

La responsabilité de l'exécuteur testamentaire

Commentaire de l'arrêt du TF 5A_363/2017 du 22 février 2018 (publication ATF prévue)

Olivier Riske*

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt discuté, en langue allemande et destiné à la publication au recueil officiel, opère une précision jurisprudentielle importante quant à l'action en responsabilité de l'exécuteur testamentaire intentée par un légataire, sachant qu'une admissibilité de principe d'une action intentée par les personnes gratifiées par le *de cuius* avait été posée dans l'ATF 101 II 47.

II. État de fait

La recourante est une des légataires dans une succession où le testateur a institué un héritier unique. L'intimé, quant à lui, a officié comme exécuteur testamentaire de ladite succession. Selon les dispositions pour cause de mort rédigées par le testateur, le legs de la recourante s'élève à une quote-part d'un vingtième du total du montant net de la fortune successorale.

Le 30 décembre 1997, l'intimé – avocat et notaire – soumet le décompte successoral à l'héritier unique ainsi qu'à tous les légataires concernés. D'après le décompte précité, la fortune successorale nette est chiffrée à près de CHF 54 millions et le legs de la recourante s'élève à CHF 2 691 391.40. La note d'honoraires de l'intimé en tant qu'exécuteur testamentaire (honoraires bancaires et TVA compris) fait état d'un montant de CHF 600 000. Le 7 janvier 1998, l'héritier unique approuve ce décompte. Dans son écriture datée du 4 septembre 2006, la recourante demande à l'intimé de bien vouloir lui fournir le détail de sa note d'honoraires. Dans leur réponse du 9 mai 2007, l'intimé et son collègue de bureau lui indiquent qu'ils ont calculé les honoraires conformément au tarif notarial bâlois.

Le 10 novembre 2009, la recourante introduit action auprès du Tribunal civil du canton de Bâle-Ville. Elle conclut à ce que l'intimé rende compte de son activité en tant qu'exécuteur testamentaire, en particulier à ce qu'il justifie en détail le temps consacré à celle-ci. De plus, la recourante conclut à la fixation judiciaire des honoraires de l'intimé conformément aux dispositions légales y relatives. Enfin, la recourante conclut à condamner l'intimé au paiement d'un montant de non

moins de CHF 35 800, plus intérêts de 5% depuis le 1^{er} décembre 2009. Le Tribunal civil, puis la juridiction d'appel du canton de Bâle-Ville rejettent successivement la demande, respectivement l'appel de la recourante.

III. Considérants choisis

A. Question litigieuse

Le légataire d'une quote-part du montant net de la fortune successorale est-il légitimé à agir en responsabilité directement contre l'exécuteur testamentaire en mettant en cause le montant de ses honoraires précédemment approuvé par l'héritier unique sur présentation du décompte successoral? En l'espèce, le Tribunal fédéral devait apprécier si la recourante pouvait agir en responsabilité contre l'intimé pour l'indemnisation du dommage qu'elle a subi du fait que l'intimé – par un calcul prétendument contestable de ses honoraires en violation de ses obligations – a diminué la fortune nette de la succession et, par conséquent, réduit le montant du legs de la recourante. Le Tribunal fédéral avait déjà eu l'occasion de clarifier qu'il ne s'agissait pas d'une prétention successorale en délivrance du legs, mais d'une prétention personnelle contre l'exécuteur testamentaire (consid. 5.2.1).¹

B. Fondement

L'action en responsabilité de l'exécuteur testamentaire est fondée sur le contrat de mandat et l'art. 97 CO. Elle a pour thématique la violation des devoirs de l'exécuteur testamentaire, le préjudice, le lien de causalité entre ces deux éléments et la faute.² L'exécuteur testamentaire est responsable de la bonne et fidèle exécution des tâches qui lui sont confiées (art. 398 al. 2 CO par analogie).³ Dans la mesure où le testateur n'en a pas disposé autrement, l'exécuteur testamentaire a les droits et les devoirs de l'administrateur officiel d'une succession (art. 518 al. 1 CC). L'exécuteur testamentaire est chargé de faire respecter la volonté du défunt, notamment de gérer la succession, de payer les dettes, d'acquitter les legs et de procéder au partage conformément aux ordres du disposant ou suivant la loi (art. 518 al. 2 CC). Dans le cadre des pouvoirs d'administration qui lui sont conférés, l'exécuteur testamentaire ne doit bien entendu payer les dettes du testateur que dans la mesure où cela est nécessaire et que ces dernières sont valables et exigibles.⁴ Parmi les dettes du disposant

¹ Arrêt du TF 5A_705/2015 du 21 juin 2016 consid. 5.2.

