



FNDP

Fédération
Nationale
Droit du
Patrimoine

La Lettre de la FNDP

Numéro 7 - Février 2018

Numéro 7

Edito

L'année 2017 fut une année riche d'activités pour la FNDP.

Outre les nombreuses manifestations scientifiques organisées au sein des différentes universités fédérées, elle a donné l'occasion à son comité juridique d'apporter une réflexion importante sur l'impact de l'ordonnance réformant le droit des obligations en matière patrimoniale (JCP 2017, éd. N, n°1266 à 1271).

Ces travaux ont eu pour objet non seulement à prendre toute la mesure des nouveaux textes mais surtout à mettre en exergue un certain nombre de difficultés.

A l'heure de la ratification de l'ordonnance, les évolutions envisagées semblent s'inscrire dans le sens de certaines de nos propositions. Gageons que les colonnes de la Lettre nous donne rapidement l'occasion de vous éclairer sur les éventuelles avancées résultant de l'ordonnance ratifiée.

Mais dès à présent, ce premier numéro de l'année 2018 nous invite à revenir sur un certain nombre de points présentés dans les précédents numéros de la Lettre.

Ainsi en est-il notamment, en droit international privé, de la clarification, grâce à deux arrêts très attendus, des relations entre réserve héréditaire et exception d'ordre public, ou encore, s'agissant de la protection du patrimoine de l'entrepreneur, d'un arrêt important précisant le régime de la déclaration notariée d'insaisissabilité en présence d'une liquidation judiciaire.

A tous nous vous souhaitons une excellente lecture.



Cécile Lisanti

Sommaire

Droit des sociétés	4-5
Droit fiscal patrimonial	6
Droit international privé	7
Droit patrimonial de la famille	8
Obligations professionnelles	9-10

Agenda

MARS

Mardi 27 mars 2018

Université de Montpellier

Faculté de Droit et science politique

Les mutations immobilières internationales

à partir de 9h-17h

39, rue de l'université

34060 Montpellier Cedex 2

Renseignements et inscriptions :

veronique.rigaud@umontpellier.fr

Rédaction

Rédacteurs en chef :

Cécile Lisanti, Professeur des universités et Directeur du M2 Droit et fiscalité du patrimoine à l'Université de Montpellier.

Nicolas Esplan, Docteur en droit, directeur Juriscampus, Co-directeur du Master 2 Ingénierie patrimoniale à l'Université de Toulouse.

Auteurs :

Jean-François Desbuquois,
Avocat Associé Fidal.

Nicolas Esplan,
Docteur en Droit, co-directeur du directeur du Master 2 Ingénierie du patrimoine à l'Université de Toulouse.

Eric Fongaro, Maître de conférences HDR et co-directeur du Master 2 Droit et gestion du patrimoine à l'Université de Bordeaux.

Céline Kuhn, Maître de conférences et co-directeur du Master 2 Droit du patrimoine à l'Université de la Réunion.

Michel Leroy, Maître de conférences HDR et directeur du Master 2 Ingénierie du patrimoine à l'Université de Toulouse.

Renaud Mortier, Professeur des universités, Président de la FNDP, directeur du Centre de Droit des Affaires (CDA) et directeur du Master 2 Droit et gestion du patrimoine à l'Université de Rennes

Estelle Naudin, Professeur des universités et Directeur du Master 2 Droit et gestion du patrimoine à l'Université de Strasbourg.

Jean-Marie Plazy, Professeur des universités et co-directeur du Master 2 Droit et gestion du patrimoine à l'Université de Bordeaux

Jean Prieur, Professeur émérite, Président d'honneur de la FNDP.

Sophie Schiller, Professeur des universités, Présidente du Comité juridique de la FNDP et directrice du M2 223 à l'Université Paris Dauphine.

Anne-Françoise Zattara-Gros, Maître de conférences, co-directeur du M2 Droit du patrimoine à l'Université de la Réunion, Vice-Présidente de l'Université de la Réunion.

