas Brugger/Claude Humbel, Commentaire de l'art. 86a CC, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (édit.), Commentaire en ligne du Code civil suisse

Citation abrégée: OK-Brugger/Humbel, art. 86a CC n. XXX.

III. Du but ou de l'organisation selon le droit réservé au fondateur

Art. 86a

¹ L'autorité fédérale ou cantonale compétente modifie, sur requête du fondateur ou en raison d'une disposition pour cause de mort prise par celui-ci, le but ou l'organisation de la fondation lorsque l'acte de fondation réserve cette possibilité et que 10 ans au moins se sont écoulés depuis la constitution de la fondation ou depuis la dernière modification du but ou de l'organisation requise par le fondateur. Les délais courent indépendamment les uns des autres.

² Si la fondation poursuit un but de service public ou d'utilité publique au sens de l'art. 56, let. g, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct, le nouveau but doit demeurer un but de service public ou d'utilité publique.

³ Le droit d'exiger la modification du but ou de l'organisation est incessible et ne passe pas aux héritiers.¹²² Lorsque le fondateur est une personne morale, ce droit s'éteint au plus tard 20 ans après la constitution de la fondation.

⁴ Lorsque la fondation a été constituée par plusieurs fondateurs, ceux-ci doivent requérir la modification du but ou de l'organisation conjointement.

⁵ L'autorité qui procède à l'ouverture de la disposition pour cause de mort avise l'autorité de surveillance compétente de la disposition prévoyant la modification du but ou de l'organisation de la fondation.

TABLE DES MATIÈRES

I. Élaboration, objet et finalité de la norme	122
II. Champ d'application.....	124
A. Champ d'application personnel	124
B. Champ d'application matériel.....	124
C. Champ d'application temporel.....	124
III. Conditions et résultat de la modification	125
IV. Procédure	128
Bibliographie.....	128

I. ÉLABORATION, OBJET ET FINALITÉ DE LA NORME

- 1 Le « conflit originel de toute réflexion sur le droit des fondations » entre la volonté initiale du fondateur, telle qu'elle est exprimée et consignée dans l'acte de fondation, et le besoin qui peut surgir ultérieurement d'exercer une influence sur sa « propre » fondation a longtemps été résolu en Suisse en faveur de la volonté initiale du fondateur. Comme cela pouvait (en théorie) dissuader des fondateurs potentiels de choisir la forme juridique de la fondation, ce **conflit d'objectifs** a été ponctuellement atténué dans le cadre de l'initiative parlementaire (00.461) « Révision du droit des fondations » de l'ancien conseiller aux États Fritz Schiesser. Le « cœur civil » des modifications du droit des fondations entrées en vigueur le 1er janvier 2006 à la suite de l'initiative parlementaire prévoyait également un **assouplissement du principe de séparation et de rigidité** : sous certaines conditions, il devait désormais être possible d'assouplir le principe de l'immuabilité du but de la fondation par une réserve ponctuelle. Dans le cadre de l'initiative parlementaire (14.470) « La place suisse des fondations. Renforcement » de l'ancien conseiller aux États Werner Luginbühl, cette possibilité de réserve a été étendue – de manière analogue, c'est-à-dire aux mêmes conditions – aux modifications organisationnelles.
- 2 L'introduction de cette possibilité de réserve visait l'**essence même de la conception suisse du droit des fondations** : dans les **ordres juridiques classiques et traditionnels régissant les fondations**, comme en Suisse (avant la réforme) et en Allemagne, le principe de séparation et de rigidité est élevé au rang de principe fondamental et les modifications de la situation juridique une fois pérennisée ne sont possibles et admissibles que dans des conditions strictes. Cela contraste avec le concept fondamental des « **modèles de fondations privées** », tels qu'ils sous-tendent les ordres juridiques en Autriche ou dans la Principauté de Liechtenstein : dans ces ordres juridiques, les fondateurs peuvent s'assurer une forte influence sur « leur » fondation par l'octroi privé et autonome de « droits du fondateur » (tels que la modification de la finalité ou même la révocation de la fondation).
- 3 L'art. 86a CC ne concerne que les **droits du fondateur véritables ou gènes** ou les **droits du fondateur au sens propre**. Il ne décrit que les droits qui permettent au fondateur d'exercer une influence sur la fondation après sa constitution, parce qu'ils renvoient au rôle *du fondateur*. Les droits

authentiques du fondateur sont donc en contradiction avec le principe fondamental du droit des fondations, selon lequel le fondateur se sépare de son patrimoine lors de la constitution de la fondation et se trouve désormais face à celle-ci comme un tiers indépendant, et permettent en fin de compte une formation de volonté *a posteriori*. Si le fondateur ou la fondatrice se réserve uniquement des droits qui pourraient également être accordés à tout *tiers* (par exemple, le droit d'exercer la fonction de membre du conseil de fondation ou de nommer des organes), il s'agit de simples **droits de tiers**. On entend enfin par **droits spéciaux** les droits réservés à des personnes individuelles, par opposition à la réalisation du but de la fondation, d'utiliser, de disposer ou de consommer la substance ou les revenus de la fortune de la fondation, qui sont généralement réservés (et admissibles) afin que la création de la fondation ne doive pas être reportée.

L'objectif des initiatives parlementaires visant à introduire et à étendre la 4 réserve de modification du but prévue à l'art. 86a CC était d'assouplir **modérément le régime des fondations**. Contrairement à ce qui prévaut dans les véritables régimes de droit des fondations privées, les débats parlementaires ont écarté la possibilité d'un droit de révocation du fondateur et ont adopté « uniquement » la possibilité d'une réserve de modification du but comme solution intermédiaire.

Dans la doctrine, l'introduction de ce droit du fondateur a été **en partie 5 saluée, en partie critiquée** en raison d'un risque d'abus et d'un faible besoin pratique. En ce qui concerne la possibilité d'une réserve de modification du but, on peut constater que ni les craintes d'abus généralisés ni les attentes d'un grand bénéfice dans la pratique des fondations ne se sont concrétisées. Au contraire, cet instrument semble avoir été utilisé **rarement**, du moins jusqu'à présent. Il reste à voir si l'extension de cet instrument aux réserves d'organisation conduira à une utilisation plus fréquente de cette possibilité. Dans la pratique, toutefois, d'autres instruments sont utilisés depuis longtemps, tels que des règlements d'organisation plus facilement modifiables, qui peuvent être modifiés par simple décision écrite, sauf disposition contraire.

II. CHAMP D'APPLICATION

A. Champ d'application personnel

- 6 Selon les documents et l'opinion dominante (qui s'y réfère) dans la doctrine, l'art. 86a CC **s'applique exclusivement aux fondations classiques et non aux fondations de famille, aux fondations ecclésiastiques et aux fondations de prévoyance en faveur du personnel**, car il s'agit d'un « silence qualifié » du législateur. L'avis contraire souligne à juste titre qu'il n'y a guère de raisons objectives de traiter différemment les fondations familiales et ecclésiastiques des fondations classiques et que cette exception ne correspond pas non plus à la systématique habituelle de la réglementation des fondations familiales et ecclésiastiques, dont les dispositions spéciales seraient sinon *expressis verbis* inscrites dans la loi (voir également en détail OK-Brugger/Humbel, art. 87 CC N. 16). Dans le cadre de la révision prochaine du droit des fondations de famille, le législateur devrait remédier à cette inégalité de traitement.

B. Champ d'application matériel

- 7 Il ressort de considérations d'ordre systématique (notes marginales I, II et III d'une part, et note marginale IV d'autre part) que les modifications au sens de l'art. 86a CC constituent en principe des **modifications substantielles de l'organisation ou du but**. Dans le cadre du processus de modification, *a maiore ad minus*, **une modification non essentielle** au sens de l'art. 86b CC peut également être exigée.
- 8 La réserve relative au changement de but s'étend également aux **charges et conditions** au sens de l'art. 86, al. 2, CC.

C. Champ d'application temporel

- 9 En ce qui concerne le **champ d'application temporel**, la question se pose de savoir si et dans quelle mesure des réserves relatives à la modification du but et de l'organisation peuvent également être introduites rétroactivement. Cela concerne d'une part les fondations (nouvellement créées) qui ont inséré de telles clauses dans leurs statuts entre l'adoption de la modification et son entrée en vigueur, et d'autre part les fondations préexistantes qui souhaitent introduire cette possibilité a posteriori. Le premier cas est, à juste titre,

admissible selon la pratique des autorités. À notre avis, cela devrait être accepté si l'on fixe le début du délai de dix ans à la date d'entrée en vigueur de la modification. Le second cas est en partie rejeté en se référant aux art. 1 et 2 SchlT CC et aux documents. Comme l'a démontré le porte-parole, les références correspondantes ne sont toutefois pas pertinentes, raison pour laquelle les documents ne permettent pas de tirer une conclusion claire. Avec Riemer, il convient de souligner le **risque de contournement** des art. 86 et 86b CC lorsque les fondateurs ou les personnes morales fondatrices sont encore en vie, si l'on approuve sans réserve l'introduction ultérieure. À notre avis, le libellé de l'art. 86a CC donne déjà une indication décisive en exigeant que la réserve de modification du but soit mentionnée dans l'acte de fondation. Il en résulte, selon nous, que l'introduction ultérieure du droit de modifier le but ne devrait pas être possible *de lege lata*. Dans la mesure où la doctrine estime que la réserve de modification du but selon l'art. 86a doit s'inscrire dans le cadre d'une adaptation des **art. 85 ss CC** et être soumise à la **réalisation de leurs conditions**, il convient de signaler qu'en l'absence de dispositions transitoires claires, les autorités semblent critiquer, voire rejeter, de telles modifications ultérieures. À notre avis, il serait donc souhaitable de clarifier dans la loi la recevabilité d'une introduction a posteriori de la réserve de modification du but dans le cadre de la révision prochaine du droit des fondations de famille.

III. CONDITIONS ET RÉSULTAT DE LA MODIFICATION

Les **conditions** posées à l'introduction et à l'exercice d'une réserve de 10 modification de l'organisation ou du but sont **relativement peu élevées**.

Premièrement, il est nécessaire qu'une **réserve** correspondante concernant le 11 but ou l'organisation soit insérée **dans l'acte de fondation** lors de la création de la fondation (ou dans le cadre de ce qui est admissible en cas de modification ultérieure des statuts). La réserve doit être formulée expressément afin qu'il soit clair qu'une modification du but ou de l'organisation au sens de l'art. 86a CC est possible. À notre avis, il n'est toutefois pas impératif de mentionner la disposition ni de préciser l'orientation ou le contenu de la modification du but ou de l'organisation. Ces derniers peuvent, mais ne doivent pas nécessairement, rester ouverts ; une restriction statutaire n'est pas nécessaire et n'est généralement pas recommandée pour des raisons de planification. L'art. 86a CC permet

également de transformer une fondation classique en une fondation de famille ou une fondation ecclésiastique. Si le nouvel objet ou la nouvelle organisation peuvent donc différer fondamentalement de la réglementation initiale, l'al. 2 fixe certaines **limites quant au contenu** : selon lui, les fondations qui poursuivent un **but public ou d'utilité publique** au sens de l'art. 56 let. g LIFD peuvent modifier leur but, mais le but modifié doit également être public ou d'utilité publique. Cette disposition vise légitimement à empêcher les tentatives de contournement, mais son ancrage dans le droit civil soulève des questions dogmatiques, d'autant plus que le droit fiscal dispose de ses propres instruments pour lutter contre le contournement. La plupart des autorités fiscales stipulent donc généralement dans la décision d'exonération fiscale d'une fondation que celle-ci doit remplir durablement le but exonéré.

- 12 Deuxièmement, il est nécessaire que le ou les fondateurs habilités déposent une **demande** de modification de l'acte de fondation auprès de l'**autorité compétente** ou que cette modification soit effectuée par une **disposition à cause de mort** et que l'autorité compétente pour la modification en soit informée par l'autorité chargée d'ouvrir la succession (al. 5). Il convient de noter que l'autorité compétente pour modifier l'acte de fondation (contrairement à l'art. 86 CC) n'a aucun pouvoir d'appréciation en cas de réserve et d'exercice valable du **droit dedemande** et doit ordonner la modification. Le droit de demander la modification est **à caractère strictement personnel** et ne peut être **ni hérité ni transféré** (al. 3, 1re phrase), mais il peut être exercé par un **représentant mandaté**. Le caractère strictement personnel a pour conséquence que le fondateur sous curatelle mais capable de discernement peut faire valoir de manière autonome ses droits de modification (art. 407 en relation avec les art. 19cà 19d CC).
- 13 Pour les **personnes morales**, ce droit s'éteint **20 ans après la constitution** de la fondation (al. 3, 2e phrase), la date de l'inscription au registre du commerce étant déterminante à notre avis. Le législateur a ainsi voulu empêcher une perpétuation par l'interposition d'une personne morale. S'il existe **plusieurs fondateurs**, ils doivent exercer le **droit de modification conjointement** (exigence de l'unanimité, al. 4). Cette condition est impérative : si l'un des fondateurs décède, le droit de modification ne peut plus être exercé. Selon la conception du législateur, l'exercice du droit de proposition n'est pas un droit de modification, mais la modification nécessite

la participation des autorités et reste donc **révocable** jusqu'à la décision effective, même si le ou les fondateurs ont exprimé leur volonté en ce sens.

Enfin, il est prévu un délai d'attente d'**au moins dix ans** à compter de la 14 constitution de la fondation ou de la dernière modification demandée par le fondateur. Ce délai a pour but de garantir une certaine stabilité à la fondation et de ne pas l'exposer aux « caprices » du fondateur, ce qui pourrait avoir des répercussions négatives sur son activité. Le **délai court** à compter de la **date d'inscription au registre du commerce** lors de la constitution de la fondation et, en cas de modifications ultérieures, à compter de leur entrée en vigueur. Cela vaut contrairement à la lettre (moment de la « demande du fondateur ») et résulte du fait que ce n'est pas la demande, mais la décision ultérieure de l'autorité compétente en matière de modification qui modifie l'acte de fondation (voir ci-dessus n. 12), raison pour laquelle le moment du dépôt de la demande ne peut être déterminant. En cas de modifications différées du but et de l'organisation, les délais peuvent être déclenchés et courir indépendamment les uns des autres (al. 1, dernière phrase). La question de savoir si une modification exprimée avant l'expiration du délai de dix ans est valable et si l'autorité doit « geler » la demande jusqu'à l'expiration du délai, mais la maintenir en suspens, puis statuer en conséquence, n'est pas clarifiée. Les documents s'expriment en faveur de cette solution. Riemer considère que les demandes prématurées du fondateur sont nulles et exige que l'autorité rejette les demandes correspondantes. La question de la validité des déclarations de volonté anticipées se pose avec acuité lorsque le fondateur n'est plus en mesure de disposer après l'expiration du délai de dix ans, que ce soit en raison d'une incapacité de discernement ou d'un décès. Il convient de suivre Riemer en ce sens que la volonté de modification doit exister après l'expiration du délai de dix ans. Riemer admet à juste titre qu'une disposition à cause de mort peut être constituée avant l'expiration du délai de dix ans, à condition que le fondateur décède après l'expiration du délai. À notre avis, une autorité devrait procéder de la même manière en cas de risque d'incapacité de discernement : si la demande est présentée avant l'expiration du délai de dix ans et que l'incapacité de discernement du fondateur survient après l'expiration du délai, la demande de modification devrait être acceptée, à moins que des circonstances ne permettent de conclure que le fondateur n'avait plus l'intention de modifier sa décision au moment où il était capable de discernement.

- 15 Le **calcul du délai** est régi par l'art. 7 CC en relation avec l'art. 77 al. 1 ch. 3 CO et est de dix ans ; l'expression « au moins » ne peut être interprétée comme signifiant qu'un délai plus long doit être respecté en raison d'autres circonstances. Une demande de modification peut bien sûr être déposée même après (nettement) plus de dix ans. Les modifications sont admissibles même plusieurs années après la création de la fondation ou la dernière modification, à condition que les personnes disposant du pouvoir de disposition soient toujours capables d'exercer leurs droits civils.

IV. PROCÉDURE

- 16 La procédure de modification sur la base d'une réserve de modification est engagée par une **demande** ou par une disposition correspondante dans une disposition pour cause de mort. Si la demande est recevable, l'autorité compétente est tenue de procéder à la modification et de rendre une décision correspondante. L'**autorité n'a aucun pouvoir discrétionnaire** : elle doit uniquement vérifier que les conditions susmentionnées sont remplies. Si les conditions sont remplies, le ou les fondateurs ont droit à une modification de la finalité ou de l'organisation.
- 17 L'autorité compétente en matière de modification annonce la modification au **registre du commerce** compétent pour inscription. Les **effets** de l'inscription au registre du commerce à l'égard des tiers sont régis par l'**art. 936b CO**.

BIBLIOGRAPHIE

Amadò Flavio/Manfredi Valentina, Il diritto svizzero delle fondazioni in vigore dal 1° gennaio 2023 e dal 1° gennaio 2024 – Le recenti novità legislative riferite alle fondazioni di diritto svizzero, *Novità giuridiche* 1 (2024), S. 31 ff.

Brugger Lukas, Familienphilanthropie – Familienstiftungen mit gemischten Zwecken, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) *Familienstiftungen – neue Perspektiven*, 135 ff. (zit. Brugger, Familienphilanthropie).

Brugger Lukas, Modelle für eine zeitgemässe Schweizer Familienstiftung – eine Auslegeordnung nach der Annahme der Motion Burkart, *AJP* 5 (2025), S. 485 ff.

Eisenring Martin, in: Arnet Ruth/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Schweizer Handkommentar, Personen- und Familienrecht, Art. 1–456 ZGB – Partnerschaftsgesetz, 4. Aufl., Zürich 2023.

Grüniger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. A., Bern 2020.

Jakob Dominique, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018.

Jakob Dominique, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 132 (2013) II, S. 185 ff.

Jakob Dominique, Stifterrechte zwischen Privatautonomie und Trennungsprinzip – Möglichkeiten und Konsequenzen der Einflussnahme des Stifters auf seine Stiftung unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen des schweizerischen, österreichischen und liechtensteinischen Rechts, in: Bayer/Koch/Körber/Saenger (Hrsg.), Gründen und Stiften, Festschrift zum 70. Geburtstag des Jenaer Gründungsdekans und Stiftungsrechtlers Olaf Werner, Baden-Baden 2009, S. 101 ff.

Jakob Dominique, Schutz der Stiftung, Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen, Tübingen 2006 (zit. Jakob, Schutz der Stiftung).

Jakob Dominique, Das neue Stiftungsrecht der Schweiz, RIW 9 (2005), S. 669 ff.

Riemer Hans Michael, Stämpfli Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012 (zit. SHK ZGB-Riemer).

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BK ZGB-Riemer).

Sprecher Thomas, Vom Recht des Stifters, «seine» Stiftung auf den Kopf zu stellen, Jusletter vom 13. März 2023.

Art. 86a CC

Sprecher Thomas, Die Revision des schweizerischen Stiftungsrechts, Zürich 2006 (zit. Sprecher, Revision).

Vez Parisima, Thesen zu einem neuen Stiftungsverständnis, ZBJV 4 (2007), S. 229 ff.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 86b CC

Un commentaire de Lukas Brugger / Claude Humbel

PROPOSITION DE CITATION

Lukas Brugger/Claude Humbel, Commentaire de l'art. 86b CC, in: Nils Guggi/
Lukas von Orelli (édit.), Commentaire en ligne du Code civil suisse

Citation abrégée: OK-Brugger/Humbel, art. 86b CC N. XXX.

IV. Modifications accessoires de l'acte de fondation

Art. 86b

L'autorité de surveillance peut, après avoir entendu l'organe suprême de la fondation, apporter des modifications accessoires à l'acte de fondation lorsque celles-ci sont justifiées par des motifs objectifs et qu'elles ne lèsent pas les droits de tiers.

TABLE DES MATIÈRES

I. Évolution de la norme 133

II. Champ d'application, conditions et mise en œuvre pratique 134

 A. Champ d'application 134

 B. Conditions 135

III. Procédure..... 135

Bibliographie..... 136

I. ÉVOLUTION DE LA NORME

L'art. 86b CC a été, plus que toute autre norme du droit suisse des fondations, 1 façonné par les besoins pratiques. À l'origine, le droit suisse des fondations, qui reposait sur un principe strict de séparation et de rigidité, ne prévoyait qu'une possibilité très limitée de modifier les statuts aux conditions prévues à l'art. 85 s. CC (cf. OK-Brugger/Humbel, art. 85/86 N. 2). Toutefois, ces dispositions visaient des modifications substantielles de l'acte de fondation ou des statuts. Le traitement correct des modifications moins importantes n'était pas réglementé par la loi, ce qui a conduit la doctrine et la pratique à supposer une véritable lacune législative et à distinguer, dans le sens d'une interprétation *modo legislatoris* au sens des art. 1 al. 2 et 3 CC, entre modifications essentielles et modifications non essentielles. Ces dernières devaient être admissibles si elles étaient dans l'intérêt d'une réalisation plus efficace du but, si elles apparaissaient nécessaires pour des « raisons objectives » et si elles ne portaient pas atteinte aux droits de tiers.

Le régime établi par les art. 85 s. CC pour les fondations classiques constituait 2 un carcan trop étroit, en particulier pour les fondations de prévoyance en faveur du personnel, car celles-ci exigent une plus grande capacité d'adaptation à l'évolution des circonstances, à laquelle le régime légal ne pouvait pas répondre. Néanmoins, le Tribunal fédéral a reconnu la distinction susmentionnée dans un arrêt de principe concernant une fondation de prévoyance en faveur du personnel, non seulement dans ce domaine particulier, mais pour toutes les fondations.

Cette jurisprudence *praeter legem* a ensuite été codifiée pour la première fois 3 dans la loi de réforme du 8 octobre 2004 (art. 86b CC). Dans la pratique, cette norme a été (et est toujours) beaucoup plus souvent invoquée que les cas de conversion au sens strict (art. 85 et 86 CC) et les autorités de conversion ont généralement adopté une approche pragmatique pour les modifications non substantielles. Afin de consolider cette attitude libérale, l'initiative parlementaire de l'ancien conseiller aux États Werner Luginbühl proposait, au ch. 4, deuxième partie de la phrase, une simplification supplémentaire. La Commission des affaires juridiques du Conseil des États ayant estimé que cette demande était susceptible de rallier une majorité, les Chambres fédérales ont adopté la version actuellement en vigueur. Selon cette disposition, une modification mineure n'est plus soumise à des raisons

objectives « valables » depuis le 1er janvier 2024 et ne doit plus être « nécessaire ». Il suffit désormais que la modification « semble justifiée ».

II. CHAMP D'APPLICATION, CONDITIONS ET MISE EN ŒUVRE PRATIQUE

A. Champ d'application

- 4 L'art. 86b CC s'applique à tous les types de fondations légales et factuelles. Il s'applique notamment aux fondations classiques et aux fondations de prévoyance, mais aussi aux fondations ecclésiastiques et aux fondations de famille (pour la procédure, voir ci-après N. 9 ss).
- 5 Sur le plan matériel, les limites de l'applicabilité sont floues. Pour que l'art. 86b CC soit applicable, il est déterminant que les adaptations n'altèrent pas la nature de la fondation et ne modifient pas ses caractéristiques identitaires ou déterminantes. Comme cela ne peut être vérifié de manière générale *ex ante*, il convient de déterminer au cas par cas s'il s'agit effectivement d'une modification *non* substantielle. Dans la pratique, différents groupes de cas se sont toutefois dégagés, dans lesquels il est probable qu'il s'agisse d'une modification non substantielle. Il s'agit notamment des modifications du nom et du siège (cf. toutefois OK-Brugger/Humbel, art. 85/86 N. 9), l'introduction d'un organe de révision en raison de modifications légales (introduction de l'art. 83b CC), l'adaptation des dispositions de liquidation à des modifications du droit fiscal, la modification mineure des procédures (délais de convocation, quorums, procès-verbaux, rémunération, etc.) ainsi que des précisions concernant le cercle des bénéficiaires (par exemple dans le cadre d'une adaptation du cercle des bénéficiaires à l'évolution des opinions sociales, telle qu'elle s'est exprimée dans le cadre de la PartG et du « mariage pour tous », mais uniquement si cela correspond à la volonté initiale ou hypothétique du fondateur). Selon certains auteurs, les modifications des dispositions des actes constitutifs concernant la non-consommation du capital de la fondation (afin de poursuivre l'objectif de la fondation en cas de forte baisse des revenus du capital) ainsi que l'extension des objectifs d'assistance sociale dans le cas des fondations d'assistance au personnel sont également de nature non significative. À notre avis, cela dépend toutefois fortement du cas particulier dans ces domaines potentiellement lourds de conséquences et doit donc être

vérifié avec soin. Dans de telles situations, la volonté du fondateur est particulièrement digne de protection.

B. Conditions

Selon le nouveau texte de loi, les modifications non substantielles sont 6
admissibles aux conditions suivantes : premièrement, elles doivent apparaître
justifiées par des raisons matérielles (c'est-à-dire objectives). Les intérêts
dignes de protection exigés par le Tribunal fédéral dans l'ATF 103 Ib 161 sont
toujours présents lorsqu'il existe une raison objective. Ils ne constituent donc
pas une condition indépendante.

Deuxièmement, il est toujours nécessaire que la modification ne porte pas 7
atteinte aux droits de tiers. Selon la jurisprudence, cela inclut également les
droits des bénéficiaires ou les droits d'option spéciaux. Dans la pratique, cette
exigence conduit souvent à rechercher au préalable le dialogue avec les tiers
concernés et à obtenir leur accord écrit à la modification des statuts.