² ATF 142 III 9 consid. 4.1; 108 II 535 consid. 7; 101 II 47 consid. 2; arrêt du TF 5C.119/2004 du 23 décembre 2004 consid. 2.2.

³ ATF 142 III 9 consid. 4.3; arrêt du TF 5A_414/2012 du 19 octobre 2012 consid. 8.2.2.

⁴ FLORENCE GUILLAUME, La responsabilité de l'exécuteur testamentaire, in: François Bohnet (édit.), Quelques actions en responsabilité, Neuchâtel 2008, 1 ss, 13 et 22; GRÉGOIRE PILLER, in: Pascal Pichonnaz/

* Docteur en droit, anc. Chargé d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Avocat-stagiaire, Conseil, Etude De Cet, DMR Partners, Biel/Bienne, Villars-les-Moines, Colombier.

figurent également les dettes successorales, dont font partie les honoraires de l'exécuteur testamentaire.⁵ Ce dernier est autorisé à débiter ses honoraires directement de la masse successorale sur la base des comptes intermédiaires de son activité à titre d'avance ou à ne les inscrire au passif du compte de partage qu'après l'achèvement de son activité et à les déduire de la succession à partager.⁶ Partant, la doctrine précise qu'en vertu de son devoir de fidélité, qui lui impose d'éviter les conflits entre ses intérêts personnels et ceux de la communauté héréditaire, l'exécuteur testamentaire doit s'abstenir de tirer profit de sa position pour régler à son avantage les prétentions qu'il a contre la succession ou que celle-ci a contre lui.⁷ Enfin, en vertu de son obligation de rendre compte (art. 400 al. 1 CO par analogie), l'exécuteur testamentaire doit préparer une déclaration détaillée pour ses propres efforts, dans laquelle la rémunération, les frais et les dépenses sont indiqués séparément (consid. 5.2.2).⁸

C. Légitimation active

Le Tribunal fédéral avait précédemment considéré dans son ATF 101 II 47 que l'action en responsabilité contre l'exécuteur testamentaire appartenait «en principe» aux héritiers et aux autres personnes gratifiées par le *de cuius* (consid. 5.2.3).⁹

Pour une partie de la doctrine, cela signifie qu'en tant que bénéficiaire de l'héritage, le légataire aurait en principe aussi le droit d'intenter une action en responsabilité contre l'exécuteur testamentaire.¹⁰ D'autres auteurs soulignent que l'ATF 101 II 47 susmentionné ne peut pas être cité comme une décision de principe pour soutenir l'opinion selon laquelle chaque légataire individuel serait légitimé à intenter une action en responsabilité contre l'exécuteur testamentaire.¹¹ D'autres

auteurs encore estiment que le légataire ne disposerait jamais d'une action directe en responsabilité contre l'exécuteur testamentaire et soutiennent que le légataire devrait, conformément à l'art. 562 al. 3 CC, actionner les héritiers.¹² Pour justifier ce point de vue, la littérature fait valoir que – du point de vue du légataire – le dommage causé par une diminution de la valeur de la succession est un dommage réfléchi dont la réparation ne mériterait pas d'être protégée.¹³ Pour ITEN, moins tranché, la perte du légataire est une perte réfléchie qui ne serait que «généralement» irréparable¹⁴ – du moins aussi longtemps que le légataire (d'une somme d'argent) n'a pas saisi tous les héritiers sans succès.¹⁵ KÜNZLE est également d'avis qu'il s'agit «le plus souvent» d'un dommage réfléchi chez le légataire.¹⁶ Il ne dénie donc pas catégoriquement au légataire une prétention en réparation (consid. 5.2.3).