Nullité absolue pour la première chambre civile d'une garantie accordée par une société civile sur son unique immeuble, même avec l'accord des associés

Au fil de décisions souvent fortement critiquées, une jurisprudence assez contradictoire a posé les conditions de validité d'une garantie accordée par une société pour une autre structure sociale ou l'un de ses associés.

Selon la **chambre commerciale** et la **troisième chambre civile**, la sûreté donnée par une société doit, pour être valable,

- Non seulement résulter du **consentement unanime des associés** (Cass. com. 8 nov. 2011, n° 10-24.438 SCI caution, Cass. civ. 3ème, 12 sept. 2012, n° 11-17.948, SCI caution).

- o Cet élément n'est pas suffisant : l'approbation par l'unanimité des associés ne suffit pas à lever les doutes sur la validité de la garantie (Cass. com. 8 nov. 2011, n° 10-24.438, SCI caution).

- o Cet élément n'est pas toujours nécessaire : une société peut accorder un cautionnement sans accord unanime des associés dès lors que l'opération se rattache même indirectement à l'objet social de la société (Cass. com. 13 déc. 2011, n° 10-26.968, SNC caution, Cass. Com. 23 sept. 2014, n°13-17.347, SCI caution).

- Peu importe que soit établie l'existence d'une **communauté d'intérêts** entre l'associé garanti et la société garante (Cass. com. 3 juin 2008, n°07-11.785, SCI caution).

- o Mais le cautionnement qui n'entre pas directement dans l'objet social et qui n'a pas été **autorisé par l'ensemble des associés** peut être validé en présence d'une communauté d'intérêts (Cass. com. 13 déc. 2011, n°10-26.968, SNC caution).

- Mais également être conforme à son **intérêt social** (Cass. com. 8 nov. 2011, n° 10-24.438, SCI caution Cass. civ. 3ème, 12 sept. 2012, n° 11-17.948, SCI caution).

- o Il faut rechercher si le cautionnement n'était pas contraire à l'intérêt social « dès lors que la valeur de **son unique bien immobilier** (...) était inférieure au montant de son engagement et qu'en cas de mise en jeu de cette garantie, son entier patrimoine devait être réalisé » (Cass. civ. 3ème, 12 sept. 2012, n° 11-17.948, SCI caution).

- o Si le cautionnement a été accordé « **sans aucune contrepartie** » ou si la caution « ne tirait aucun avantage de son engagement », les juges peuvent en déduire sa « **contrariété à l'intérêt social** » (Cass. com. 13 nov. 2007, n° 06-15.826, forme sociale de la caution non précisée, Cass. Com. 23 sept. 2014, n°13-17.347, SCI caution).

- o Le risque de **mise en péril** de la société étant nécessairement contraire à l'intérêt social (Cass. com. 3 juin 2008, n°07-11.785, SCI caution, Cass. com. 8 nov. 2011, n° 10-24.438, SCI caution), la mise en péril s'entendant de l'engagement de la totalité des actifs pour garantir la dette ou tout acte de nature à « compromettre l'existence même de la société », (Cass. Com. 23 sept. 2014, n°13-17.347, SCI caution).

Elle a confirmé son raisonnement en le reprenant exactement dans les mêmes termes pour apprécier la validité d'un pacte de prêt consenti par une SCI à son gérant (Cass. com. 26 juin 2012, n°10-28.255, SCI caution).

