

# Communauté de biens et registre foncier

*Roland Pfäffli\* et Julia Blattner\*\**

## I. Introduction

Après le mariage, les époux sont soumis aux règles de la participation aux acquêts, à moins qu'ils n'en conviennent autrement par contrat de mariage ou que le régime matrimonial extraordinaire de la séparation de biens ne soit intervenu (art. 181 CCS).

Par contrat de mariage authentifié<sup>1</sup>, les époux peuvent convenir du régime matrimonial de la communauté de biens (art. 221 ss CCS). Le régime général de la communauté de biens réunit les biens et les revenus des époux en un bien commun, à l'exception des biens qui sont des biens propres de par la loi (art. 222 al. 1 CCS).

Dès la conclusion du contrat de mariage en la forme authentique, tous les biens patrimoniaux passent hors registre dans les biens communs des deux époux. Concrètement, par exemple, un immeuble qui était la propriété exclusive de l'épouse devient indivisément la propriété commune des deux époux (art. 222 al. 2 CCS). La modification correspondante au registre foncier peut être requise par chacun des époux en joignant le contrat de mariage (art. 665 al. 3 CCS; art. 65 al. 2 lit. a ORF). Exemple:

\* Prof. Dr. iur. ROLAND PFÄFFLI, notaire, Thoune, professeur titulaire émérite à l'Université de Fribourg, conseil auprès de Von Graffenried Recht, Berne.

\*\* M<sup>Law</sup> JULIA BLATTNER, avocate, ThomannFischer, Avocats et Notaires, Bâle.

Les auteurs tiennent à remercier de leur aide appréciée pour la traduction et la relecture du présent article Me BÉAT GERBER, notaire, Tramelan, et lic. iur. NAÏRI SEVHONKIAN, assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel.

La version allemande de la présente contribution «Gütergemeinschaft und Grundbuch», par les mêmes auteurs, a été publiée dans la Revue suisse du notariat et du registre foncier / Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, RNRF / ZBGR 2023 p. 3 ss.

1 Concernant la condition de forme, voir art. 184 CCS.

*Avant:*

Propriété

Sylvie Lejeune-Monnier

*Après:*

Propriété

Communauté de biens<sup>2</sup>:

1. Sylvie Lejeune-Monnier

2. Marc Lejeune

Cela vaut également en cas de convention de communauté de biens limitée (art. 223 s. CCS), dans la mesure où des immeubles font partie des biens communs.

## II. Nouveau droit successoral

La présente contribution<sup>3</sup> traite du décès des époux mariés sous le régime de la communauté de biens et de ses conséquences juridiques au registre foncier, en tenant compte en particulier du droit successoral entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023<sup>4</sup>.

Dans la doctrine, le message ainsi que dans la procédure de consultation, le registre foncier n'est largement pas thématiquement ou éludé dans le contexte de la révision du droit successoral, contrairement à la pratique notariale. La révision du droit successoral conduit surtout à une plus grande flexibilité dans la planification successorale, ce qui ne concerne qu'indirectement le registre foncier<sup>5</sup>. Néanmoins, le registre foncier et l'exécution en matière de registre foncier subissent également un changement important, du moins sur un point, avec l'introduction du nouvel art. 241 al. 4 CCS (voir à ce sujet le chiffre III ci-après).

Le décès d'un associé simple, qui présente certaines similitudes, est également traité dans une digression.

2 Conformément à l'art. 96 al. 3 ORF, le rapport juridique doit être mentionné au registre foncier en cas de propriété commune.

3 Voir les explications détaillées de ROLAND PFÄFFLI, *Familien- und Erbrecht an den Schnittstellen zwischen Sachen- und Grundbuchrecht*, successio 2020 p. 106 ss.

4 Voir RO 2021, document n° 312. Les autres aspects de la révision du droit successoral ne sont pas traités dans cet article. Pour une bonne vue d'ensemble de la révision du droit successoral, voir par exemple STEPHAN WOLF, *Das neue Erbrecht – eine Übersicht über die auf den 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Änderungen*, RJB 2022 p. 17 ss.

5 Sur les objectifs de la révision du droit des successions voir Message concernant la révision du code civil suisse (Droit des successions), FF 2018 p. 5865 ss.

### III. Décès d'un époux avec attribution de biens communs

Si, dans le cadre de la communauté de biens, une attribution de biens communs en faveur du conjoint survivant a été convenue par contrat de mariage (art. 241 al. 2 CCS), la propriété est transférée hors registre au conjoint survivant au décès de l'un des époux, en vertu du régime matrimonial. Le fait qu'il y ait ou non d'autres héritiers légaux ou institués ne joue aucun rôle<sup>6</sup>. Le consentement des héritiers (ou d'un éventuel exécuteur testamentaire) n'est pas nécessaire pour le transfert de propriété au registre foncier, et ce même s'il existe des descendants lésés dans leurs droits réservataires<sup>7</sup>. La preuve exigée par l'office du registre foncier consiste en la fourniture du décès de l'époux et du contrat de mariage<sup>8</sup> avec la confirmation qu'il n'a pas été modifié entre-temps.