Dans le cadre de fusions et de transferts de patrimoine, une réserve telle que 8
celle prévue à l'art. 86 CC, car les conditions d'une fusion (selon l'art. 78 al. 2
LFus) et d'un transfert de patrimoine (selon l'art. 86 al. 2 LFus) correspondent
sur le fond à celles d'une modification non importante d'un acte selon l'art.
86b CC. Il est en effet exigé que la fusion (ou le transfert de patrimoine) soit «
justifiée par des raisons objectives et, en particulier, conforme au but de la
fondation » et qu'elle préserve « les droits des bénéficiaires des fondations
concernées ». Une telle opération ne peut toutefois aller à l'encontre d'une
décision délibérée (et ressortant de l'acte de fondation) du fondateur de créer
des entités distinctes plutôt que de faire une donation à une fondation
existante. Dans de tels cas, le pouvoir d'appréciation des organes de la
fondation reste naturellement lié à la volonté initiale du fondateur, dont la
modification devrait elle-même satisfaire aux conditions de l'art. 86 CC.

III. PROCÉDURE

La procédure dépend du type de fondation : dans le cas des fondations 9
classiques et des fondations de prévoyance en faveur du personnel, il
appartient à l'autorité de surveillance ou à l'autorité de transformation de
procéder à la modification après avoir entendu l'organe suprême de la
fondation, puis de l'inscrire d'office auprès des autorités du registre du

commerce. Dans la pratique, l'initiative émane toutefois généralement de l'organe suprême de la fondation, dont le droit d'être entendu est déjà garanti par une décision d'approbation de la modification.

- 10 Dans le cas des fondations de famille, la compétence de modification appartient, selon la doctrine dominante et notre opinion, à juste titre à l'organe suprême de la fondation. Celui-ci est chargé de vérifier de manière indépendante que les conditions de modification sont remplies, puis de mettre en œuvre la modification.
- 11 Enfin, la procédure applicable aux fondations ecclésiastiques est régie par les règles qui leur sont propres (l'approbation par des instances ecclésiastiques peut ainsi être requise).
- 12 Les modifications doivent également être inscrites au registre du commerce, une nouvelle version des statuts devant être déposée, comme pour les modifications au sens des art. 85 et 86 CC (cf. art. 22 al. 3 et art. 97 al. 1 ORC, cf. également OK-Brugger/Humbel, art. 85/86 CC N. 22).
- 13 La décision de modification peut faire l'objet des mêmes voies de recours que les modifications au sens des art. 85 ou 86 CC et les décisions de l'autorité de surveillance au sens de l'art. 84 CC.

BIBLIOGRAPHIE

Amadò Flavio/Manfredi Valentina, Il diritto svizzero delle fondazioni in vigore dal 1° gennaio 2023 e dal 1° gennaio 2024 – Le recenti novità legislative riferite alle fondazioni di diritto svizzero, *Novità giuridiche* 1 (2024), S. 31 ff.

Grüniger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB*, 7. Aufl., Basel 2022.

Jakob Dominique, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), *Kurzkomentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Aufl., Basel 2018.

Riemer Hans Michael, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen*, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BK-Riemer).

Riemer Hans Michael, *Stämpfli's Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht* (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen

Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012
(zit. SHK-Riemer).

Schönenberger Wilhelm, Abänderung von Stiftungssatzungen nach schweizerischem Zivilrecht, ZSR 66 (1947), S. 41 ff.

Sprecher Thomas, Vom Recht des Stifters, «seine» Stiftung auf den Kopf zu stellen, Jusletter vom 13. März 2023.

Sprecher Thomas, Die Revision des schweizerischen Stiftungsrechts, Zürich 2006
(zit. Sprecher, Revision).

Von Orelli Lukas, Zur Auslegung des Stifterwillens, Basel 2019.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 86c CC

Un commentaire de Lukas Brugger / Claude Humbel

PROPOSITION DE CITATION

Lukas Brugger/Claude Humbel, Commentaire de l'art. 86c CC, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (édit.), Commentaire en ligne du Code civil suisse

Citation abrégée: OK-Brugger/Humbel, art. 86c CC N. XXX.

V. Forme

Art. 86c

L'autorité fédérale ou cantonale compétente ou l'autorité de surveillance rend une décision sur les modifications de l'acte de fondation demandées conformément aux art. 85 à 86b. Un acte authentique n'est pas nécessaire à cet effet.

TABLE DES MATIÈRES

I. Contexte juridique de la norme 141

II. Forme des modifications de l'acte de fondation..... 141

Bibliographie..... 142

I. CONTEXTE JURIDIQUE DE LA NORME

L'une des rares **demandes formulées** dans l'initiative parlementaire (14.470) ¹ visant à renforcer la place suisse des fondations, présentée par l'ancien conseiller aux États Werner Luginbühl et jugée politiquement susceptible de rallier une majorité par la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJ-E), concernait la « **simplification des modifications de l'acte de fondation par des modifications non bureaucratiques sans authentification notariale** » (ch. 4, première demi-phrased). Cette exigence visait à remédier au fait que les modifications de l'acte de fondation ordonnées par l'autorité de transformation compétente au moyen d'une décision de modification devaient être authentifiées par un notaire dans certains cantons, mais pas dans d'autres.

II. FORME DES MODIFICATIONS DE L'ACTE DE FONDATION

L'art. 86c CC, entré en vigueur le 1er janvier 2024, prévoit désormais de ² manière uniforme pour toute la Suisse que les décisions de modification de l'autorité compétente sont possibles **sans acte notarié supplémentaire**. Cela élimine le risque de double emploi, selon la pratique cantonale, qui exigeait une authentification supplémentaire pour toute modification des statuts résultant d'une décision de modification prise par une autorité souveraine. Au regard des **fonctions de l'acte authentique** (protection contre les décisions précipitées, réalisation de la volonté réelle, complète et authentique des parties, protection des relations juridiques), il convient de constater que celles-ci sont déjà garanties par la participation souveraine de l'État à la modification de l'acte. Il faut donc saluer cette innovation, qui accélère la procédure sans créer de nouvelles lacunes en matière de protection. L'art. 86c CC ne s'applique pas aux fondations de famille (pures) et aux fondations ecclésiastiques, car celles-ci ne sont soumises à aucune autorité de surveillance étatique.

La modification des statuts doit être communiquée d'office au **registre du** ³ **commerce** par l'autorité de transformation pour les fondations « classiques » et les fondations de prévoyance en faveur du personnel (art. 97 al. 1 let. c ORC ; pour la procédure générale en cas de modification des statuts, voir OK-

Brugger/Humbel, art. 85/86 CC N. 22). Afin de garantir que tant la fondation que l'autorité de surveillance disposent d'une version complète de l'acte de fondation ou des statuts, il convient d'établir une version consolidée de ceux-ci, qui contient les dernières modifications ainsi que les dispositions antérieures.

- 4 Cette **version entièrement nouvelle** doit être remise à l'office du registre du commerce en tant que pièce justificative, conformément à l'art. 22 al. 3 ORC.

BIBLIOGRAPHIE

Arnet Ruth, «Form folgt Funktion» – Zur Bedeutung der öffentlichen Beurkundung im Immobiliarsachenrecht, ZBJV 149 (2013), S. 391 ff.

Grüniger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BK-Riemer).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 87 CC

Un commentaire de Lukas Brugger / Claude Humbel

PROPOSITION DE CITATION

Lukas Brugger/Claude Humbel, Commentaire de l'art. 87 CC, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (édit.), Commentaire en ligne du Code civil suisse

Citation abrégée: OK-Brugger/Humbel, art. 87 CC N. XXX.

E. Fondations de famille et fondations ecclésiastiques

Art. 87

¹ Sous réserve des règles du droit public, les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques ne sont pas soumises au contrôle de l'autorité de surveillance.

^{1bis} Elles sont déliées de l'obligation de désigner un organe de révision.

² Les contestations de droit privé sont tranchées par le juge.

TABLE DES MATIÈRES

I. Objet de la réglementation	145
II. Fondations de famille	145
A. Notion	145
B. Cadre juridique de la fondation de famille pure	146
1. Principe.....	146
2. Buts autorisés	147
3. Inscription au registre du commerce	147
4. Surveillance judiciaire sur demande au lieu de la surveillance étatique (art. 87 al. 1 et al. 2).....	148
a. Généralités.....	148
b. Procédure	149
c. Convention d'arbitrage.....	149
5. Changement de but et d'organisation des fondations de famille	149
6. Pas de réserve concernant le changement de but et d'organisation selon l'art. 86a	151
7. Pas d'obligation d'organe de révision (al. 1bis)	151
C. Fondations de famille mixtes.....	152
III. Fondations ecclésiastiques.....	154
Bibliographie.....	156

I. OBJET DE LA RÉGLEMENTATION

Le droit suisse des fondations du CC fait une distinction entre le droit des 1
fondations dites « classiques » des art. 80 ss. CC et les formes *légales* spéciales de la fondation de famille et de la fondation ecclésiastique. L'art. 87 CC, en tant que norme spéciale, fixe de manière déterminante le cadre juridique des fondations de famille et des fondations ecclésiastiques, en ce sens qu'il libère ces deux formes spéciales aussi bien de la surveillance étatique des fondations (al. 1) que de l'obligation de désigner un organe de révision (al. 1^{bis}).

II. FONDATIONS DE FAMILLE

A. Notion

Une fondation de famille se caractérise par l'affectation d'un patrimoine à une 2
famille (ou à plusieurs familles). Ce qui est déterminant, c'est d'une part la concentration du cercle des destinataires sur les membres d'une famille déterminée, ce qui dépend du sens de l'acte de fondation, du but ainsi que des bénéficiaires. D'autre part, les fondations de famille se caractérisent par la limitation de leur but à la prise en charge des frais d'éducation, d'équipement ou de soutien des membres de la famille ou à des buts similaires, ainsi que par l'interdiction des fidéicommiss familiaux selon l'art. 335 al. 1 et al. 2 CC.

La loi ne définit toutefois pas la notion juridique de fondation de famille, ce 3
qui peut conduire à des incertitudes quant à la qualification de fondation de famille. La question de savoir ce qu'il faut entendre par « famille » est déjà controversée. Ainsi, les avis divergent sur la question de savoir si, outre les personnes liées par le sang, l'adoption, le mariage ou le partenariat enregistré, les concubins ou les beaux-enfants ainsi que les enfants nés par insémination artificielle ou par gestation pour autrui peuvent être inclus, ce qui devrait correspondre à une conception moderne de la famille. La question, également controversée, de savoir si les membres de la famille, les enfants placés et les employés peuvent également être considérés comme faisant partie de la famille ne devrait plus guère avoir d'importance pratique. Enfin, la question de savoir si le fondateur lui-même peut faire partie du cercle des bénéficiaires de la famille est controversée, ce qui, à notre avis, est une réponse affirmative. *De*

lege ferenda, la fondation de famille, en tant que moyen de perpétuation du patrimoine à des fins privées, devrait être ouverte de manière générale à la désignation de « personnes privées » comme bénéficiaires.

- 4 Si une fondation a des destinataires qui n'appartiennent pas à une famille (personnes physiques ou morales) ou si la fondation poursuit également d'autres buts sans cercle de destinataires déterminé, par exemple des buts d'utilité publique, on n'est pas en présence d'une fondation de famille pure, mais d'une fondation mixte (voir ci-dessous N. 18 ss.).

B. Cadre juridique de la fondation de famille *pure*

1. Principe

- 5 Le cadre juridique des fondations de famille se compose de dispositions dispersées dans la loi. En principe, le droit général des fondations des art. 80 ss s'applique aux fondations de famille, notamment pour la forme de la constitution par acte authentique ou par disposition à cause de mort (art. 81) et l'organisation, y compris l'obligation de tenir une comptabilité (art. 83 et 83a). La validité du droit général des fondations des art. 80 ss. est modifiée ponctuellement pour les fondations de famille, notamment par l'art. 335 (buts autorisés), l'art. 87 (exemption de la surveillance et de l'obligation de l'organe de révision) ainsi que l'art. 88 al. 2 (dissolution de la fondation de famille par le juge). Des dispositions spéciales pour les fondations de famille existent également dans la LFus, par exemple l'art. 79 al. 3 LFus (acte authentique du contrat de fusion), l'art. 84 LFus (recours au tribunal contre la décision de fusion), l'art. 85 LFus (compétence de l'organe suprême de la fondation pour prendre des mesures de protection des créanciers et des travailleurs). De même, le droit du registre du commerce prévoit des particularités, comme le fait que l'inscription au registre du commerce doit mentionner la qualité de fondation de famille (art. 95 al. 1 let. o ORC) et que, lors de fusions de fondations de famille, la fondation reprenante doit approuver les décisions de fusion prises par les organes supérieurs des fondations participantes (art. 140 al. 2 ORC) et, en cas de transfert de patrimoine, les extraits des procès-verbaux des organes supérieurs de direction ou d'administration des sujets participants relatifs à la conclusion du contrat de transfert (art. 141 al. 2 ORC).

2. Buts autorisés

Les fondations de famille ne peuvent être créées que pour les buts énumérés 6
à l'art. 335 al. 1, à savoir l'éducation, l'équipement, le soutien de membres de la
famille ou des buts similaires (pour plus de détails, voir OK-Brugger/Humbel,
art. 335 n. 20 ss).

3. Inscription au registre du commerce

Depuis le 1er janvier 2016, toutes les fondations de famille nouvellement 7
créées doivent être inscrites au registre du commerce afin d'obtenir leur
personnalité juridique autonome ; une dispense de l'obligation d'inscription
pour les fondations de famille, prévue jusqu'alors à l'art. 52 al. 2 aCCS, a été
supprimée. L'obligation d'inscription au registre du commerce s'étend
également aux fondations de famille existantes. Les fondations de famille
existantes disposaient d'un délai de cinq ans (c'est-à-dire jusqu'au 31
décembre 2020) pour requérir leur inscription auprès des offices du registre
du commerce compétents. Une fondation de famille créée avant le 1er janvier
2016 et qui n'était pas inscrite au registre du commerce avant la fin de l'année
2020 n'a toutefois pas automatiquement perdu sa personnalité juridique de ce
fait, mais continue d'exister juridiquement.

L'inscription au registre du commerce de fondations de famille parfois très 8
anciennes, créées il y a plusieurs décennies, a donné lieu ces dernières années
à de nombreux problèmes, procédures et litiges, car les actes de fondation
originaux ou d'autres documents étaient souvent introuvables ou certaines
modifications de statuts effectuées entre-temps n'étaient pas acceptées par les
offices du registre du commerce. La plus grande épée de Damoclès s'est
toutefois révélée être le fait que certains offices du registre du commerce -
outrepassant

leur pouvoir de cognition - ont déclaré des fondations de famille *nulles à l'origine*, car leur but (ou une partie de celui-ci) ne correspondait plus à la
conception juridique actuelle de l'art. 335 al. 1. Cette nullité initiale (*ex tunc*) a
entraîné de nombreuses conséquences juridiques et fiscales, y compris pour
les contrats existants et d'autres rapports de prestations de la fondation. De
nombreuses fondations de famille se sont vues contraintes d'établir leur
existence juridique dans le cadre de procédures coûteuses devant le juge civil.

4. Surveillance judiciaire sur demande au lieu de la surveillance étatique (art. 87 al. 1 et al. 2)

a. Généralités

- 9 Les fondations de famille ne sont pas soumises à une autorité de surveillance étatique (art. 87 al. 1). Les fondations de famille ne doivent donc pas adresser de rapport annuel ni de rapport de rémunération (cf. art. 84b) à l'autorité de surveillance. L'exception à l'obligation de surveillance de l'Etat est justifiée par le fait que la fondation de famille a un caractère privé et n'a que peu de contacts avec les milieux juridiques. L'argument selon lequel les fondations de famille ne participent que peu aux relations juridiques est certes aussi réducteur qu'il est faux. Les auteurs connaissent en effet de nombreuses fondations de famille qui disposent d'un patrimoine important, y compris d'immeubles, et qui participent aux relations juridiques au même titre que d'autres personnes morales de droit privé. L'exception à la surveillance étatique est correcte, car dans le cas des fondations de famille, les membres de la famille impliqués (en premier lieu les bénéficiaires effectifs et potentiels) contrôlent le comportement de la fondation et les actes des organes de la fondation et peuvent saisir le tribunal civil en cas de manquements (potentiels). Si l'on peut approuver la solution du législateur suisse, qui consiste à résoudre le déficit de contrôle typique des fondations de famille par une gouvernance liée à la demande des participants privés à la fondation, il reste une ombre au tableau : le droit actuel ne connaît pas de droits de consultation, d'information ou de renseignement ancrés dans la loi pour les bénéficiaires d'une fondation de famille, le refus arbitraire d'information pouvant tout de même être dénoncé au tribunal. L'exception des fondations de famille à la surveillance de l'Etat ne fait pas l'unanimité et une partie de la doctrine exige une telle surveillance étatique également pour les fondations de famille.
- 10 Selon l'art. 87 al. 2, les contestations de nature privée (en particulier en cas de droits privés subjectifs contre la fondation, par exemple en tant que bénéficiaire ou créancier) sont tranchées par le tribunal, qui exerce ainsi une surveillance sur la fondation de famille en fonction de la demande. Cela signifie que le tribunal civil ne statue pas d'office, mais exclusivement sur requête, et assume ainsi une surveillance ponctuelle dans les cas litigieux. Dans le domaine litigieux, le tribunal fait en quelque sorte office d'autorité de

surveillance avec les compétences correspondantes, de sorte que l'art. 83*adl.* 1- 3 ainsi que l'art. 84 al. 2 sont applicables par analogie. Les fonctions du recours en matière de surveillance des fondations sont alors remplacées par des actions en exécution, en cessation, en constatation et en formation. Pour la contestation des décisions du conseil de fondation, un délai d'un mois est adopté par analogie à l'art. 75.

b. Procédure

Alors que la maxime de disposition s'applique à l'introduction de la procédure 11 selon l'art. 87 al. 2, c'est-à-dire que le tribunal n'intervient que sur demande des parties et dans le cadre de la demande de protection juridique présentée, la maxime d'office s'applique dès l'introduction de la procédure, dans la mesure où l'existence de la fondation fait l'objet du litige. Le recours au tribunal est obligatoire et ne peut pas être exclu par les statuts.

c. Convention d'arbitrage

L'admissibilité de conventions d'arbitrage intégrées dans les statuts de la 12 fondation est controversée, mais à notre avis, elle doit en tout cas être approuvée lorsqu'il ne s'agit pas de l'existence de la fondation de famille qui, en raison de l'interdiction de l'autodissolution ainsi que selon l'art. 88 al. 2 CC, est soustraite à la disposition des parties et n'est par conséquent pas considérée comme arbitrabile au sens de l'art. 354 CPC.

5. Changement de but et d'organisation des fondations de famille

La loi ne contient aucune disposition relative aux changements de but ou 13 d'organisation des fondations de famille. Il n'existe notamment pas d'autorité pouvant ordonner des changements de but ou d'organisation au sens des art. 85, 86 ou 86*b*, étant donné qu'il n'existe pas d'autorité de surveillance ou de transformation pour les fondations de famille, ce qui constitue un véritable vide juridique. Cela soulève la question de savoir si les organes d'une fondation de famille peuvent procéder à des modifications statutaires de leur propre compétence ou si le tribunal civil doit décider ou approuver une modification des statuts. Dans la doctrine, différents points de vue sont représentés à ce sujet, la majorité reconnaissant la compétence de modifier les statuts au conseil de fondation. Dans une décision récente, le Tribunal administratif fédéral a établi que les modifications des statuts nécessitaient

l'approbation du tribunal civil, avec pour résultat qu'une modification des statuts effectuée par les organes de la fondation eux-mêmes (il s'agissait en l'occurrence d'une modification du but en vue de l'inscription prochaine de la fondation de famille au registre du commerce) a été jugée non valable. Dans des décisions antérieures, le Tribunal fédéral a clairement tranché la question de la compétence pour modifier l'acte de fondation en faveur du conseil de fondation. Dans une décision ultérieure, la question de la compétence a toutefois été laissée ouverte (sans raison apparente) et, dans une autre décision, la compétence du conseil de fondation n'a été affirmée que de manière implicite.

- 14 Selon l'avis défendu ici, la véritable lacune de la loi concernant les changements de but et d'organisation des fondations de famille doit être comblée par analogie : Dans le domaine non litigieux, l'organe suprême de la fondation est habilité à modifier l'acte de fondation de manière autonome, par analogie avec l'art. 86 en ce qui concerne les modifications du but et par analogie avec les art. 85 (modification essentielle de l'organisation) et 86*b* (modification non essentielle de l'organisation) en ce qui concerne les modifications de l'organisation. Les modifications doivent être effectuées sous forme d'acte authentique. L'authentification publique des modifications des statuts permet de compenser, au moins dans une certaine mesure, l'absence d'une autorité de surveillance chargée de vérifier les statuts, dans l'optique de la protection du public. En conséquence, il n'y a pas non plus de place pour une application par analogie de l'art. 86*c*, entré en vigueur le 1er janvier 2024, selon lequel la décision de l'autorité compétente suffit pour les fondations classiques. Il incombe aux organes de la fondation de vérifier les conditions de modification des statuts et de prendre une décision en ce sens. Les parties prenantes à la fondation, telles que les autres organes de la fondation, les bénéficiaires ou le fondateur, peuvent faire examiner la modification des statuts par le tribunal dans le cadre de leur surveillance liée à la demande, conformément à l'art. 87 al. 2. Le tribunal peut corriger la modification des statuts et/ou examiner une éventuelle responsabilité des organes de la fondation.
- 15 Il est recommandé de régler les détails de l'organisation de la fondation de famille ainsi que la succession des bénéficiaires dans un règlement. Contrairement à l'acte de fondation, les règlements peuvent être édictés et modifiés selon la procédure prescrite dans l'acte. La plupart du temps, la

compétence d'édicter et de modifier des règlements est attribuée à un organe de la fondation qui décide à la majorité. Mais il est en principe aussi permis d'attribuer cette compétence à d'autres personnes (par exemple aux descendants du fondateur ou au fondateur lui-même). Un règlement ne doit toutefois pas contredire les dispositions de l'acte de fondation. Un règlement qui accorde aux bénéficiaires des droits sur le patrimoine de la fondation dépassant les limites de l'art. 335 CC entraîne, selon l'avis à notre avis quelque peu indifférencié du Tribunal fédéral, la nullité de la fondation de famille.

6. Pas de réserve concernant le changement de but et d'organisation selon l'art. 86a

Selon l'opinion dominante, les fondations de famille pures ne bénéficient pas 16 de la réserve de changement de but et d'organisation de l'art. 86a. Cela est justifié par un silence qualifié du législateur dans les matériaux législatifs, selon lequel l'introduction d'une réserve de modification du but (la réserve de modification de l'organisation n'a été introduite qu'au 1er janvier 2024) aurait dû être effectuée pour les fondations de famille au moyen d'une disposition spéciale. Il est vrai que le législateur n'a pas tenu compte du fait qu'il n'existe pas de droit spécifique pour les fondations de famille, mais que les normes spéciales des art. 87, 88 al. 2 et 335 ne font que restreindre ou modifier ponctuellement le droit général des fondations des art. 80 ss. Comme les fondatrices et fondateurs de fondations de famille peuvent aussi avoir un besoin légitime d'adapter le but et l'organisation, il serait souhaitable *de lege ferenda* d'étendre l'art. 86a CC aux fondations de famille. Il est tout à fait admissible de transformer une fondation classique en fondation de famille par le biais d'une réserve de changement de but selon l'art. 86a (sous réserve des fondations exonérées d'impôts, pour lesquelles le nouveau but doit également être exonéré d'impôts selon l'art. 86a al. 2).

7. Pas d'obligation d'organe de révision (al. 1^{bis})

Les fondations de famille sont exemptées de l'obligation de désigner un 17 organe de révision en vertu de l'art. 87 al. 1^{bis}. L'exemption de l'obligation d'avoir un organe de révision est générale, liée à la forme juridique et - contrairement à d'autres formes juridiques comme l'association ou la société anonyme - non liée à des critères de taille comme le total du bilan, le chiffre d'affaires ou le nombre d'employés à plein temps. Le législateur justifie également cette exception à l'obligation de l'organe de révision par le fait que

les fondations de famille ont un caractère privé et ne participeraient guère aux relations juridiques. Si le caractère privé d'une fondation de famille justifie une exemption de l'obligation de surveillance de l'Etat, cela ne vaut que partiellement pour une exemption de l'obligation de l'organe de révision. Toutes les parties concernées ont un intérêt à ce que les comptes annuels de la fondation de famille soient vérifiés de manière indépendante. Le fondateur est libre d'introduire un organe de révision par une disposition correspondante dans les statuts, ce qui se fait d'ailleurs souvent dans la pratique. Il serait recommandé *de lege ferenda* de réfléchir à l'introduction d'une obligation générale d'organe de révision également pour les fondations de famille, notamment pour répondre aux exigences toujours plus grandes de transparence et pour contrer les reproches de vulnérabilité des fondations de famille aux abus.

C. Fondations de famille mixtes

- 18 Lorsqu'une fondation poursuit plusieurs objectifs (ce qui est tout à fait admissible), il peut s'agir de fondations dites mixtes. Les fondations mixtes sont des fondations dont les objectifs sont poursuivis conjointement par différents types de fondations. Lorsqu'une fondation de famille n'a pas été créée uniquement pour favoriser les membres d'une famille, mais qu'elle a également d'autres personnes physiques ou morales comme destinataires ou qu'elle poursuit d'autres objectifs, par exemple d'utilité publique, il y a mélange de différents types de fondations et présence d'une fondation de famille mixte. Selon le point de vue défendu ici, on est en présence d'une fondation de famille mixte même si les autres buts ne sont que de nature secondaire.
- 19 Le cadre juridique d'une fondation mixte se détermine en fonction des types de fondation qui sont mélangés. On peut imaginer qu'une fondation de famille poursuive des buts classiques, des buts ecclésiastiques ou des buts de prévoyance du personnel. Souvent, seule l'interprétation de l'objet de la fondation permet de déterminer s'il s'agit effectivement d'une fondation mixte : Il peut arriver qu'un prétendu but partiel authentique se révèle en réalité être une charge, un droit spécial ou une disposition de remplacement, par exemple la manière dont le patrimoine de la fondation doit être utilisé si le but primaire ne peut plus être rempli (par exemple si, après l'extinction d'une famille, la fondation doit poursuivre des objectifs d'utilité publique).