Le Tribunal fédéral poursuit en soulignant que la jurisprudence précitée de 1975 ne saurait valoir comme précédent dans le cas d'espèce où il s'agit de se déterminer sur l'action en responsabilité d'un légataire d'une quote-part de fortune successorale. Dans sa formulation, ladite jurisprudence ne parle que d'un «principe». Des exceptions sont donc réservées. Mais surtout, dans l'ATF 101 II 47, le Tribunal fédéral n'avait même pas eu à juger si un légataire était au bénéfice d'une action en responsabilité contre l'exécuteur testamentaire. L'action de W.R. – l'un des neveux du testateur – était controversée. Contrairement aux autres nièces et neveux, W.R. n'avait pas été nommé héritier. Il n'était pas non plus bénéficiaire en tant que légataire, mais avait reçu, en tant que cessionnaire, de chacun des héritiers un seizième de l'héritage. Afin de pouvoir poursuivre personnellement l'exécuteur testamentaire, le Tribunal fédéral avait considéré que les héritiers auraient également dû lui céder expressément leurs droits à l'encontre de l'exécuteur testamentaire. Cependant, rien dans le dossier n'indiquait que cela se serait produit (consid. 5.2.4).¹⁷

Bénédict Foëx/Denis Piotet (édit.), Commentaire Romand, Code civil II, Art. 457-977 CC, Art. 1-61 Tit. Fin. CC, Bâle 2016, art. 518 CC N 62; STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Erbrecht, SPR IV/1, Bâle 2012, 338; CAROLINE SCHULER-BUCHE, L'exécuteur testamentaire, l'administrateur officiel et le liquidateur officiel – Etude et comparaison, thèse Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2003, 69.

⁵ Arrêt du TF 5A_881/2012 du 26 avril 2013 consid. 5.1.

⁶ Arrêt du TF 5A_672/2013 du 24 février 2014 consid. 6.1.

⁷ GUILLAUME (n. 4), 19.

⁸ HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, thèse Zurich, Zurich/Bâle/Genève 2000, 332 s.

⁹ ATF 101 II 47 consid. 1 et les réf. citées.

¹⁰ MARTIN KARRER/NEDIM PETER VOGT/DANIEL LEU, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (édit.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5^e éd., Bâle 2015, art. 518 CC N 113; PAUL-HENRI STEINAUER, Le droit des successions, 2^e éd., Berne 2015, N 1186a; THOMAS HUX, Die Anwendbarkeit des Auftragsrechts auf die Willensvollstreckung, die Erbschaftsverwaltung, die Erbschaftsliquidation und die Erbenvertretung, Zurich 1985, 78; BRUNO DERRER, Die Aufsicht der zuständigen Behörde über den Willensvollstrecker und den Erbschaftsliquidator, thèse Zurich 1985, 104.

¹¹ BERNHARD CHRIST/MARK EICHNER, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (édit.), Praxiskommentar Erbrecht, 3^e éd., Bâle 2015, art. 518 CC N 104b.

¹² JEAN GUINAND/MARTIN STETTLER/AUDREY LEUBA, Droit des successions, 6^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2005, 256; ALFRED SCHREIBER, L'exécution testamentaire en droit suisse, Lausanne 1940, 110 s.

¹³ JEAN NICOLAS DRUEY, Die Aufgaben des Willensvollstreckers, in: Jean Nicolas Druey/Peter Breitschmid (édit.), Willensvollstreckung, Berne 2001, 1 ss, 7 ss.

¹⁴ MARC'ANTONIO ITEN, in: Willi Fischer/Thierry Luterbacher (édit.), Haftpflichtkommentar, Zurich/St. Gall 2016, art. 518 CC N 56.

¹⁵ MARC'ANTONIO ITEN, Vom Schwarzen Peter im Erbrecht: Haftet der Nachlass, die überlebende Ehegattin, der Willensvollstrecker oder haften die Erben?, TREX 2/2017, 76, 79.

¹⁶ HANS RAINER KÜNZLE, in: Berner Kommentar, Die Willensvollstrecker, Art. 517-518 ZGB, Band III, 1. Abt., 2. Teilband, 2. Teil, Berne 2011, art. 517-518 CC N 425.

¹⁷ ATF 101 II 47 consid. 1.