Exemple:

Décès du mari / Etablissement de la propriété au registre foncier:

*Avant le décès du mari:*

Propriété

Communauté de biens:

1. Sylvie Lejeune-Monnier
2. Marc Lejeune

*Après le décès du mari:*

Propriété

Sylvie Lejeune-Monnier

6 Voir CHRISTIAN BRÜCKNER / MATHIAS KUSTER, Die Grundstücksgeschäfte – Schweizer Imobiliarsachenrecht für Praktiker, Zurich/Bâle/Genève 2021, notes 2096 ss; FABRIZIO ANDREA LIECHTI, Der Rechtsgrundausweis für Eigentumseintragungen im Grundbuch unter besonderer Berücksichtigung der notariellen Sorgfaltspflichten, Berne 2017, p. 245 s.; STEPHAN WOLF / GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Volume IV/1, Erbrecht, Partie 1, Bâle 2012, p. 57 s.; HEINZ HAUSHEER / RUTH REUSSER / THOMAS GEISER, Berner Kommentar, notes 36 et 53 de l'art. 241 CCS; STEPHAN WOLF, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten mit Berücksichtigung der grundbuchlichen Auswirkungen, Berne 1996, p. 59 s. et p. 215; STEPHAN WOLF, Notarielle Feststellung von ausserbuchlichen Eigentumsübergängen, NB 1998 p. 251 s.; Avis de l'Office fédéral de la justice du 9.12.1987, RNRF 1988 p. 106 s.; Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich an die Notariate und Grundbuchämter über Neues Eherecht und Grundbuch du 16.12.1987, RNRF 1988 p. 142 chiffre 2.3.2.3; JÜRIG SCHMID, Notariats- und grundbuchrechtliche Aspekte im erbrechtlichen Umfeld, successio 2018 p. 311 s.

7 Voir art. 241 al. 3 CCS.

8 Dans la mesure où le contrat de mariage, en tant que titre d'acquisition à l'époque, existe déjà dans la collection de pièces justificatives du registre foncier, il n'est pas nécessaire de présenter le contrat de mariage.

Cette règle s'appliquait sans restriction jusqu'au 31 décembre 2022. Le nouveau droit successoral a introduit la disposition de l'art. 241 al. 4 CCS qui se réfère à la communauté de biens et qui est libellée comme suit<sup>9</sup>:

«Sauf clause contraire du contrat de mariage, la modification du partage légal ne s'applique pas en cas de décès lorsqu'une procédure de divorce entraînant la perte de la réserve du conjoint survivant est pendante<sup>10</sup>».

En d'autres termes: avec l'entrée en vigueur de la révision du droit successoral, l'attribution intégrale des biens, et donc précisément l'acquisition hors registre par le conjoint survivant, n'est pas applicable dans certaines circonstances et *ex lege*<sup>11</sup>. Le nouvel article 472 CCS répond à la question de savoir quand une procédure de divorce en cours atteint la qualité requise au sens de l'article 241 al. 4 CCS.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2023, l'office du registre foncier doit donc examiner, lors de la réquisition d'une attribution de biens communs par le conjoint survivant, si l'inscription peut être effectuée ou non sur la base de l'acquisition hors registre.

C'est pourquoi, en plus de la réquisition et des autres pièces justificatives, il convient de remettre au registre foncier une déclaration selon laquelle aucune procédure de divorce n'était en cours au moment du décès ou une disposition du contrat de mariage stipule qu'une éventuelle procédure de divorce n'affecte pas l'attribution de biens communs<sup>12</sup>.

Toutefois, si une procédure de divorce était en cours, il faudrait en outre confirmer que celle-ci n'entraîne pas la perte de la réserve héréditaire du conjoint survivant.

Les déclarations à l'office du registre foncier peuvent être faites sous forme de constatation de l'officier public<sup>13</sup> ou de déclaration de partie

9 Voir STEPHAN WOLF (n. 4), RJB 2022 p. 428; STEPHAN WOLF / ANDREA DORJEE-GOOD, Das neue Erbrecht – insbesondere Rechtsgeschäftsplanung und Aspekte aus der notariellen Praxis, in: Stephan Wolf (édit.), Das neue Erbrecht – insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht, IJR Volume n° 27, Berne 2022, p. 40 ss.

10 Une disposition parallèle a été introduite pour les conventions de modification de la participation légale au bénéfice dans le cas de la participation aux acquêts avec l'art. 217 al. 2 CCS.

11 Voir STEPHAN WOLF (n. 4), RJB 2022 p. 428.

12 La deuxième variante devrait (encore) être rare en raison de la révision de la loi qui n'est entrée en vigueur que récemment.