Si différents objectifs sont poursuivis *l'un après l'autre* (ce qui est également 20 tout à fait admissible dans le cadre de la liberté du fondateur), on est en présence d'une fondation successive. Selon le point de vue défendu ici, ce n'est qu'au moment de la réalisation du but successif (par exemple à l'expiration du temps ou par la réalisation des conditions fixées par le fondateur ou la fondatrice) qu'il y a changement de système sans transformation au sens de l'art. 86, c'est-à-dire avant tout aussi surveillance par l'autorité de surveillance des fondations. En l'absence de base juridique et compte tenu de l'incertitude quant à la poursuite effective du but successif, il n'y a pas de place pour une *surveillance anticipée* des fondations de famille mixtes.

Le cadre juridique de la fondation mixte se distingue de celui de la fondation 21 de famille pure :

- La fondation de famille mixte est soumise dans son ensemble à la surveillance des fondations, l'art. 87 al. 1 CC ne s'applique pas. En lieu et place, l'art. 84 s'applique, avec pour conséquence que la fondation doit remettre à l'autorité compétente un rapport annuel ainsi qu'un rapport de rémunération couvrant également la partie de l'activité qui devrait être classée comme fondation de famille.
- Les modifications d'actes sont décidées par l'autorité de surveillance (art. 85, 86, 86b), sachant que depuis le 1er janvier 2024, il n'est plus nécessaire pour cela de passer un acte authentique (art. 86c).
- Les participants à la fondation (dont font également partie les bénéficiaires du but partiel lié à la famille) ont en principe le droit de déposer un recours en matière de surveillance des fondations conformément à l'art. 84 al. 3, même si, selon l'avis défendu ici, l'autorité de surveillance devrait continuer à n'examiner qu'avec retenue les litiges de droit privé (notamment les questions relatives au montant des distributions).
- La fondation doit désigner un organe de révision si les conditions de l'art. 83b CC sont remplies ; l'art. 87 al. 1^{bis} n'est pas applicable.
- Selon l'opinion défendue ici, les fondations mixtes devraient avoir le droit de réserver le changement de but et d'organisation selon l'art. 86a, du moins en ce qui concerne le but partiel classique.
- Pour la suppression d'une fondation de famille mixte, il faut partir du principe que les autorités sont compétentes (art. 88 al. 1).

III. FONDATIONS ECCLÉSIASTIQUES

- 22 Le CC ne donne pas de définition de la fondation ecclésiastique. Par conséquent, la doctrine donne des définitions différentes. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'existence d'une fondation ecclésiastique présuppose, d'une part, qu'elle poursuive un but ecclésiastique et, d'autre part, qu'elle présente un lien organique avec une communauté religieuse. En l'absence de lien organique avec une communauté religieuse ou si les buts ne peuvent pas être qualifiés d'ecclésiaux au sens de l'art. 87 al. 1, on est en présence d'une fondation classique soumise à l'autorité de surveillance étatique.
- 23 Un but de fondation est ecclésiastique s'il sert directement ou indirectement la foi en Dieu ou le lien avec le transcendantal, par exemple en entretenant et en finançant des personnes exerçant des fonctions ecclésiastiques ou des institutions ecclésiastiques ou en promouvant la doctrine ecclésiastique ou enfin la foi (ce qui peut se faire par la formation de dignitaires ou le financement de la recherche, de la conservation et de la diffusion de doctrines religieuses).
- 24 Plus encore que le but, c'est le lien organique avec une communauté religieuse qui explique le traitement particulier des fondations ecclésiastiques : dans le cadre de la codification du droit civil en droit positif, il est apparu - mais seulement à la demande des cantons catholiques conservateurs d'Obwald, de Zoug et de Lucerne - que de nombreuses entités patrimoniales et biens importants d'origine ecclésiastique ou religieuse (en premier lieu les évêchés, les établissements de santé, les paroisses) étaient détenus, précisément dans les milieux catholiques, par le biais d'établissements *assimilables à des fondations* et dotés de leur propre personnalité juridique. Ces unités patrimoniales de type fondation étaient généralement intégrées - parfois depuis plusieurs siècles déjà - dans une structure juridique et donc de contrôle propre à la communauté ecclésiastique concernée ou à ses représentants et autorités respectifs. Par conséquent, elles étaient déjà soumises à une surveillance propre, à savoir ecclésiastique, ce qui rendait superflue une surveillance supérieure, « doublée » par l'État. C'est notamment par respect pour l'autonomie de l'Eglise que la surveillance étatique des fondations ecclésiastiques a reculé (art. 87 al. 1). Malgré la divergence des motifs de renonciation à la surveillance des fondations par l'Etat, les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille

sont saisies ensemble dans la systématique de la loi. L'exclusion de la surveillance étatique est impérative ; il n'est pas à la disposition d'un fondateur ou d'une fondatrice de soumettre la fondation ecclésiastique à la surveillance étatique.

Une fondation ecclésiastique n'est considérée comme organiquement liée à 25
une communauté religieuse que si celle-ci a la possibilité d'exercer une influence et un droit de surveillance sur l'activité de la fondation. Comme la renonciation à la surveillance étatique dans le cas des fondations ecclésiastiques repose ainsi sur le fait qu'il existe déjà une surveillance ecclésiastique sur le lien organique avec une communauté religieuse, la question se pose de savoir à quelles exigences doit répondre la surveillance ecclésiastique pour justifier la renonciation à la surveillance étatique. La controverse porte notamment sur la question de savoir si la surveillance interne à l'Eglise doit être *équivalente* ou simplement *comparable* à la surveillance étatique. L'évaluation est particulièrement difficile lorsque l'*indépendance* de la surveillance de la fondation ecclésiastique est en jeu, par exemple parce que des personnes qui font également partie de la communauté religieuse liée organiquement à la fondation participent à la surveillance, voire au conseil de la fondation elle-même, tout en se récusant lors des décisions de surveillance. Certes, les règles de récusation aident à résoudre les conflits d'intérêts dans des cas particuliers. Elles ne peuvent toutefois pas compenser durablement le manque d'indépendance organisationnelle, personnelle et factuelle entre l'organe de surveillance et la fondation. A juste titre, la décision relative à l'indépendance de la surveillance - et donc la question de savoir si l'on est en présence d'une fondation ecclésiastique devant être libérée de la surveillance étatique - est une question juridique qui échappe à la cognition des autorités du registre du commerce. En cas de doute quant à l'application de l'art. 87 al. 1 à une fondation donnée, c'est d'abord l'autorité de surveillance étatique qui décide.

Le reste du cadre juridique des fondations ecclésiastiques est similaire à celui 26
des fondations de famille. En ce qui concerne la dispense de l'obligation d'organe de révision (art. 87 al. 1^{bis}) et l'exception à la réserve de changement de but et d'organisation selon l'art. 86a, on peut se référer à ce qui précède.

Les changements de but et d'organisation au sens des art. 85, 86 et 86b 27
incombent aux autorités de surveillance ecclésiastiques, qui sont par ailleurs également compétentes pour les mesures de surveillance (cf. art. 84 al. 2). Les

changements de but ou d'organisation sont autorisés si les conditions matérielles des art. 86, 86 ou 86b sont remplies. Les cas litigieux de nature privée relèvent de la compétence du tribunal civil pour les fondations ecclésiastiques (art. 87 al. 2) et de la surveillance ecclésiastique dans le domaine non litigieux. La dissolution d'une fondation ecclésiastique est prononcée par le tribunal (art. 88 al. 2).

- 28 Les fondations ecclésiastiques peuvent également être qualifiées de fondations mixtes si elles poursuivent également des buts classiques ou - ce qui est rare - des buts liés à la famille ou à la prévoyance du personnel. Dans ce cas, les conséquences juridiques doivent être évaluées en fonction de la forme mixte concrète. Comme pour les fondations de famille mixtes, une fondation ecclésiastique poursuivant des buts partiels classiques est soumise dans son ensemble à l'autorité de surveillance étatique et doit désigner un organe de révision.

BIBLIOGRAPHIE

Arter Oliver, Die schweizerische Familienstiftung, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII*, Bern 2012, S. 107 ff. (zit. Arter, Familienstiftung).

Brugger Lukas, Die gemischte Stiftung – Die Stiftung zur Verfolgung unterschiedlicher Zwecke im Lichte des schweizerischen ZGB und des österreichischen PSG, *Schriften zum Stiftungsrecht*, Band 12, Basel 2019 (zit. Brugger, Gemischte Stiftung).

Brugger Lukas, Familienphilanthropie – Familienstiftungen mit gemischten Zwecken, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) *Familienstiftungen – neue Perspektiven*, 2024, S. 135 ff. (zit. Brugger, Familienphilanthropie).

Eichenberger Lukas/Leu Daniel, Nichtigkeit und Eintragungsverweigerung - Hürden bei der Eintragung alter Familienstiftungen ins Handelsregister, 2024, S. 84 ff. in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) *Familienstiftungen – neue Perspektiven* (im Erscheinen).

Grüninger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB*, 7. Aufl., Basel 2022.

Grüniger Harold, Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich – Neue Stiftungen, Literatur, Entscheide, *successio* 2 (2024), S. 167 ff.

Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina Elisabeth, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2020.

Jakob Dominique, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018.

Jakob Dominique, Was darf eine Familienstiftung (noch) tun? in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) Familienstiftungen – neue Perspektiven, 2024, S. 117 ff. (zit. Jakob, Neue Perspektiven)

Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen. Ein Blick auf die bestehende Registerpraxis und eine Besprechung des Urteils BVGer B-951/2020 vom 16.8.2021, *SJZ* 2022, S. 736 ff.

Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen und die Änderungskompetenz des Stiftungsrates, Zugleich eine Besprechung des Schweizer Bundesverwaltungsgerichts B-951/2020 vom 16.8.2021, *npoR* 2022, S. 119 ff.

Jakob Dominique, Reformen im Stiftungsrecht – eine Agenda Zugleich ein Beitrag des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich zum Vernehmlassungsverfahren der parlamentarischen Initiative Luginbühl (14.470), *Jusletter* 20.8.2020.

Leu Daniel/Gabriel Daniel, Statutenänderung bei Familienstiftungen, in: Peter Breitschmid/Paul Eitel/Alexandra Jungo (Hrsg.), Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker – Festschrift für Hans Rainer Künzle, 2021, S. 277 ff.

Liatowitsch Manuel/Fischer Eliane, Stiftungen und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Francesco A. Schurr (Hrsg.), Wandel im materiellen Stiftungsrecht und grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung durch Schiedsgerichte, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 229 ff.

Liver Peter, Rezension zu Riemers Kommentar zum Stiftungsrecht, *ZBJV* 112 (1976), S. 315 ff.

Piotet Denis, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code civil I*, Basel 2010.

Riemer Hans Michael, Die Schiedsfähigkeit von Klagen des ZGB, in: Meier/Riemer/Weimar (Hrsg.), *Recht und Rechtsdurchsetzung: Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag*, Zürich 1994, S. 371–383 (zit. Riemer, Schiedsfähigkeit).

Riemer Hans Michael, *Stämpfli Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB)*, Bern 2012.

Riemer Hans Michael, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB*, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BK-Riemer).

Röllin Andrea, *Kirchliche Stiftungen – im Besonderen die privatrechtlichen i.S. von Art. 87 i.V.m. Art. 80 ff. ZGB*, Diss. Zürich/St. Gallen 2010.

Schweizer Rudolf, *Die Beaufsichtigung der Stiftungen nach Schweizer Recht*, Diss. Zürich, 1927

Sprecher Thomas, *Stiftungsrecht in a nutshell*, 2. Aufl. Zürich 2023.

Sprecher Thomas, *Vom Recht des Stifters, „seine“ Stiftung auf den Kopf zu stellen*, Jusletter vom 13.3.2023.

Vez Parisima, *Fondation, lacunes et droit désirable. Une analyse critique et systématique des articles 89 à 89*, Bern 2004.

Vez Parisima, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code civil I*, 2. Aufl., Basel 2023.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 88 et 89 CC

Un commentaire de Lukas Brugger / Claude Humbel

PROPOSITION DE CITATION

Lukas Brugger/Claude Humbel, Commentaire de l'art. 88 et 89 CC, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (édit.), Commentaire en ligne du Code civil suisse

Citation abrégée: OK-Brugger/Humbel, art. 88 et 89 CC N. XXX.

F. Dissolution et radiation

I. Dissolution par l'autorité compétente

Art. 88

¹ L'autorité fédérale ou cantonale compétente prononce la dissolution de la fondation, sur requête ou d'office lorsque:

le but de la fondation ne peut plus être atteint et que la fondation ne peut être maintenue par une modification de l'acte de fondation ou le but de la fondation est devenu illicite ou contraire aux mœurs.

² La dissolution de fondations de famille et de fondations ecclésiastiques est prononcée par le tribunal.

II. Requête et action en dissolution, radiation de l'inscription

Art. 89

¹ La requête ou l'action en dissolution de la fondation peut être intentée par toute personne intéressée.

² La dissolution est communiquée au préposé au registre du commerce afin qu'il procède à la radiation de l'inscription.

TABLE DES MATIÈRES

I. Objet	162
II. Dissolution des fondations	162
A. Généralités	162
B. Délimitations	163
1. Fins illicites dès le départ et volonté déficiente du fondateur	163
2. Faillite	163
3. Fusion	163
4. Émigration à l'étranger	164
III. Conditions de la dissolution	165
A. Impossibilité de réaliser le but	165
B. Illicéité ou immoralité postérieure	165
IV. Procédure de dissolution	165
A. Fondations classiques	165
B. Droit de requête ou d'action	167
C. Dissolution des fondations de famille et des fondations ecclésiastiques	167
Bibliographie	168

I. OBJET

- 1 Les art. 88/89 CC traitent de la dissolution des fondations existantes et règlent les conditions, la procédure et les effets de la liquidation d'une fondation.

II. DISSOLUTION DES FONDATIONS

A. Généralités

- 2 Contrairement aux autres personnes morales, les fondations ne peuvent, en raison de leur nature institutionnelle, se dissoudre elles-mêmes : les organes de la fondation ne peuvent prendre de décision autonome sur la dissolution de la fondation et la fin de son existence juridique ; cela serait contraire à la nature même de la fondation, qui est régie par la volonté du fondateur et non par celle des organes. Si un fondateur accorde à lui-même, aux organes ou aux bénéficiaires un droit réel à l'autodissolution, ce droit doit être considéré comme inexistant et entraîne, selon les circonstances, la nullité totale ou partielle de la constitution de la fondation au sens de l'art. 52 al. 3 CC. Une décision prise malgré tout sur la dissolution de la fondation est nulle.
- 3 Le fondateur peut toutefois régler de manière autonome la fin de la fondation et donc sa dissolution, par exemple en déterminant à l'avance la durée de la fondation (par exemple dissolution après vingt ans d'existence, dite fondation à durée déterminée) en stipulant que la fondation doit utiliser son patrimoine de manière continue (fondation dite « consommatrice ») ou encore par la survenance d'un événement défini au sens d'une condition résolutoire. À notre avis, il est admissible d'accorder aux organes de la fondation une certaine marge d'appréciation, pour autant que ceux-ci ne puissent pas décider librement de la dissolution. De telles dispositions peuvent être introduites non seulement lors de la constitution de la fondation, mais aussi ultérieurement dans le cadre d'une modification de l'organisation conformément aux art. 85 ou 86b CC. Dans ces cas également, la dissolution de la fondation doit être formellement confirmée par l'autorité de surveillance compétente ou, pour les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques, par le tribunal.

B. Délimitations

1. Fins illicites dès le départ et volonté déficiente du fondateur

Si une fondation poursuit dès le départ un but illicite, contraire aux mœurs ou irréalisable, ou si elle a été créée malgré une volonté défectueuse du fondateur (outre l'incapacité de discernement du fondateur, on peut penser à une erreur ou à une tromperie), elle ne doit pas être supprimée conformément à l'art. 88 CC. Il s'agit plutôt d'un vice de constitution et la fondation, malgré son inscription au registre du commerce, n'a jamais été valablement constituée et est donc dissoute. L'inexistence doit toutefois être constatée dans une procédure analogue à celle prévue à l'art. 88 CC. 4

2. Faillite

Il convient de distinguer la dissolution d'une fondation à la suite d'une faillite. En vertu de l'art. 39 al. 1 ch. 12 LP, les fondations sont soumises à la poursuite ordinaire dès le jour suivant la publication de leur inscription au Journal des faillites (art. 39 al. 3 LP). Le lieu de la faillite est le siège de la fondation. Les fondations peuvent demander leur propre insolvabilité conformément à l'art. 191 LP, mais elles doivent pour cela obtenir l'accord préalable de l'autorité de surveillance. 5

3. Fusion

Il convient également de distinguer de l'art. 88/89 CC la fusion de fondations au sens des art. 78 à 85 LFus. En cas de fusion de fondations, tous les actifs et passifs de la fondation transférante sont transférés sans liquidation à la fondation bénéficiaire. La fondation transférante est donc dissoute (fusion par absorption) ou une nouvelle fondation est créée par la fusion (fusion combinée). Les fusions de fondations sont autorisées en vertu de l'art. 78 al. 2 LFus si elles sont objectivement justifiées et servent en particulier à la préservation et à la réalisation du but de la fondation. Les fusions de fondations doivent être approuvées par les autorités de surveillance, l'autorité de surveillance compétente étant celle de la fondation absorbée en cas de fusion par absorption (art. 83 al. 1 et 2 LFus). Une fois la fusion de fondations réalisée, l'autorité de surveillance compétente transmet la fusion au registre du commerce, qui procède à la radiation de la fondation transférante (art. 83 al. 3 LFus). Souvent, les autorités de surveillance, lorsqu'elles transmettent 6

leur décision au registre du commerce, dissolvent formellement la fondation en raison de l'absence de patrimoine et donc de l'impossibilité d'atteindre le but à la suite de la fusion, conformément à l'art. 88 CC.

- 7 Pour les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques, un contrat de fusion authentifié par un acte public est requis pour la fusion (art. 79 al. 3 LFus). Les organes de la fondation sont responsables de l'exécution de la fusion, mais tout bénéficiaire ayant un droit et tout membre de l'organe suprême de la fondation ont la possibilité de contester la décision de fusion (art. 84 LFus).

4. Émigration à l'étranger

- 8 Les fondations suisses peuvent également disparaître sans liquidation si la fondation émigre de Suisse à l'étranger, les différentes procédures étant régies par les dispositions de la LDIP. Conformément à l'art. 163 LDIP, une société suisse (au sens de la LDIP, ce terme inclut également les fondations) peut se soumettre au droit étranger sans liquidation ni nouvelle constitution si les conditions prévues par le droit suisse sont remplies et si elle continue d'exister selon le droit étranger. Il est également possible qu'une fondation étrangère reprenne une fondation suisse par voie d'absorption lors de son émigration ou fusionne avec elle (art. 163*b* LDIP). Dans ces cas, la fondation suisse est radiée du registre du commerce conformément aux conditions prévues à l'art. 164 LDIP.
- 9 L'émigration à l'étranger nécessite, pour les fondations soumises à surveillance, l'accord de l'autorité de surveillance. Dans le cas des fondations de famille, la question de savoir si l'émigration nécessite l'accord ou l'autorisation du tribunal est controversée.
- 10 La procédure de fusion par émigration à l'étranger est régie par de nombreuses dispositions de la LDIP et par des renvois à la LFus et au droit du registre du commerce (cf. en détail les art. 163 à 164*b* LDIP). En outre, les dispositions matérielles du droit des fondations s'appliquent, notamment lorsqu'un changement d'organisation est nécessaire. Il convient également de tenir particulièrement compte des considérations fiscales, car l'émigration à l'étranger entraîne généralement la divulgation de réserves latentes en Suisse.

III. CONDITIONS DE LA DISSOLUTION

Les fondations ne peuvent être dissoutes que si au moins un motif légal de dissolution est rempli, à savoir si le but est devenu impossible à atteindre et que la fondation ne peut être maintenue par une modification des statuts (art. 88 al. 1 ch. 1 CC) ou si le but est devenu illicite ou contraire aux mœurs (art. 88 al. 1 ch. 2 CC). 11

A. Impossibilité de réaliser le but

Le but d'une fondation est impossible à réaliser lorsque celle-ci n'est plus en mesure de remplir ses tâches, soit parce qu'elle ne dispose plus durablement d'une fortune suffisante pour poursuivre efficacement son but (c'est-à-dire que le rapport entre le but et les moyens n'est plus assuré), soit parce que le but est devenu caduc ou obsolète. Des cas typiques de caducité d'un but sont l'extinction d'une famille en faveur de laquelle une fondation familiale a été créée, la fin d'une guerre ou la recherche sur une maladie éradiquée. L'impossibilité doit être définitive et s'appliquer à l'ensemble du but. Il ressort déjà du texte de la loi que la dissolution est subsidiaire à une modification des statuts de la fondation (art. 86, 86b CC). 12

B. Illicéité ou immoralité postérieure

Un but admissible lors de la création de la fondation peut devenir illicite en raison d'une modification ultérieure du droit (modification de la loi ou de la pratique, création d'un nouveau droit coutumier) ou des bonnes mœurs. Un exemple typique est celui d'une fondation créée pour soutenir un parti ou une idéologie interdits. Là encore, l'ensemble du but doit être devenu illicite ou contraire aux mœurs et aucun moyen de sauver la fondation ne doit être envisageable. 13

IV. PROCÉDURE DE DISSOLUTION

A. Fondations classiques

La procédure de dissolution des fondations classiques est menée par l'autorité de surveillance compétente (art. 88 al. 1 CC), qui prononce la dissolution par décision constitutive. La loi ne prévoit pas de procédure particulière de dissolution et de liquidation pour les fondations. Les art. 57 et 58 CC de la 14

partie générale sur les personnes morales s'appliquent donc, selon lesquels, après l'exécution d'une procédure de liquidation, le droit à la fortune de la fondation est déterminé conformément aux statuts. La procédure de liquidation des fondations est régie par l'art. 58 CC, qui renvoie à l'art. 913 al. 1 CO, lequel renvoie lui-même aux dispositions matérielles du droit des sociétés anonymes, c'est-à-dire aux art. 739 à 747 CO. Alors que les autorités de surveillance compétentes se contentaient souvent, par le passé, d'un examen sommaire et d'une brève confirmation du conseil de fondation attestant que les conditions de l'art. 88 CC étaient remplies, une procédure de liquidation formelle est aujourd'hui généralement exigée. Toutefois, lorsque la situation est simple et transparente, les autorités de surveillance compétentes continuent de recourir à une dissolution simplifiée. Ainsi, la pratique des AES prévoit qu'une seule décision peut suffire pour prononcer la dissolution de la fondation et sa radiation du registre du commerce. La dissolution simplifiée se déroule comme suit : les organes de la fondation déposent une demande motivée de dissolution de la fondation et présentent une décision valable sur la disposition du patrimoine résiduel conforme aux statuts. À cette fin, il est exigé que, si le patrimoine est faible, le conseil de fondation confirme qu'il prendra en charge les frais de dissolution. Il est en outre exigé qu'un décompte final non révisé soit présenté et qu'un appel aux créanciers puisse être publié dans la Feuille officielle du commerce suisse.

- 15 La liquidation est engagée par décision de l'organe suprême de la fondation et la fondation doit désormais porter la mention « en liquidation ». Conformément à l'art. 740 al. 1 CO, la liquidation peut, mais ne doit pas nécessairement, être effectuée par les organes de la fondation eux-mêmes. Outre l'établissement d'un bilan (art. 742 al. 1 CO), un appel public aux créanciers (art. 742 al. 2 CO) est également nécessaire.
- 16 Après le remboursement des dettes dans le cadre de la procédure de liquidation, la fortune est répartie conformément aux dispositions des statuts de la fondation. Dans le cas des fondations d'utilité publique bénéficiant d'une exonération fiscale, la fortune doit en règle générale être transférée à une autre personne morale exonérée d'impôt ayant son siège en Suisse, conformément à une disposition des statuts exigée par les autorités fiscales. Si les statuts ne contiennent aucune disposition à ce sujet, la disposition subsidiaire de l'art. 57 al. 1 CC s'applique, selon laquelle la fortune revient à la collectivité (Confédération, canton, commune) à laquelle elle appartient en

vertu de sa destination. Si une personne morale est dissoute pour avoir poursuivi un but contraire aux mœurs ou illicite, sa fortune revient à la collectivité publique, même disposition contraire (art. 57 al. 3 CC).

Une fois la liquidation terminée, la fondation doit être radiée du registre du commerce (art. 746 CO en relation avec l'art. 97 al. 2 ORC et l'art. 89 al. 2 CC). 17

B. Droit de requête ou d'action

Si la dissolution n'est pas prononcée d'office, les personnes qui ont un intérêt 18 à agir sont habilitées à présenter une requête à l'autorité de surveillance ou à intenter une action en justice dans le cas des fondations de famille et des fondations ecclésiastiques (art. 89 al. 1 CC). Il s'agit notamment des bénéficiaires, des créanciers (tels que les autorités fiscales) ou des membres des organes de la fondation. Le fondateur est également habilité à demander la dissolution. Afin de limiter à un nombre raisonnable les personnes pouvant demander la dissolution, il est judicieux d'exiger qu'elles aient un intérêt *légitime* à la dissolution de la fondation, ce qui doit être examiné au cas par cas, par exemple pour les bénéficiaires potentiels, les ayants droit ou les anciens membres des organes. Le législateur a omis d'harmoniser le cercle des personnes habilitées à demander ou à intenter une action en dissolution de la fondation avec celui des personnes habilitées à former un recours contre une décision de l'autorité de surveillance des fondations au sens de l'art. 84, al. 3, CC. À notre avis, d'autres personnes que celles mentionnées à l'art. 84, al. 3, CC peuvent également être légitimées à demander la dissolution d'une fondation, par exemple le conjoint ou les descendants du fondateur. Dans le cas des fondations ecclésiastiques soumises à une surveillance interne, la demande de dissolution doit d'abord être approuvée par l'autorité de surveillance interne.