La reconnaissance du devoir de l'exécuteur testamentaire de délivrer les legs conformément à l'art. 518 al. 2 CC constitue le point de départ de l'appréciation du cas d'espèce. Une partie de la doctrine déduit du devoir précité que l'exécuteur testamentaire doit diligemment protéger les intérêts du légataire et devrait être responsable, non seulement envers les héritiers, mais aussi envers le légataire de l'exécution fidèle et soigneuse de la tâche qui lui est confiée.¹⁸ En chargeant directement l'exécuteur testamentaire de délivrer les legs (art. 518 al. 2 CC), la loi crée, avec l'ouverture de l'héritage, un « rapport d'obligation légal indépendant » (« *eigenständiges gesetzliches Schuldverhältnis* ») entre l'exécuteur testamentaire et le légataire, basé sur la disposition pour cause de mort, dans lequel le défunt ordonne, d'une part, la délivrance du ou des legs et, d'autre part, l'exécution du testament.¹⁹ Dans ce contexte, l'exécuteur testamentaire doit au légataire la gestion correcte des affaires « dans la mesure où un legs doit être exécuté »²⁰ et le légataire est légitimé à agir en responsabilité « dans la mesure où elle concerne l'acquiescement des legs ».²¹ Par conséquent, si l'inconduite (alléguée) de l'exécuteur testamentaire n'est pas directement liée à la délivrance du legs en question, il n'y a aucune raison à tenir l'exécuteur testamentaire responsable envers le légataire d'une inconduite ou omission et à construire un rapport d'obligation entre les deux à cette fin. Selon le Tribunal fédéral, cela résulterait de l'ordre juridique et serait également conforme aux principes de base du droit suisse de la responsabilité civile (consid. 5.2.5).

Si l'exécuteur testamentaire nuit à la fortune successorale, il nuit aux héritiers auxquels l'ensemble de la succession est dévolue au décès du défunt par effet de la loi (art. 560 al. 1 et 2 CC). En principe, les légataires ne sont pas directement concernés, car, à teneur de l'art. 562 al. 1 CC, le legs n'engage ni la masse successorale, ni l'exécuteur testamentaire, mais, faute de débiteurs spécialement désignés, exclusivement l'héritier ou les héritiers à titre d'obligation personnelle.²² En conséquence, un légataire est légitimé à poursuivre les héritiers en dommages-intérêts conformément à l'art. 562 al. 3 CC s'ils n'exécutent pas leur obligation. Cette appréciation de la situation juridique s'appuie sur le principe général du droit de la responsabilité civile selon lequel un tiers concerné doit se voir refuser une demande directe d'indemnisation contre l'auteur de l'acte dommageable si ce dernier n'a pas violé une

norme de comportement spécifique dont le but la destine à protéger le tiers contre les atteintes du type de celles qui se sont produites (consid. 5.2.6).²³

Le Tribunal fédéral souligne ensuite que si le devoir de délivrance diligente du legs – qui est la justification doctrinale pour le rapport d'obligation légal entre l'exécuteur testamentaire et le légataire – n'est pas en cause, il n'existe par ailleurs aucune norme de protection spécifique qui ferait apparaître, du point de vue de l'exécuteur testamentaire, un éventuel dommage du légataire comme un dommage direct causé illicitement et qui permettrait au légataire d'actionner l'exécuteur testamentaire en réparation. Il n'en est pas autrement du litige relatif à la rémunération adéquate de l'exécuteur testamentaire. Il s'agit d'une dette successorale naissant de la liquidation de la succession. Les héritiers en sont personnellement responsables aux côtés de la masse successorale, à moins qu'à raison des dispositions testamentaires l'exécuteur testamentaire n'agisse exclusivement dans l'intérêt d'un seul héritier ou légataire; dans ce cas, celui-là seul est responsable.²⁴ Abstraction faite de cette situation exceptionnelle, il n'y a pas de raison à rendre l'exécuteur testamentaire directement responsable envers le légataire des suites de la violation éventuelle de ses devoirs ou de remettre en cause sa prétention en rémunération (consid. 5.2.6).

D. Subsumption

En l'espèce, la recourante n'allègue pas, pour fonder son action en responsabilité, que l'intimé aurait fixé et perçu ses honoraires d'une manière contrevenant à ses devoirs relatifs à la délivrance du legs. Il ne s'agit pas non plus d'un cas où l'exécuteur testamentaire aurait endommagé un objet légué ou déployé des efforts injustifiés pour le conserver. Pour la recourante, seul lui importe de contester dans son ensemble la prétention d'honoraires prétendument « grossièrement excessive » (consid. 5.3.1).

