

Quelques réflexions sur la tâche d'exécuteur testamentaire et la possibilité pour une banque de l'assumer

Edition Juin 2015

Par : Julien Tron

Groupe de spécialisation : Clients privés

Souvent perçue comme un geste d'amitié envers le défunt ou une tâche administrative de simple « distributeur » des avoirs d'une succession, l'activité d'exécuteur testamentaire peut s'avérer bien plus complexe et délicate que cela.

L'exécuteur testamentaire est souvent appelé à intervenir dans des cas de conflits entre héritiers ; parfois, il doit aussi prendre des décisions difficiles s'agissant des dettes et des créances de la succession. Dans ce cadre, il peut être tirillé entre un certain devoir moral envers le défunt et la pression des héritiers qui en voudraient autrement, situations pouvant rapidement générer des conflits d'intérêts, même involontairement.

On constate entre autre dans la pratique que, parfois, certaines banques ont commencé à offrir leurs services *post mortem*, dans la mesure où elles proposent d'assumer la tâche d'exécuteur testamentaire après le décès de leur client, ce qui peut ajouter un niveau supplémentaire de conflits d'intérêts. Au contraire, l'exécuteur sera amené à arbitrer des conflits d'intérêts : entre les intérêts du *de cuius* et ceux des héritiers. Il ne peut donc s'y trouver impliqué !

Dans le présent article, nous analyserons quelques devoirs fiduciaires de l'exécuteur et examinerons la compatibilité de ces devoirs avec le rôle d'une banque agissant en tant qu'exécutrice d'un *de cuius*.

I. Devoirs fiduciaires de l'exécuteur

En acceptant son mandat, ce qui reste une nécessité formelle mais nullement une obligation matérielle, l'exécuteur assume *ipso facto* d'importants et complexes devoirs fiduciaires à la fois envers les héritiers et les bénéficiaires de legs, tels que prévus par le testament du défunt.

Aussi se soumet-il au contrôle de l'autorité de surveillance, ce qui reste toutefois peu contraignant dans la plupart des cas. On y reviendra plus loin.

L'exécuteur a principalement un devoir de diligence dans la gestion de la succession. Il en répond envers les héritiers qui, au moment du décès, acquièrent la propriété de l'ensemble des avoirs du défunt.

A l'instar d'un avocat, qui assume la défense de son mandant ou d'un banquier, qui gère les avoirs d'un client, l'exécuteur devra faire preuve d'une attention toute particulière dans la gestion des avoirs d'une succession.

S'il doit liquider des avoirs successoraux en vue d'une distribution aux bénéficiaires ou pour le paiement d'une dette du défunt ou de la masse (soit une dette existante du *de cuius* existante au moment du décès ou une dette engendrée *post mortem* dans le cadre de la gestion de la succession), l'exécuteur testamentaire consciencieux sera avisé de confier la vente des actifs à des professionnels de bonne réputation et offrant des conditions financières raisonnables et adéquates.

Ainsi, il ne confiera pas la vente d'un tableau ou d'un bien immobilier de prestige à n'importe quel vendeur, mais il se prévaudra des services d'une maison d'enchères de renom, dont les tarifs et les conditions auront été comparés avec des concurrents en cas de valeurs particulièrement importantes.

Il en va de même lorsqu'une évaluation ou une expertise sera nécessaire pour arrêter la valeur de certains biens de la succession.

A nos yeux, l'exécuteur diligent pourra même se distancer de la consigne testamentaire du *de cuius*, lorsque ce dernier a prévu dans ses dispositions pour cause de mort une modalité de liquidation ou d'évaluation qui n'est pas ou plus raisonnable d'adopter. Dans ce cadre, l'exécuteur a un devoir de diligence qui se mesure au gré des circonstances au moment du décès : un sens pragmatique de gestion s'impose.

Aussi, dans le cas d'une structure d'investissements particulièrement spéculative touchant aux biens de la succession, l'exécuteur devra se poser la question de savoir s'il convient de continuer avec une telle politique ou si, au contraire, un retour sur des investissements moins risqués ou plus liquides ne serait pas plus opportun.

De par les pouvoirs que son investiture et la loi lui confèrent, l'exécuteur jouit d'une large marge de manœuvre dans ses décisions de gestion des avoirs successoraux. Il sera toutefois avisé d'user de cette marge de manœuvre d'une manière prudente pour éviter que de mauvaises décisions lui soient reprochées, entraînant ainsi sa responsabilité vis-à-vis des héritiers.