C. Dissolution des fondations de famille et des fondations ecclésiastiques

En vertu de l'art. 88, al. 2, CC, le tribunal civil est compétent pour dissoudre 19 les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques. Cette solution semble appropriée pour les fondations de famille, d'autant plus qu'elles ne sont soumises à aucune autorité de surveillance et que les organes de la fondation ne peuvent pas décider eux-mêmes de leur dissolution en raison du caractère institutionnel de la fondation. La compétence judiciaire en matière

de dissolution semble toutefois discutable pour les fondations ecclésiastiques, car celles-ci sont soumises à une surveillance interne à l'Église et renoncent précisément pour cette raison à une surveillance étatique.

- 20 La procédure judiciaire de dissolution est une procédure contentieuse entre deux parties, opposant d'une part la partie demanderesse (toute personne ayant un intérêt) et d'autre part la fondation, représentée par les membres de son organe suprême. S'il existe dans cette situation un conflit d'intérêts entre la personne habilitée à représenter la fondation et celle-ci (par exemple parce que la personne qui demande la dissolution est celle qui représente habituellement la fondation), celle-ci doit être représentée soit par un autre membre de l'organe suprême habilité à la représenter, soit par un représentant externe. Le type de procédure n'est pas tout à fait clair. Selon Riemer, la procédure est soumise au principe de l'office selon l'art. 58 al. 2 CPC. En conséquence, une reconnaissance de l'action ou un compromis sur la dissolution de la fondation serait exclu. Toutefois, la maxime de disposition s'applique à juste titre à l'introduction de la procédure et la partie demanderesse peut mettre fin au procès jusqu'au prononcé de la décision finale en retirant sa demande, d'autant plus qu'un tel retrait est également possible en cas d'application du principe de l'officialité. La question de savoir si les actions en dissolution de la fondation sont arbitrables est controversée. Si une fondation familiale ou une fondation ecclésiastique poursuit simultanément des objectifs classiques, elle devient une fondation mixte, dont la compétence de dissolution appartient à l'autorité de surveillance.

BIBLIOGRAPHIE

Aebersold Thomas/Leimer Rahel, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), *Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. Aufl., 2021 (zit. OFK ZGB-Aebersold/Leimer).

Grüniger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB*, 7. Aufl., Basel 2022.

Grüniger Harold, *Grenzüberschreitende Sitzverlegung aus der und in die Schweiz*, in: Dominique Jakob (Hrsg.), *Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa*, Basel 2010, 119 ff.

Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina Elisabeth, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 5. Aufl., Bern 2020.

Jakob Dominique, in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018.

Jakob Dominique, Time to say goodbye – Die Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen aus stiftungsrechtlicher und internationalprivatrechtlicher Perspektive, in: Pascal Grolimund/Alfred Koller/Leander D. Loacker/Wolfgang Portmann (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, S. 171 ff. (zit. Jakob, FS Schnyder).

Riemer Hans Michael, Stämpfli Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012.

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BK-Riemer).

Sprecher Thomas, Stiftungsrecht in a nutshell, 2. Aufl. Zürich 2023.

Vez Parisima, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, 2. Aufl., Basel 2023.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 252 CC

Un commentaire de Sandra Viertler

PROPOSITION DE CITATION

Sandra Viertler, Kommentierung zu Art. 252 ZGB, in: Christoph Hurni (Hrsg.), Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch

Citation abrégée: OK-Viertler, N. XXX zu Art. 252 ZGB.

Deuxième partie: Des parents

Titre septième: De l'établissement de la filiation

Chapitre I: Dispositions générales

A. Établissement de la filiation en général

Art. 252

¹ À l'égard de la mère, la filiation résulte de la naissance.

² À l'égard de l'autre parent, elle est établie par son mariage avec la mère ou, pour autant que cela soit prévu par la loi, par reconnaissance ou par jugement.

³ La filiation résulte en outre de l'adoption.

TABLE DES MATIÈRES

- I. La filiation et son établissement en général 173
 - A. La filiation en tant que lien juridique 173
 - B. But du lien de filiation 173
 - C. Causes d'apparition 173
- II. La filiation entre l'enfant et la mère (al. 1) 174
 - A. En général..... 174
 - B. Constellations particulières..... 174
 - 1. Naissance anonyme 174
 - 2. Naissance confidentielle 174
 - 3. Mort-né et fausse couche 175
 - 4. Enfant confondu 175
 - 5. Maternité multiple ou dédoublée 175
- III. La filiation entre l'enfant et l'autre parent (Al. 2) 175
 - A. Dualisme 175
 - B. Parents de sexe différent 176
 - C. Parents de même sexe 176
- IV. La filiation par adoption (al. 3) 176
- Matériaux 176
- Bibliographie..... 177

I. LA FILIATION ET SON ÉTABLISSEMENT EN GÉNÉRAL

A. La filiation en tant que lien juridique

La filiation est un rapport juridique incarné par une relation de droit de la 1
famille, à savoir la relation parents-enfants. Ce n'est que de cette relation
parents-enfants juridiquement reconnue que peuvent découler des effets
juridiques, c'est-à-dire des droits et des obligations des parents ou des
enfants ; en revanche, la filiation ou la relation intellectuelle et sociale ne
peuvent pas être prises en compte. La filiation en tant que lien personnel fait
l'objet d'une inscription dans le registre de l'état civil (art. 7 al. 2 let. a OEC)
qui a valeur de preuve.

B. But du lien de filiation

La filiation permet d'attribuer juridiquement un enfant à une mère (maternité) 2
et à un autre parent. Elle établit ainsi la parentalité juridique de l'enfant ainsi
que, simultanément, la parenté juridique et l'alliance juridique.

Il convient de distinguer la parentalité génétique ou biologique et la 3
parentalité socio-psychique ou intentionnelle de la parentalité juridique.
Certes, la plupart des ordres juridiques partent encore du principe d'une
concordance entre la parentalité génétique et la parentalité socio-psychique,
mais pour le rapport juridique, il ne doit pas nécessairement y avoir
concordance entre les deux formes de parentalité.

C. Causes d'apparition

Les causes d'établissement du lien de filiation prévues par la loi sont 4
exhaustives et en principe impératives. En conséquence, le lien de droit existe
en règle générale aussi bien entre l'enfant et la mère qu'entre l'enfant et l'autre
parent. Toutefois, si le premier est absolument impératif, le lien de filiation
entre l'enfant et l'autre parent ne doit pas nécessairement exister. En effet,
alors que la filiation avec la mère est établie de manière génétique - in
concreto par la naissance -, la filiation avec l'autre parent nécessite soit un
mariage entre la mère et le parent, soit une reconnaissance, soit une
constatation judiciaire. Par la voie de l'adoption, le lien de filiation peut être
établi sans filiation biologique.

II. LA FILIATION ENTRE L'ENFANT ET LA MÈRE (AL. 1)

A. En général

- 5 Entre la femme qui accouche, en tant que mère, et l'enfant, la filiation dite maternelle est établie par le fait même de la naissance. Le principe traditionnel *mater semper certa est* s'applique à cet égard. La filiation est ainsi établie *ex lege* et ne nécessite pas de reconnaissance formelle, de sorte que l'annonce obligatoire de la maternité à l'office de l'état civil dans un délai de trois jours, conformément à l'art. 40 CC en relation avec les art. 12 et 13 de la loi sur l'état civil, est suffisante. art. 34 ss. OEC, a un effet purement déclaratif. Une contestation de la maternité n'est pas autorisée en Suisse de *lege lata*, mais peut être envisagée pour l'avenir.

B. Constellations particulières

1. Naissance anonyme

- 6 L'institution juridique de l'accouchement anonyme, qui permet à une future mère d'accoucher anonymement à l'hôpital, est étrangère au droit suisse et serait en contradiction avec l'obligation de déclarer la naissance. Ainsi, seul un abandon anonyme de l'enfant est possible en raison de la possibilité existante de déposer l'enfant dans une "fenêtre à bébé". Dans ce cas, le lien de filiation maternelle est établi, même si la mère est inconnue. L'enfant ainsi remis de manière anonyme est traité juridiquement comme un enfant trouvé qui reçoit le nom de famille et le prénom que l'autorité lui attribue (cf. art. 38 al. 2 OEC).

2. Naissance confidentielle

- 7 L'accouchement confidentiel a pour but de protéger les femmes en situation de détresse, par exemple parce qu'elles sont exposées à des violences ou des menaces en raison de leur grossesse existante. L'identité de la femme qui accouche et qui donne son enfant en adoption est inscrite dans le registre de l'état civil, mais seul un cercle restreint d'autorités prend connaissance de la naissance. Ce secret étendu vise à éviter que des proches ou des tiers ne prennent connaissance de la naissance, ce qui aggraverait encore la situation de détresse actuelle.

3. Mort-né et fausse couche

En cas de mort-né ou de fausse couche, aucun lien de filiation ne peut être 8
établi, faute de naissance vivante. Les enfants mort-nés doivent être
enregistrés comme les enfants vivants (art. 9 al. 1 OEC), une fausse couche
peut être annoncée à l'office de l'état civil.

4. Enfant confondu

Si une confusion d'enfants a lieu à l'hôpital, cela n'a pas d'influence sur 9
l'établissement du lien juridique : le lien de filiation existe entre l'enfant
confondu et sa véritable mère biologique.

5. Maternité multiple ou dédoublée

Le don d'ovules et d'embryons ainsi que la maternité de substitution font 10
partie des cas de "maternité multiple ou scindée". Bien qu'ils soient tous
interdits par le droit suisse en vigueur (voir art. 119, al. 2, let. d, Cst. et art. 4
LPMA), ils font néanmoins leur entrée dans la pratique juridique suisse par le
biais d'exécutions à l'étranger. Selon le droit suisse, même en cas de maternité
partagée, la naissance reste déterminante pour la désignation de la mère, de
sorte que d'éventuelles conventions contractuelles s'en écartant sont nulles et
non avenues et ne peuvent être imposées par les tribunaux. En revanche, dans
les pays où la maternité de substitution est légalement autorisée, seul le père
génétique est enregistré comme père, tandis que la femme qui accouche ne
devient pas mère de l'enfant.

III. LA FILIATION ENTRE L'ENFANT ET L'AUTRE PARENT

(AL. 2)

A. Dualisme

En Suisse, le droit de la filiation est marqué par la dualité. Alors que jusqu'à 11
l'ouverture du mariage pour tous, la dualité consistait uniquement en la
maternité et la paternité, la co-maternité est aujourd'hui possible en plus de la
maternité.

Selon le droit en vigueur, il faut obligatoirement une mère, de sorte que la 12
paternité et la copaternité ne sont pas envisageables.

B. Parents de sexe différent

- 13 En cas de parents de sexe différent, la filiation avec le père est établie en premier lieu par la loi, plus précisément par présomption légale, en raison du mariage existant avec la mère (cf. art. 255 CC). Si la mère n'est pas mariée ou si la paternité du mari a été contestée avec succès, l'établissement par reconnaissance formelle entre en ligne de compte (cf. art. 260 CC). Si les cas susmentionnés ne se présentent pas, il ne reste plus que la possibilité d'établir la filiation par un jugement formateur, l'action en paternité (art. 261, 263 CC).

C. Parents de même sexe

- 14 Si l'enfant a des parents de même sexe, l'art. 255a CC prévoit, à certaines conditions, une possibilité d'établir de plein droit le lien de filiation avec la co-mère. Une reconnaissance formelle ou un jugement formateur n'est pas prévu en cas d'homoparentalité.

IV. LA FILIATION PAR ADOPTION (AL. 3)

- 15 Outre l'établissement biologique du lien de filiation, il est possible d'établir le lien juridique par un acte formel - l'adoption - (cf. art. 264 ss CC) et ce, tant pour la mère que pour l'autre parent. L'adoption peut concerner les deux parents ou un seul.
- 16 L'adoption crée un nouveau lien de filiation, ce qui implique que le lien juridique avec les parents génétiques prend fin. Il n'est donc pas possible de constater ou d'établir un lien de filiation au sens de l'art. 252 al. 1 et 2 CC.
- 17 L'art. 252 al. 3 CC n'est qu'un renvoi aux art. 264 ss. CC, de sorte que cette disposition n'a pas de signification indépendante.

MATÉRIAUX

Bessere Unterstützung für Frauen in Not und verletzte Familien, Bericht des Bundesrates zum Postulat Maury Pasquier (13.4189) vom 12.10.2016.

Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die

medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG) vom 26.6.1996 (zit. Botschaft FMedG).

BIBLIOGRAPHIE

Aebi-Müller Regina E., Anonyme Geburt und Babyfenster – Gedanken zu einer aktuellen Debatte, FamPra.ch 2007, S. 544 ff.

Biderbost Yvo, Findelkinder – Gedanken zum Thema aus juristischer Sicht, ZVW 1999, S. 49 ff.

Büchler Andrea, Sag mir, wer die Eltern sind ... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, AJP 2004, S. 1175 ff.

Büchler Andrea/Maranta Luca, Leihmutterschaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand in der Schweiz, FamPra.ch 2015, S. 354 ff.

Guillod Olivier, Kommentierung zu Art. 252 ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Basel 2010 (zit. CR-Guillod).

Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., Renaissance einer alten Idee: Das Einsiedler Babyfenster aus (zivil-)rechtlicher Sicht, recht 2002, S. 1 ff.

Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 7. Aufl., Bern 2022.

Reich Johannes, Kommentierung zu Art. 252 ZGB, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-Reich).

Rusch Martina/Götschi Antje, Vorbemerkung zu Art. 252–269c ZGB und Kommentierung zu Art. 252 ZGB, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. KUKO-Rusch/Götschi).

Schwenzer Ingeborg/Cottier Michelle, Kommentierung zu Art. 252 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK-Schwenzer/Cottier).

Stehli Claudia, Kommentierung zu Art. 252 ZGB, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK-Stehli).

Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Jungo Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015.

Wolf Stephan/Minnig Yannick, Familienrecht, Basel 2021.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 335 CC

Un commentaire de Lukas Brugger / Claude Humbel

PROPOSITION DE CITATION

Lukas Brugger/Claude Humbel, Commentaire de l'art. 335 CC, in: Nils Guggi/Lukas von Orelli (édit.), Commentaire en ligne du Code civil suisse

Citation abrégée: OK-Brugger/Humbel, art. 335 CC N. XXX.

Chapitre III: Des biens de famille

A. Fondations de famille

Art. 335

¹ Des fondations de famille peuvent être créées conformément aux règles du droit des personnes ou des successions; elles seront destinées au paiement des frais d'éducation, d'établissement et d'assistance des membres de la famille ou à des buts analogues.

² La constitution de fidéicommis de famille est prohibée.

TABLE DES MATIÈRES

I. Remarques préliminaires	181
A. Importance des fondations de famille suisses	181
B. Genèse et interprétation de l'art. 335	182
C. Conséquences de la pratique restrictive.....	184
D. La reconnaissance des fondations familiales et d'entretien étrangères	185
E. Efforts de réforme.....	186
II. Le cadre juridique de la fondation de famille	187
III. Les buts autorisés de la fondation de famille (al. 1).....	188
A. Buts autorisés.....	188
B. Conséquences de buts non autorisés	190
IV. Interdiction de créer de nouveaux fidéicommiss familiaux (al. 2)	192
Bibliographie.....	192

I. REMARQUES PRÉLIMINAIRES

A. Importance des fondations de famille suisses

Au 1er janvier 2024, la Suisse compte au total 17 874 fondations inscrites au 1
registre du commerce, dont environ 13 880 sont des fondations d'utilité
publique. Comparé aux fondations d'utilité publique et aux autres fondations
classiques (telles que les fondations dites cryptographiques, les fondations
d'entreprise, les fondations de prévoyance du personnel et les fondations
artistiques), le nombre de fondations de famille est faible : fin 2021, le Rapport
sur les fondations en Suisse a recensé 356 fondations de famille inscrites au
registre du commerce. Malgré le fait que certaines fondations de famille ne
soient pas encore inscrites au registre du commerce - ce qui n'est pas
seulement dû aux « retardataires » parmi les fondations de famille,
difficilement évitables, mais aussi à la pratique parfois restrictive de certains
offices du registre du commerce - le nombre réel de fondations de famille ne
dépasse probablement pas de beaucoup cette valeur. Grüninger estime le
nombre total de fondations de famille suisses à environ 500. Il n'existe pas
d'études fiables sur la fortune des fondations de famille. Outre les grandes
fondations de famille très fortunées qui détiennent des participations
importantes, des œuvres d'art ou des biens immobiliers, il existe de
nombreuses fondations de famille, notamment les plus anciennes, dont la
fortune suffit simplement à entretenir une tombe familiale.

En comparaison avec le Liechtenstein et l'Autriche, la Suisse ne compte qu'un 2
nombre négligeable de fondations de famille : au 31 décembre 2023, la
Principauté de Liechtenstein comptait 7 662 fondations non enregistrées,
dites déposées, poursuivant principalement des buts d'utilité privée, et 1 774
fondations inscrites au registre du commerce, dont beaucoup sont des
fondations mixtes, au moins partiellement conçues comme des fondations de
famille. En Autriche, il existe environ 2 370 fondations privées familiales.

L'importance relativement faible des fondations de famille en Suisse 3
s'explique avant tout par l'article 335 et par la pratique des tribunaux et des
autorités en la matière, qui ne peut s'expliquer que par le contexte historique
de la norme.

B. Genèse et interprétation de l'art. 335

- 4 La mission confiée à Eugen Huber de développer et d'introduire un code civil au niveau fédéral a été suivie, à la fin du 19^e et au début du 20^e siècle, d'une réflexion sur les différentes institutions juridiques existant dans les cantons pour la conservation des biens d'une personne physique après sa mort. L'accent a été mis sur les deux institutions juridiques que sont *la fondation de famille* et *le fidéicommis familial*. Bien que ces deux institutions se soient présentées sous des formes différentes, elles peuvent être résumées dans les grandes lignes comme suit : Un fidéicommis familial est un patrimoine spécial sans personnalité juridique propre, lié de manière inaliénable à une famille par une disposition privée et destiné à la jouissance des membres de la famille selon un ordre de succession déterminé (en règle générale, le descendant masculin le plus âgé de la famille). Le patrimoine spécial était la propriété de son titulaire et de son bénéficiaire, mais il était grevé de l'obligation de le conserver et de le transmettre à sa mort à une personne physique. Les fondations familiales, en revanche, étaient des personnes morales dotées d'une personnalité juridique propre et donc elles-mêmes titulaires du patrimoine qui leur était consacré. Les destinataires de la fondation étaient les membres d'une famille donnée, qui pouvaient avoir certains droits obligatoires à l'encontre de la fondation. L'une des différences les plus essentielles entre ces deux institutions juridiques réside dans le fait que le patrimoine du fidéicommis est attribué à un bénéficiaire sans condition préalable, alors que les destinataires d'une fondation de famille ne doivent recevoir des prestations qu'à des fins ou dans des situations déterminées (par exemple en cas de besoin). C'est toutefois Eugen Huber lui-même qui, au vu de l'hétérogénéité des dispositions cantonales, a rejeté ce caractère absolu en ce qui concerne les différents buts (« jouissance économique totale » dans le cas du fidéicommis familial, « buts déterminés » dans le cas de la fondation de famille) et a constaté que - même s'il était peu répandu - un fidéicommis pouvait également prévoir d'autres buts, par exemple l'assistance aux héritiers ignorés par le fidéicommis.
- 5 Eugen Huber était ouvert aux deux institutions juridiques, tant en ce qui concerne leur existence même (il voulait ancrer dans la loi aussi bien le fidéicommis que les fondations de famille) qu'en ce qui concerne les buts autorisés : dans le cadre d'une fondation de famille, « *le revenu des immeubles ou des capitaux qui s'y trouvent* doit pouvoir être affecté à un but quelconque à

une famille déterminée ». Eugen Huber n'a toutefois pas manqué d'évoquer en détail les différentes réserves cantonales à l'encontre d'une institution multiple d'héritiers dans le cadre d'une *substitution fidéicommissaire* (que certains cantons francophones avaient totalement interdite, tandis que le Tessin et les cantons germanophones prévoyaient des restrictions à un ou deux héritiers).

En rupture avec le libéralisme marqué d'Eugen Huber, la commission 6 d'experts chargée de l'introduction du CC a décidé d'interdire totalement la reconstitution des institutions de fidéicommiss familiaux, considérées comme « ploutocratiques, non démocratiques » de l'aristocratie (art. 335 al. 2). L'écart entre ce résultat du processus législatif et l'opinion d'Eugen Huber est illustré par la citation suivante : « *Les conceptions sociales de notre population sont, à notre avis, déjà suffisamment fortes en elles-mêmes pour rendre impossible une prolifération des propriétés familiales fermées, et nous ne pourrions jamais attribuer un quelconque effet dangereux à une exception occasionnelle, lorsqu'un fidéicommiss familial était nouvellement fondé ici ou là. Au contraire, il ne peut être que bénéfique qu'une telle accumulation de forces économiques dans la propriété de certaines familles accroisse la prospérité du pays en général* ». Eugen Huber voulait laisser aux cantons la compétence d'interdire la création de fiducies familiales.

La commission d'experts a décidé de continuer à autoriser les fondations de 7 famille, mais uniquement pour des buts précis : éducation, dotation, assistance et buts similaires (art. 335 al. 1). Les fonds de famille zurichois (qui prévoyaient souvent le soutien des membres pauvres de la famille) ainsi que les caisses familiales bernoises (qui comprenaient souvent l'éducation en plus du soutien aux pauvres) ont servi de modèle pour les buts décrits de la fondation de famille. La limitation des buts autorisés des fondations de famille s'inscrivait dans les conceptions politiques de l'époque, qui visaient à empêcher « l'oisiveté » et un « mode de vie dépravé » pour les générations suivantes.

Sur la base des explications fournies dans les travaux préparatoires et de 8 l'interaction entre l'art. 335 al. 1 (définition du but) et al. 2 (interdiction de créer de nouveaux fidéicommiss familiaux), le Tribunal fédéral en conclut que les « buts analogues » prescrits par la loi ne doivent pas non plus être interprétés de manière généreuse - au contraire : étant donné qu'il s'agit d'empêcher la (pleine) jouissance économique du patrimoine (ce qui doit

découler de l'interdiction des fidéicommiss familiaux), les fondations purement d'entretien ou de jouissance doivent également être interdites, c'est-à-dire les fondations de bienfaisance. C'est-à-dire les fondations qui accordent « simplement » des prestations aux membres de la famille sans conditions particulières ou qui visent simplement à accroître la réputation de la famille. En résumé, la *ratio legis* veut qu'une fondation de famille n'atteigne pas ce qui est interdit par l'interdiction du fidéicommiss familial, à savoir que des biens soient attribués sans condition à certaines personnes pendant des générations.

- 9 Le Tribunal fédéral a tiré cette conclusion dans un arrêt de 1945 relatif à l'IDN (ATF 71 I 265) et l'a confirmée depuis lors dans une jurisprudence constante. Les fondations d'entretien, c'est-à-dire les fondations familiales dont les buts vont au-delà de l'art. 335 al. 1 et qui, par conséquent, permettent aux destinataires de jouir sans condition du patrimoine de la fondation, sont interdites selon le Tribunal fédéral suisse ; les fondations existantes poursuivant de tels buts ont été déclarées nulles depuis cette décision. Et ce, bien que la pratique en matière de création de fondations de famille après l'entrée en vigueur du CC le 1er janvier 1912 ait été initialement plus favorable aux fondations de famille et que les fondations d'entretien aient également été considérées comme admissibles.

C. Conséquences de la pratique restrictive

- 10 En raison des possibilités d'utilisation limitées à des fins d'éducation, d'équipement ou de soutien ainsi qu'à des fins similaires, les fondations de famille suisses ne se prêtent guère à la conservation et à la transmission à long terme du patrimoine familial. L'objectif principal d'une planification successorale transgénérationnelle, à savoir le maintien et le financement de l'entretien *général*, n'est pas possible en raison de l'interdiction des fondations d'entretien par le Tribunal fédéral. En conséquence, peu de nouvelles fondations de famille suisses sont créées. Les auteurs ont toutefois connaissance de cas dans lesquels des fondations de famille suisses ont été sciemment créées - également par des fondateurs étrangers - en tant que « fonds de secours », afin d'être utilisées (uniquement) au cas où la famille se trouverait dans une situation financière extrêmement difficile. Les personnes qui envisagent une *véritable* planification successorale au moyen de fondations de famille doivent en règle générale se tourner vers les ordres

juridiques voisins (par exemple la Principauté de Liechtenstein ou l'Autriche), qui ne connaissent pas de telles restrictions d'affectation. Les fondations de famille étrangères - même sous la forme d'une fondation d'entretien pure - sont en principe reconnues en Suisse (voir ci-après).