13 Dans plusieurs cantons, les modifications liées à l'immeuble en cas de décès sont régulièrement annoncées au registre foncier par un officier public sur mandat des héritiers.

du conjoint survivant. En revanche, il ne devrait être ni praticable ni approprié d'exiger du conjoint survivant une attestation négative du tribunal hypothétiquement compétent à raison du lieu, matériellement et fonctionnellement pour un divorce, selon laquelle aucune procédure de divorce excluant la réserve héréditaire n'était pendante entre les époux.

Si cette preuve ne peut pas être apportée, l'office du registre foncier doit refuser l'inscription. Si le conjoint survivant est le seul héritier, il peut néanmoins demander l'inscription en propriété exclusive sur la base d'une attestation d'héritier ou d'un certificat d'héritier<sup>14</sup>. S'il y a d'autres héritiers, le conjoint survivant doit être renvoyé à la procédure prévue au chiffre IV ci-dessous.

En ce qui concerne les questions de droit transitoire, il devrait au moins être clair que l'art. 241 al. 4 CCS s'applique aux contrats de mariage établis après le 1<sup>er</sup> janvier 2023.

La situation ne devrait pas non plus poser de problème si l'inscription au journal d'une attribution de biens communs a été effectuée jusqu'au 31 décembre 2022, mais que l'inscription au grand livre n'est effectuée qu'après le 1<sup>er</sup> janvier 2023<sup>15</sup>. Dans ce cas, l'ancienne loi s'applique. Elle s'applique généralement si le défunt est décédé avant le 1<sup>er</sup> janvier 2023.

En ce qui concerne les contrats de mariage établis avant le 1<sup>er</sup> janvier 2023, il n'est pas possible de s'appuyer sans autre sur les règles transitoires du droit successoral et donc sur le principe de la date du décès<sup>16</sup>, car le nouveau droit précise désormais que les libéralités résultant de contrats de mariage constituent, du point de vue de la dogmatique juridique, des actes juridiques entre vifs et non des dispositions à cause de mort<sup>17</sup>.

Conformément au droit transitoire général et donc au principe de non-rétroactivité, consacré à l'art. 1 tit. fin. CCS, l'ancien droit devrait donc

14 A propos de l'authentification du certificat d'hérédité, voir CHRISTIAN BRÜCKNER/MATHIAS KUSTER (n. 6), notes 2119 ss.

15 Voir art. 972 al. 2 CCS.

16 Voir Message concernant la révision du code civil suisse (Droit des successions), FF 2018 p. 5917 s.

17 Ainsi explicitement l'art. 532 al. 2 ch. 1 CCS. Sur l'ensemble, voir également MARTIN EGDEL, *Übergangsrechtliche Betrachtungen zu Art. 494 Abs. 3 rev ZGB*, in: Jürg Schmid/Regina Aebi-Müller/Peter Breitschmid/Barbara Graham-Siegenthaler/Alexandra Jungo (édit.), *Spuren im Erbrecht, mélanges en l'honneur de Paul Eitel*, Zürich/Genève 2022, p. 177 ss.

s'appliquer aux contrats de mariage établis avant le 1<sup>er</sup> janvier 2023, que le testateur soit décédé avant ou après la révision de la loi<sup>18</sup>.

Néanmoins, on ne peut nier l'existence d'un lien matériel et temporel étroit entre une clause bénéficiaire du contrat de mariage au moment du décès et le droit successoral général. C'est pourquoi il semble approprié d'appliquer par analogie le principe de la date du décès à l'attribution des biens communs en cas de décès de l'un des conjoints. Dans ce cas, le nouveau droit s'appliquerait également aux contrats de mariage établis avant le 1<sup>er</sup> janvier 2023, pour autant que le défunt soit décédé après le 1<sup>er</sup> janvier 2023. Cette opinion est défendue ici.

#### **IV. Décès d'un époux sans attribution de biens communs**

Si l'un des époux décède et qu'il n'y a pas d'attribution de biens communs au sens de l'art. 241 al. 2 CCS, il se crée entre le conjoint survivant et les héritiers du conjoint décédé une communauté de liquidation en matière de biens matrimoniaux et successoraux. Les héritiers sont inscrits au registre foncier en tant que propriétaires communs (communauté héréditaire). Le seul but de la communauté consiste en sa liquidation. Le certificat d'hérédité relevant les héritiers reconnus<sup>19</sup> (ici: l'épouse et deux enfants) doit être remis au registre foncier (art. 65 al. 1 lit. a ORF).

Exemple: décès du mari / représentation de la propriété au registre foncier:

*Avant le décès du mari:*

Propriété

Communauté de biens:

1. Sylvie Lejeune-Monnier
2. Marc Lejeune

18 L'application par analogie de l'art. 16 tit. fin. CCS aux contrats de mariage, envisagée par STEPHAN WOLF / ANDREA DORJEE-GOOD, ne devrait pas s'appliquer en raison de l'absence de lien avec le droit en matière de réserve héréditaire, voir à ce sujet STEPHAN WOLF / ANDREA DORJEE-GOOD (n. 9), p. 67 s.