Selon la première chambre civile, la sûreté donnée par la société est valable,

- Soit si elle entre directement dans l'**objet social** de la société garante (Cass. civ. 1ère 8 nov. 2007, n°04-17.893, SCI caution)

- Soit s'il existe une **communauté d'intérêts** entre la société et les débiteurs de l'obligation garantie (Cass. civ. 1ère 8 nov. 2007, n°04-17.893, SCI caution)

- Soit être **acceptée par l'ensemble des associés** (Cass. civ. 1ère 8 nov. 2007, n°04-17.893, SCI caution)

Vu l'ancienneté de l'arrêt de la première chambre civile, toute nouvelle décision de cette formation était attendue pour savoir si elle souhaitait maintenir son opinion divergente. Son arrêt du **18 octobre 2017**, n°16-17184 est donc particulièrement important à relever. En l'espèce, une SCI avait apporté sa garantie du remboursement d'un prêt souscrit par l'un des associés, en rédigeant un acte authentique avec affectation hypothécaire de l'immeuble dont elle était propriétaire. L'associé se révèle défaillant. Le créancier fait valoir le cautionnement hypothécaire contre la SCI qui l'assigne en annulation de la sûreté.

La première chambre civile rend un arrêt de cassation en frappant de nullité absolue le cautionnement hypothécaire, ce qui lui permet d'écarter la prescription plus brève retenue par la cour d'appel. Certes, elle suggère que la sanction serait motivée par « un vice affectant l'acte de cautionnement, en ce qu'il n'entrerait pas dans l'objet social ».

Elle n'impose donc pas expressément d'étudier la conformité avec l'intérêt social. Néanmoins, l'acte ayant été approuvé par les associés, elle aurait pu en déduire un accord sur une modification implicite de l'objet social. L'arrêt est publié au bulletin et, sans qu'il soit possible d'en déduire un revirement de jurisprudence claire, il faut en conclure une difficulté confirmée à prévoir une garantie accordée par une société civile sur son unique immeuble, quand bien même les associés auraient donné leur accord.



Sophie Schiller

Déclaration notariée d'insaisissabilité et liquidation judiciaire : la Cour de cassation poursuit son œuvre créatrice

Cass. com., 13 novembre 2017, n° 16-10206

Les faits sont classiques. M. X-Y a acquis sa résidence principale moyennant un emprunt contracté auprès du Crédit Lyonnais. Par un acte notarié du 30 décembre 2010, il a procédé à une déclaration d'insaisissabilité sur sa résidence principale.

Par la suite, il a été mis en liquidation judiciaire le 9 décembre 2011. Détenant une créance antérieure à la publication de ladite déclaration, la banque en a poursuivi le recouvrement sur l'immeuble insaisissable et en appel demandé que l'arrêt à intervenir puisse valoir titre exécutoire contre le débiteur, mais seulement aux fins de sûretés ou voies d'exécution sur cet immeuble ou tout bien subrogé.

La Cour d'appel a rejeté la demande au motif qu'aucun texte ne lui permettait de l'accueillir. Par un arrêt du 13 novembre dernier, destiné à la publication, la Cour de cassation censure la décision (Com. 13 sept. 2017, D. 2017, 1759, obs. A. Lienhard ; BJE 2017, note C. Lisanti). Au visa des articles L. 526-1 du Code de commerce, pris dans sa rédaction antérieure à la loi du 6 août 2015, et L. 111-2 du Code des procédures civiles d'exécution, elle énonce que « le créancier auquel la déclaration d'insaisissabilité est inopposable bénéficie, indépendamment de ses droits dans la procédure collective de son débiteur, d'un droit de poursuite sur cet immeuble ». Elle précise que le créancier doit être en mesure de l'exercer « en obtenant, s'il n'en détient pas un auparavant, un titre exécutoire par une action contre le débiteur tendant à voir constater l'existence, le montant et l'exigibilité de sa créance ».

L'on rappellera qu'avant l'entrée en vigueur de loi du 6 août 2015, qui pose le principe de l'insaisissabilité de plein droit de la résidence principale, un entrepreneur individuel devait procéder à une déclaration d'insaisissabilité établie devant notaire et publiée à la conservation des hypothèques et sur le registre de publicité légale s'il souhaitait protéger sa résidence principale, l'efficacité de la déclaration ayant été reconnue en liquidation judiciaire dès lors que celle-ci est régulière (Cass. com., 24 mars 2015, n° 14-10.175, Rev. sociétés 2015, p. 404, obs. Henry ; Cass. com., 5 mai 2015, n° 14-11.949 ; Com 15 nov. 2016, n° 14-26.287, D. 2016. Actu. 2333, obs. Lienhard).