Le Tribunal fédéral concède que les honoraires de l'exécuteur testamentaire sont liés au legs. Ce dernier est fixé en quote-part de la fortune successorale nette et celle-ci est influencée par le montant des honoraires de l'exécuteur testamentaire. De l'aveu de la recourante, la réduction du legs dont elle se plaint est une conséquence de la présumée illégitime diminution de la fortune successorale. En d'autres termes, les intérêts de la recourante ne sont pas directement, mais indirectement touchés par la conduite prétendument préjudiciable de l'intimé. De cette atteinte *médiante*, la recourante tire la

¹⁸ MARC'ANTONIO ITEN, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers, Sorgfaltspflichten und andere ausgewählte Rechtsprobleme, Zurich/Bâle/Genève 2012, N 260 et 270.

¹⁹ ITEN (n. 18), N 260 et 265.

²⁰ HUX (n. 10), 78.

²¹ BK-KÜNZLE (n. 16), art. 517-518 CC N 422.

²² ATF 83 II 427 consid. 2a; ITEN (n. 18), N 326.

²³ ATF 138 III 276 consid. 2.2 et les réf. citées.

²⁴ Arrêt du TF 2P.139/2001 du 3 septembre 2001 consid. 5.

conclusion que l'intimé serait *directement* responsable (également) envers elle. Toutefois, il n'est pas manifeste aux yeux du Tribunal fédéral pourquoi le simple fait de fixer des legs par quotes-parts devrait protéger les légataires des interventions de l'exécuteur testamentaire effectuées en violation de ses devoirs. Selon l'expérience générale de la vie, un testateur se décide en particulier en faveur d'un legs par quote-part s'il ne peut (ou ne veut pas) déterminer le montant présumé de sa succession (nette) ultérieure, mais n'a pas l'intention d'obliger ses héritiers au-delà d'une certaine limite – déterminée en fonction de la fortune successorale qui existe alors. Une telle approche a pour but de parvenir à un arrangement successoral équilibré selon les souhaits du testateur. Toujours selon le Tribunal fédéral, une norme de comportement spécifique, visant l'exécuteur testamentaire et destinée à protéger les légataires par quotes-parts contre les demandes ou perceptions de rémunération excessives, ne saurait découler de la seule institution d'un legs par quote-part. Par conséquent, l'action en responsabilité introduite par la recourante à raison du comportement prétendument déloyal de l'intimé est dépourvue de fondement juridique en responsabilité civile. La recourante fait donc fausse route en estimant qu'elle serait liée au « sort juridique » de la succession du seul fait qu'elle est légataire par quote-part, respectivement en raison du lien économique décrit, et pourrait ainsi exiger de l'intimé qu'il rende des comptes et fournisse des informations sur ses honoraires. Enfin, la recourante ne donne aucune autre raison de tenir l'intimé responsable de ses honoraires (consid. 5.3.2).

IV. Commentaire

A. Fondement

La responsabilité de l'exécuteur testamentaire n'est pas régie par la loi. La fonction d'exécuteur testamentaire étant de nature privée,²⁵ elle engage, en principe, la responsabilité personnelle de l'exécuteur testamentaire. Exceptionnellement, la corporation publique répondra si le droit cantonal le prévoit, par exemple parce que l'exécuteur testamentaire est un fonctionnaire.²⁶ De nature quasi-contractuelle,²⁷ la responsabilité de l'exécuteur testamentaire est assimilée à celle du mandataire.²⁸ Ainsi, bien qu'il n'existe pas de contrat entre l'exécuteur testamentaire et les personnes gratifiées par le testateur, l'exécuteur testamentaire répond par analogie

selon les règles du mandat (art. 398 ss CO). Partant, les dispositions générales sur l'inexécution des obligations (art. 97 ss CO) lui sont applicables.²⁹ En présence d'un lien de causalité naturelle et adéquate entre la violation de ses devoirs et le préjudice subi, l'exécuteur testamentaire n'est donc libéré que s'il parvient à prouver qu'il n'a commis aucune faute (art. 518 al. 2 CC *cum* art. 398 al. 2 CO par analogie *cum* art. 97 CO).