II. Suivre aveuglement la volonté du de cuius ? Respect des réserves

L'activité de l'exécuteur testamentaire est certainement animée par une dimension morale – sinon légale – de respecter la volonté du de cuius, exprimée généralement par son testament.

Il se peut toutefois que le *de cuius* impose aux héritiers des charges impossibles ou déraisonnables à exécuter (p. ex. fonder une école en Asie ou imposer un mausolée à sa mémoire au centre-ville de Genève) ou qu'il dispose, par le biais de son testament, d'une répartition de ses richesses qui engendrerait une claire et évidente lésion de la réserve des héritiers réservataires (soit, généralement, les descendants et le conjoint survivant).

Dans ce dernier cas, alors même que l'exécuteur testamentaire n'a pas l'obligation d'entreprendre des mesures pour rétablir les réserves (il appartient en effet en Suisse aux héritiers réservataires lésés d'entamer une procédure en tel sens, à savoir exiger que certaines sommes soient rapportées et/ou initier une action en

réduction) (1), celui-ci devrait, à notre avis, surseoir à toute distribution considérable avant d'être assuré qu'aucun héritier ne fera valoir le respect de sa réserve.

Dans le doute, il attendra alors, au minimum, l'échéance du délai d'un an prévu par l'art. 533 CC dès la connaissance par chaque héritier réservataire des dispositions pour cause de mort du *de cuius*.

Si le testament prévoit des charges ou conditions excessives, vexatoires ou extravagantes, le bon exécuteur saura aussi adapter ces charges et conditions afin qu'elles soient acceptables pour la loi et les héritiers ou les légataires concernés, avec l'accord (ou du moins une information complète) de ces derniers.

Il ensuit qu'un exécuteur testamentaire se doit de considérer les normes impératives prévues par la loi et d'examiner la légalité de certaines charges et conditions imposées par le *de cuius*.

III. Devoirs d'information de l'exécuteur

De facto, dès qu'une succession affiche un certain degré de complexité, un exécuteur aura tout intérêt – voire la nécessité – d'être un homme de loi ou de se prévaloir de l'assistance d'un avocat qui puisse le conseiller et le guider face aux différentes implications.

Dans une optique conservatrice et prudente, un exécuteur testamentaire, dans le doute, est tenu d'attirer l'attention des héritiers sur une possible lésion de leur réserve. Cela sera d'autant plus vrai si l'exécuteur est un homme de loi ou s'il se fait assister par des avocats.

Mais on ne saurait toutefois prétendre que l'exécuteur procède à un contrôle préalable et systématique des droits des héritiers. L'obligation d'aviser les héritiers au sujet d'une éventuelle lésion de la réserve ne doit être admise que dans le cas où l'on peut clairement admettre que l'exécuteur connaissait l'existence d'une telle lésion ou lorsque son attention a été attirée sur ce problème au vu de circonstances concrètes.

Dans ce cadre, l'exécuteur est tenu par ses devoirs fiduciaires à garder un profil absolument neutre et impartial vis-à-vis de chaque bénéficiaire de la succession. Un traitement préférentiel en faveur de l'un ou de l'autre héritier ou légataire pourrait en effet lui être reproché.

L'exécuteur testamentaire est également tenu à rendre compte à tout moment (dans la mesure du raisonnable) aux héritiers de son activité. Il est soumis aux mêmes règles et obligations qu'un mandataire au sens du contrat de mandat régi par le Code des obligations.

Si l'exécuteur se rend compte d'emblée que la succession est surendettée ou présente en tout cas un passif important, il devra s'activer au mieux pour payer les dettes urgentes et établir une marche à suivre pour le paiement des autres dettes. Il peut dans ce cadre, procéder à toute négociation avec les créanciers en vue de trouver des accords.

Au vu du très court délai d'un mois pour demander le bénéfice d'inventaire imposé par la loi aux héritiers, généralement dès la connaissance du décès (art. 580 al. 2 CC cum art. 567 al. 2 CC), l'on ne saurait prétendre, de la part d'un exécuteur, qu'il attire l'attention des héritiers sur cette démarche.

