

Responsabilité de l'exécuteur testamentaire

**Arrêt du TF 5A_522/2014
du 16 décembre 2015 (ATF 142 III 9)**

Alexandre Guyaz*

I. État de fait

Par testament, M^{me} B., qui n'avait pas d'héritier réservataire, avait institué neuf héritiers et nommé en qualité d'exécuteur testamentaire son expert-comptable H., son notaire G. et son gestionnaire de fortune I., administrateur et président de la société O. SA. M^{me} B. est décédée le 25 septembre 2000 alors qu'elle était domiciliée à Genève; les trois exécuteurs testamentaires ont accepté leur mission.

La liquidation de la succession a duré environ cinq ans, et les exécuteurs testamentaires ont adressé aux héritiers un décompte final le 22 novembre 2005. Il ressortait de ce document qu'au jour du décès, le portefeuille de titres qui faisait partie de la succession valait CHF 11 151 528.-. Il avait été intégralement vendu par les exécuteurs testamentaires entre 2001 et 2003 pour un montant d'environ CHF 10 270 982.-. Certains héritiers ont donc ouvert action en dommages-intérêts en juin 2007 contre les trois exécuteurs testamentaires en faisant valoir plusieurs types de préjudices, à commencer par celui découlant d'une mauvaise gestion du portefeuille de titres.

Par jugement du 26 novembre 2012, le Tribunal de première instance du canton de Genève a constaté que les exécuteurs testamentaires avaient violé certains de leurs devoirs, causant ainsi un dommage patrimonial global aux héritiers de CHF 1 515 445.-, dont CHF 870 000.- en raison de la mauvaise gestion du portefeuille de titres. Il les a condamnés à rembourser ce montant. Par arrêt du 23 mai 2014, la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève a partiellement réformé le premier jugement, mais l'a confirmé en ce qui concerne le dommage relatif à la gestion du portefeuille de titres, à hauteur de CHF 870 000.-. Elle a également condamné les exécuteurs testamentaires à payer aux demandeurs la somme de CHF 165 070.- à titre de remboursement d'honoraires d'avocats fiscalistes mandatés dans le cadre de leur mission.

II. Les principes généraux régissant la responsabilité de l'exécuteur testamentaire

La responsabilité de l'exécuteur testamentaire à l'égard des héritiers s'apprécie comme celle d'un mandataire, auquel on l'assimile. Il appartient aux héritiers qui s'estiment lésés de prouver la violation de ses devoirs par l'exécuteur testamentaire, le dommage et la relation de causalité entre ces deux éléments. La faute de l'exécuteur testamentaire est présumée, conformément à l'art. 97 CO (c. 4.1).

L'exécuteur testamentaire doit en principe exercer ses fonctions personnellement; il répond des actes de celui qu'il s'est indûment substitué comme s'ils étaient les siens. Il peut cependant recourir à des auxiliaires, sous sa propre responsabilité, pour l'exécution de tâches spéciales. Lorsque la substitution est licite, il répond à tout le moins du soin avec lequel il a choisi le tiers et donné des instructions, en application de l'art. 399 al. 2 CO par analogie (c. 4.2).

L'exécuteur testamentaire doit commencer son activité sans tarder, la mener rapidement et sans interruption. Il doit identifier les affaires les plus urgentes et prendre les mesures conservatoires nécessaires pour sauvegarder au mieux les droits des héritiers. Assumant une position indépendante, il peut décider, même contre l'accord des héritiers, de vendre les biens appartenant à la succession, dès l'instant que la vente entre dans le cadre de sa mission, par exemple si elle est nécessaire au paiement des dettes de la succession (c. 4.3.1).

L'exécuteur testamentaire est tenu de renseigner les héritiers sur les faits importants pour le partage de la succession et sur les activités déployées dans le cadre de sa mission. L'absence de renseignements ou des renseignements erronés peuvent engager sa responsabilité (c. 4.3.2).

Lorsqu'il s'agit de juger de l'existence d'un lien de *causalité adéquate* entre une ou des omissions et un dommage, il convient de s'interroger sur le cours hypothétique qu'auraient pris les événements si le défendeur avait agi conformément à ses devoirs. Le lien de causalité n'est pas donné si un comportement conforme aux devoirs du responsable potentiel n'aurait pas empêché la survenance du dommage. Cependant, la simple hypothèse ne suffit pas à exclure la causalité. Le fait que le dommage serait survenu même sans violation du devoir de diligence doit bien plutôt être établi avec certitude ou, à tout le moins, avec un haut degré de vraisemblance (c. 4.5, non publié).

L'exécuteur testamentaire qui, placé devant un choix délicat, sollicite l'accord de l'autorité de sur-

* Docteur en droit, avocat spécialiste FSA en droit de la RC et des assurances, Lausanne.

veillance ne commet pas de *faute* s'il exécute ponctuellement les instructions de cette autorité (c. 4.6, non publié).