Selon l'art. 518 al. 2 CC, l'exécuteur testamentaire est chargé de faire respecter la volonté du *de cuius*, notamment de payer les dettes et d'acquitter les legs conformément aux instructions de ce dernier ou suivant la loi. Les droits et devoirs de l'exécuteur testamentaire sont déterminés principalement par le testateur. Ce n'est qu'à titre subsidiaire que les dispositions légales relatives à l'administrateur de la succession s'appliquent. Ceci dit, le renvoi de l'art. 518 al. 1 CC a principalement pour but « de préciser que l'activité d'exécuteur testamentaire, à l'image de celles de l'administrateur officiel et du liquidateur officiel, est soumise à la surveillance de l'autorité désignée par le droit cantonal (art. 595 al. 3 CC) ». ³⁰ Aussi, en l'absence de dispositions particulières du défunt, ce sont avant tout les règles (générales et particulières) du CO qui sont d'application subsidiaire. Ainsi, tenu d'un devoir de diligence,³¹ l'exécuteur testamentaire est responsable de la bonne et fidèle exécution des tâches qui lui sont confiées (art. 398 al. 2 CO par analogie).³²

B. Inexécution de l'obligation primaire

Sans conteste, si l'exécuteur porte préjudice à la masse successorale en violation de ses obligations, les héritiers sont directement lésés et peuvent agir en responsabilité civile contre ce dernier. En tant que propriétaires communs, ils jouissent notamment de la protection accordée par les droits réels. Les légataires en revanche ne sont qu'au bénéfice d'une préention de nature obligationnelle³³ en délivrance du legs (« *obligatorischer Auslieferungsanspruch* »). En cas d'inexécution de cette obligation primaire, le légataire est au bénéfice de l'action en délivrance du legs (art. 562 CC), qui est une action civile personnelle, de nature patrimoniale et condamnatoire. Lorsque le débiteur d'un legs ne s'exécute pas, le légataire peut soit agir en exécution, soit en dommages-intérêts. Faute de débiteur spécialement désigné, l'action peut être dirigée contre

²⁵ STEINAUER (n. 10), N 1186b.

²⁶ CR-PILLER (n. 4), art. 518 CC N 188.

²⁷ ITEN (n. 15), 79.

²⁸ ATF 142 III 9 consid. 4.1; 101 II 47 consid. 2; arrêt du TF 5A_414/2012 du 19 octobre 2012 consid. 8.2.2.

²⁹ FIORENZO COTTI, in: Antoine Eigenmann/Nicolas Rouiller (édit.), Commentaire du droit des successions, art. 457-640 CC; art. 11 LDFR, Berne 2012, art. 518 CC N 179.

³⁰ GUILLAUME (n. 4), 10 s.

³¹ CR-PILLER (n. 4), art. 518 CC N 189; GUINAND/STETTLER/LEUBA (n. 12), N 534.

³² GUILLAUME (n. 4), 18.

³³ ITEN (n. 15), 79.

les héritiers légaux ou institués et/ou contre l'exécuteur testamentaire en tant que partie à la place de celui qui est, quant au fond, sujet actif ou passif du droit contesté (*legitimatio ad causam*; «*Prozessführungsbefugnis*»; «*Prozessstandschaft*»), pour autant cependant que l'administration de la succession lui soit confiée et que la succession ne soit pas partagée.³⁴