Il en va de même au vu du court délai de 3 mois dès la connaissance du décès (dans les cas « normaux ») pour répudier (art. 567 al. 1 CC).

Il est précisé que l'exécuteur testamentaire a certes des obligations fiduciaires envers l'ensemble des bénéficiaires d'une succession mais il n'est cependant pas tenu d'être leur conseiller juridique. Si un héritier néglige d'assurer ses droits, il ne pourra en blâmer l'exécuteur. Toutefois, si l'exécuteur a des connaissances précises et utiles pour un ou plusieurs héritiers, il est tenu de les communiquer à ces derniers. Un comportement passif pourrait lui être dans ce cas reproché.

IV. La banque du défunt comme exécutrice ?

On assiste parfois à une pratique auprès de certains établissements bancaires suisses consistant à conseiller à certains de leurs clients de nommer la banque en tant que futur exécuteur testamentaire.

Cette pratique, à première vue un peu curieuse, soulève quelques interrogations. Faut-il encourager les établissements bancaires de la place suisse à élargir leur palette de services, en proposant d'œuvrer en ce sens ? Faute de pouvoir offrir des solutions liées aux paradis fiscaux, les banques doivent-elles penser au Paradis ?

Tout premièrement, il est légitime de s'interroger sur la validité de la nomination si le *de cuius* se limite, dans ses dispositions pour cause de mort, de nommer la banque, sans préciser quelle personne physique en particulier appartenant à la banque (par ex., le gestionnaire de confiance que le *de cuius* connaît depuis de longues années) devra assumer le rôle d'exécuteur.

Au vu de la nature spéciale et très personnelle de la tâche, la validité d'une disposition comme « Je nomme comme mon exécuteur testamentaire la banque X » ou encore « Je nomme comme mon exécuteur testamentaire un employé de la banque X que celle-ci choisira » devrait plutôt être niée. (2)

Au-delà de cette considération formelle d'importance, une banque, ou l'un de ses employés, est très potentiellement exposée à des conflits d'intérêts qui l'empêchent selon nous d'assurer correctement les devoirs du bon exécuteur. C'est ainsi que :

- A. La banque ne pourra que difficilement concilier son propre intérêt à ce que les avoirs de la succession restent en ses livres, avec celui des héritiers qui voudront récupérer ce qui leur revient et, très souvent, les transférer vers un autre établissement.
- B. La banque est aussi susceptible de se trouver dans un conflit d'intérêts lorsqu'elle aurait affaire à des héritiers qui sont déjà ses propres clients et d'autres qui ne le sont pas et qui n'envisagent pas de le devenir. Dans ce cas, la banque serait tiraillée entre son devoir contractuel de favoriser ses propres

clients et son devoir fiduciaire de traiter tous les héritiers d'une manière neutre et impartiale.

- C. Bien sûr, en fin de compte, la banque fera ce que la loi impose et distribuera les avoirs de la succession aux différents héritiers, mais se hâtera-t-elle à le faire si elle sait que cela diminuera ses avoirs sous gestion ? Et encore : s'empressera-t-elle de signaler une éventuelle lésion de sa réserve à un héritier qui n'est pas ou ne sera plus son client, qui devrait alors tenter une action en réduction contre un autre héritier, qui est, lui, client de la banque ?
- D. Un autre conflit d'intérêts serait donné par la situation suivante. Si la banque gère tout ou une partie des avoirs successoraux, elle devra décider dans quelle mesure sa gestion doit être modifiée au vu du décès et de l'entrée en scène des héritiers. Si d'une part une banque pourrait avoir un intérêt à poursuivre la gestion en cours, cela pourrait d'autre part ne pas correspondre à l'intérêt des héritiers. Un conflit ne peut donc pas être exclu dans ce cadre également.
- E. De même, le fait même que la banque puisse, à elle seule, décider de la gestion des avoirs de la succession qu'elle aurait en compte (et d'autres avoirs qu'elle pourrait se faire transférer depuis d'autres établissements bancaires où le *de cuius* était titulaire de comptes sans pour autant les nommer comme exécuteurs testamentaires) en appliquant ses produits financiers et sa politique, est potentiellement problématique.
- F. Le respect du secret bancaire pourrait également être un obstacle au respect des devoirs fiduciaires de l'exécuteur testamentaire. En effet, si d'un côté une banque se doit de respecter le secret bancaire, sous peine de sanction (art. 47 LB), d'autre part, un exécuteur testamentaire doit donner des informations aux héritiers quant aux avoirs de la succession. Un exécuteur externe à la banque, en se légitimant en tant que tel, recevra des informations de la banque concernant les comptes du défunt mais n'obtiendra pas nécessairement l'intégralité des archives, comme les notes internes ou d'autres informations ne rentrant pas dans le devoir de reddition de compte. Si toutefois la banque est exécutrice, elle pourrait se retrouver dans la fastidieuse situation de devoir faire un tri quant aux documents ou informations à remettre aux héritiers, qui pourraient à leur tour reprocher à la banque de ne pas être transparente dans sa manière de faire. Cette situation n'est pas si improbable et peut bien gêner la banque exécutrice.
- G. Un autre exemple d'une situation, peut-être encore plus gênante, pour un établissement bancaire nommé comme exécuteur testamentaire, serait donné par l'éventualité de se voir impliqué dans un litige successoral international, dans le cadre duquel une commission rogatoire viserait la remise de documentation bancaire par l'exécuteur. Dans ce cas, comment la banque devrait-elle agir, en tenant compte du fait que l'art. 47 LB l'empêche de divulguer des données soumises au secret bancaire à d'autres Etats ?