En application de l'art. 43 al. 1 CO, le juge peut réduire ou supprimer l'indemnité si les héritiers ont consenti aux actes de l'exécuteur testamentaire (c. 4.7, non publié).

Commentaire

Cette première partie de l'arrêt, même si le considérant en question n'est pas publié, retiendra notre attention à propos de la causalité entre un dommage et un comportement par omission. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, on procède alors en réalité à un examen simultané de la causalité naturelle et adéquate, puisque pour juger du rapport de causalité naturelle déjà, le juge se fonde sur l'expérience générale de la vie et émet un jugement de valeur.¹ Dans ce contexte, en se référant à un cas de responsabilité de l'employeur en matière de cotisations AVS, notre Haute Cour n'offre qu'un moyen de défense très limité au responsable potentiel, qui doit alors établir au moins avec un haut degré de vraisemblance, soit davantage qu'un degré de vraisemblance prépondérante, que le dommage se serait produit même s'il avait adopté un comportement conforme à ses obligations. En d'autres termes, la causalité sera admise, voire présumée, si elle correspond à l'expérience générale de la vie, et il appartiendra alors au défendeur de prouver qu'il existe en l'espèce un élément concret permettant de renverser cette hypothèse. Sur le strict plan procédural, on est pas loin d'une inversion du fardeau de la preuve en ce qui concerne le lien de causalité, puisque l'examen du cours hypothétique des événements, la première étape du raisonnement, ressortit en grande partie du droit, et peut être revue sous cet angle librement par le Tribunal fédéral.² Le demandeur sera néanmoins bien inspiré d'alléguer en détail les éléments de faits qui permettront au juge de confirmer que le cas d'espèce correspond bel et bien à l'expérience générale de la vie.

III. La responsabilité liée à la gestion du portefeuille

De son vivant, M^{me} B. avait confié la gestion de son portefeuille de titres à la société O. SA, à qui elle avait demandé d'adopter une stratégie de gestion agressive. La Chambre civile de la Cour de justice de Genève a donc reproché aux exécuteurs testamentaires de ne pas avoir informé les héritiers de la

composition du portefeuille de titres, ni de la gestion agressive poursuivie par O. SA. On leur reprochait également de ne pas avoir instruit cette société de modifier la stratégie de gestion, alors qu'ils savaient que les héritiers souhaitaient la vente des titres et non le partage de ceux-ci entre eux. Les exécuteurs testamentaires avaient notamment fait effectuer par O. SA en 2001 des opérations de change impliquant l'achat de nouvelles actions et fonds de placement.

Le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord que l'exécuteur testamentaire doit conserver au mieux la substance de la succession. Ainsi, selon les circonstances, il doit être amené à adapter la stratégie de placement choisie en son temps par le défunt, étant précisé qu'il existe des cas où il n'est pas nécessairement judicieux de restructurer le patrimoine de façon plus conservatoire, notamment lorsqu'une telle restructuration serait particulièrement onéreuse (c. 5.2.1).

En l'espèce, relevant qu'il n'avait pas été établi que les héritiers avaient fait immédiatement après le décès savoir aux exécuteurs testamentaires qu'ils ne voulaient pas à long terme conserver les titres, notre Haute Cour considère que l'on ne peut pas leur reprocher de ne pas avoir vendu les titres en question dans les semaines suivant leur prise de fonction. Elle retient ainsi que les exécuteurs testamentaires n'ont pas violé leurs devoirs en relation avec la durée de la liquidation de la succession en vue du partage. Il n'est par ailleurs pas contesté qu'on ne peut pas reprocher aux exécuteurs testamentaires de ne pas avoir anticipé l'explosion de la bulle technologique de 2001 ni la crise boursière qui avait suivi les attentats du 11 septembre 2001 (c. 5.3.1 et 5.4.2, non publiés).

Il appartenait aux exécuteurs testamentaires de définir une stratégie de placement pour la durée de liquidation. Comme il n'a pas été établi que les héritiers auraient unanimement exprimé le souhait de modifier la stratégie de placement définie par la défunte, le Tribunal fédéral considère que les exécuteurs testamentaires étaient en droit de décider de conserver les titres, y compris les actions, tout au long d'une liquidation s'étendant sur un à trois ans. Par contre, il renvoie la cause à l'autorité cantonale pour examiner plus en détail si les opérations de change intervenues en 2001 étaient compatibles avec le devoir de diligence des exécuteurs testamentaires, notamment en ce qui concerne l'éventuel accroissement des risques qu'impliquaient ces opérations. Il charge également la Cour cantonale d'examiner si les exécuteurs testamentaires ont fait le bon choix en ce qui concerne les titres vendus en 2001 dans

¹ Arrêt du TF 4A_416/2013 du 28 janvier 2014 c. 3.1; ATF 132 II 715 c. 2.3.