Restait entière la question des droits des créanciers auxquels la déclaration n'était pas opposable, qu'ils soient antérieurs ou privés. Faisant œuvre créatrice, la Haute Cour a par un arrêt du 5 avril 2016, apporté un début de réponse. Elle a admis que les créanciers antérieurs peuvent procéder à la saisie de l'immeuble faisant objet d'une telle déclaration (Com. 5 avr. 2016, n° 14-24.640, D. 2016. Actu. 837, obs. A. Lienhard, Jur. 1296, note N. Bor-

ga, et Pan. 1894, obs. P.-M. Le Corre). Par ce nouvel arrêt, elle confirme la solution et la complète en précisant les conditions dans lesquelles l'exécution forcée peut être poursuivie. Le créancier doit être muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible.

Il doit exercer son droit de poursuite dans les conditions propres à chaque mesure d'exécution, soit en l'espèce par un commandement valant saisie suivi de différents actes préparatoires à la vente d'immeuble. L'ouverture de la procédure ne fait pas obstacle à la mise en œuvre de ces mesures, l'immeuble étant hors des actifs de la procédure collective.

Il n'en demeure pas moins que la déclaration reste efficace à l'égard des créanciers professionnels postérieurs ; elle ne perd donc pas son utilité dans la mesure où elle pourra continuer d'être utilisée pour protéger les autres biens fonciers de l'entrepreneur individuel non affectés à son usage professionnel, qu'il s'agisse de biens bâtis ou non bâtis.



Anne-Françoise
Zattara-Gros

Loi de Finances : De l'ISF à l'IFI

Au 1er janvier 2018, l'ISF est abrogé ... mais aussitôt remplacé par l'IFI qui lui emprunte bon nombre de ses caractéristiques (personnes imposables, notion de foyer fiscal, barème, seuil d'imposition, plafonnement, certaines exonérations et règles d'évaluation notamment).

La différence la plus notable est que désormais seul l'immobilier est taxable. Mais ce principe simple est toutefois immédiatement rendu plus complexe par le fait qu'il s'agit de l'immobilier, **direct** et **indirect**. Ainsi, les parts sociales ou actions seront donc également taxables à hauteur des biens immobiliers imposables détenus par la société ou ses filiales, par un mécanisme de transparence qui sera particulièrement lourd à mettre en œuvre dans les groupes de sociétés.

D'autre part de nombreuses exceptions sont apportées à la taxation des parts ou actions, qu'il faudra ensuite articuler avec certaines exonérations reprises de l'ISF. Enfin, le législateur adopte de nombreuses dispositions anti optimisation visant à neutraliser certains passifs souscrits par le redevable ou par les sociétés qui pourraient avoir pour effet de minorer l'assiette.

Au final et malgré une importante réduction de l'assiette, il en résulte un impôt beaucoup plus complexe que l'ISF qui devra être interprété au regard de la jurisprudence rendue en matière d'ISF et de droits de mutation à titre gratuit.

Deux arrêts du Conseil d'Etat du 8 novembre 2017 apportent d'importantes précisions sur le régime fiscal des associés de sociétés de personnes

CE, 8 nov. 2017, n°399764 : l'usufruitier des parts sociales peut déduire de ses revenus la part du déficit foncier correspondant à ses droits.