19 Les héritiers sont reconnus s'ils n'ont pas répudié la succession et si aucune opposition n'a été faite à un testament ou à un pacte successoral, voir HEINZ HAUSHEER / ROLAND PFÄFFLI, Zur Bedeutung des Anwachsungsprinzips bei der einfachen Gesellschaft und bei der Gütergemeinschaft im Todesfall; zur Tragweite von BGE 119 II 119 ff. für die Grundbuchführung, RJB 1994 p. 39.

*Après le décès du mari:*

Propriété

Communauté de biens en liquidation:

1. Sylvie Lejeune-Monnier
2. Communauté héréditaire de Marc Lejeune
  - Sylvie Lejeune-Monnier
  - René Lejeune
  - Fabienne Jacot-Lejeune

Après le décès de Marc Lejeune, une relation de communauté s'établit entre l'épouse survivante (Sylvie Lejeune-Monnier) et les héritiers de Marc Lejeune, et ce à deux égards. Pour la liquidation, il faut procéder à une liquidation du régime matrimonial (dissolution du régime matrimonial suite au décès de l'un des époux) et à une liquidation successorale (partage de la succession de l'époux décédé). Il convient de mentionner que le droit au partage du régime matrimonial concernant le logement de la famille selon l'art. 244 al.1 CCS n'est pas de nature réelle, mais de nature obligationnelle.

Si, dans le cadre du partage des biens matrimoniaux et successoraux, une attribution au conjoint survivant en propriété exclusive doit être effectuée, le contrat de partage successoral doit être présenté à l'office du registre foncier en plus de la réquisition<sup>20</sup>.

Exemple: décès du mari et attribution en propriété exclusive à l'épouse survivante dans le cadre du partage successoral / représentation de la propriété au registre foncier:

*Après le partage de la succession:*

Propriété

Sylvie Lejeune-Monnier

## **V. Communauté de biens selon l'ancien droit**

### **1. Communauté de biens interne**

Selon l'art. 10 tit. fin. CCS, il est possible que les époux soient encore aujourd'hui soumis à l'ancien régime matrimonial de la communauté de biens. C'est le cas lorsque les époux ont conclu un contrat de mariage avant le 31 décembre 1987. Si ce contrat prévoit une communauté de

20 CHRISTIAN BRÜCKNER / MATHIAS KUSTER (n. 6), notes 2087 ss.

biens interne<sup>21</sup>, les époux sont soumis au régime de la participation aux acquêts à l'égard des tiers (art. 10a al. 2 tit. fin. CCS)<sup>22</sup>. Un tel contrat de mariage ne constitue pas une base juridique valable pour le transfert d'un immeuble aux époux en propriété commune, comme le prévoit l'art. 665 al. 3 CCS<sup>23</sup>.

Au décès de l'un des époux, le conjoint survivant n'acquiert pas de propriété en vertu du régime matrimonial, même s'il y a eu attribution de biens communs<sup>24</sup>. Dans un tel cas, la propriété d'un bien immobilier est transférée au décès du défunt à ses héritiers, et ce hors registre. Un certificat d'hérédité, dans lequel figurent les héritiers reconnus<sup>25</sup>, doit être remis au registre foncier (art. 65 al. 1 let. a ORF). Le conjoint survivant peut alors faire valoir les prétentions obligationnelles découlant du régime matrimonial à l'encontre des héritiers. Le transfert au conjoint survivant d'un immeuble en propriété exclusive nécessite une liquidation du régime matrimonial et du droit successoral; un contrat de partage successoral doit être conclu, auquel tous les héritiers doivent collaborer<sup>26</sup>. Ici aussi, il convient de mentionner que le droit au partage du régime matrimonial concernant le logement de la famille selon l'art. 244 al. 1 CCS n'est pas de nature réelle, mais de nature obligationnelle.

## 2. Communauté de biens externe

Il en va différemment dans le cas d'une communauté de biens externe<sup>27</sup>. Dans ce cas, le conjoint survivant acquiert les biens matrimoniaux en vertu du régime matrimonial, hors registre, en cas d'attribution de biens

21 Jusqu'à fin 1987, la communauté de biens interne résultait de la conclusion d'un contrat de mariage qui n'était pas inscrit au registre des régimes matrimoniaux et n'avait pas de force juridique à l'égard des tiers.

22 Voir RUTH REUSSER, Das Übergangsrecht zu den vermögensrechtlichen Bestimmungen des neuen Eherechts, in: Heinz Hausheer (édit.), Vom alten zum neuen Eherecht, Berne 1986, p. 158.

23 Voir circulaire (n. 6), RNRF 1988 p. 141 s. chiffre 2.3.1.2.

24 Voir HEINZ HAUSHEER / ROLAND PFÄFFLI (n. 19), RJB 1994 p. 42 s.

25 Sur la notion « d'héritiers reconnus », voir HEINZ HAUSHEER / ROLAND PFÄFFLI (n. 19), RJB 1994 p. 39.

26 Voir ATF 73 I 273 = Praxis 1947 n° 176 = RNRF 1948 p. 44 = THEO GUHL in RJB 1948 p. 521; PETER RUF, Die Bedeutung der Eröffnung von Eheverträgen für die Eigentumsübertragung von Grundstücken, NB 1985 p. 110 ss.