² Arrêt du TF 4A_416/2013 du 28 janvier 2014 c. 3.1.

le but de pouvoir payer les impôts successoraux (c. 5.4.3, non publié).

S'agissant du *dommage*, le Tribunal fédéral retient qu'il devra être évalué le cas échéant en calculant la différence entre la valeur du portefeuille administré en violation des devoirs de diligence et celle d'un portefeuille hypothétique géré pendant la même période conformément au devoir des exécuteurs testamentaires. Il reprend cette méthode de sa jurisprudence en matière de responsabilité civile du gérant de fortune, en précisant qu'elle permet de prendre en considération, à l'avantage des fautifs, la perte que la masse successorale aurait probablement subie même avec des exécuteurs testamentaires consciencieux, par l'effet d'une baisse généralisée des cours dans la période en cause. Cette façon de faire se justifie par le fait qu'une perte de ce genre (perte conjoncturelle) ne se trouve pas en lien de causalité avec la violation du devoir de diligence. Elle permet également de tenir compte des frais engendrés nécessairement par la vente des titres (c. 5.4.3 *in fine*, non publié).

IV. Honoraires d'avocats fiscalistes

Dans leur première déclaration fiscale, les exécuteurs testamentaires ont indiqué à tort que tous les héritiers étaient des neveux, nièces, petits-neveux et petites-nièces par alliance de la défunte, alors que quatre d'entre eux avaient un lien de sang avec celle-ci. Ils ont ainsi fautivement violé leurs devoirs, si bien que les droits de succession ont été calculés de manière erronée au taux global de 54,6% plutôt que de 27,3%. Reconnaissant leur erreur, les exécuteurs testamentaires ont alors mandaté deux avocats fiscalistes pour entamer une procédure administrative en vue de rétablir une taxation conforme à la situation de fait. À l'issue de cette procédure, le montant d'impôt payé en trop a été restitué à la succession. Par ailleurs, dans le cadre de cette même procédure, l'administration fiscale a renoncé, pour des motifs d'équité, à notifier à la succession un supplément d'impôts successoraux en relation avec la vente du capital-actions d'une société immobilière faisant partie de l'actif successoral. Ce «cadeau» fiscal représentait un montant de CHF 326 750.–. Par contre, les honoraires des avocats fiscalistes mandatés par les exécuteurs testamentaires constituaient pour la succession une charge de CHF 165 070.–. Les exécuteurs testamentaires soutenaient que le dommage en question devait être compensé par l'économie fiscale réalisée en relation avec la vente de la société immobilière, puisque c'était grâce à leur activité et à celle des avocats mandatés par eux que cette exonération avait été accordée (c. 6.1 et 6.2, non publiés).

Le Tribunal fédéral ne suit pas l'argumentation des exécuteurs testamentaires concernant le lien de causalité adéquate entre l'avantage fiscal consenti par l'administration et les erreurs des exécuteurs testamentaires, respectivement l'activité déployée par eux. Il considère en effet qu'il ne relève pas du cours ordinaire des choses et de l'expérience de la vie que, dans le cadre d'un litige fiscal, le fisc chargé par la loi de recouvrer les impôts dus à la collectivité accorde sans raison des avantages fiscaux au contribuable (c. 6.4, non publié).

Commentaire

On voit donc que s'il y a sans doute un lien de causalité *naturelle* entre l'erreur commise par les exécuteurs testamentaires dans le cadre de la déclaration fiscale et le «cadeau» fiscal finalement obtenu de la part de l'administration, le caractère tout à fait inattendu et discrétionnaire de cet avantage ne permet pas de retenir un lien de causalité *adéquate*. En d'autres termes, un avantage généré par un acte dommageable ne pourra être porté en déduction du dommage causé que s'il apparaît comme une conséquence logique de ce dommage, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie. La remise accordée dans cette affaire à la succession de M^{me} B. constitue une libéralité octroyée par un tiers volontairement et de sa propre initiative, réduisant ainsi *de facto* son dommage. Mais cette libéralité vise à favoriser le lésé en question, et certainement pas l'auteur de l'acte dommageable. Elle ne découle pas automatiquement de cet acte, et les héritiers n'y avaient aucun droit.

V. Intérêts de retard fiscaux

Parmi les devoirs de l'exécuteur testamentaire figure celui de payer les dettes de la succession. S'il ne paie pas ou paie avec retard les dettes exigibles du défunt ou de la succession, il engage sa responsabilité. En l'espèce, les exécuteurs testamentaires, qui avaient calculé l'impôt successoral, ont volontairement versé un acompte d'impôt inférieur au montant estimé, escomptant que le rendement des actifs de la succession ainsi conservés serait supérieur aux intérêts dus à l'administration fiscale (c. 7.3.1, non publié).