Dans cette affaire M. et Mme X, usufruitiers des parts d'une SCI ayant généré un déficit foncier, l'avaient imputé sur leurs autres revenus fonciers à concurrence des parts dont ils détenaient l'usufruit. L'administration leur en contesta la déductibilité estimant que l'usufruitier des parts n'est imposable que sur les bénéfices sociaux entendus au sens strict, et que seul le nu-propriétaire, en sa qualité d'associé, peut déduire les déficits. La Cour administrative d'appel de Bordeaux donna raison à l'administration en procédant à une lecture excessivement littérale de l'article 8 du CGI qui dispose qu'« en cas de démembrement de la propriété de tout ou partie des parts sociales, l'usufruitier est soumis à l'impôt sur le revenu pour la quote-part correspondant aux droits dans les bénéfices que lui confère sa qualité d'usufruitier ». Le Conseil d'Etat censure sa décision estimant que l'usufruitier est soumis à l'impôt sur le revenu à raison de sa quote-part dans les revenus fonciers (et non dans les seuls bénéfices) correspondant à ses droits dans les résultats de la société.

CE, 8 nov. 2017, n°389990 : l'associé qui cède les parts sociales d'une société de personne peut retenir dans le prix d'acquisition la quote-part des bénéfices de la société lui revenant, qui n'ont pas fait l'objet d'une imposition effective en application d'une disposition par laquelle le législateur a entendu accorder un avantage fiscal définitif.

M. A était associé d'une société qui avait vendu un immeuble en réalisant une plus-value exonérée en raison de sa durée de détention. Lors de la dissolution de la société un litige l'opposa à l'administration fiscale concernant la plus-value sur ses parts sociales. L'administration contestait qu'il puisse retenir dans son prix d'acquisition la fraction du résultat de la société correspondant à la plus-value immobilière au motif qu'elle avait été exonérée d'impôt au niveau de la société. Le Tribunal Administratif de Strasbourg puis la Cour administrative d'Appel de Nancy admirèrent la thèse de l'administration. Le Conseil d'Etat censure ces décisions.

On savait déjà qu'en application de la jurisprudence dite « Quemener-Baradé » lorsque l'associé cède les parts qu'il détient dans une société relevant de l'article 8 du CGI, leur prix d'acquisition doit être corrigé afin de ne pas aboutir à une double imposition. Il est majoré de la quote-part des bénéfices de la société lui revenant qui a été ajoutée à ses revenus imposés, ainsi que des pertes ayant donné lieu de sa part à un versement en vue de les combler. Il est en revanche minoré des déficits déduits par l'associé, et des bénéfices ayant donné lieu à répartition au profit de l'associé.

La décision du Conseil d'Etat apporte un important complément : le prix d'acquisition des parts doit également être majoré de la quote-part des bénéfices de la société ou du groupement revenant à l'associé, qui n'ont pas fait l'objet d'une imposition effective en application d'une disposition par laquelle le législateur a entendu accorder un avantage fiscal définitif, telle qu'une plus value immobilière exonérée. De la même façon le prix d'acquisition n'a pas lieu d'être minoré des déficits que l'associé a déduits pendant cette même période, lorsqu'ils trouvent leur origine dans une disposition par laquelle le législateur a entendu octroyer un avantage fiscal définitif.



Renaud Mortier



Jean-François Desbuquois

Réserve héréditaire et ordre public international

Cass. 1re civ., 27 septembre 2017, n° 16-13.151

Cass. 1re civ., 27 septembre 2017, n° 16-17.198

Deux célèbres compositeurs français décèdent l'un et l'autre aux États-Unis, où ils étaient domiciliés, avant le 17 août 2015. Dans les deux cas, la loi applicable à la succession est la loi californienne, qui ignore la réserve héréditaire. Les défunts avaient organisé leurs successions au moyen de trusts dont la dernière épouse était à chaque fois bénéficiaire.

Les enfants français, issus de premiers lits, se prévalent de leurs droits à réserve en soutenant que l'ordre public international français s'oppose à l'application d'une loi étrangère ignorant la réserve. Dans deux décisions très attendues et sans surprise, la Cour de cassation (Cass. 1re civ., 27 septembre 2017, n° 16-13.151 et Cass. 1re civ., 27 septembre 2017, n° 16-17.198) affirme qu'« une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels ».