27 Jusqu'à fin 1987, la communauté de biens externe résultait de la conclusion d'un contrat de mariage qui était inscrit au registre des régimes matrimoniaux et qui avait donc force de loi vis-à-vis des tiers.

communs<sup>28</sup>. La preuve du décès de l'époux doit être fournie au registre foncier; en outre, le contrat de mariage<sup>29</sup> doit être présenté avec la confirmation qu'il n'a pas été modifié entre-temps.

Toutefois, la nouvelle disposition de l'art. 241 al. 4 CCS s'applique ici aussi, c'est-à-dire que si le décès survient à partir de janvier 2023, une confirmation supplémentaire est nécessaire, comme pour le décès du conjoint avec attribution de biens communs (voir le chiffre III ci-dessus).

## **VI. Cas particulier: Un héritier est soumis au régime de la communauté de biens**

Jusqu'à présent, nous n'avons traité que le cas où le défunt était sous le régime de la communauté de biens. Mais qu'en est-il lorsqu'un héritier est soumis au régime de la communauté de biens? Si parmi plusieurs héritiers un de ceux-ci est soumis au régime de la communauté de biens, seuls les membres de la communauté héréditaire (et non pas les conjoints sous le régime de la communauté de biens), c'est-à-dire les héritiers reconnus, sont inscrits au registre foncier<sup>30</sup>. La communauté de biens ne doit être inscrite au registre foncier que si l'un des héritiers sous le régime de la communauté de biens devient (à la suite de la succession) le seul propriétaire d'un bien immobilier (et que ce bien immobilier tombe dans les biens communs selon le contrat de mariage entre l'héritier et son conjoint). Dans ce cas, le fait que le conjoint de l'héritier soit propriétaire de l'immeuble en qualité de non-héritier ne joue aucun rôle.

## **VII. Digression: Décès d'un associé simple<sup>31</sup>**

### **1. Base juridique**

La société simple, est constitutive d'une propriété commune contractuelle, la participation interne de chaque associé n'apparaissant pas au registre foncier.

28 Voir ATF 111 II 113 = RNRF 1988 p. 112 = BERNHARD SCHNYDER in RJB 1987 p. 103; PETER RUF (n. 26), NB 1985 p. 109 s.

29 Dans la mesure où le contrat de mariage constitue déjà une pièce justificative du registre foncier en tant que titre d'acquisition à l'époque, il n'est pas nécessaire de le redéposer.

30 Voir ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, note 56 de l'art. 652 CCS.

31 Voir FABRIZIO ANDREA LIECHTI (n. 6), p. 250 ss; STEPHAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Berne 2017, notes 245 ss; JÜRIG SCHMID (n. 6), successio 2018 p. 312.

Si un associé décède, les dispositions légales du code des obligations relatives à la fin de la société simple et les conventions du droit des sociétés qui en découlent priment sur les dispositions du droit matrimonial et successoral. Il convient de distinguer trois cas, qui sont expliqués ci-après<sup>32</sup>.

## 2. Solution légale

Selon l'art. 545 al. 1 ch. 2 CO, une société simple est dissoute lorsqu'un associé décède et qu'il n'a pas été convenu auparavant que la société continuerait d'exister avec les héritiers. En l'absence d'une telle convention, une société de liquidation est créée dans le seul but de liquider la société<sup>33</sup>. Les héritiers reprennent la qualité juridique du défunt et sont inscrits au registre foncier (en tant que communauté héréditaire). La société simple est représentée comme suit dans le registre foncier (grand livre) sous la rubrique « Propriété »:

*Avant le décès de l'associé simple:*

Propriété

Société simple:

1. Jean-Philippe Besson
2. Béatrice Besson-Laforêt

Après le décès de l'associé simple Jean-Philippe Besson, qui laisse comme héritiers reconnus son épouse et ses deux enfants:

Propriété

Société simple en liquidation:

1. Communauté héréditaire de Jean-Philippe Besson
  - Béatrice Besson-Laforêt
  - Marcel Besson
  - Philippe Besson
2. Béatrice Besson-Laforêt

La société a été dissoute après le décès de Jean-Philippe Besson, mais elle n'a pas disparu. Le nouveau but de la société a pour conséquence que chaque participant a un droit à la liquidation de la société. Dans un tel cas, un certificat d'hérédité (art. 559 CCS) avec la confirmation des

32 Voir également STEPHAN WOLF, Subjektswechsel bei einfachen Gesellschaften, RNRF 2000 p. 16 ss.

33 Voir ATF 119 II 119 = Praxis 1994 n° 194 = RNRF 1993 p. 371 = NB 1993 p. 172 avec remarque rédactionnelle de PETER RUF p. 179; ALFRED KOLLER, Bundesgerichtsentscheide zum ZGB – Sachenrecht, Lachen SZ et St. Gall 1997, p. 220 ss; HEINZ HAUSHEER/ROLAND PFÄFFLI (n. 19), RNRF 1994 p. 38 ss.

héritiers reconnus du défunt doit être remis au registre foncier comme pièce justificative.