Une autre conséquence de la pratique restrictive du Tribunal fédéral est que les fondations de famille n'ont souvent aucune raison de faire des donations à leurs destinataires. Dans certains cas, cela a pour conséquence que les fondations de famille ont accumulé de grandes fortunes qu'elles ne peuvent pratiquement jamais distribuer. Dans le cas de fondations de famille surdotées, différentes options s'offrent à elles selon la constellation : En tenant compte de la volonté hypothétique du fondateur, il est possible d'examiner une extension de la clause bénéficiaire ou une liquidation partielle de la fondation de famille, dans le cadre de laquelle le stock de fortune non nécessaire est versé à une structure plus flexible (p. ex. une fondation de famille étrangère ou un trust). Il est également envisageable de transférer le siège à l'étranger conformément à l'art. 163 LDIP. 11

D. La reconnaissance des fondations familiales et d'entretien étrangères

La plupart des systèmes de droit des fondations environnants ne connaissent pas de restrictions comparables à celles de l'art. 335. En conséquence, les fondations de famille (ou trusts) peuvent généralement être créées à l'étranger pour faire des donations aux descendants en vue de leur entretien général. Du point de vue de la Suisse, les fondations de famille étrangères sont soumises au droit de l'Etat selon lequel elles sont organisées (théorie dite de la constitution ou de l'incorporation), conformément à l'art. 154 LDIP. Si une fondation de famille étrangère a été valablement constituée conformément aux dispositions en vigueur dans ce pays, elle est en principe reconnue en Suisse. La reconnaissance d'une fondation étrangère en Suisse est toutefois refusée si elle est contraire à l'*ordre public* suisse (art. 17 LDIP) ou si une disposition qualifiée d'impérative dans les relations internationales s'oppose à la reconnaissance (art. 18 LDIP, dite *loi d'application immédiate*). 12

Dans une décision de référence de 2009 concernant une fondation de famille liechtensteinoise, le Tribunal fédéral a constaté que l'art. 335 al. 2 ne constituait pas une *loi d'application immédiate* au sens de l'art. 18 LDIP. Cela a pour conséquence que la Suisse reconnaît les fondations de famille étrangères 13

(sous forme pure ou en tant que fondation de famille mixte), même si celles-ci seraient qualifiées en Suisse de fondations d'entretien non autorisées et même si le fondateur ou la fondatrice est une personne domiciliée en Suisse ou possède la nationalité suisse.

- 14 C'est précisément la reconnaissance des fondations d'entretien étrangères et l'interdiction simultanée de telles fondations en Suisse qui ont amené une grande partie de la doctrine à constater une auto-discrimination de la fondation de famille suisse et à qualifier la situation juridique actuelle de nécessaire à réformer.

E. Efforts de réforme

- 15 Le 27 février 2024, la motion 22.4445 « Renforcer la fondation de famille suisse. Lever l'interdiction des fondations d'entretien » du CE Thierry Burkart a abouti. Cette motion chargeait le Conseil fédéral de présenter dans un délai de deux ans un projet de modification de l'art. 335. Pour justifier la motion, il a notamment été avancé que l'interdiction des fondations d'entretien se basait sur des valeurs dépassées et qu'il manquait en Suisse un instrument adéquat pour doser la transmission du patrimoine familial aux descendants. Mais il est également avancé qu'il existe aujourd'hui un glissement vers des institutions étrangères telles que les trusts, mais aussi les fondations, qui sont certes reconnues en Suisse, mais sans qu'aucun contrôle ne soit effectué.
- 16 Il n'est pas encore possible d'estimer à quoi ressemblera une réforme de la fondation de famille suisse. Différents modèles sont envisageables : d'une part, l'abrogation de l'art. 335 al. 2 (interdiction du commun de famille) et l'adaptation de l'al. 1 (extension des buts admissibles de la fondation de famille) pourraient déjà améliorer considérablement le champ d'application des fondations de famille. Mais une réforme ponctuelle serait également possible, avec des réflexions déjà reprises dans le développement de la motion, comme la limitation dans le temps de la fondation de famille ou l'introduction de droits de révocation ou de modification.
- 17 Enfin, il serait également possible que la Suisse adopte une réforme globale afin de constituer une véritable alternative aux fondations de famille des

systèmes de fondations privées comme le Liechtenstein ou l'Autriche. A cet égard, les aspects suivants pourraient par exemple être pris en compte :

- Limitation dans le temps de la fondation de famille (par exemple à 100 ans avec possibilité de prolongation unique de 100 ans supplémentaires) ;
- Ouverture de la fondation de famille aux bénéficiaires privés (au lieu de la limiter à la notion de membres de la famille, qui est de toute façon difficile à définir) ;
- Introduction de droits de révocation et de modification du but ;
- Introduction d'une obligation générale d'organe de révision également pour les fondations de famille (également pour répondre aux reproches de vulnérabilité aux abus et aux exigences sans cesse croissantes de transparence des personnes morales) ;
- Réglementation d'une gouvernance adéquate de la fondation de famille (par exemple par l'introduction du droit à l'information des bénéficiaires ou d'un organe de contrôle interne séparé, sans toutefois soumettre la fondation de famille à la surveillance de l'État) ; ainsi que
- l'inscription dans la loi de la possibilité de modifier les statuts de la fondation par l'organe suprême de la fondation.

II. LE CADRE JURIDIQUE DE LA FONDATION DE FAMILLE

Les dispositions générales du droit des fondations (art. 80 ss CC) s'appliquent 18 aux fondations de famille. Demeurent réservées les *normes spéciales* spécifiques contenues dans différents actes législatifs (outre le CC, par exemple l'ORC ou la LFus), qui entraînent une *divergence ponctuelle* du cadre juridique de la fondation de famille par rapport au cadre juridique de la fondation classique (pour plus de détails, voir le commentaire de l'art. 87, OK-Brugger/Humbel, art. 87 n. 5 ss).

Lors de la création d'une fondation de famille, le fondateur ou la fondatrice 19 n'est pas tenu-e de respecter le principe d'égalité inscrit dans la Constitution, conformément à l'art. 8 Cst. Ce dernier ne s'adresse en principe qu'à l'Etat (à l'exception du principe du salaire égal pour un travail égal entre hommes et femmes) et ne touche pas à la liberté du fondateur. En conséquence, le fondateur ou la fondatrice ne peut accorder la qualité de bénéficiaire d'une fondation de famille qu'à certaines personnes (p. ex. uniquement aux

descendants masculins, aux enfants légitimes ou aux personnes d'une certaine confession).

III. LES BUTS AUTORISÉS DE LA FONDATION DE FAMILLE (AL. 1)

A. Buts autorisés

- 20 L'art. 335 al. 1 énumère de manière exhaustive les buts pour lesquels un patrimoine peut être lié à une famille au moyen d'une fondation de famille. Cette disposition indique les buts pour lesquels la fondation de famille peut être créée et inscrite au registre du commerce et définit en même temps les libéralités autorisées aux membres de la famille.
- 21 Par **éducation**, il faut entendre les prestations de formation au sens large, c'est-à-dire, outre les coûts directs tels que les frais de scolarité ou d'université, également les dépenses pour l'hébergement, la restauration, etc. La formation ne comprend pas seulement la formation scolaire et universitaire de base, mais aussi la formation continue, qui peut être importante à tous les stades de la vie (*lifelong learning*). L'éducation sportive et culturelle peut également faire partie des prestations éducatives autorisées si elle a un caractère de formation.
- 22 La **dotation** est une contribution à l'établissement, à l'amélioration ou à la garantie de l'existence de celui qui la reçoit. Historiquement, la dot était souvent une « dot » pour le début d'un mariage lié à l'indépendance. Aujourd'hui, la dotation comprend généralement une aide parentale au démarrage de l'existence professionnelle ou une aide au financement d'une maison individuelle. La dotation n'est ni une simple donation ni une pension alimentaire parentale, mais une *causa sui generis* du droit de la famille.
- 23 **Les prestations d'assistance** présupposent quant à elles des situations de besoin qui peuvent consister aussi bien en des situations de détresse matérielle subjective qu'en des étapes de vie objectivement déterminées (âge de la retraite, occupation d'un home, etc.), si des critères compréhensibles à cet égard sont visibles et si l'intention n'est pas de contourner l'interdiction des prestations d'entretien.

Enfin, le Tribunal fédéral reconnaît que l'entretien d'une tombe de famille ou 24
la lecture de messes sont **des buts similaires**. La création et la conservation
d'un monument familial, d'une chronique familiale, d'une bibliothèque
familiale ou autre sont en tout cas considérées comme des buts partiels
accessoirement admissibles, alors que la simple conservation d'un patrimoine
familial, par exemple sous la forme de bijoux ou d'une collection, devient
problématique. La question de savoir si les réunions de famille peuvent être
financées est également controversée. A notre avis, il faut répondre par
l'affirmative, notamment pour ne pas restreindre davantage les limites déjà
étroites de l'article 335. Le financement de réunions de famille ne permet pas
d'augmenter sans condition les moyens de subsistance généraux, mais favorise
plutôt l'appartenance et l'attachement à la famille (et donc à la fondation
familiale).

En revanche, toutes les prestations qui sont versées « simplement » aux 25
membres de la famille entrent dans la catégorie de l'entretien. L'avis de la
Cour suprême est déjà nettement plus restrictif lorsqu'il s'agit d'inclure dans
cette catégorie l'acquisition ou l'entretien d'un bien immobilier ; ce qui est
encore compréhensible pour les biens immobiliers à des fins de
représentation, doit être remis en question pour les biens immobiliers à des
fins de loisirs, compte tenu des conditions actuelles en matière de droit des
assurances sociales. En tout état de cause, il convient de s'opposer à une
classification globale et de considérer chaque cas particulier ; ainsi, un bien
immobilier de vacances peut - selon sa nature et son affectation - être qualifié
d'équipement ou de prestation d'assistance. Enfin, il faut veiller à ce que le but
de la fondation ne puisse pas être limité à un seul bénéficiaire (même par
génération) ; cela irait à l'encontre de la collectivité de la famille déjà exigée
par la notion et se rapprocherait d'un fidéicommissaire réprouvé.

En revanche, l'art. 335 CC laisse à notre avis une marge de manœuvre - même 26
selon l'interprétation restrictive du Tribunal fédéral - en ce qui concerne les
modalités d'attribution. Ainsi, il ne faut pas déduire de la disposition une
prescription stricte selon laquelle une donation ne peut être accordée
qu'*après que* le but de la donation a déjà été réalisé. En particulier lorsqu'un
besoin financier urgent est prévisible, il ne peut pas être conforme à la *ratio*
legis d'attendre la survenance effective du besoin, voire de la situation
d'urgence, pour octroyer une subvention ; ceci est d'autant plus vrai que le
règlement ultérieur d'une telle situation peut nécessiter des dépenses plus

élevées (pour le patrimoine de la fondation) que sa prévention anticipée. C'est précisément parce que l'art. 335 CC n'exige pas une chronologie stricte entre la réalisation du but et la donation, qu'une donation forfaitaire couvrant les besoins prévisibles pour plusieurs réalisations de buts concrètement prévisibles devrait en principe être acceptable. Enfin, de tels forfaits constituent un instrument permettant de réduire les charges administratives de la fondation, ce qui favorise en fin de compte une utilisation efficace du patrimoine de la fondation. Bien entendu, si l'on se base sur le point de vue restrictif du Tribunal fédéral, ni l'octroi préalable ni l'octroi forfaitaire de libéralités ne doivent avoir pour effet de contourner le lien entre le contenu de la libéralité et un but concret au sens de l'art. 335 CC. Cela se heurte parfois à l'attitude restrictive de certaines autorités fiscales, qui ne reconnaissent les prestations de soutien comme charges fiscales qu'avec réticence et en se référant aux principes de l'aide sociale, ce qui peut entraîner une charge fiscale multiple.

- 27 Les limites de l'art. 335 al. 1 s'appliquent aux libéralités faites aux membres d'une même famille. Les actes juridiques bilatéraux (p. ex. ventes, mais aussi prêts) ne tombent pas sous le coup de l'art. 335 al. 1, pour autant qu'il n'y ait pas de distributions dissimulées (*dealing at arm's length*). En outre, les donations à des tiers ne sont pas concernées par l'art. 335 al. 1. Si une fondation a été créée dans le but d'effectuer des distributions à des tiers (personnes physiques ou morales) en plus des membres d'une famille, ou de promouvoir des instituts ou de poursuivre des buts d'utilité publique, il s'agit d'une fondation mixte.

B. Conséquences de buts non autorisés

- 28 Si une fondation de famille a été créée pour des buts dépassant les limites de l'art. 335 al. 1, ces buts sont illicites, ce qui peut entraîner la nullité de la fondation elle-même (art. 20 al. 1 CO). Les fondations de famille qui ont été créées à des fins illicites ne peuvent pas obtenir le droit de la personnalité (art. 52 al. 3 CC). Si seules des parties du but de la fondation ou certaines de ses composantes sont illicites, cela n'entraîne qu'une nullité partielle de la fondation, pour autant que la fondation aurait été constituée même sans la composante partielle illicite (art. 20 al. 2 CO), ce qui doit être déterminé par l'interprétation de la volonté hypothétique du fondateur. L'incompatibilité d'un but (partiel) avec l'art. 335 al. 1 doit également être examinée lorsque la

fondation poursuit également d'autres buts partiels ; il ne suffit donc pas d'ajouter des buts partiels classiques pour contourner les interdictions de l'art. 335 al. 1 CC. L'inscription au registre du commerce d'une fondation de famille poursuivant des buts illicites n'a pas d'effet curatif.

Les fondations de famille nulles n'ont pas d'existence juridique autonome et 29
doivent être liquidées : Leur fortune revient au fondateur ou à la fondatrice ou à ses héritiers. L'art. 57 al. 3 CC, qui prévoit une dévolution des biens à la collectivité en cas de nullité initiale, ne s'applique toutefois pas aux fondations de famille (voir les détails dans le commentaire de l'art. 57 CC, OK-Brugger/Humbel, art. 57 n. 8 ss). Bien que la nullité soit une nullité originaire (effet *ex tunc*), le Tribunal fédéral et la doctrine estiment que la dévolution du patrimoine est précédée d'une procédure de liquidation (effet *ex nunc*), au cours de laquelle les prétentions des créanciers et des tiers sont également réglées (voir les détails dans le commentaire de l'art. 52 CC, OK-Brugger/Humbel, art. 52 n. 12 s.).

Avant qu'un but (partiel) ne soit jugé illicite et que la fondation ne soit 30
déclarée (partiellement) nulle, il convient d'examiner si l'acte juridique mal exprimé peut être réinterprété en un acte de remplacement valable et si la fondation illicite peut être « sauvée » par une conversion en une fondation licite.

Les organes de la fondation qui ne respectent pas les limites de l'art. 335 al. 1 31
dans la *politique de distribution effective* agissent en violation du droit et des statuts et s'exposent à des risques de responsabilité (personnelle). Toutefois, une action fautive des organes de la fondation n'a en principe pas d'effet sur la nullité de la fondation (à l'exception du cas d'une simulation de l'acte de fondation, dans lequel les organes participent de manière collusoire au maintien de l'apparence juridique de la fondation). Le Tribunal fédéral a toutefois déclaré nulle une fondation de famille dont l'incompatibilité avec l'art. 335 al. 1 résulte d'un règlement modifiable en tout temps. Cette conception est à notre avis trop indifférenciée : Dans la mesure où un règlement sert à concrétiser un but de fondation admissible et ouvert selon les statuts, une correction du règlement illégal devrait être possible afin d'éviter la menace de nullité (partielle) de la fondation. Toutefois, si le règlement ne contient que des explications plus détaillées sur un but statutaire déjà inadmissible en soi, il faut conclure à la nullité (partielle) de la fondation.

- 32 Enfin, la déclaration de nullité d'une fondation de famille peut être évitée par la modification des statuts en temps utile. Cette compétence de modification relève, selon l'opinion défendue ici, de la compétence des organes de la fondation (voir pour les détails le commentaire de l'art. 87 CC, OK-Brugger/Humbel, art. 87 n. 13 ss.).

IV. INTERDICTION DE CRÉER DE NOUVEAUX FIDÉICOMMIS FAMILIAUX (AL. 2)

- 33 En Suisse, l'institution du fidéicommis ne s'est guère imposée. La création de nouveaux fidéicommis familiaux a été interdite au niveau fédéral dès l'introduction du CC en 1912. Les fidéicommis familiaux régis par l'ancien droit subsistent et sont régis par le droit cantonal et le droit coutumier. En l'absence de dispositions de droit positif, l'organisation autonome privée dans les statuts et autres documents fondateurs joue un rôle important.

BIBLIOGRAPHIE

Breitschmid Peter, Bericht zu den Konturen eines «zeitgemässen Erbrechts» zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der «Motion Gutzwiller» (10.3524 vom 17.6.2010), successio – not@let 2014, S. 7 ff.

Brugger Lukas, Die gemischte Stiftung – Die Stiftung zur Verfolgung unterschiedlicher Zwecke im Lichte des schweizerischen ZGB und des österreichischen PSG, Schriften zum Stiftungsrecht, Band 12, Basel 2019 (zit. Brugger, Die gemischte Stiftung).

Brugger Lukas, Familienphilanthropie – Familienstiftungen mit gemischten Zwecken, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) Familienstiftungen – neue Perspektiven, 2024, S. 135 ff. (zit. Brugger, Familienphilanthropie).

Eichenberger Lukas/Leu Daniel, Nichtigkeit und Eintragungsverweigerung: Hürden bei der Eintragung alter Familienstiftungen im Handelsregister, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) Familienstiftungen – neue Perspektiven, 2024, S. 81 ff.

Fasel Urs, Aus der Geschichte der Familienstiftung, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) Familienstiftungen – neue Perspektiven, 2024, S. 9 ff.

Grassi Sabrina/Jakob Dominique/von Schnurbein Georg (Hrsg.), Der Schweizer Stiftungsreport 2024

Grüninger Harold, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

Grüninger Harold, Die Familienstiftungslandschaft, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) Familienstiftungen – neue Perspektiven, 2024, S. 47 ff. (zit. Grüninger, Familienstiftungslandschaft).

Grüninger Harold, Familienstiftungen in der Nachlassplanung, in: Peter Breitschmid/Paul Eitel/Alexandra Jungo (Hrsg.), Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker – Festschrift für Hans Rainer Künzle, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 153 ff.

Huber Eugen, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Band IV, Basel 1893 (zit. Huber, System).

Huber Eugen, Erläuterungen zum ZGB, Bern 1901 (zit. Huber, Erläuterungen erste Auflage).

Jakob Dominique, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018.

Jakob Dominique, Was darf eine Familienstiftung (noch) tun? in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) Familienstiftungen – neue Perspektiven, 2024, S. 117 ff. (zit. Jakob, Neue Perspektiven).

Jakob Dominique, Time to say goodbye – Die Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen aus stiftungsrechtlicher und international-privatrechtlicher Perspektive, in: Grolimund/Koller/Loacker/Portmann (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich 2018, S. 171 ff. (zit. Jakob, Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen).

Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen, SJZ 2022, S. 736 ff.

Künzle Hans Rainer, Familienstiftung – Quo vadis?, in: Peter Breitschmid/Wolfgang Portmann/Heinz Rey, Dieter Zobl (Hrsg.), Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 173 ff.

Piotet Denis, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code civil I*, Basel 2010.

Opel Andrea/Oesterhelt Stefan, Zukunft für die Schweizer Familienstiftung - Anpassungsbedarf in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Hinsicht, *SJZ* 118 (2022), S. 951 ff.

Opel Andrea/Oesterhelt Stefan, Besteuerung der Familienstiftung jetzt und in Zukunft, in: Thomas Sprecher/Lukas von Orelli (Hrsg.) *Familienstiftungen – neue Perspektiven*, S. 117 ff. (zit. Opel/Oesterhelt, Besteuerung der Familienstiftung).

Reich-Rohwig Johannes, Empirische Untersuchung der Stiftungsurkunden österreichischer Privatstiftungen, *ecolex* 5 (2023), S. 396 ff.

Riemer Hans Michael, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen*, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BK-Riemer).

Röllin Andrea, *Kirchliche Stiftungen – im Besonderen die privatrechtlichen i.S. von Art. 87 i.V.m. Art. 80 ff. ZGB*, Diss. Zürich/St. Gallen 2010.

Sprecher Thomas, *Stiftungsrecht in a nutshell*, 2. Aufl. Zürich 2023.

Sprecher Thomas/von Salis-Lütolf Ulysses, *Die schweizerische Stiftung*, Zürich 1999.

von Orelli Lukas/Jakob Julia/Jakob Dominique/von Schnurbein Georg (Hrsg.), *Der Schweizer Stiftungsreport 2022*.

Zeiter Alexandra, Neues zur Unterhaltsstiftung, *SJZ* 97 (2001), S. 451 ff.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 522 CC

Un commentaire de Christian Moser

PROPOSITION DE CITATION

Christian Moser, Commentaire de l'art. 522 CC, in: Christian Moser/Philip R. Bornhauser (édit.), Commentaire en ligne du Code civil suisse

Citation abrégée: OK-Moser, art. 522 CC N. XXX.

B. Action in abatement

I. Requirements

1. In general

Art. 522

¹ The heirs who receive less than the value of their statutory entitlement may request the abatement of the following acquisitions and gifts until their statutory entitlement becomes available:

acquisitions in accordance with the law on intestate succession;
bequests;
inter vivos gifts.

² Clauses in a testamentary disposition relating to the entitlements of the statutory heirs are deemed merely to be instructions for dividing the

estate unless it is evident from the disposition that the testator intended otherwise.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction.....	198
II. Réduction (art. 522 al. 1 CC).....	199
A. Droit à la réduction.....	199
1. Conditions.....	199
2. Condition n° 1 : réserve héréditaire	200
a. Droit à la réserve héréditaire.....	200
b. Réserve héréditaire.....	200
3. Condition n° 2 : violation de la réserve héréditaire	200
a. Détermination du montant de la réserve héréditaire	200
b. Constatation de l'atteinte à la réserve héréditaire	201
B. Procédure	202
1. Légitimation active	202
2. Légitimation passive	203
3. Ordre de réduction.....	203
4. Compétence	203
5. Délai	204
6. Charge de la preuve	204
7. Valeur litigieuse	204
C. Nature juridique	205
1. Nature juridique de l'action en réduction et types d'action.....	205
2. Nature relativement contraignante de la réduction	206
3. Rapport entre la compensation et la réduction	207
III. Règles de partage vs. legs anticipé (art. 522 al. 2 CC).....	207
Bibliographie.....	208
Materials	213

I. INTRODUCTION

- 1 La liberté du testateur de disposer de ses biens trouve sa limite dans la réserve héréditaire (art. 470 CC). Les **réserves héréditaires** constituent la partie du patrimoine dont les héritiers réservataires ne peuvent en principe pas être privés.
- 2 En présence d'héritiers réservataires, la première question qui se pose - après le décès du défunt - est de savoir si leur **réserve est respectée ou non**. La réserve héréditaire, qui correspond depuis le 1er janvier 2023 à la moitié du droit légal à la succession pour le conjoint survivant et les descendants (art. 471 en relation avec les art. 457 ss CC, cf. N. 8), peut être préservée ou violée par des dispositions patrimoniales prises par le défunt de son vivant ou pour cause de mort. Le montant de la réserve ne se calcule pas en multipliant la part réservataire par l'actif net de la succession (ou la masse à partager), mais par la masse de calcul de la réserve (« **PTBM** »), qui tient compte, entre autres, de certaines libéralités entre vifs (cf. N. 11). Par conséquent, la réserve héréditaire peut être respectée, par exemple, lorsqu'un héritier réservataire est certes exclu ou ignoré par une disposition pour cause de mort, mais que le défunt l'a suffisamment favorisé sur le plan patrimonial par des dispositions entre vifs. D'autre part, la réserve héréditaire peut être violée, par exemple, bien qu'aucune disposition pour cause de mort n'ait été laissée (et que le droit successoral légal s'applique) ou qu'un héritier protégé par la réserve héréditaire soit institué ou gratifié en tant qu'héritier ou légataire avec la part réservataire ou une part plus élevée (ou avec des libéralités d'un montant plus important), mais que le défunt ait effectué de son vivant des libéralités patrimoniales importantes en faveur de cohéritiers ou de tiers.
- 3 Dans un deuxième temps, la question se pose de savoir dans quelle mesure une **atteinte à la réserve héréditaire** peut être **rétablie**: Si la réserve héréditaire est violée par des dispositions patrimoniales prises du vivant du défunt ou pour cause de mort, elle peut être rétablie à trois niveaux : Si le défunt ne laisse pas de disposition pour cause de mort ou ne prend que des dispositions testamentaires partielles, les réserves héréditaires légales peuvent être adaptées ou réduites (ce qu'on appelle la réduction de la réserve héréditaire). Si le défunt laisse une disposition pour cause de mort, les institutions successorales et les legs qui y figurent peuvent être adaptés ou réduits (réduction de la dévolution testamentaire). En dernier lieu, les

libéralités entre vifs sont réduites (pour l'ordre de réduction, cf. N. 21 et art. 532 CC).

Les règles de réduction sont importantes pour les deux étapes. D'une part, 4 elles déterminent quelles dispositions patrimoniales doivent être ajoutées à la PTBM, dont on déduit la valeur de la réserve héréditaire. D'autre part, on détermine quelles acquisitions et libéralités peuvent être réduites afin de rétablir la part réservataire. La réduction sert ainsi à protéger les héritiers réservataires, en ce sens qu'elle fixe - indépendamment de la volonté du défunt (cf. N. 30) - la détermination de la valeur de la réserve héréditaire et permet de faire valoir le droit à la réserve héréditaire dans le cadre d'une procédure.

II. RÉDUCTION (ART. 522 AL. 1 CC)

A. Droit à la réduction

1. Conditions

Les personnes qui disposent d'une réserve héréditaire (art. 470 al. 1 CC) et qui 5 reçoivent « en valeur » moins que leur réserve peuvent, selon l'art. 522 al. 1 CC, demander la réduction de certaines acquisitions et libéralités. Ce **droit à la réduction** suppose donc que (i) la personne concernée dispose d'une réserve légale au sens de l'art. 470 al. 1 CC (cf. N. 7-8) et (ii) que cette réserve dépasse en valeur le total des biens ou des avantages qu'elle a reçus ou reçoit du défunt de son vivant, selon une disposition pour cause de mort et/ou selon la succession légale (cf. N. 9-14).