Les deux arrêts ayant déjà été abondamment commentés, nous nous bornerons à mettre en avant leurs intérêts et les précautions qu'ils appellent pour les gestionnaires de patrimoine dans une perspective d'anticipation successorale.

En premier lieu, de par la généralité des deux décisions, il ne semble pas faire de doute que la solution retenue, bien qu'appliquée à des successions ouvertes avant le 17 août 2015, soit transposable aux successions relevant du champ d'application du règlement européen n°650/2012, dit règlement « successions ».

En second lieu, dès lors que la protection de la réserve ne relève pas, par principe, de l'ordre public international français, les stratégies « classiques » d'anticipation successorale, et, surtout, celles issues du règlement « successions » pourront continuer d'être proposées à leurs clients par les professionnels de la gestion de patrimoine. Tel est notamment le cas de la *professio juris*, permise par l'article 22 du règlement européen, en vertu de laquelle une personne peut choisir comme loi applicable à sa succession la loi de sa nationalité au moment du choix ou au moment de son décès. Un Anglais ou un Américain peut ainsi soumettre sa succession à sa loi nationale, alors même que celle-ci ignore la réserve, sans crainte, a priori, d'éviction de la loi ainsi choisie.

Dans le même esprit, une délocalisation, fondée sur un changement de résidence habituelle, pour établir cette dernière dans un pays ignorant la réserve, devrait pouvoir développer ses effets, dès lors que le défunt aura bien conservé ladite résidence dans l'État en question au moment de son décès. La stratégie d'ameublement pourra encore être utilisée afin de faire obstacle au mécanisme du renvoi prévu par l'article 34 du règlement « successions » et de soumettre l'intégralité de la succession à une loi ignorant la réserve.

Tel pourrait être le cas, par exemple, d'une personne ayant sa résidence habituelle en Angleterre et qui serait propriétaire d'un immeuble en France. L'apport de l'immeuble à une société permettra de soumettre toute la succession à la loi anglaise, sans, a priori, qu'une atteinte à l'ordre public international puisse être invoquée.

Si les stratégies ici évoquées offrent des avantages évidents sur un plan purement civil, elles peuvent également présenter des intérêts non négligeables sur le plan fiscal. Toutefois, deux tempéraments doivent être mentionnés afin que les options proposées ne soient pas remises en cause.

D'abord, en aucune façon l'option envisagée ne devra caractériser une fraude à la loi sur le plan civil, ou un abus de droit sur le plan fiscal. Ensuite, il ressort des deux arrêts du 27 septembre 2017 que la loi étrangère pourrait être écartée si son application concrète devait conduire à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels.

Tel serait le cas si l'application de la loi étrangère devait placer les héritiers réservataires dans une situation de dépendance économique ou de besoin.



Eric Fongaro

La participation aux acquêts et la créance de participation

Cass. civ. 1re, 15 nov. 2017 (n° 16-25.023, F-P+B)

Le régime de la participation aux acquêts est souvent critiqué par les praticiens au motif que la liquidation de la créance de participation se révèle complexe. S'il est permis de ne pas partager ce constat, force est de constater que ce régime est peu adopté par les époux. Les magistrats confrontés au rare contentieux en la matière peuvent alors rendre des décisions difficilement intelligibles, qui témoignent sans doute de leur embarras. Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 15 novembre 2017 (JurisData n° 2017-022786), à paraître au bulletin, en offre une nouvelle illustration.

En l'espèce, des époux, séduits par ce régime mal-aimé qu'ils avaient pourtant adopté, ne se sont pas accordés sur la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux à la suite de leur divorce. Deux questions se posaient notamment.

En premier lieu, le traitement liquidatif d'une indemnité de licenciement a suscité des hésitations. La Cour d'appel de Paris avait ainsi considéré que *« les indemnités, même transactionnelles, réparatrices d'un dommage moral ou matériel, ne sont pas propres, mais tombent en communauté dans le régime légal, de sorte qu'elles doivent être considérées comme des acquêts dans le régime de la participation aux acquêts »*. Il en a été déduit que la somme perçue ne pouvait pas faire partie du patrimoine originaire.