Il en va autrement lorsque le contrat de société prévoit la continuation de la société simple par les associés restants (voir chiffre VII / 3 ci-après) ou la continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé (voir chiffre VII / 4 ci-après)<sup>34</sup>.

### **3. Continuation de la société sans les héritiers de l'associé**

S'il y a plus de deux associés, ceux-ci peuvent convenir de leur vivant qu'en cas de décès de l'un d'entre eux, la société sera poursuivie par les associés restants. Les associés restants acquièrent la propriété de la société par accroissement. Dans ce cas, les héritiers de l'associé décédé n'ont pas de droits réels, mais uniquement des droits obligationnels. Les héritiers ne sont pas inscrits au registre foncier ; l'associé décédé est radié du registre foncier.

Dans un tel cas, le registre foncier doit disposer de la preuve du décès de l'associé ainsi que de la clause de continuation du droit des sociétés en vigueur au moment du décès.

### **4. Entrée des héritiers dans la société (clause de succession)**

Les associés peuvent convenir qu'au décès d'un associé, la société continuera avec ses héritiers. Un tel accord, qui contient soit une clause d'entrée, soit une clause de succession<sup>35</sup>, peut également être conclu après le décès d'un associé<sup>36</sup>.

34 Voir à ce sujet STEPHAN WOLF, Notarielle Feststellung von ausserbuchlichen Eigentumsübergängen, NB 1998 p. 253; BEAT BRÄM, Gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten an Grundstücken, Bildet Gesamteigentum als einfache Gesellschaft eine gute Alternative zum Miteigentum und zum Gesamteigentum im Güterstand der Gütergemeinschaft?, Berne 1997, p. 81 ss; HEINZ HAUSHEER, Erbrechtliche Probleme des Unternehmers, Berne 1970, p. 99 ss, en relation avec la société en nom collectif et la société en commandite: HEINZ HAUSHEER, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, RJB 1969 p. 133 ss.

35 Voir HEINZ HAUSHEER / ROLAND PFÄFFLI (n. 19), RJB 1994 p. 41.

36 Voir HANS BOLLMANN, Das Ausscheiden aus Personengesellschaften, Diss. Zurich 1971, p. 43; PAUL EHRSAM, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, Die Fortsetzung der Gesellschaft trotz Tod eines Gesellschafters, Diss. Lausanne 1943, p. 40; Jugement de la Obergerichtskommission d'Obwald du 20. 3. 1986, Amtsbericht über die Rechtspflege des Kantons Obwalden 1986 / 87 p. 67 = RSJ 1989 p. 144 = Schweizerische Aktiengesellschaft, SAG 1988 p. 168 ch. 28.

Dans ce cas, le registre foncier doit disposer de la preuve du décès de l'associé, de la clause de succession ou d'entrée en vigueur au moment du décès et des nouveaux associés<sup>37</sup>.

## 5. En présence de deux associés

S'il n'y a que deux associés, ceux-ci peuvent convenir de leur vivant qu'au décès de l'un d'entre eux, la part de l'associé décédé reviendra à l'associé survivant<sup>38</sup>. Une telle convention est une disposition de liquidation admissible qui a pour effet que l'associé survivant devient par accroissement (hors registre) le seul propriétaire des biens de la société (y compris les éventuels immeubles)<sup>39</sup>. Cette configuration est courante dans les sociétés entre époux<sup>40</sup>. Il n'est donc pas nécessaire que le conjoint survivant fasse valoir son droit d'attribution successoral (qui est toutefois de droit dispositif<sup>41</sup>), conformément à l'art. 612a al. 1 CCS.

Cette clause d'attribution présente l'avantage qu'en cas de décès, l'autre conjoint devient automatiquement le seul propriétaire de l'immeuble, et ce sans que les héritiers ne doivent être inscrits au registre foncier ou donner leur consentement. Le conjoint survivant n'a donc pas non plus besoin de l'accord de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) si les héritiers sont mineurs. Au contraire, il peut disposer immédiatement

37 Il s'agit ici des héritiers reconnus de l'associé décédé.

38 Voir STEPHAN WOLF / GIAN SANDRO GENNA, *Schweizerisches Privatrecht, Volume IV/2, Erbrecht, Partie 2*, Bâle 2015, p. 58 s.