En l'espèce, la prétention de la recourante ne pouvait effectivement pas faire l'objet d'une action en délivrance du legs (art. 562 CC).³⁵ Le legs ayant été acquitté et le montant sorti de la masse successorale, il ne saurait être question de l'inexécution de l'obligation primaire de délivrer le legs. Par ailleurs, lorsque l'exécuteur testamentaire ne peut pas (ou plus) acquitter les legs au moyen d'une masse successorale réalisable, il n'y a pas de place pour sa responsabilité personnelle envers le légataire, tant que les héritiers sont en mesure de satisfaire la créance avec leur fortune personnelle. Dans cette hypothèse, le légataire doit bel et bien agir dans un premier temps contre les héritiers. En ce sens, tant qu'il n'a pas demandé en vain de saisir tous les héritiers, il n'y a pas (encore) de préjudice direct, mais qu'un dommage réfléchi qui n'est, en principe, pas réparable.³⁶ Aussi, sous l'angle de la responsabilité délictuelle, le dommage réfléchi n'est réparable qu'en présence d'une norme de comportement spécifique, destinée à protéger la victime du genre de dommage en question.³⁷ Une partie de la doctrine estime en effet que ce n'est pas la personne de la victime qui devrait servir de critère pour admettre la demande d'indemnisation, mais la personne bénéficiant de la protection accordée par la norme violée par l'auteur de l'acte dommageable: «Le critère de distinction réside donc dans l'illicéité, plus précisément dans le but protecteur de la norme juridique violée»³⁸ («*Schutzzwecklehre*»).³⁹ N'ayant pas saisi en vain l'héritier unique et en l'absence de norme de protection spécifique, la recourante ne pouvait donc pas actionner l'exécuteur testamentaire en responsabilité sur cette base.

C. Violation du devoir accessoire

Autre est la question de savoir si l'exécuteur testamentaire répond personnellement envers les légataires de la violation de son devoir diligence dans l'exécution de son obligation de délivrer les legs, respectivement de son obligation de payer les dettes de la succession. Dans ce cas, il ne s'agit pas de l'inexécution d'une obligation primaire de prester (délivrer les legs, payer les dettes de la succession), mais de la violation d'un devoir accessoire de comportement («*Nebenpflicht*») concrétisant l'obligation primaire. Dans le cadre du contrat de mandat notamment, le devoir de diligence (art. 398 al. 2 CO) est un devoir accessoire qui concrétise l'exécution correcte de l'obligation primaire (de rendre service). Autrement dit, le devoir de diligence fixe le niveau de qualité de l'exécution de l'obligation primaire.⁴⁰

Or, en chargeant l'exécuteur testamentaire de délivrer les legs et de payer les dettes «conformément aux ordres du disposant ou suivant la loi» (art. 518 al. 2 CC), l'ordre juridique crée, avec l'ouverture de la succession, un rapport d'obligation légal indépendant entre l'exécuteur testamentaire et le légataire.⁴¹ Avec d'autres,⁴² nous sommes d'avis qu'en vertu de ce rapport d'obligation légal et en application analogique des règles du mandat (art. 398 al. 2 CO), l'exécuteur testamentaire doit dûment protéger les intérêts du légataire et doit donc être responsable, non seulement envers les héritiers, mais aussi envers le légataire de l'exécution fidèle et soigneuse de la tâche qui lui est confiée (art. 518 al. 2 CC *cum* art. 398 al. 2 CO par analogie *cum* art. 97 CO). Pour autant que l'on admette son existence, ce rapport d'obligation légal fonde une obligation secondaire de réparer le préjudice résultant de la violation des devoirs de comportement accessoires qu'il génère.⁴³

D. Conclusion critique

Le Tribunal fédéral nie la légitimité de la recourante à agir en responsabilité personnelle contre l'exécuteur testamentaire au motif que la demande de cette dernière ne s'attache pas à la perception et la fixation de ses honoraires d'une manière contrevenant à ses devoirs de comportement relatifs à la délivrance du legs, mais porte uniquement sur la mesure prétendument grossièrement excessive de la prétention d'honoraires.

³⁴ ATF 116 II 131 consid. 3a-b; arrêt du TF 5A_134/2013 du 23 mai 2013 consid. 5.1.2; FRANÇOIS BOHNET, *Actions civiles, Conditions et conclusions*, Bâle 2014, § 36 N 12 s.

³⁵ Arrêt du TF 5A_705/2015 du 21 juin 2016 consid. 5.2.

³⁶ ITEN (n. 15), 79.

³⁷ ATF 139 IV 137 consid. 4.2; 102 II 85 consid. 5; 101 Ib 252 consid. 2c; HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2008, N 360 ss; *critique*: FRANZ WERRO, *La responsabilité civile*, 3^e éd., Berne 2017, N 144.

³⁸ CHRISTOPH MÜLLER, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013, N 102.

³⁹ WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG*, Berne 2012, N 145.