Pourtant, les faits de l'espèce invitaient à une toute autre analyse, compte tenu de la chronologie des événements. En effet, le licenciement avait été notifié à l'épouse dix jours avant son mariage, et les indemnités avaient été perçues pendant l'union sur la base d'un protocole transactionnel conclu deux jours après le mariage (il est des cadeaux de nocces plus réussis...). Les juges du fond s'étaient crus autorisés à en conclure que cette indemnité perçue durant l'union était un acquêt en ce qu'elle constituait un substitut de rémunération perçu durant le régime.

Sans surprise, l'analyse est censurée par la Cour de cassation. Sous le visa de l'article 1570 du Code civil, la Cour rappelle que le patrimoine originaire comprend les biens qui appartenaient à l'époux au jour du mariage. Or, la créance d'indemnité de licenciement, née le jour de la notification de la rupture du contrat de travail, préexistait au mariage, de sorte qu'elle devait être incluse dans le patrimoine originaire de l'épouse.

La solution n'est pas nouvelle. Dans un arrêt du 3 février 2010, la première chambre civile de la Cour de cassation avait déjà précisé que la créance d'indemnité de licenciement ayant pour objet de réparer le préjudice résultant pour un époux de la perte de son emploi naît le jour de la notification de la rupture du contrat de travail et entre en totalité en communauté dès lors que cette notification est intervenue en cours d'union (voir : Cass, 1ère civ, 3 février 2010, Bull. I n° 33; RTDCiv. 2010 p. 609 obs. B. Vareille). Il n'y a pas lieu de prendre en considération l'ancienneté acquise avant le mariage pour procéder à la qualification de l'indemnité, la date de naissance de la créance étant le seul critère permettant de qualifier l'indemnité perçue. La date d'encaissement des fonds ne peut pas davantage fonder la qualification de l'indemnité perçue, ni même la date de la transaction qui, par nature, ne crée aucun droit nouveau. En l'espèce, la créance d'indemnité de licenciement était bien née avant l'union, et devait figurer à ce titre au patrimoine originaire de l'épouse licenciée.

Une seconde difficulté était soumise à la première chambre civile de la Cour de cassation, tenant au traitement liquidatif des contrats « Carel ». Il s'agit de contrats destinés aux élus locaux afin de se constituer une pension de retraite par rente, qui ont été qualifiés par les juges du fond de *« contrats de retraite par capitalisation à adhésion facultative »*. Pourtant, pour écarter ce contrat du patrimoine final de l'époux souscripteur, la Cour d'appel de Paris avait retenu un raisonnement difficilement intelligible puisque l'arrêt énonçait que *« le projet liquidatif suggérant que les époux agissaient comme s'ils étaient en séparation de biens, de sorte qu'ils pouvaient librement dépenser leurs gains et salaires, c'est à juste titre que le premier juge, relevant que ces contrats s'analysaient en une assurance sur la vie, les a qualifiés de propres de Monsieur »*.

On peine à comprendre l'analyse retenue par les juges du fond, qui ne pouvait que se prêter à la censure de la Cour de cassation sous le visa des articles 1572 du code civil et 455 du code de procédure civile. La Cour rappelle ainsi que font partie du patrimoine final tous les biens qui appartiennent à l'époux au jour où le régime matrimonial est dissous.

Les juges du fond ne pouvaient donc pas écarter ces contrats du patrimoine final par une motivation aussi peu compréhensible.

Cette décision est alors à rapprocher de la solution posée par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 23 mai 2006 (n° 05-11512, Bull. I n° 259). Lorsque les cotisations à un contrat de retraite complémentaire ont été payées avec des fonds communs jusqu'à la dissolution de la communauté, la valeur de ce contrat fait partie de l'actif commun et les droits nés de ce contrat sont nécessairement attribués, après la dissolution, au souscripteur ou au bénéficiaire désigné, de sorte qu'il doit être tenu compte dans les opérations de partage de la valeur du contrat au jour de la dissolution de la communauté.