Dans ce cas, sa qualité d'exécuteur pourrait légitimer la banque à fournir ces données mais celle d'établissement soumis à la LB le lui empêcherait. Elle serait

en tout cas avisée de demander une autorisation préalable à la FINMA pour fuir tout reproche ou même toute sanction à l'avenir.

Il est évident que la situation serait en tout cas des plus déplaisantes et présupposerait de toute manière l'obligation de se faire assister par un avocat. De plus, dans cette éventualité, le fait que la banque fasse supporter les honoraires de son conseil à la succession pourrait être – et à notre avis à juste titre – contesté et attaqué par les héritiers.

- H. Aussi, même à supposer que la simple nomination d'une banque en tant qu'exécuteur testamentaire soit valide, l'autorité judiciaire chargée de confirmer cette nomination (à Genève : la Justice de paix, art. 3 LaCC) pourrait bien légitimement exiger de la banque que le nom spécifique d'un des ses collaborateurs soit fourni, pour que la personne amenée à comparaître en tant qu'exécuteur dans les démarches liées à cette tâche soit clairement identifiée. Si tel est le cas, la banque serait-elle encore vraiment l'exécutrice du défunt ou seulement son collaborateur ayant été nommé ? Et encore : il est plus que rare qu'un collaborateur d'un établissement bancaire dispose d'un droit de représentation individuel ; la banque devrait-elle en tenir compte et fournir alors les noms de plusieurs (deux) personnes pouvant signer conjointement ?
- I. Dans tous les cas, au vu du fait que la banque accepterait de fournir ces noms, elle assumerait *de facto* une responsabilité solidaire pour l'activité des ses collaborateurs agissant comme exécuteurs. En d'autres termes, elle ne pourrait pas se soustraire à une action en responsabilité de la part des héritiers pour un comportement fautif et contraire aux obligations fiduciaires de l'exécuteur commis par son ou ses collaborateur(s) agissant comme exécuteur(s).

Aussi, dans ce même cadre, l'employé d'une banque nommée en tant qu'exécutrice qui s'occupe de la succession en question, aura de toute manière toujours un devoir de fidélité et diligence (art. 321a CO) envers son employeur. Ce devoir pourrait théoriquement entrer en collision avec les devoirs du bon exécuteur testamentaire.

Tous ces exemples démontrent que des conflits d'intérêts entre la tâche d'exécuteur testamentaire et l'activité d'une banque peuvent naître relativement facilement et d'une manière à la fois contraire aux intérêts des héritiers et assez gênante pour la banque elle-même.

Une violation des devoirs fiduciaires du bon exécuteur testamentaire par une banque pourrait en outre, selon certains auteurs, compromettre l'activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 LB de l'établissement concerné. La question est à notre sens ouverte, dans la mesure où l'activité irréprochable se réfère plutôt aux activités pour lesquelles une banque doit obtenir une licence bancaire pour pouvoir l'exercer, ce qui n'est – du moins selon la loi – pas le cas pour le fait d'assumer la tâche d'exécuteur testamentaire.