⁴⁰ CHRISTOPH MÜLLER, *Contrats de droit suisse*, Berne 2012, N 1978.

⁴¹ ITEN (n. 18), N 260 et 265.

⁴² STEINAUER (n. 10), N 1186a; GUILLAUME (n. 4), 30; ITEN (n. 18), N 270.

⁴³ OLIVIER RISKE, *La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen – Perspectives pour l'ordre juridique suisse – Analyse historique, comparative et prospective*, thèse Neuchâtel, Bâle 2016, N 1190.

Il est vrai que les honoraires de l'exécuteur testamentaire font partie des dettes successorales.⁴⁴ Or, en tant que dette successorale naissant de la liquidation de la succession, les héritiers en sont personnellement responsables aux côtés de la masse successorale. Comme dans le cas de l'obligation primaire de délivrance du legs et faute de norme de protection spécifique, il n'y a pas de place pour la responsabilité personnelle de l'exécuteur testamentaire envers le légataire pour inexécution de l'obligation primaire de payer les dettes successorales, tant que les héritiers sont en mesure de satisfaire la créance avec leur fortune personnelle. Par ailleurs, le Tribunal fédéral considère qu'il n'y aurait pas non plus de rapport d'obligation légal entre l'exécuteur testamentaire et le légataire, puisque cela ne concernerait pas directement la délivrance diligente du legs et, donc, le légataire. En l'absence de norme de protection spécifique, une responsabilité personnelle de l'exécuteur testamentaire envers le légataire serait donc exclue, faute de fondement de responsabilité.

L'argumentation du Tribunal fédéral n'emporte pas notre pleine conviction. Certes, le règlement diligent des dettes successorales ne concerne généralement pas directement les légataires. Toutefois, outre le fait que la dette en question soit, en sa qualité de dette d'honoraires, une créance administrée par l'exécuteur testamentaire en sa propre faveur, elle présente une autre particularité dans le cas d'espèce. En effet, le montant de la dette d'honoraires détermine la fortune successorale nette qui elle-même détermine le montant du legs (fixé en quote-part de cette dernière). La délivrance diligente du legs est donc fonction de la fixation et la perception diligentes des honoraires de l'exécuteur testamentaire. Sur le plan de l'atteinte aux intérêts éco-

nomiques, le légataire par quote-part est placé dans la même situation qu'un héritier. Les deux subissent un dommage direct en cas de fixation et de perception illégitimes des honoraires, car le dommage du légataire n'est pas le résultat d'un événement dommageable plus éloigné⁴⁵ que le dommage de l'héritier. Par ailleurs, à notre sens, le préjudice du légataire est un dommage propre car le dommage subi n'est pas celui d'une tierce personne en dehors du rapport juridique entre l'exécuteur testamentaire et le légataire créé par le fait dommageable.⁴⁶ En cas de legs par quote-part, une inconduite dans la fixation et la perception des honoraires de l'exécuteur testamentaire représente une violation à la fois du devoir de diligence dans le règlement des dettes successorales et de celui dans l'acquiescement du ou des legs.

Ainsi, lorsque les dispositions pour cause de mort prévoient un legs par quote-part de la fortune successorale nette, nous sommes d'avis que le règlement diligent de la dette d'honoraires de l'exécuteur testamentaire s'inscrit dans le rapport d'obligation légal indépendant entre le légataire et l'exécuteur testamentaire, et ce même si l'on considère que ce rapport ne concerne *a priori* que la délivrance diligente des legs. La responsabilité quasi-contractuelle de l'exécuteur testamentaire envers un légataire par quote-part doit donc être engagée en cas d'inconduite dans la fixation et la perception de ses honoraires. Partant, nul n'est besoin d'aller rechercher une norme de protection spécifique pour admettre un fondement de responsabilité. Loin d'une exception au principe de la légitimation active des personnes gratifiées par le défunt posé dans l'ATF 101 II 47, le cas d'espèce devrait en être un cas d'application.

⁴⁴ ITEN (n. 15), 81 s.

⁴⁵ MÜLLER (n. 38), N 97; FELLMANN/KOTTMANN (n. 39), N 136.

⁴⁶ MÜLLER (n. 38), N 99; WERRO (n. 37), N 137.