La violation à cet égard du devoir de diligence des exécuteurs testamentaires est admise sans autre par le Tribunal fédéral. S'agissant du dommage, il considère qu'il n'y a pas lieu d'imputer sur le montant des intérêts moratoires réclamés par l'administration fiscale le prétendu rendement réalisé par les titres qui n'ont pas été vendus pour provisionner les impôts, puisqu'en l'espèce, il a été établi que le

portefeuille de titres a réalisé globalement une perte importante (c. 7.3.2, non publié).

Commentaire

Ce faisant, notre Haute Cour semble considérer que le dommage doit être appréhendé dans sa globalité, et qu'il faut ainsi tenir compte aussi de la perte de valeur subie par les titres conservés plus longtemps. Mais elle ne va en réalité pas au bout du raisonnement, et ne procède pas à une pondération de cette perte avec le rendement procuré par les titres pendant la période considérée. Elle considère finalement, sans le dire, que cette perte implique une sorte d'interruption de la causalité adéquate entre ce rendement et la réduction du dommage qui en découle. Cette approche est critiquable, car on voit mal en quoi il serait contraire à l'expérience générale de la vie que la conservation de titres puisse permettre de bénéficier d'un rendement supérieur à l'intérêt moratoire fiscal qui aurait pu être évité par la vente anticipée des mêmes titres. Cela dépend en réalité des conditions du marché au moment de la décision de ne pas réaliser les titres en question. C'est donc une question qui relève du calcul du dommage testamentaire, et non pas de la causalité.

En réalité, le Tribunal fédéral aurait dû procéder à un calcul du dommage au sens le plus traditionnel du terme, soit à une comparaison entre deux situations:

- la situation réelle telle qu'elle existe après la violation du devoir de diligence, soit la fortune nette de la succession calculée sur la base du prix de vente des titres finalement vendus pour payer les impôts, prix augmenté du rendement généré par ces titres jusqu'à leur vente et réduit du montant des intérêts moratoires;
- la situation telle qu'elle aurait été sans violation du devoir de diligence, en l'espèce un prix de vente des titres litigieux supérieur, parce que les titres auraient été vendus plus tôt à un cours plus favorable, prix auquel ne s'ajoute bien entendu pas le rendement des titres postérieurement à leur vente.

Tout naturellement, lorsque la violation du devoir de diligence du gérant de fortune ou de l'exécuteur testamentaire est établie, le dommage peut dépendre d'éléments qui échappent au contrôle du gérant de fortune, et notamment l'évolution des cours du marché. Même si tel n'est pas le cas en l'espèce, il est concevable que dans une autre situation, la violation des devoirs de diligence ne débouche sur aucun

dommage, si de façon générale, la fortune nette de la succession n'est effectivement pas amoindrie par la vente tardive des titres, et ce nonobstant le paiement d'intérêts moratoires.

VI. Frais d'expertise privée

En cours de procédure, les héritiers ont demandé à un expert privé d'analyser la gestion et la liquidation du portefeuille de titres par les exécuteurs testamentaires, et d'établir le montant de leur dommage. Ils réclamaient à cet égard aux exécuteurs testamentaires le remboursement d'honoraires de CHF 12 150.–.

Selon le Tribunal fédéral, de manière générale, la personne dont la responsabilité contractuelle est engagée peut être amenée à indemniser son cocontractant pour les frais d'expertise privée que celui-ci a encourus, à condition que ces frais soient en rapport avec l'événement dommageable. L'expertise doit être nécessaire et son coût mesuré (c. 8.3, non publié).

En l'espèce, notre Haute Cour considère qu'une expertise privée n'était pas nécessaire pour établir le montant du dommage au vu des pièces déjà disponibles au dossier. Surtout, elle relève que ladite expertise avait été demandée alors que l'action en paiement était déjà introduite, de sorte qu'elle ne pouvait avoir pour objectif de permettre aux héritiers de savoir s'il était judicieux d'ouvrir action (c. 8.4, non publié).

Commentaire

On déduit de cette dernière phrase que le Tribunal fédéral admet implicitement que le lésé est en droit d'obtenir le remboursement des frais d'expertise privée lorsque celle-ci a pour but d'évaluer les chances de succès d'une action en justice. Cela revient à dire que le lésé a pour ce faire le choix entre deux voies, soit celle de l'expertise privée et celle de la preuve à futur au sens de l'art. 158 CPC. Notons néanmoins que si le lésé peut dans les deux cas se faire rembourser les frais y afférant en cas de responsabilité avérée du défendeur, il ne doit pas perdre de vue qu'une expertise privée équivaut en justice à une allégation de parties,³ alors que l'expertise réalisée dans le cadre d'une preuve à futur vaut expertise judiciaire.

³ ATF 141 III 433 c. 2.6.