Il s'agit en principe d'un droit quantitatif et non qualitatif : dans la mesure où 6 les conditions mentionnées ne sont pas remplies de manière cumulative, il n'y a pas d'atteinte à la réserve héréditaire ou de droit à la réduction, même si la réserve héréditaire est respectée au moyen de libéralités entre vifs et/ou d'un legs (cf. N. 2). Il n'existe pas de **droit à la qualité d'héritier**, raison pour laquelle la réserve d'une personne réservataire peut également être préservée au moyen de libéralités entre vifs ou d'un legs. On peut toutefois reconnaître une certaine exigence qualitative dans le fait qu'une personne réservataire a droit à des biens aisément négociables (« *biens aisément négociables* », c'est-à-dire en particulier une somme d'argent, des titres ou des biens immobiliers) et ne doit notamment pas accepter de droit d'usufruit ou de rente dans la

mesure de sa réserve, même si la valeur en capital d'un tel droit dépasse le montant de la réserve.

2. Condition n° 1 : réserve héréditaire

a. Droit à la réserve héréditaire

- 7 Dans un premier temps, il convient de vérifier s'il existe une réserve héréditaire. Depuis le 1er janvier 2023, c'est-à-dire dans la mesure où le défunt est décédé à partir du 1er janvier 2023, les descendants et les conjoints (ou partenaires enregistrés) (uniquement) disposent d'une **réserve héréditaire** (art. 470 s. CC). Ces personnes n'ont toutefois pas droit à une part réservataire si (i) elles n'ont pas vécu la succession du défunt (art. 542 ss CC), (ii) elles ont répudié la succession (art. 566 ss CC), (iii) elles ont conclu avec le défunt un pacte de renonciation à la succession qui comprend la part réservataire (art. 495 CC), (iv) elles sont indignes de succéder (art. 540 CC) ou (v) elles ont été valablement déshéritées (art. 477 CC).

b. Réserve héréditaire

- 8 Depuis le 1er janvier 2023, c'est-à-dire si le défunt est décédé à partir du 1er janvier 2023, la **réserve héréditaire** des descendants et des conjoints s'élève à la moitié de leur droit légal à la succession (art. 471 CC). Si le défunt laisse par exemple un conjoint et deux descendants, la part réservataire du conjoint est de $\frac{1}{4}$ (art. 471 en relation avec l'art. 462 ch. 1 CC) et celle des descendants de $\frac{1}{8}$ chacun (art. 471 en relation avec l'art. 457 al. 2 en relation avec l'art. 462 ch. 1 CC).

3. Condition n° 2 : violation de la réserve héréditaire

a. Détermination du montant de la réserve héréditaire

- 9 Alors que l'on sait régulièrement si la personne concernée dispose d'une réserve héréditaire et à combien s'élève la part réservataire, la détermination du PTBM recèle un potentiel de conflit ou de négociation relativement élevé, du moins dans des situations complexes (notamment en cas de donations entre vifs de biens immobiliers ou d'entreprises). Le **PTBM** est déterminé - en tant que « valeur purement arithmétique » - en ajoutant (i) à l'actif successoral pur (ou à l'actif successoral net) (ii) les libéralités soumises à rapport au sens de l'art. 626 ss. du Code civil suisse. CC et (iii) les libéralités réductibles au

sens des art. 527 ss. CC doivent être ajoutées. La valeur vénale au jour du décès est déterminante (art. 474 al. 1 CC). Est considérée comme valeur vénale la « valeur du marché » ou la valeur « objective » qui serait obtenue en cas de vente à un tiers indépendant (déduction faite des éventuels impôts, taxes et frais) ; en d'autres termes, la valeur qui serait réalisable en cas de vente sur le marché libre.

L'actif net de la succession est déterminé en fonction de la fortune du 10
défunt au moment de son décès (principe du jour du décès, art. 474 et art. 537 al. 2 CC). Pour déterminer le montant de l'actif net de la succession, il faut déduire des actifs de la succession les passifs de la succession, c'est-à-dire les dettes du défunt ainsi que certaines dettes successorales (cf. art. 474 al. 2 CC ; mais pas les éventuels legs). Dans le cas d'un défunt marié, il convient notamment de prendre en compte (i) les créances et/ou dettes du régime matrimonial (et notamment l'art. 216 CC ou l'art. 241 al. 2 ss CC) ainsi que (ii) - si la succession d'un époux prédécédé n'a pas encore été partagée - le droit successoral dans la succession de l'époux prédécédé.

Sont ensuite ajoutées à l'actif net de la succession toutes les libéralités 11
soumises à rapport (cf. à ce sujet les art. 626 ss CC), toutes les **libéralités réductibles** entre vifs (cf. à ce sujet l'art. 527 CC) et les valeurs de rachat de certaines assurances ainsi que les droits découlant de la prévoyance individuelle liée (cf. à ce sujet l'art. 529 CC), et ce également à leur valeur au moment du décès du défunt.

Pour déterminer le **montant de la réserve héréditaire**, la PTBM est 12
multipliée par la quotité disponible.

b. Constatation de l'atteinte à la réserve héréditaire

Afin de pouvoir déterminer s'il y a **atteinte à la réserve**, le montant de la 13
réserve est comparé au total des valeurs patrimoniales ou des avantages que la personne concernée a reçus du défunt de son vivant et qu'elle reçoit selon la disposition pour cause de mort et/ou la succession légale. La doctrine des « *biens aisément négociables* » demeure réservée (cf. N. 6).

Les modifications de valeur de l'actif net successoral survenues après le jour 14
du décès ne sont pas pertinentes pour la détermination de l'atteinte à la réserve : Une diminution ultérieure de la valeur ne peut pas conduire à une violation de la réserve héréditaire - qui n'existe pas au moment du décès - ni

une augmentation ultérieure de la valeur ne peut remédier à une violation de la réserve héréditaire - qui existe au moment du décès. Une atteinte à la réserve héréditaire constatée au moment du décès est fixée en termes de montant et reste immuable. Les modifications de valeur d'une libéralité entre le jour du décès et le jugement de réduction n'affectent en principe que le bénéficiaire vivant - sous réserve du droit d'option de l'art. 526 CC, également applicable aux libéralités entre vifs.

B. Procédure

1. Légitimation active

- 15 Ont **la qualité** pour agir en réduction les personnes (i) qui disposent d'une réserve héréditaire (cf. N. 7) et (ii) dont la réserve héréditaire est lésée en valeur, c'est-à-dire dans la mesure où elles n'ont pas reçu leur réserve héréditaire en valeur selon la disposition pour cause de mort ou le droit successoral légal, ni ne l'ont déjà reçue de leur vivant (cf. N.13) ; ceci à nouveau sous réserve de la doctrine des « *biens aisément négociables* » (cf. N. 6).
- 16 Si une personne ayant la légitimation active **décède** après le décès du testateur, ses héritiers reprennent sa position juridique, dont fait partie la réserve héréditaire (art. 560 CC), ce qui leur transmet (également) la légitimation active.
- 17 Si une personne disposant de la légitimation active **transfère** sa part d'héritage par acte juridique après le décès du défunt, la partie acquéreuse ne dispose pas de la légitimation active. Cela vaut aussi bien pour la vente du produit de la liquidation de la succession selon l'art. 635 al. 2 CC que pour la cession de la part successorale selon l'art. 635 al. 1 CC. Cela n'exclut toutefois pas qu'elle se fasse mandater par l'héritier vendeur pour faire valoir la réduction conformément à l'art. 68 CPC.
- 18 Il n'existe pas de **consortité** nécessaire, mais une **consortité simple** au sens de l'art. 71 CPC, entre plusieurs personnes atteintes d'une réserve héréditaire. Cela signifie entre autres que chaque personne atteinte d'une réserve héréditaire fait valoir des prétentions indépendantes et est habilitée à mener son procès indépendamment des autres personnes atteintes d'une réserve héréditaire.

Dans certaines conditions, la légitimation active revient également aux 19 personnes suivantes : (i) l'administration de la faillite ou le créancier d'un héritier réservataire (cf. art. 524 CC), (ii) le débiteur de la réduction grevé d'un legs (cf. art. 486 al. 1 et art. 525 al. 2 CC) et (iii) le débiteur de la réduction qui a fourni une contre-prestation au défunt en vertu d'un pacte successoral positif à titre onéreux (cf. art. 528 al. 2 CC).

2. Légitimation passive

La **personne légitimée passivement** est celle qui a été favorisée par le 20 défunt sur le plan patrimonial - au-delà d'un éventuel droit propre à la réserve héréditaire - par une acquisition testamentaire ou par des libéralités entre vifs, pour autant que les acquisitions et/ou les libéralités concernées soient réductibles et que leur réduction soit nécessaire, eu égard à l'ordre de réduction, pour établir la réserve héréditaire de la ou des personnes légitimées activement. Entre plusieurs personnes légitimées passivement, il n'y a pas de consorité nécessaire, mais une simple consorité passive. La communauté héréditaire n'a pas la légitimation passive. En règle générale, l'exécuteur testamentaire n'a pas non plus la légitimation passive.

3. Ordre de réduction

Afin de rétablir la réserve héréditaire (lésée), l'art. 522 al. 1 CC et l'art. 532 al. 1 21 CC prévoient la réduction (i) des acquisitions selon l'ordre successoral légal (dites acquisitions intestat), (ii) des libéralités à cause de mort (dites acquisitions testamentaires) et (iii) des libéralités entre vifs, et ce « jusqu'à ce que la réserve héréditaire soit établie ». Dans le cadre de l'action en réduction, il convient, compte tenu de cet **ordre**, de prendre particulièrement en considération les personnes à l'encontre desquelles la réduction est réclamée.

4. Compétence

Le tribunal du dernier domicile du défunt est territorialement **compétent** 22 pour connaître de l'action en réduction (art. 28 al. 1 CPC, sous réserve des art. 17 s. CPC). La procédure devant le tribunal civil est précédée d'une tentative de conciliation devant l'autorité de conciliation (art. 197 CPC), à laquelle il peut éventuellement être renoncé (art. 199 CPC).

5. Délai

- 23 L'action en réduction est soumise à un **délai de péremption** relatif d'un an et à un délai **de péremption** absolu de dix ans, auxquels s'ajoute une possibilité de recours en principe illimitée dans le temps. Il convient de noter qu'une personne protégée par une réserve héréditaire qui a été totalement exclue ou ignorée par une disposition pour cause de mort (**héritière virtuelle**) n'acquiert la qualité d'héritier (en tant que position de droit réel) qu'en introduisant une action en réduction dans le délai imparti et en obtenant que l'action en réduction soit définitivement acceptée.

6. Charge de la preuve

- 24 **Le fardeau de la preuve** de l'existence des conditions d'une réduction, en particulier de l'existence d'une libéralité susceptible de réduction et du dépassement de la quotité disponible, incombe à la personne qui fait valoir la réduction par voie d'action ou d'exception (art. 8 CC). La règle de la preuve de l'entière conviction du tribunal s'applique ; les difficultés de preuve qui existent régulièrement dans la pratique n'entraînent pas d'allègement de la preuve.

7. Valeur litigieuse

- 25 Comme la **valeur litigieuse** est déterminée par la demande en justice et que l'action en réduction est de nature patrimoniale, la valeur litigieuse de l'action en réduction se mesure au gain potentiel du procès, c'est-à-dire au montant à réduire. Si l'action en réduction est jointe à une action en partage successoral dans le cadre d'un cumul objectif d'actions (cf. N. 29), la valeur litigieuse se détermine en principe (à défaut d'action supplémentaire en paiement, cf. N. 28) en fonction de l'action en partage successoral, c'est-à-dire en principe en fonction de la part successorale réclamée - augmentée par la réduction invoquée. Si l'action en réduction est éventuellement invoquée en complément d'une action en nullité, la valeur litigieuse est en principe déterminée par la valeur litigieuse de l'action en nullité.

C. Nature juridique

1. Nature juridique de l'action en réduction et types d'action

L'action en réduction est une **action formatrice** au sens de l'article 87 CPC. 26 Elle a un effet constitutif dans la mesure où le jugement de réduction fonde une nouvelle situation juridique ; cela n'a toutefois d'effet que pour les parties au procès. L'effet formateur d'un jugement de réduction entré en force est rapporté au jour du décès.

En raison du fait qu'il s'agit d'une action formatrice, il existe dans la pratique 27 une problématique ou une insécurité juridique quant à la question de savoir (i) si une réduction juridiquement valable ou formatrice peut avoir lieu par le biais d'une **convention extraprocédurale** et (ii) dans quelle mesure une telle réduction convenue peut conduire à des donations croisées potentiellement imposables. La première problématique est généralement résolue par la conclusion de l'accord dans le cadre de la procédure de conciliation, d'autant plus qu'un tel accord a l'effet d'une décision entrée en force (substitut de jugement selon l'art. 208 al. 2 CPC). En ce qui concerne la deuxième problématique mentionnée, il convient toutefois de noter que les autorités fiscales elles-mêmes ne sont pas liées par un tel accord au sens de l'art. 208 al. 1 CPC, qui ne repose sur aucune décision judiciaire, et qu'un préavis fiscal (« ruling ») peut donc être recommandé.

Si l'actif net de la succession (ou une réduction de l'acquisition de l'intestat et/ 28 ou du testament des cohéritiers ou des légataires) ne suffit pas à couvrir la part réservataire du demandeur, l'action en réduction devrait être jointe à une action en paiement dans le cadre d'un **cumul objectif d'actions**. Dans le cas contraire, une action en prestation doit être introduite et menée à bien après le jugement de réduction, d'autant plus qu'il s'agit d'un jugement purement formateur qui n'oblige pas le défendeur à une prestation, mais qui fournit seulement à la partie demanderesse la base pour faire valoir son droit à une prestation par une deuxième action. Un tel cumul d'actions est également recommandé parce que le retard d'une telle créance ne commence pas déjà à la date du décès, à laquelle l'effet formateur de la réduction est rapporté, mais seulement à l'introduction de l'action en prestation correspondante. Comme il n'est parfois pas (encore) possible de chiffrer la créance dès le début du procès lors de l'introduction d'une telle action en paiement, celle-ci peut en

principe être conçue comme une action en revendication non chiffrée, une valeur minimale de la créance devant être indiquée (art. 85 al. 1 CPC).

- 29 Il est admissible et relativement fréquent dans la pratique de combiner l'action en réduction avec une action en nullité et/ou en partage successoral au moyen d'un cumul objectif d'actions. Si, par exemple, une disposition pour cause de mort (testament ou pacte successoral), au moyen de laquelle des réserves héréditaires sont violées, est considérée comme nulle, l'annulation de la disposition pour cause de mort est régulièrement demandée sur le point de vue principal et la réduction de la ou des libéralités pour cause de mort sur le point de vue subsidiaire.

2. Nature relativement contraignante de la réduction

- 30 Les dispositions relatives à la réserve héréditaire et à la réduction sont en principe **des dispositions impératives**. Cela signifie que, hormis les possibilités de pacte successoral de renonciation (art. 495 CC) et d'exhérédation (art. 477 CC), le testateur ne peut en principe pas y déroger d'un point de vue juridique, notamment ni par le biais d'une disposition pour cause de mort, ni par des actes juridiques ou des actes accomplis de son vivant.
- 31 Les personnes protégées par une réserve héréditaire dont le droit à la réserve est violé ne sont toutefois pas obligées d'introduire une action en réduction ou de faire valoir la réduction par voie d'exception, mais peuvent y renoncer. Une **renonciation** à l'exercice du droit à la réduction est possible après le décès du testateur par une déclaration unilatérale informelle. Un simple comportement passif de la part de la personne privée de sa réserve ne constitue en principe pas une renonciation, mais une renonciation au droit à la réduction peut également être tacite (implicite). L'hypothèse d'une renonciation tacite présuppose que l'héritier connaissait les éléments essentiels pour fonder le droit à la réduction et que sa déclaration a été suffisamment annoncée à la personne bénéficiaire. Si la personne ayant la légitimation active laisse passer le délai d'action de l'art. 533 al. 1 CC, elle renonce certes à l'action en réduction, mais on ne peut pas encore en déduire une renonciation définitive au droit à la réduction, car l'exception de réduction peut encore être possible. En cas de renonciation à faire valoir le droit à la réserve héréditaire, il faut notamment tenir compte du fait que la renonciation peut être qualifiée, du point de vue du droit successoral, de

libéralité soumise à compensation ou à réduction, du point de vue du droit des prestations complémentaires, d'abandon de biens au sens de l'art. 9a al. 3 et de l'art. 11a al. 2 LPC et, du point de vue du droit fiscal, éventuellement de donation (croisée) (potentiellement imposable).

3. Rapport entre la compensation et la réduction

Alors que le rapport (art. 626 ss CC) sert à l'égalité de traitement des héritiers, ³² la réduction vise à protéger les héritiers réservataires. Selon l'art. 527, ch. 1 CC, doivent être réduites les libéralités qui, de par leur nature, étaient soumises au rapport légal (art. 626, al. 2 CC), mais qui ne sont pas soumises au rapport. Cela peut notamment être le cas lorsqu'il existe une dispense de rapport (totale ou limitée) (art. 626 al. 2, art. 629 CC) ou lorsque le bénéficiaire de la libéralité répudie la succession. La réduction selon l'art. 527 ch. 1 CC est donc subsidiaire à la compensation. Cela a pour conséquence qu'il ne peut être donné suite à une demande de réduction tant qu'il n'a pas été définitivement statué sur l'obligation de compenser. En d'autres termes, une libéralité ne peut être réduite que si elle n'est pas soumise à la compensation. Une libéralité soumise à la compensation a toutefois une importance pour la réduction dans la mesure où elle doit être prise en compte dans le calcul de la PTBM (cf. n. 11).

III. RÈGLES DE PARTAGE VS. LEGS ANTICIPÉ (ART. 522 AL. 2 CC)

Lorsqu'un héritier se voit attribuer une valeur patrimoniale déterminée par le ³³ biais d'une disposition pour cause de mort, la question se pose de savoir si cet avantage doit être qualifié (i) de prescription de partage ou (ii) de legs anticipé. Par une disposition de partage au sens de l'art. 608 CC, le testateur peut influencer le partage de la succession entre les héritiers dans la mesure où il accorde à un héritier le droit de reprendre une certaine valeur patrimoniale de la succession en imputation sur sa part d'héritage. Un legs anticipé (prélegat) est en revanche un legs au sens de l'art. 484 CC en faveur d'un héritier, l'héritier bénéficiaire n'ayant pas à imputer l'avantage patrimonial lié au legs sur sa part d'héritage.

Si le testateur a attribué certains biens à un héritier légal (ou, conformément à ³⁴ l'art. 608 al. 3 CC, à un héritier institué) au moyen d'une disposition pour

cause de mort, cela doit être considéré comme des **dispositions de partage**, pour autant qu'aucune autre volonté du testateur ne ressorte de la disposition (art. 522 al. 2 CC). Il existe donc une présomption légale (et réfutable) selon laquelle, en cas de doute, il s'agit d'une simple prescription de partage au sens de l'art. 608 CC et non d'un avantage supplémentaire en valeur (ou extraordinaire), c'est-à-dire d'un legs anticipé (prélegat).

- 35 Afin de renverser la présomption légale et de pouvoir accepter un **legs anticipé**, une volonté contraire doit « ressortir de la disposition ». Cette preuve contraire, c'est-à-dire le renversement de la présomption, ne doit toutefois pas être soumise à des exigences trop strictes. Comme pour d'autres dispositions du droit des successions, où l'on se base sur le fait qu'« aucune autre volonté du testateur ne ressort de la disposition », une telle volonté ne doit pas être expressément consignée dans la disposition pour cause de mort, mais doit au moins pouvoir être déterminée par voie d'interprétation. Cet égard, il ne suffit pas qu'une telle « volonté contraire » du testateur résulte uniquement d'éléments externes (par exemple, des lettres, des e-mails ou des notes).
- 36 Si le testateur a attribué à un héritier, par disposition pour cause de mort, certains biens à une valeur inférieure à leur valeur vénale, il convient d'admettre ce que l'on appelle un **legs de quotité**. En ce qui concerne l'attribution de la valeur patrimoniale, il y a en principe (conformément à la règle de présomption des art. 522 al. 2 et 608 al. 3 CC) une prescription de partage et, en ce qui concerne la différence de valeur, un legs anticipé.

BIBLIOGRAPHIE

Abt Daniel, Der Erbteilungsprozess als Ultima Ratio – praxisrelevante Aspekte zur Planung und Abwicklung, successio 4 (2022), S. 300-319 (zit. Abt).

Ammann Dario, Die Erbteilungsklage im schweizerischen Erbrecht, Zürich/St. Gallen 2020 (zit. Ammann).

Baumann Lorenz, Vergleichsvereinbarungen und ihre Risiken bei der Erbschaftssteuer, BGer 2C_550/2019, successio 2 (2022), S. 146-153 (zit. Baumann, Vergleichsvereinbarungen).

Baumann Lorenz, Das Stichtagsprinzip und seine Tragweite im Ehegüterrecht und im Erbrecht, *successio* 3/2024, S. 220-240 (zit. Baumann, Stichtagsprinzip).

Bessenich Balthasar/Bopp Lukas, Kommentierung zu Art. 87 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. Bessenich/Bopp, Art. 87 ZPO).

Brändli Roger, Vorschlagszuweisung an den vorversterbenden Ehegatten und die Frage der erbrechtlichen Herabsetzung, *AJP* 3 (2003), S. 335-341 (zit. Brändli).

Brückner Christian/Weibel Thomas/Pesenti Francesca, Die erbrechtlichen Klagen, 4. Aufl.. Zürich/Basel/Genf 2022 (zit. Brückner/Weibel/Pesenti).

Burkart Fabian, Kommentierung zu Art. 484 ZGB, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Burkart, *PraKomm*, Art. 484 ZGB).

Eggel Martin, Prozessuale und planerische Herausforderungen bei Ehegatten-Doppelnachlässen, *AJP* 12 (2024), S. 1286-1305 (zit. Eggel).

Eitel Paul/Bieri Marjolein, Die Durchführung der Herabsetzung bei Schenkungen, Lebensversicherungen und Trusts, *successio* 4 (2015), S. 288-303 (zit. Eitel/Bieri).

Eitel Paul, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, Bern 1998 (zit. Eitel, *Erbrecht*).

Eitel Paul, Die erbrechtliche Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Spannungsfeld zwischen Ausgleichung und Herabsetzung, *ZBJV* 142 (2006), S. 457-494 (zit. Eitel, *Zuwendung*).

Eitel Paul, Erbvorbezüge und Schenkungen – Ausgleichung und Herabsetzung, in: Stephan Wolf (Hrsg.), *Erbvorempfang und Schenkung – Zivil- und steuerrechtliche Aspekte sowie Folgen für Ergänzungsleistungen, Alters- und Pflegeheimkosten*, Weiterbildungstagung des Verbandes bernerischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 26./27.10.2016, S. 121-154 (zit. Eitel, *Erbvorbezüge*).

Eitel Paul, Herabsetzungspflicht nach Art. 527 Ziff. 1 ZGB, AJP 10 (2000), S. 1289-1293 (zit. Eitel, Herabsetzungspflicht).

Escher Arnold, Zürcher Kommentar - Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Erbrecht (Art. 457-536 ZGB), Band II 1/2, 3. Aufl., Zürich 1959 (zit. ZK-Escher).

Fankhauser Roland, Kommentierung zu Art. 522 ZGB, in: Ruth Arnet/Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band 2, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. CHK-Fankhauser, Art. 522 ZGB).

Geiser Thomas, Liegenschaftsabtretungen, AJP 8 (2014), S. 1045-1054 (zit. Geiser)

Göksu Tarkan, Das Rechtsbegehren der Herabsetzungsklage, in: Jörg Schmid/Regina Aebi-Müller/Peter Breitschmid/Barbara Graham-Siegenthaler/Alexandra Jungo (Hrsg.), Spuren im Erbrecht, Festschrift für Paul Eitel, Zürich/Genf 2022, S. 247-265 (zit. Göksu).

Henninger Julia, Die Pflichtteilsproblematik bei der Unternehmensnachfolge, Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. Henninger).

Hrubesch-Millauer Stephanie, Kommentierung zu Vorbemerkungen zu Art. 522 ff. ZGB, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB).

Hrubesch-Millauer Stephanie, Kommentierung zu Art. 522 ZGB, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 522 ZGB).

Hrubesch-Millauer Stephanie, Kommentierung zu Art. 533 ZGB, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 533 ZGB).

Hrubesch-Millauer Stephanie/Bosshardt Martina/Kocher Moritz, Rechtsbegehren im Erbrecht, successio 1 (2018), S. 4-30 (zit. Hrubesch-Millauer/Bosshardt/Kocher).

Jungo Alexandra, Die ehevertraglich begünstigte Ehegattin zwischen Pflichtteilsansprüchen gemeinsamer und nichtgemeinsamer Kinder, in: Jörg

Schmid/Regina Aebi-Müller/Peter Breitschmid/Barbara Graham-Siegenthaler/Alexandra Jungo (Hrsg.), *Spuren im Erbrecht*, Festschrift für Paul Eitel, Zürich/Genf 2022, S. 371-390 (zit. Jungo, Ehegattin).

Jungo Alexandra, *Tafeln und Fälle zum Erbrecht*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. Jungo, Tafeln).

Koller Pius, *Durchgriff und indirekte Zuwendungen im Erbrecht*, AJP 1 (2021), S. 19-31 (zit. Koller).

Künzle Hans Rainer, *Kommentierung zu Art. 517 f. ZGB*, in: Heinz Hausheer/Peter Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band III, 1. Abteilung, 2. Teilband, 2. Teil, Bern 2011 (zit. BK-Künzle, Art. 517 f. ZGB).

Markus Alexander, *Kommentierung zu Art. 87 ZPO*, in: Heinz Hausheer/Peter Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Band I, Bern 2012 (zit. BK-Markus, Art. 87 ZPO).

Nertz Christoph, *Kommentierung zu Art. 470 ZGB*, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Nertz, PraKomm, Art. 470 ZGB).

Nertz Christoph, *Kommentierung zu Art. 474 ZGB*, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Nertz, PraKomm, Art. 474 ZGB).