39 Voir HEINZ HAUSHEER / ROLAND PFÄFFLI (n.19), RJB 1994 p. 42.

40 En ce qui concerne les sociétés entre époux de manière générale, voir BEAT BRÄM (n. 34); HEINZ HAUSHEER / SASKIA LINDENMEYER LIEB, *Einfache Gesellschaft und Ehegüterrecht*, in: Stephan Wolf (édit.), *Güter- und erbrechtliche Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht*, Berne 2005, p. 1 ss; IRENE HOHL, *Gesellschaften unter Ehegatten*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996; FELIX KOBEL, *Immobilien in der güterrechtlichen Auseinandersetzung, Im Rahmen des ordentlichen Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung und unter besonderer Berücksichtigung vorsorgerechtlicher Probleme*, Bâle 2007; STEPHAN WOLF, *Erb- und (immobiliär)sachenrechtliche Aspekte der einfachen Gesellschaft, insbesondere im Zusammenhang bei personellen Veränderungen im Bestand der Gesellschafter*, in: Stephan Wolf (édit.), *Güter- und erbrechtliche Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht*, Berne 2005, p. 47 ss.

41 La disposition de partage selon l'art. 612a al. 1 CCS peut être modifiée par pacte successoral ou par testament unilatéral: Voir à ce sujet ATF 119 II 323 = *Praxis* 1994 n° 115 = RNRF 1995 p. 244; Jugement de la Cour suprême du canton de Zurich du 21.9.1989 = *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, BIZR* 1990 p. 258 = RNRF 1991 p. 333 = RSJ 1991 p. 24; d'après JEAN NICOLAS DRUEY, *Le nouveau droit successoral et son ordre transitoire*, in: Heinz Hausheer (édit.), *Vom alten zum neuen Ehe-recht*, Berne 1986, p. 172; JEAN NICOLAS DRUEY, Art. 612a ZGB – wirklich nur dispositiv? *AJP/PJA* 1993 p. 126.

de l'immeuble en tant que propriétaire unique. En ce qui concerne l'hypothèque, il est désormais le seul débiteur du prêt. Il va de soi que les droits des héritiers réservataires doivent être préservés. Toutefois, ces droits portent sur des créances pécuniaires (compensatoires) et non sur le bien immobilier en tant que tel.

En outre, les questions parfois difficiles de droit transitoire des biens matrimoniaux et successoraux ne sont pas prises en considération (voir à ce sujet chiffre III ci-dessus).

Dans de tels cas, il convient de présenter au registre foncier la pièce justificative attestant du décès de l'associé ainsi que celle de la clause d'accroissement de la société en vigueur au moment du décès.

Exemple d'inscription au registre foncier dans la rubrique «Propriété»:

*Avant le décès de l'associé simple:*

Propriété

Société simple:

1. Jean-Philippe Besson
2. Béatrice Besson-Laforêt

*Après le décès de l'associé simple (Jean-Philippe Besson):*

Propriété

Béatrice Besson-Laforêt

La forme juridique de la société simple a été privilégiée par rapport à la copropriété, surtout sous l'empire de l'ancien droit matrimonial, c'est-à-dire avant le 1<sup>er</sup> janvier 1988. Dans les rapports de copropriété, la constitution de gages immobiliers était considérée comme un acte d'intercession (art. 177 CCS dans sa version antérieure à 1988) et devait par conséquent être approuvée par l'autorité tutélaire. Dans le cas des sociétés simples, l'approbation tutélaire n'était en principe pas nécessaire puisqu'il s'agissait d'une opération relevant du droit des sociétés<sup>42</sup>. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit matrimonial (1.1.1988), la société simple est privilégiée pour les époux, notamment lors de l'achat d'un logement en raison de la clause d'accroissement développée à partir de l'arrêt du Tribunal fédéral du 4 mai 1993 (ATF 119 II 119)<sup>43</sup>.

42 Voir PAUL LEMP, Berner Kommentar, note 22 de l'art. 177 CCS; HANS-PETER FRIEDRICH, Grundbuch und eheliches Güterrecht, RNRF 1954 p. 264; ROLAND PFÄFFLI, Änderungen bei Personengesellschaften aus der Sicht der praktischen Grundbuchführung, RNRF 1991 p. 323.

43 Voir HEINZ HAUSHEER / ROLAND PFÄFFLI (n. 19), p. 38 ss.

Remarque concernant le droit fiscal: dans le cas d'une société entre époux, cela conduit à la propriété exclusive du conjoint survivant. L'impôt sur le gain immobilier est différé dans un tel cas, car le changement de propriété a été provoqué par la succession<sup>44</sup>.

## 6. Comparaison avec le droit allemand

En Allemagne, la société simple peut être comparée à la société civile (Gesellschaft Bürgerlichen Rechts, GBR). Ici, les dispositions se trouvent aux § 705 ss du Code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch; BGB). Au registre foncier, la mention «GBR» est apposée à côté des différents associés. La société devient ainsi propriétaire du terrain<sup>45</sup>.

En cas de décès d'un coassocié d'une GBR à deux personnes, l'associé restant est inscrit au registre foncier en tant que propriétaire unique<sup>46</sup> d'un bien immobilier appartenant à la société, en cas d'accroissement<sup>47</sup> de la propriété.

## VIII. Conclusion

L'exécution au registre foncier lors de la dissolution du régime matrimonial de la communauté de biens en cas de décès de l'un des époux diffère selon le régime d'attribution concernant les biens communs.