Il est en tous les cas certain que, dans l'éventualité d'un litige ou d'un conflit entre un exécuteur et un héritier, ce dernier pourra exercer un levier de pression en se

plaignant de l'activité fautive de l'exécuteur, à la fois auprès de l'autorité judiciaire en charge de la surveillance de la succession (à Genève, la Justice de paix, art. 3 LaCC), et auprès de la FINMA, ce qui ne manquerait pas de compliquer la situation et de gêner la banque impliquée.

V. Rémunération de l'exécuteur

Il est généralement admis qu'un exécuteur testamentaire a le droit d'être rémunéré pour cette activité, bien que la loi soit muette à cet égard. Sa rémunération devra être transparente vis-à-vis de la succession et devra garder une certaine proportionnalité avec la valeur de la succession et, surtout, au travail effectivement fourni par l'exécuteur.

Ainsi, des honoraires plus importants seront admis si l'activité de l'exécuteur a été décisive pour résoudre d'importants problèmes de la succession.

Dans le cadre de la relation avec une banque, le client a toujours admis des tarifs pour les services fournis par cette dernière. Or il est peu probable que ces tarifs soient aussi censés couvrir une éventuelle activité d'exécuteur. Il est toutefois peu clair de savoir dans quelle mesure la banque devrait réclamer des honoraires, du moment qu'il est probable que ces honoraires ne seraient pas couverts par la documentation contractuelle réglant la relation banque-client dont la succession hériterait.

VI. Avoirs non déclarés

Un autre point potentiellement délicat consiste dans la gestion d'éventuels avoirs non déclarés de la succession, dans le cadre desquels une banque serait clairement embarrassée de servir d'exécuteur testamentaire.

En effet, il est désormais notoire que les banques sont soumises à une très forte pression vis-à-vis d'avoirs non déclarés et qu'elles ne pourront faire preuve que de la plus grande rigidité à cet égard.

Au contraire, un exécuteur testamentaire sera plus à l'aise pour traiter avec le fisc au sujet d'une éventuelle régularisation spontanée (art. 175 al. 4 LFID) ou d'autres démarches, par définition, délicates au vu du contexte.

VII. Conclusion

Le présent article rappelle quelques points importants qu'un exécuteur testamentaire sera toujours bien avisé de garder à l'esprit. Il traite également du cas spécifique où une banque revêtirait cette tâche et des problèmes que cela peut potentiellement entraîner.

La conclusion est qu'il n'est pas recommandé ni conseillé de confier la gestion de sa propre succession à une banque qui ne pourra jamais faire preuve de l'indépendance, de la souplesse et de l'assistance personnalisée qu'un proche de la famille ou un tiers indépendant peut offrir. Du point de vue des banques, celles-ci devraient éviter d'assumer cette fonction car elle offre plus de risques juridiques et de conflits d'intérêts que d'avantages. En fin de compte, si une banque souhaite

garder une relation avec la famille du *de cuius* après son décès, elle devrait alors surseoir et uniquement se concentrer sur l'offre de bons services et établir une bonne relation avec les futurs héritiers en s'assurant notamment qu'ils soient informés de la qualité de l'activité déployée par la banque.

- (1) Plus précisément, l'héritier lésé dans sa réserve devra initier une action en réduction contre les autres héritiers qui auraient trop reçu, avec comme conséquence une lésion de la réserve de l'héritier lésé. Ce dernier disposera alors d'un délai d'un an pour ce faire (art. 533 CC). En revanche, l'héritier dont la réserve serait lésée par un ou plusieurs legs excessifs, aura la faculté d'opposer l'exception de la réserve au(x) bénéficiaire(s) du(es) legs en question à tout moment. En effet, techniquement parlant, l'héritier lésé sera déjà en possession des biens de la succession (en vertu de la succession universelle selon l'art. 560 CC) et pourra dans ce cas refuser la délivrance du legs à concurrence de la portion lésant sa réserve.
- (2) Cotti semble partager la même analyse: « *Il ne nous semble en revanche pas suffisant de désigner une personne quelconque au sein d'un groupe déterminé de personnes (par ex. l'un des associés d'une étude d'avocats.* ». Il est toutefois plus nuancé (Cotti in : Commentaire du droit des successions, ad art. 517 N. 8 ss).