Niederer Christoph/Leistner Beatrice, *Kommentierung zu Anhang Steuern*, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Niederer/Leistner, PraKomm, Anhang Steuern).

Piatti Giorgio, *Kommentierung zu Vorbemerkungen zu Art. 522-533 ZGB*, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Piatti, Vorb. zu Art. 522 ff. ZGB).

Piatti Giorgio, *Kommentierung zu Art. 522 ZGB*, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Piatti, Art. 522 ZGB).

Pichler Markus, Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Fristen zur Ungültigkeitsklage und zur Herabsetzungsklage, *Anwaltsrevue* 2 (2020), S. 63-68 (zit. Pichler).

Rohner Thomas/Muster Alain, Erbrechtliche Bewertungsfragen (Teilungsmasse, Herabsetzungsmasse, Verkehrswertänderungen) und deren prozessuale Durchsetzung, *AJP* 10 (2014), S. 1297-1306 (zit. Rohner/Muster).

Saladin Jelena, Der Zuwendungswille (animus donandi) und seine beweisrechtliche Lage, *Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft (Impulse)*, Band 66, Zürich/Basel/Genf 2022 (zit. Saladin).

Schiller Kaspar, Zuwendung des Nachlassüberschusses: Vermächtnis oder Erbeinsetzung, *successio* 3 (2018), S. 285-297 (zit. Schiller).

Schmid Jörg/Jungo Alexandra/Hürlimann-Kaup Bettina, ZGB, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 15. Aufl., Zürich/Genf 2023 (zit. Schmid/Jungo/Hürlimann-Kaup, ZGB).

Spirig Sandra, Der «Doppelnachlass» – Themen und Fallstricke bei der Abwicklung von Ehegattennachlässen, *successio* 2 (2022), S. 96-109 (zit. Spirig).

Staehelin Daniel, Kommentierung zu Art. 470 ZGB, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Staehelin, Art. 470 ZGB).

Staehelin Daniel, Kommentierung zu Art. 474 ZGB, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Staehelin, Art. 474 ZGB).

Strazzer René, Zwei verwirkte Herabsetzungsklagen, *BGer* 5A_357/2016 und *BGer* 5A_466/2016, *successio* 4 (2017), S. 300-308 (zit. Strazzer).

Tarolli Nadia/Heuberger Nora, Kommentierung zu Anhang Steuern, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Tarolli/Heuberger, *PraKomm, Anhang Steuern*).

Weber Marc, Kommentierung zu Art. 87 ZPO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK-Weber, Art. 87 ZPO).

Weibel Thomas, Kommentierung zu Art. 608 ZGB, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Weibel, PraKomm, Art. 608 ZGB).

Wolf Stephan/Berger Cédric, Das Pflichtteilsvermächtnis – praktische Bedeutung und offene Fragen, AJP 3 (2023), S. 267-277 (zit. Wolf/Berger).

Wolf Stephan/Genna Gian Sandro, Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, Band IV/1, Basel 2012 (zit. Wolf/Genna).

Wolf Stephan/Hrubesch-Millauer Stephanie, Schweizerisches Erbrecht, 3. Aufl., Bern 2024 (zit. Wolf/Hrubesch-Millauer).

Zeiter Alexandra, Wertveränderungen zwischen Erbgang und Erbteilung, in: Paul Eitel/Alexandra Zeiter (Hrsg.), Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 281-305 (zit. Zeiter).

MATERIALS

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28.5.1904, BBl 1904 IV 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1904/4_1_1/de, besucht am 12.12.2024 (zit. Botschaft 1904).

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht) vom 29.8.2018, BBl 2018 5813 ff., abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2131/de>, besucht am 12.12.2024 (zit. Botschaft 2018).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 523 CC

Un commentaire de Christian Moser

PROPOSITION DE CITATION

Christian Moser, Commentaire de l'art. 523 CC, in: Christian Moser/Philip R. Bornhauser (édit.), Commentaire en ligne du Code civil suisse

Citation abrégée: OK-Moser, art. 523 CC N. XXX.

2. Réservataires

Art. 523

Les acquisitions pour cause de mort résultant de la loi et les libéralités pour cause de mort dont bénéficient les héritiers réservataires sont réductibles proportionnellement au montant de ce qui excède leur réserve.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction.....	217
II. Champ d'application et nature juridique	217
A. Champ d'application	217
B. Nature juridique	218
III. Réduction proportionnelle	220
A. Méthode de calcul	220
B. Exemples de calcul	222
1. Réduction à la charge des personnes ayant droit à la part réservataire (art. 523 CC)	222
a. Donations au même niveau de réduction	222
b. Donations à différents niveaux de réduction	223
2. Réduction au détriment des héritiers réservataires et d'autres personnes (art. 523 en relation avec l'art. 525, al. 1, CC)	225
a. Donations au même niveau de réduction	225
b. Donations à différents niveaux de réduction	226
Bibliographie.....	228
Matériaux	230

I. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 523 CC, les acquisitions selon la succession légale et les libéralités pour cause de mort des « héritiers réservataires » sont réduites proportionnellement aux montants qui dépassent leur part réservataire. Alors qu'une personne ayant droit à la réserve héréditaire ne peut exiger la réduction des acquisitions ou des libéralités de personnes ayant droit à la succession ou de légataires que dans la mesure où elle a « reçu une valeur inférieure à sa part réservataire » (art. 522, al. 1, CC), les acquisitions ou les donations de personnes ayant droit à la réserve héréditaire ne peuvent être réduites que dans la mesure où elles dépassent leur part réservataire. L'art. 523 CC stipule ainsi, d'une part, que le montant maximal pouvant être réduit pour les personnes ayant droit à la réserve héréditaire est celui qui « dépasse leur part réservataire ». D'autre part, l'art. 523 CC contient un « principe d'égalité de traitement » selon lequel les acquisitions ou libéralités des héritiers réservataires doivent en principe (cf. N. 5) être réduites proportionnellement, c'est-à-dire en fonction des montants dépassant les parts réservataires (cf. N. 8). 1

II. CHAMP D'APPLICATION ET NATURE JURIDIQUE

A. Champ d'application

Alors que l'art. 525, al. 1, CC régit la réduction des libéralités pour cause de mort faites à plusieurs « héritiers institués et légataires », l'art. 523 CC se réfère aux libéralités pour cause de mort et aux acquisitions conformément aux dispositions légales en faveur des « héritiers réservataires ». L'art. 523 CC s'applique en outre par analogie aux libéralités entre vifs qui sont faites simultanément à des personnes ayant droit à la réserve héréditaire. 2

Il convient de noter que les acquisitions conformément aux successions légales (appelées « acquisition ab intestat ») en faveur de personnes ayant droit à la réserve héréditaire doivent être réduites en raison de l'ordre de réduction prévu à l'art. 532 CC avant les libéralités pour cause de mort (dites « acquisition testamentaire ») – ainsi qu'avant les libéralités entre vifs (simultanées) – en faveur de personnes ayant droit à la réserve héréditaire. Le principe de la réduction proportionnelle selon l'art. 523 CC s'applique donc 3

séparément à chaque «**degré de réduction**» de l'art. 532 CC. Cela signifie que la limite de réduction, c'est-à-dire le montant maximal pouvant être réduit pour les personnes ayant droit à la réserve héréditaire sur la base de leur propre réserve héréditaire (cf. N. 8), – et, par conséquent, le taux de réduction ainsi que le montant individuel de la réduction (cf. N. 10) – doivent être déterminés séparément à chaque niveau de réduction (cf. à ce sujet l'exemple 2 sous N. 13 et l'exemple 4 sous N. 15). Toutefois, selon l'avis défendu ici, la limite de réduction (cf. N. 8) ne s'applique qu'au niveau de réduction au sens de l'art. 532 CC, auquel la réduction affecte la propre part réservataire (cf. N. 9).

- 4 Si des libéralités doivent être réduites tant à l'égard de personnes ayant droit à la réserve héréditaire qu'à l'égard d'autres personnes (n'ayant pas droit à la réserve héréditaire), la doctrine renvoie à une «**combinaison**» des art. 523 CC et 525, al. 1, CC. Hormis le champ d'application subjectif (cf. N. 2) et la réserve explicite de dérogation prévue à l'art. 525, al. 1, CC (cf. à ce sujet N. 6), la seule différence matérielle entre l'art. 523 et l'art. 525, al. 1, CC réside toutefois dans le fait que les limites de réduction correspondantes doivent être prises en compte pour calculer le taux de réduction chez les personnes ayant droit à la réserve héréditaire. Cela signifie que la limite de réduction (cf. N. 8) pour les bénéficiaires de libéralités au sens de l'art. 525, al. 1, CC n'est limitée que par la libéralité (à un certain niveau de réduction) et non par un montant supplémentaire de réserve héréditaire.

B. Nature juridique

- 5 L'art. 523 CC est une **disposition de droit dispositif**. Le testateur peut donc déroger à la réduction proportionnelle des acquisitions ou des donations des personnes ayant droit à la réserve héréditaire. Il n'est toutefois pas possible de déroger au principe selon lequel seul le montant qui dépasse la réserve héréditaire peut être réduit. Une disposition contraire serait contraire à la réserve héréditaire et pourrait donc être réduite. Si le testateur dispense certaines personnes ayant droit à l'héritage ou bénéficiaires de legs de la réduction (proportionnelle), la question se pose toutefois de savoir si le testateur peut ainsi influencer indirectement l'ordre de réduction prévu à l'art. 532 CC. Étant donné que l'art. 532 CC est (au moins en grande partie) une disposition impérative, cette question doit être rejetée, selon l'avis défendu ici, dans la mesure où une dérogation à la dérogation proportionnelle entraîne

une modification « inadmissible » (ou réductible) de l'ordre de réduction. Une dérogation ou une dispense de la réduction proportionnelle n'est donc possible qu'à un certain niveau de réduction et ne peut conduire à ce qu'une acquisition ou une donation donnée à un certain niveau de réduction soit « sautée » – en tout ou en partie – au détriment d'une acquisition ou d'une donation à un niveau de réduction inférieur.

La question se pose alors de savoir sous quelle **forme** une telle dérogation à la 6 réduction proportionnelle doit être consignée. En cas de réduction des libéralités pour cause de mort en faveur de personnes ayant droit à la réserve héréditaire, il semble logique d'appliquer par analogie l'art. 525, al. 1, CC, selon lequel « une autre volonté du testateur » doit « ressortir » de la disposition. La volonté du testateur de déroger à la réduction proportionnelle ne doit pas être expressément consignée dans la disposition à cause de mort, mais doit pouvoir être déterminée par interprétation.

La question se pose alors de savoir (a) si une dérogation à la réduction 7 proportionnelle contenue dans une disposition à cause de mort s'applique également à la réduction des acquisitions selon la succession légale et aux libéralités entre vifs (effectuées simultanément) et (b) si une telle dérogation peut également s'appliquer à la réduction des libéralités entre vifs (simultanées) sous une forme qui ne correspond pas aux dispositions des art. 498 ss CC CC. La première question doit, selon l'avis défendu ici, être tranchée par l'interprétation de la disposition à cause de mort. Dans la mesure où celle-ci indique que le testateur souhaitait s'écarter de manière générale de la méthode de réduction au sens de l'art. 523 CC, en tenant compte des restrictions mentionnées au N. 5, cela s'applique, selon l'avis défendu ici, à chaque niveau de réduction au sens de l'art. 532 CC. Pour la deuxième question, on pourrait envisager une application analogue de la jurisprudence relative à la forme d'une dispense de compensation au sens de l'art. 626, al. 2, CC. En raison de l'incertitude qui y est liée, il est toutefois recommandé de consigner la dérogation à la réduction proportionnelle dans une disposition pour cause de mort.

III. RÉDUCTION PROPORTIONNELLE

A. Méthode de calcul

- 8 Conformément à l'art. 523 CC, la réduction s'effectue proportionnellement aux montants excédant les parts réservataires (« réduction proportionnelle »). Il convient donc, lorsqu'il y a plusieurs défendeurs à la réduction (ou personnes contre lesquelles l'exception de réduction est soulevée), de déterminer à chaque niveau de réduction (cf. N. 3) le montant maximal qui pourrait être réduit («**limite de réduction**»). Pour les personnes qui ne disposent pas d'un droit à la réserve héréditaire, cela correspond à la totalité de la donation (cf. art. 525, al. 1, CC). Pour les personnes ayant droit à la réserve héréditaire, la limite de réduction correspond en principe à la différence entre (a) leurs propres acquisitions ou donations et (b) leur propre réserve héréditaire.
- 9 Si la personne ayant droit à la réserve héréditaire a reçu ses acquisitions ou donations à différents niveaux de réduction (au sens de l'art. 532 CC), la question se pose de savoir à quel niveau de réduction les donations à différents degrés de réduction (au sens de l'art. 532 CC), la question se pose de savoir à quel degré de réduction (au sens de l'art. 532 CC) s'applique la **limite de réduction** (conformément à l'art. 523 CC). La question est de savoir si la protection de la part réservataire de la personne légitimée à agir (et ayant droit à la part réservataire) (a) s'applique uniquement au niveau de réduction auquel la réduction affecte sa propre part réservataire («**thèse 1**») ou (b) s'applique déjà au «premier» niveau de réduction auquel la personne légitimée à agir en justice est confrontée à la réduction («**thèse 2**»). Même si des arguments convaincants peuvent être avancés en faveur des deux thèses, la « thèse 2 » est en contradiction avec l'ordre de réduction (au moins largement) impératif de l'art. 532 CC (cf. N. 5), raison pour laquelle la « thèse 1 » mérite d'être privilégiée. Selon l'avis défendu ici, l'art. 523 CC précise simplement à cet égard que la personne légitimée à agir (ayant droit à la part réservataire) ne doit pas accepter une réduction qui aurait pour conséquence qu'elle recevrait finalement moins que sa part réservataire. Tant que la réduction à un certain niveau n'entraîne pas une telle atteinte à la part réservataire, la personne ayant la légitimation passive ne peut donc pas, contrairement à la « thèse 2 », objecter que seul le montant dépassant sa part réservataire doit être réduit. Selon l'avis défendu ici (conformément à la « thèse 1 »), la limite de réduction

ne s'applique donc que dès que la réduction à un certain niveau affecte la propre part réservataire (cf. exemple 2 sous N. 13). Étant donné qu'il n'existe actuellement, pour autant que l'on sache, ni doctrine dominante ni jurisprudence établie sur cette question, il règne une insécurité juridique relativement importante à cet égard. Dans de tels cas, la personne lésée dans sa part réservataire ne devrait donc pas se fier à l'exception de réduction (cf. art. 533 CC), car il faut partir du principe que la personne légitimée à agir en justice défendra la « thèse 2 », ce qui peut avoir pour conséquence que la part réservataire ne puisse être rétablie par voie d'exception.

Une fois que, dans un premier temps, les limites de réduction («**L**») des 10
défendeurs à la réduction (ou des personnes concernées par l'exception de réduction) ont été déterminées au niveau de réduction pertinent (cf. N. 9), il convient, dans un deuxième temps, de déterminer le total des limites de réduction («**T**»). Dans une troisième étape, les différentes limites de réduction («**L**») doivent ensuite être mises en rapport avec le total des limites de réduction («**T**») mentionné, ce qui donne les différents **taux de réduction** («**Q**»). Si le montant de la réduction, c'est-à-dire le montant nécessaire pour rétablir la part réservataire du demandeur en réduction (ou de la personne qui soulève l'exception de réduction) («**B**»), peut être couvert au niveau de réduction concerné, ces taux de réduction («**Q**») doivent être multipliés par le montant de la réduction («**B**») dans une quatrième étape. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si le montant de la réduction («**B**») ne peut être couvert au niveau de réduction concerné, les taux de réduction («**Q**») doivent être multipliés par le total des limites de réduction («**T**»). Il en résulte le montant individuel de la réduction («**H**») du bénéficiaire de la subvention à un certain niveau de réduction. La **formule** est donc « $H = (L / T) \times B$ », où, comme mentionné, «**B**» peut correspondre à «**T**» dans certaines circonstances, c'est-à-dire si le montant de la réduction peut être couvert au niveau de réduction concerné (cf. à ce sujet les exemples 1 à 4 sous N. 12 à 15).

Pour les cas dans lesquels un usufruit au sens de l'art. 473 CC a été ordonné, la 11
doctrine propose de calculer la valeur de la part réservataire à partir de la part réservataire qui existerait si le conjoint survivant avait opté pour sa part successorale (et donc pour la propriété) au lieu du legs d'usufruit correspondant. Selon l'avis défendu ici, cette proposition est sans importance dans la mesure où la part réservataire du conjoint survivant et des descendants existe indépendamment du fait que le conjoint ait opté pour le

legs d'usufruit ordonné ou – conformément à un droit de choix correspondant ou en application de la doctrine des «*biens aisément négociables*» – pour la part successorale ou la propriété. Même si le conjoint survivant a opté pour le legs d'usufruit, la part réservataire du conjoint survivant est calculée à la date du décès sans tenir compte du legs d'usufruit. Les descendants communs doivent accepter une telle usufruit en faveur du conjoint survivant, même si la valeur de la « nue-propriété » est inférieure au montant de la part réservataire. Cela ne signifie toutefois pas que les descendants ne disposent pas, dans de telles configurations, d'une part réservataire qui peut être invoquée dans le cadre de l'art. 523 CC pour limiter la réduction.

B. Exemples de calcul

1. Réduction à la charge des personnes ayant droit à la part réservataire (art. 523 CC)

a. Donations au même niveau de réduction

- 12 **Exemple 1 :** Le défunt « E » laisse une succession nette de 600, ses trois descendants « A », « B » et « C » ainsi qu'un testament dans lequel il désigne A comme héritier à hauteur de $\frac{2}{3}$ et B à hauteur de $\frac{1}{3}$. La part successorale de A s'élève à 400 ($\frac{2}{3}$ de 600), celle de B à 200 ($\frac{1}{3}$ de 600) et celle de C à 0. Les parts réservataires des descendants s'élèvent chacune à 100 ($\frac{1}{6}$ de 600). La part réservataire de C est donc lésée de 100. La limite de réduction de A est de 300 (acquisition testamentaire de 400 moins la part réservataire de 100) et celle de B de 100 (acquisition testamentaire de 200 moins la part réservataire de 100). Le total des limites de réduction s'élève à 400 (300 pour A plus 100 pour B). Le taux de réduction est de 75 % pour A (300 par rapport à 400) et de 25 % pour B (100 par rapport à 400). Au niveau de la réduction de l'acquisition testamentaire, la désignation d'A comme héritier est réduite de 75 (75 % de 100) et celle de B de 25 (25 % de 100). Au final, A reçoit 325, B 175 et C 100.

	A	B	C	
Nachlassvermögen				600
Testaterwerb	$\frac{2}{3}$	$\frac{1}{3}$		
Total	400	200	0	
Pflichtteil	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{6}$	600
	100	100	100	
Differenz	300	100	-100	

Herabsetzung	A	B	C	
Herabsetzungslimiten	300	100		400
Herabsetzungsquoten	75%	25%		100
Herabsetzungsbetrag	-75	-25	100	
Ergebnis	325	175	100	600

b. Donations à différents niveaux de réduction

Exemple 2 : le défunt « E » laisse une succession nette de 60, un testament 13 (avec des legs) et ses quatre descendants « A », « B », « C » et « D ». Deux ans avant son décès, E a fait don de 420 à C (« donation T-2 ») avec une dispense de compensation. Un an avant son décès, E a fait don de 180 à A, 240 à B et 60 à C (« donations T-1 ») simultanément et avec une dispense de compensation dans chaque cas. Le testament contient un legs de 5 à A et un legs de 15 à B. La masse à partager s'élève à 40, la masse de calcul de la part réservataire (« PTBM ») à 960, les parts héréditaires s'élèvent chacune à 10, les parts réservataires à 120 chacune ($\frac{1}{8}$ de 960). Au total (sans réduction), A recevrait donc 195, B 265, C 490 et D 10. La part réservataire de D est lésée de 110. Au niveau de la réduction de l'acquisition ab intestat (« 1er niveau de réduction »), les parts héréditaires de A, B et C sont donc réduites de 10 chacune. La part réservataire de D est donc encore lésée de 80. Au niveau de la réduction de l'acquisition testamentaire (« 2e niveau de réduction »), le legs de A est réduit de 5 et celui de B de 15. La part réservataire de D est donc encore lésée de 60. Au niveau de réduction des donations entre vifs (les plus récentes ou les plus récentes dans le temps) (« 3e niveau de réduction »), la limite de réduction est de 60 pour A, de 120 pour B et de 60 pour C ; pour A et B, la limite de réduction de l'art. 523 CC s'applique (cf. aperçu du calcul ci-dessous). Le total des limites de réduction est de 240. Le taux de réduction est de 25 % pour A et C (60 par rapport à 240) et de 50 % pour B (120 par rapport à 240). En conséquence, les donations entre vifs de A et C sont réduites de 15

(25 % de 60) et celles de B de 30 (50 % de 60). Au final, A reçoit 165, B 210, C 465 et D 120.

	A	B	C	D	
Nachlassvermögen					60
Testaterwerb	5	15			20
Intestaterwerb	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$	40
	10	10	10	10	
Zuwendungen T-1	180	240	60		480
Zuwendung T-2			420		420
Total	195	265	490	10	
Pflichtteil	$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{8}$	960
	120	120	120	120	
Differenz	75	145	370	-110	

1. Herabsetzungsstufe	A	B	C	D	
Herabsetzungslimiten	10	10	10		30
Herabsetzungsquoten	$\frac{1}{3}$	$\frac{1}{3}$	$\frac{1}{3}$		30
Herabsetzungsbetrag	-10	-10	-10	30	
Zwischenergebnis	185	255	480	40	
Differenz	65	135	360	-80	

2. Herabsetzungsstufe	A	B	C	D	
Herabsetzungslimiten	5	15			20
Herabsetzungsquoten	25%	75%			20
Herabsetzungsbetrag	-5	-15		20	
Zwischenergebnis	180	240	480	60	
Differenz	60	120	360	-60	

3. Herabsetzungsstufe	A	B	C	D	
Herabsetzungslimiten	60	120	60		240
Herabsetzungsquoten	25%	50%	25%		60
Herabsetzungsbetrag	-15	-30	-15	60	
Zwischenergebnis	165	210	465	120	
Differenz	45	90	345	0	
Ergebnis	165	210	465	120	960

2. Réduction au détriment des héritiers réservataires et d'autres personnes (art. 523 en relation avec l'art. 525, al. 1, CC)

a. Donations au même niveau de réduction

- 14 **Exemple 3 :** Le défunt « E » laisse une succession nette de 1200, ses trois descendants « A », « B » et « C » ainsi qu'un testament dans lequel il désigne d'une part A comme héritier à hauteur de $\frac{2}{3}$ et B à hauteur de $\frac{1}{3}$ et d'autre part, il lègue 300 à son amie « F ». La masse à partager s'élève à 900, la PTBM à 1200 et les parts réservataires des descendants à 200 chacune ($\frac{1}{6}$ de 1200). La part successorale de A s'élève à 600, celle de B à 300. La part réservataire de C est donc lésée de 200. La limite de réduction est de 400 pour A, de 100 pour B et de 300 pour F. Le total des limites de réduction s'élève à 800. Le taux de réduction est de 50 % pour A (400 par rapport à 800), de 12,5 % pour B (100 par rapport à 800) et de 37,5 % pour F (300 par rapport à 800). Au niveau de la réduction de l'acquisition du testament, la désignation d'A comme héritier est réduite de 100 (50 % de 200), celle de B de 25 (12,5 % de 200) et le legs de F de 75 (37,5 % de 200). Au final, A reçoit 500, B 275, C 200 et F 225.

	A	B	C	F	
Nachlassvermögen					1'200
Testaterwerb				300	300
	$\frac{2}{3}$	$\frac{1}{3}$			900
	600	300			
Total	600	300	0	300	
Pflichtteil	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{6}$		1'200
	200	200	200		
Différenz	400	100	-200	300	

Herabsetzung	A	B	C	F	
Herabsetzungslimiten	400	100		300	800
Herabsetzungsquoten	50%	12.5%		37.5%	200
Herabsetzungsbetrag	-100	-25	200	-75	
Ergebnis	500	275	200	225	1'200

b. Donations à différents niveaux de réduction

- 15 **Exemple 4 :** le défunt « E » laisse une succession nette de 60, un testament (avec des legs), ses quatre descendants « A », « B », « C » et « D » ainsi que son amie « F ». Deux ans avant son décès, E a fait don de 420 à C (« donation T-2 »), là encore avec une dispense de compensation. Un an avant son décès, E a fait don, simultanément et avec une dispense de compensation, de 160 à A, 140 à B, 60 à C et 120 à F (« donations T-1 »). Le testament prévoit un legs de 5 à A, un legs de 10 à B et un legs de 5 à F. La masse à partager s'élève à 40, la

masse de calcul de la part réservataire (« PTBM ») à 960, les parts héréditaires s'élèvent chacune à 10, les parts réservataires à 120 chacune ($\frac{1}{8}$ de 960). Au total (sans réduction), A recevrait donc 175, B 160, C 490, D 10 et F 125. La part réservataire de D est lésée de 110. Au niveau de la réduction de l'acquisition ab intestat, les parts héréditaires de A, B et C sont réduites de 10 chacune. La part réservataire de D est donc encore lésée de 80. Au niveau de la réduction de l'acquisition testamentaire, le legs de A est réduit de 5, celui de B de 10 et celui de F de 5. La part réservataire de D est donc encore lésée de 60. Au niveau de la réduction de la donation (la plus récente ou la dernière dans le temps) faite du vivant du défunt, la limite de réduction est de 40 pour A, de 20 pour B, de 60 pour C et de 120 pour F. Le total des limites de réduction est de 240. Le taux de réduction est de $\frac{1}{6}$ (40 par rapport à 240) pour A, de $\frac{1}{12}$ (20 par rapport à 240) pour B, de 25 % (60 par rapport à 240) pour C et de 50 % (120 par rapport à 240) pour F. En conséquence, les donations à vie de A sont réduites de 10 ($\frac{1}{6}$ de 60), celles de B de 5 ($\frac{1}{12}$ de 60), celles de C de 15 (25 % de 60) et celles de F de 30 (50 % de 60). Au final, A reçoit 150, B 135, C 465, D 120 et F 90.