En l'absence d'attribution de biens communs, le conjoint survivant, s'il n'est pas également héritier unique, est tributaire de la coopération des autres héritiers pour le partage des biens matrimoniaux et successoraux, et donc aussi d'un éventuel bien immobilier. En revanche, si les époux conviennent d'une attribution de biens communs, la propriété d'un immeuble est transférée au conjoint survivant hors registre.

44 Voir art. 12 al. 3 lit. a de la Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, LHID (RS 642.14).

45 Voir jugement n° II ZR 218/05, Bundesgerichtshof du 25.9.2006 (Der Deutsche Rechtspfleger, 2007 p. 23 avec note de MICHAEL DÜMIG p. 24; SEBASTIAN BIELICKE, Immobilienrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, «Widerstand ist zwecklos!» – Folgen für das Grundbuchverfahren (Der Deutsche Rechtspfleger, 2007 p. 441 ss).

46 Voir la décision n° 2 Wx 102/22, Oberlandesgericht Köln du 11.7.2022 (Der Deutsche Rechtspfleger, 2023 p. 20 avec note de WALTER BÖHRINGER p. 20).

47 L'accroissement a lieu pour autant que le départ n'est pas accompagné de l'entrée d'au moins un autre (nouvel) associé et qu'aucune disposition dérogatoire n'a été convenue entre les associés.

Avec l'entrée en vigueur de la révision du droit successoral, c'est-à-dire à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2023, le registre foncier devra toutefois vérifier, en cas d'attribution de biens communs, si une procédure de divorce était en cours au sens de l'art. 241 al. 4 CCS. Si tel est le cas, la disposition du contrat de mariage (attribution des biens communs) devient caduque ex lege et il n'y a pas de transfert de droits hors registre. Cette obligation de contrôle étendue du registre foncier s'applique à tous les contrats de mariage comportant une attribution de biens communs, y compris ceux conclus avant le 1<sup>er</sup> janvier 2023, pour autant que le défunt soit décédé à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2023.

Il va de soi que les époux sont libres de convenir dans un contrat de mariage que l'attribution universelle s'applique également en cas de procédure de divorce pendante ou de convenir d'une réglementation différente de l'attribution universelle en cas de procédure de divorce pendante.

La révision du droit successoral n'a pas d'influence sur une acquisition hors registre basée sur la clause d'accroissement dans une société entre époux (en tant que société simple). La disposition de l'article 241 al. 4 CCS ne s'applique pas ici.

En conclusion, il faut retenir que la rédaction des actes notariés peut une fois de plus contribuer de manière déterminante à la sécurité juridique de l'ensemble de la planification successorale.

## Zusammenfassung

### Gütergemeinschaft und Grundbuch

Sofern bei der Gütergemeinschaft eine ehevertragliche Gesamtgutszuweisung zu Gunsten des überlebenden Ehegatten vereinbart wird (Art. 241 Abs. 2 ZGB), geht das Eigentum (beispielsweise an einem Grundstück) mit dem Tod des einen Ehegatten ausserbuchlich kraft Güterrechts auf den überlebenden Ehegatten über. Es spielt dabei keine Rolle, ob noch andere gesetzliche oder gar eingesetzte Erben vorhanden sind oder nicht. Für den Eigentumsübergang im Grundbuch ist die Zustimmung der Erben (oder eines allfälligen Willensvollstreckers) nicht erforderlich, und zwar auch dann nicht, wenn Nachkommen vorhanden sind, die in ihren Pflichtteilsansprüchen verletzt sind.

Diese Regelung galt uneingeschränkt bis zum 31. Dezember 2022. Mit der Revision des Erbrechts (ab 1. Januar 2023) wurde die Bestimmung von Art. 241 Abs. 4 ZGB, die sich auf die Gütergemeinschaft bezieht, eingefügt, und zwar mit folgendem Wortlaut: Unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung im Ehevertrag gelten die Vereinbarungen über eine andere Teilung im Todesfall nicht, wenn ein Scheidungsverfahren hängig ist, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten bewirkt.

Mit anderen Worten: Mit dem Inkrafttreten der Erbrechtsrevision ist der Gesamtgutszuweisung und damit eben auch dem ausserbuchlichen Erwerb durch den überlebenden Ehegatten unter Umständen die Anwendung versagt. Wann ein hängiges Scheidungsverfahren die erforderliche Qualität (Verlust des Pflichtteilsanspruchs) erreicht, beantwortet dabei der neu geschaffene Art. 472 ZGB.

Dies hat zur Folge, dass im Bereich des Immobiliarsachenrechts das Grundbuchamt eine erweiterte Prüfungspflicht hat, sofern dem überlebenden Ehegatten das Alleineigentum an einem Grundstück infolge einer Gesamtgutszuweisung beantragt wird.

*Die deutsche Fassung dieses Beitrags von den gleichen Autoren ist in der Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht erschienen (ZBGR 2023 S. 3 ff.).*