	A	B	C	D	F	
Nachlassvermögen						60
Testaterwerb	5	10			5	20
Intestaterwerb	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$		40
	10	10	10	10		
Zuwendungen T-1	160	140	60		120	480
Zuwendung T-2			420			420
Total	175	160	490	10	125	
Pflichtteil	$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{8}$		960
	120	120	120	120		
Differenz	55	40	370	-110	125	

1. Herabsetzungsstufe	A	B	C	D	F	
Herabsetzungslimiten	10	10	10			30
Herabsetzungsquoten	$\frac{1}{3}$	$\frac{1}{3}$	$\frac{1}{3}$			30
Herabsetzungsbetrag	-10	-10	-10	30		
Zwischenergebnis	165	150	480	40	125	
Differenz	45	30	360	-80	125	

2. Herabsetzungsstufe	A	B	C	D	F	
Herabsetzungslimiten	5	10			5	20
Herabsetzungsquoten	25%	50%			25%	20
Herabsetzungsbetrag	-5	-10		20	-5	
Zwischenergebnis	160	140	480	60	120	
Differenz	40	20	360	-60	120	

3. Herabsetzungsstufe	A	B	C	D	F	
Herabsetzungslimiten	40	20	60		120	240
Herabsetzungsquoten	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{12}$	$\frac{1}{4}$		$\frac{1}{2}$	60
Herabsetzungsbetrag	-10	-5	-15	60	-30	
Zwischenergebnis	150	135	465	120	90	
Differenz	30	10	345	0	90	
Ergebnis	150	135	465	120	90	960

BIBLIOGRAPHIE

Baumann Lorenz, Vergleichsvereinbarungen und ihre Risiken bei der Erbschaftssteuer, BGer 2C_550/2019, successio 2 (2022), S. 146-153 (zit. Baumann).

Eggel Martin/Gerster Nathalie, Revision des Erbrechts – Behandlung der Säule 3a und Änderungen im Herabsetzungsrecht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Erbrecht – insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht, Schriften INR, Band 27, Bern 2022 (zit. Eggel/Gerster).

Eitel Paul/Bieri Marjolein, Die Durchführung der Herabsetzung bei Schenkungen, Lebensversicherungen und Trusts, *successio* 4 (2015), S. 288-303 (zit. Eitel/Bieri).

Eitel Paul, Zur Durchführung der Herabsetzung bei ehevertraglichen Totalvorschlagszuweisungen und Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge im neuen Erbrecht, in: Verband Solothurnischer Notare (Hrsg.), 100 Jahre Festschrift, Solothurn 2022, S. 97-118 (zit. Eitel).

Escher Arnold, Zürcher Kommentar - Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Erbrecht (Art. 457-536 ZGB), Band III 1/2, 3. Aufl., Zürich 1959 (zit. ZK-Escher).

Fankhauser Roland, Kommentierung zu Art. 523 ZGB, in: Ruth Arnet/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band 2, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. CHK-Fankhauser, Art. 523 ZGB).

Henninger Julia, Die Pflichtteilsproblematik bei der Unternehmensnachfolge, Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. Henninger).

Hrubesch-Millauer Stephanie, Kommentierung zu Art. 523 ZGB, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 523 ZGB).

Hrubesch-Millauer Stephanie, Kommentierung zu Art. 525 ZGB, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 525 ZGB).

Hrubesch-Millauer Stephanie, Kommentierung zu Art. 532 ZGB, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Hrubesch-Millauer, PraKomm, Art. 532 ZGB).

Kuster Mathias, Anhang Checkliste, Systematische Übersicht über materielle und formelle Verfügungen von Todes wegen, in: Abt Daniel/Weibel Thomas

(Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Kuster, PraKomm, Checkliste).

Jungo Alexandra, Die ehevertraglich begünstigte Ehegattin zwischen Pflichtteilsansprüchen gemeinsamer und nichtgemeinsamer Kinder, in: Jörg Schmid/Regina Aebi-Müller/Peter Breitschmid/Barbara Graham-Siegenthaler/Alexandra Jungo (Hrsg.), Spuren im Erbrecht, Festschrift für Paul Eitel, Zürich/Genf 2022, S. 371-390 (zit. Jungo, Ehegattin).

Jungo Alexandra, Pflichtteile bei voller Vorschlagszuweisung – die Klärung durch die Erbrechtsrevision, in: Peter Breitschmid/Paul Eitel/Alexandra Jungo (Hrsg.), Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker, Festschrift für Hans Rainer Künzle, successio-Schriften Nr. 4, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 193-217 (zit. Jungo, Pflichtteile).

Jungo Alexandra, Tafeln und Fälle zum Erbrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. Jungo, Tafeln).

Möri Nathalie, Durchführung der Herabsetzung nach Art. 532 ZGB, insbesondere bei gewöhnlichen Schenkungen, Schenkungsversprechen und frei widerruflichen Schenkungen, AJP 6 (2016), S. 803-814 (zit. Möri).

Piatti Giorgio, Kommentierung zu Art. 523 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Piatti, Art. 523 ZGB).

Piatti Giorgio, Kommentierung zu Art. 532 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Piatti, Art. 532 ZGB).

Wolf Stephan/Genna Gian Sandro, Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, Band IV/1, Basel 2012 (zit. Wolf/Genna).

Zeiter Alexandra, Die Herabsetzung des Intestaterwerbs, in: Jörg Schmid/Regina Aebi-Müller/Peter Breitschmid/Barbara Graham-Siegenthaler/Alexandra Jungo (Hrsg.), Spuren im Erbrecht, Festschrift für Paul Eitel, Zürich/Genf 2022, S. 655-675 (zit. Zeiter).

MATÉRIAUX

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom

28.5.1904, BBl 1904 IV 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1904/4_1_1/de, besucht am 5.5.2025 (zit. Botschaft 1904).

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht) vom 29.8.2018, BBl 2018 5813 ff., abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2131/de>, besucht am 5.5.2025 (zit. Botschaft 2018).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 533 CC

Un commentaire de Christian Moser

PROPOSITION DE CITATION

Christian Moser, Commentaire de l'art. 533 CC, in: Christian Moser/Philip R. Bornhauser (édit.), Commentaire en ligne du Code civil suisse

Citation abrégée: OK-Moser, art. 533 CC N. XXX.

IV. Prescription

Art. 533

¹ L'action en réduction se prescrit par un an à compter du jour où les héritiers connaissent la lésion de leur réserve et, dans tous les cas, par dix ans, qui courent, à l'égard des dispositions testamentaires, dès l'ouverture de l'acte et, à l'égard d'autres dispositions, dès que la succession est ouverte.

² Lorsque l'annulation d'une disposition en a fait revivre une précédente, les délais ne courent que du moment où la nullité a été prononcée.

³ La réduction peut être opposée en tout temps par voie d'exception.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction.....	235
II. Délais d'action.....	235
A. Délai de péremption relatif	235
B. Délai de péremption absolu	236
III. Exception de réduction	237
A. Généralités	237
B. Exigence de possession.....	238
C. Procédure.....	240
Bibliographie	240

I. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 533 al. 1 CC, l'action en réduction se prescrit par un an ¹ à compter de la connaissance de la violation de la réserve (cf. N. 3-5), mais au plus tard par dix ans à compter de la notification des dispositions testamentaires ou de la date du décès (cf. N. 6). Il ne s'agit pas de délais de prescription, mais de **délais de péremption**. En conséquence, il n'est pas possible d'interrompre le délai selon l'art. 135 CO ou de le faire courir à nouveau selon les art. 137 s. CO. Ces délais sont respectés par une introduction de l'action dans les délais, c'est-à-dire par le dépôt d'une requête de conciliation (avec des conclusions juridiques correspondantes), les dispositions des art. 77 s. CO (et non des art. 142 ss CPC) étant applicables pour le calcul des délais. Le respect du délai est examiné d'office par le tribunal (et pas seulement sur objection). Une action en réduction qui n'est pas introduite dans les délais entraîne une décision de rejet sur le fond.

Indépendamment du délai de l'action en réduction, le droit à la réduction ² selon l'art. 533 al. 3 CC peut - si les conditions sont remplies - être exercé en tout temps par voie d'exception (cf. N. 7 ss.).

II. DÉLAIS D'ACTION

A. Délai de péremption relatif

L'action en réduction se prescrit par un an « à compter du jour où les héritiers ³ ont eu connaissance de la violation de leurs droits » (art. 533 al. 1 CC). Ce délai de péremption relatif commence donc à courir dès que la personne atteinte par la réserve héréditaire « connaît les éléments de fait qui permettent de se fier à l'issue favorable d'une éventuelle action en réduction » ou « qui permettent de prévoir le succès possible d'une action en réduction ». Le début du délai présuppose donc la **connaissance du motif de l'action**, c'est-à-dire la connaissance des éléments nécessaires pour fonder une action en réduction. Une « certitude absolue » ou la connaissance de « l'étendue exacte de l'atteinte à la réserve » ne sont pas nécessaires pour faire courir le délai. De même, le début du délai ne dépend pas du fait qu'une action en réduction puisse déjà être chiffrée en fonction de l'ampleur de la réduction qui sera finalement atteinte. Il suffit que la personne réservataire puisse reconnaître

que son droit à la réserve est violé. Si la personne concernée a été totalement exclue de la succession ou ignorée, ou si elle n'a reçu qu'un simple usufruit, elle est informée de l'atteinte à sa réserve dès la disposition pour cause de mort - en l'absence de donations entre vifs (propres). Dans le cas contraire, une connaissance approximative du montant de la succession suffit. Une éventuelle ignorance juridique de la part de la personne réservataire n'est pas pertinente.

- 4 En cas de **pluralité de** dispositions et de libéralités du défunt portant atteinte à la réserve héréditaire ou susceptibles d'être réduites, le délai de péremption relatif commence à courir séparément pour chaque motif d'action, selon la conception défendue ici. Si un testateur laisse par exemple deux descendants et les institue héritiers avec des parts successorales de 4/5 et 1/5, le descendant désavantagé a déjà connaissance de l'atteinte à la réserve héréditaire - en l'absence de libéralités entre vifs (propres) - sur la base de la disposition pour cause de mort. Le délai de péremption relatif pour la réduction de la disposition pour cause de mort commence donc déjà à courir au moment où le descendant désavantagé a pris connaissance de la disposition pour cause de mort (mais au plus tôt au moment du décès). Si ce descendant laisse passer le délai de péremption (relatif) d'un an et prend connaissance ultérieurement d'une libéralité entre vifs susceptible d'être réduite, un délai de péremption (relatif) séparé d'un an commence à courir pour cette libéralité entre vifs - selon la conception défendue ici. En cas de réduction par voie d'action, la personne qui viole sa réserve ne peut toutefois faire valoir la réduction - sous réserve de l'exception de réduction - que dans la mesure de la violation de la réserve qui résulte de la libéralité entre vifs (et non pas déjà de la disposition pour cause de mort).
- 5 Le **moment de la connaissance** doit être déterminé en fonction de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Alors qu'il s'agit d'une question de fait, à savoir ce qu'une personne donnée savait ou ne savait pas à un moment donné, il s'agit d'une question de droit, à savoir si les éléments dont elle a connaissance sont suffisants pour faire courir le délai de péremption.

B. Délai de péremption absolu

- 6 L'action en réduction se prescrit « dans tous les cas à l'expiration d'un délai de dix ans » (art. 533, al. 1, CC). Ce délai de péremption absolu commence à courir, pour la réduction d'une disposition pour cause de mort, à partir de la «

notification » (au sens de l'art. 557 CC) et, pour les « autres » libéralités (c.-à-d. entre vifs), à partir du **décès** du disposant (art. 533 al. 1 CC). Si la disposition pour cause de mort est déclarée nulle (cf. art. 519 ss CC), le délai commence à courir à partir de l'entrée en force du jugement de nullité (art. 533 al. 2 CC).

III. EXCEPTION DE RÉDUCTION

A. Généralités

Une personne ayant la qualité pour agir en réduction et qui est en (co)possession des biens de la succession (cf. N. 11-15) peut **en tout temps** faire valoir la réduction par voie d'exception. Cette exception peut par exemple être soulevée dans le cadre d'une action en partage successoral ou en legs, indépendamment du fait que la personne qui soulève l'exception ait le rôle de demandeur ou de défendeur.

Contrairement à l'action en réduction, l'**exception de réduction** n'est certes pas réalisable, mais elle présuppose également qu'il n'a pas déjà été renoncé au droit à la réduction. En outre, l'exception de réduction n'est possible qu'à hauteur des actifs successoraux dont le demandeur est « en (co)possession » (cf. N. 11-15). Si l'actif successoral est inférieur au droit à la réduction, l'exception de réduction est certes possible, mais en fin de compte, la part réservataire ne peut pas être entièrement rétablie par voie d'exception.

Conformément à la limitation mentionnée de l'étendue de l'exception de réduction (cf. N. 8), **les modifications de la valeur** des biens de la succession peuvent avoir une influence importante sur la mesure dans laquelle la réserve héréditaire peut être préservée au moyen de l'exception de réduction. D'une part, une personne réservataire qui renonce à une action en réduction en raison d'un actif successoral suffisant et qui se « fie » à l'exception de réduction risque de voir l'actif successoral diminuer - en particulier pour des raisons conjoncturelles - et de ne plus pouvoir rétablir (intégralement) la réserve héréditaire par voie d'exception. D'autre part, une personne réservataire peut profiter d'une augmentation de la valeur de l'actif successoral dans la mesure où la réserve héréditaire ne peut être rétablie intégralement (ou partiellement ou comparativement avec une perte moindre) qu'ultérieurement par voie d'exception. Si un testateur décède par exemple après le 1.1.2023, qu'il laisse deux descendants (A et B), aucune disposition à cause de mort ainsi qu'un actif successoral net d'une valeur de « 10 » et qu'il a

fait une donation (non soumise à compensation) au descendant A pendant sa vie, donation qui a une valeur de « 70 » au moment du décès, la part réservataire du descendant B (« 20 », correspondant à 1/4 de « 80 ») est lésée. Si le descendant B n'intente pas d'action en réduction dans le délai imparti, il ne recevra que « 10 » par le biais d'une réduction par voie d'exception de la dévolution intestat. Toutefois, si l'actif successoral (p. ex. un dépôt d'actions) augmente à « 20 » jusqu'au partage de la succession, au cours duquel le descendant B soulève l'exception, la part réservataire est préservée.

- 10 La question de savoir si l'exception de réduction est encore possible après un **partage successoral** déjà effectué est controversée. Selon le point de vue défendu ici, l'exception de réduction n'est certes pas annulée ou perdue avec le partage de la succession, mais l'étendue dans laquelle la réduction peut être invoquée par voie d'exception se limite dans ce cas aux valeurs patrimoniales de la succession qui ont été attribuées à l'héritier réservataire concerné dans le cadre du partage de la succession. Si, dans le cadre du partage successoral, l'héritier réservataire concerné a reçu une valeur inférieure à sa réserve, il peut encore invoquer l'exception de réduction à l'encontre d'une créance de legs dirigée contre lui par un tiers qui n'a pas participé au partage successoral directement (en tant que partie contractante) ou indirectement (en tant que bénéficiaire suite à un contrat en faveur de tiers).

B. Exigence de possession

- 11 En ce qui concerne l'exigence de la (co)possession des biens de la succession (cf. N. 7-8), il existe diverses ambiguïtés qui font que, dans la pratique, les personnes réservataires ne « comptent » que dans de rares cas sur l'exception de réduction et laissent donc sciemment passer le délai de l'action en réduction. Une ambiguïté concerne la question de savoir quel **type de possession** est nécessaire pour pouvoir faire valoir l'exception de réduction. Hormis la possession juridique en cas de servitudes et de charges foncières, il convient de distinguer la possession matérielle comme suit : Selon l'art. 920 al. 2 CC, la personne qui possède une chose en tant que propriétaire est considérée comme un possesseur indépendant et la personne qui possède la chose sans en être propriétaire est considérée comme un possesseur dépendant. Une autre distinction est faite entre la possession directe et la possession indirecte : Lorsqu'un possesseur indépendant confie la garde (c'est-à-dire la maîtrise ou la violence effective) de la chose - sur la base d'un

rapport juridique particulier (p. ex. un bail) - à un tiers, le propriétaire dispose d'une possession indirecte indépendante, tandis que le tiers (non-propriétaire, p. ex. locataire) a une possession directe dépendante.

Etant donné que les héritiers acquièrent « l'ensemble de la succession par l'effet de la loi au décès du défunt » et que, en particulier, la propriété et la possession du défunt passent aux héritiers au jour du décès (**succession dite universelle**, art. 560 CC), les héritiers deviennent, au jour du décès (et jusqu'à l'exécution du partage successoral), propriétaires indépendants des choses se trouvant dans le patrimoine successoral. Si, par exemple, un immeuble loué à un cohéritier se trouve dans l'actif successoral, ce cohéritier exerce une possession directe indépendante, tandis que les autres cohéritiers disposent d'une possession indirecte indépendante. Si une chose mobilière se trouve dans l'actif successoral, le cohéritier en possession directe (indépendante) exerce la possession pour l'ensemble des héritiers (possession en main commune), raison pour laquelle les héritiers en possession indirecte (indépendante) peuvent invoquer la « possession héréditaire » selon l'art. 560 al. 2 CC. 12

Il est incontesté qu'un héritier possédant directement et de manière indépendante peut soulever l'exception de réduction. Mais l'exception de réduction est également possible lorsqu'un **exécuteur testamentaire** (ou un administrateur de la succession ou un représentant des héritiers) a été désigné et que l'héritier ne dispose que d'une possession indirecte indépendante. L'exécuteur testamentaire a une possession dépendante (directe ou indirecte) de l'ensemble des biens de la succession, tandis que les héritiers disposent d'une possession indépendante indirecte (parfois aussi directe). 13

Par conséquent, la **possession indépendante (directe ou indirecte)** suffit pour la réduction par voie d'exception. Selon le point de vue défendu ici, la simple possession dépendante (directe ou indirecte) n'est en revanche pas suffisante. En fin de compte, cela signifie, selon le point de vue défendu ici, que pour faire valoir l'exception de réduction, la **qualité d'héritier ou la propriété (collective)** de la personne qui soulève l'exception est nécessaire. Par conséquent, un héritier virtuel qui a laissé s'écouler le délai de péremption pour faire valoir son droit à la réserve héréditaire par voie d'action, qui a une possession directe (ou indirecte) dépendante d'un objet du patrimoine successoral et qui est sommé par les héritiers de restituer cet 14

objet, ne peut pas opposer l'exception de réduction à une telle demande de restitution.

- 15 Dans ce contexte, la question peut se poser de savoir si l'exigence de possession signifie que l'exception de réduction ne concerne que les « choses » au sens des droits réels, sur lesquelles la « possession » peut être exercée conformément aux articles 919 et suivants du code civil. CC. Selon le point de vue défendu ici, une telle limitation matérielle du champ d'application de l'exception de réduction ne se justifie pas. Par conséquent, l'exception de l'art. 533 al. 3 CC peut s'étendre à tous les **biens**, c'est-à-dire également aux créances (notamment envers les banques dans le cadre d'une relation de compte bancaire) ou aux « biens immatériels » tels que les crypto-monnaies. Les explications susmentionnées s'appliquent par analogie aux valeurs patrimoniales sur lesquelles aucune « possession » au sens des droits réels ne peut être exercée.

C. Procédure

- 16 La possibilité d'une exception de réduction n'exclut pas la légitimation active pour l'action en réduction. Une action en réduction peut donc être introduite - si les conditions sont réunies - même si la réduction pourrait également être obtenue par voie d'exception.
- 17 L'exception de réduction doit être invoquée en procédure, d'autant plus que le tribunal n'examine pas d'office une violation de la réserve héréditaire. L'exception de réduction ne doit certes pas être invoquée dès le premier acte judiciaire (requête ou réponse), mais les faits et les moyens de preuve nécessaires à son invocation doivent être présentés en temps utile, dans le respect du droit des nova de la procédure civile.

BIBLIOGRAPHIE

Abt Daniel, Der Erbteilungsprozess als Ultima Ratio – praxisrelevante Aspekte zur Planung und Abwicklung, *successio* 4 (2022), S. 300-319 (zit. Abt).

Antognini Daniel, Die Teilungsklage des schweizerischen Erbrechts, Zürich 2022, *successio* 3 (2024), S. 248-258 (zit. Antognini, Teilungsklage).

Antognini Daniel, Einredeweise Geltendmachung der Herabsetzung nach Art. 533 Abs. 3 ZGB (zit. Antognini, Herabsetzung).

Baumann Lorenz, Das Stichtagsprinzip und seine Tragweite im Ehegüterrecht und im Erbrecht, *successio* 3 (2024), S. 220-240 (zit. Baumann, Stichtagsprinzip).

Baumann Lorenz, Kleiner Restnachlass – Grosse Ausgleichungsforderung, Risiken unklarer bzw. unvollständiger Erbteilungen, BGer 5A_288/2017, *successio* 1 (2020), S. 58-63 (zit. Baumann, Restnachlass).

Brückner Christian/Weibel Thomas/Pesenti Francesca, Die erbrechtlichen Klagen, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2022 (zit. Brückner/Weibel/Pesenti).

Eggel Martin/Liechti Fabrizio, Fragen zur einredeweisen Geltendmachung der erbrechtlichen Herabsetzung und Ungültigkeit, *successio* 1 (2022), S. 5-25 (zit. Eggel/Liechti).

Eggel Martin, Prozessuale und planerische Herausforderungen bei Ehegatten-Doppelnachlässen, AJP 12 (2024), S. 1286-1305 (zit. Eggel).

Eitel Paul, Willensvollstreckung – Notizen zum Testament von Eugen Huber und zu (weiteren) aktuellen Entwicklungen: in: Peter Breitschmid/Paul Eitel/Alexandra Jungo (Hrsg.), Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker, Festschrift für Hans Rainer Künzle, *Successio-Schriften* Band 4, Zürich 2021 (zit. Eitel).

Ernst Wolfgang/Zogg Samuel, Kommentierung zu Art. 919 ZGB, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Ernst/Zogg, Art. 919 ZGB).

Ernst Wolfgang/Zogg Samuel, Kommentierung zu Art. 920 ZGB, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Ernst/Zogg, Art. 920 ZGB).

Escher Arnold, Zürcher Kommentar - Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Erbrecht (Art. 457-536 ZGB), Band II 1/2, 3. Aufl., Zürich 1959 (zit. ZK-Escher).

Fankhauser Roland, Kommentierung zu Art. 533 ZGB, in: Ruth Arnet/Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band 2, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. CHK-Fankhauser, Art. 533 ZGB).

Geiger Alexandra/Keller Stefan, Kryptowährungen in der Nachlassplanung und -abwicklung, *successio* 3 (2021), S. 259 ff. (zit. Geiger/Keller).

Geiser Thomas/Flückiger Andreas, Ungültigkeits- und Herabsetzungsinreden sind gemäss Art. 521/533 Abs. 3 ZGB jederzeit möglich, in: Jusletter vom 4.7.2022 (zit. Geiser/Flückiger).

Hrubesch-Millauer Stephanie, Kommentierung zu Art. 533 ZGB, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. Hrubesch-Millauer, *PraKomm*, Art. 533 ZGB).

Hrubesch-Millauer Stephanie/Bosshardt Martina/Kocher Moritz, Rechtsbegehren im Erbrecht, *successio* 1 (2018), S. 4-30 (zit. Hrubesch-Millauer/Bosshardt/Kocher).

Jungo Alexandra, *Tafeln und Fälle zum Erbrecht*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. Jungo).

Piatti Giorgio, Kommentierung zu Art. 521 ZGB, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Piatti, Art. 521 ZGB).

Piatti Giorgio, Kommentierung zu Art. 533 ZGB, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Piatti, Art. 533 ZGB).

Pichler Markus, Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Fristen zur Ungültigkeitsklage und zur Herabsetzungsklage, *Anwaltsrevue* 2 (2020), S. 63-68 (zit. Pichler).

Schmid Jörg/Jungo Alexandra/Hürlimann-Kaup Bettina, *ZGB, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 15. Aufl., Zürich/Genf 2023 (zit. Schmid/Jungo/Hürlimann-Kaup, ZGB).

Seiler Benedikt/Sutter-Somm Thomas/Ammann Dario, Die Ungültigkeit der Verfügungen, Art. 519-521 ZGB, in: Regina Aebi-Müller/Christoph Müller (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bern 2023 (zit. Seiler/Sutter-Somm/Ammann, Art. 519 ff. ZGB).

Spirig Sandra, Der «Doppelnachlass» – Themen und Fallstricke bei der Abwicklung von Ehegattennachlässen, *successio* 2 (2022), S. 96-109 (zit. Spirig).

Strazzer René, Der virtuelle Erbe – eine Rechtsfigur mit prozessualen Tücken für den Anwalt, *successio* 1 (2010), S. 147-152 (zit. Strazzer, Virtuelle Erbe).

Strazzer René, Zwei verwirkte Herabsetzungsklagen, BGer 5A_357/2016 und BGer 5A_466/2016, *successio* 4 (2017), S. 300-308 (zit. Strazzer, Herabsetzungsklagen).

Strazzer René/Zeiter Alexandra, «Neues vom virtuellen Erben», *successio* 2 (2013), S. 142-148 (zit. Strazzer/Zeiter).

Wolf Stephan/Genna Gian Sandro, Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Basel 2012 (zit. Wolf/Genna).

Wolf Stephan/Hrubesch-Millauer Stephanie, Schweizerisches Erbrecht, 3. Aufl., Bern 2024 (zit. Wolf/Hrubesch-Millauer).