Sous un régime de participation aux acquêts, cela conduit à considérer que cette valeur est à faire figurer au seul patrimoine final de l'époux souscripteur, sur le fondement de l'article 1572 du code civil. Encore faudra-t-il la déterminer, mais c'est là un autre sujet...



Estelle Naudin

Actualités réglementaires 2018

L'actualité de l'édifice réglementaire s'impose à l'exercice professionnel du conseil en gestion de patrimoine. Force est de constater que ce dernier se retrouve souvent décontenancé face à un réel «mille-feuille réglementaire». Pour l'année 2017, nous avons assisté aux ultimes actions du processus européen censé homogénéiser la conception et la distribution des produits financiers et d'épargne pour une mise en application dès 2018. Et quatre bouleversements majeurs se présentent désormais.

Tout d'abord, et faisant suite en l'état à de nombreuses négociations sur les textes, le calendrier du Règlement sur les produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance (Priip) est finalement entré en vigueur le 1er janvier 2018. L'objectif du Règlement est d'uniformiser l'information précontractuelle remise à une clientèle de détail pour les produits d'investissement dont la performance est fonction d'actifs sous-jacents. Son périmètre est défini strictement et couvre notamment les obligations structurées, les OPCVM, les contrats d'assurance-vie en unité de compte, les obligations convertibles ou encore les titres ou parts de véhicules de titrisation.

Le Règlement impose que préalablement à toute commercialisation, l'obligation de conseil induira la fourniture à l'investisseur de détail, avant que ce dernier ne soit lié par un contrat ou une offre, un document d'informations clés (DICI), non seulement lors de l'élaboration du Priip, mais aussi lors de modifications d'un Priip existant, y compris, lors d'une modification du profil de risque, de la rémunération ou des coûts liés à un investissement dans ce produit.

Par ailleurs, l'intégration par le droit français de la directive sur les marchés financiers (MIFII) est entrée en vigueur le 3 janvier 2018. Elle a pour objectif d'améliorer la protection des investisseurs, en renforçant notamment les règles en matière de prévention des conflits d'intérêts et d'information de la clientèle. À ce titre, le texte prévoit, une adéquation des obligations d'information à la nature et au périmètre du conseil fourni selon l'indépendance du conseil formulé, le périmètre de l'analyse des types d'instruments financiers et l'évaluation périodique du caractère approprié des instruments financiers recommandés, ainsi que les coûts et les charges liés à l'investissement. Elle prévoit aussi, la définition du régime du conseil indépendant qui impose que le conseil fourni ne pourra se présenter comme «indépendant» seulement si le conseiller d'une part ne perçoit pas de rétrocessions sur la vente des produits conseillés, et d'autre part s'il propose une gamme suffisamment diversifiée de produits aux clients.

Dès lors la perception des rétrocessions («inducements») sera conditionnée à une amélioration du service offert au client, ainsi qu'à l'absence d'atteinte aux obligations de la société d'agir au mieux pour les intérêts de son client. Sur ce point, le régulateur européen de la sphère financière (ESMA) a retenu une définition élargie de la notion «d'amélioration de la qualité du service rendu au client».

Ensuite, le GDPR (General Data Protection Regulation) adopté par le Parlement européen le 14 avril 2016, fort d'une véritable volonté de responsabilisation de tous les acteurs amenés à traiter, collecter ou fournir

des données à caractère personnel, au sens strict comme au sens large, vient impacter les professionnels de la gestion de patrimoine. Ses dispositions seront en vigueur à partir du 25 mai 2018, sans aucune nécessité de transposition en droit interne puisque par nature le Règlement sera d'application directe dans tous les états membres de l'Union européenne.

Le GDPR apporte deux avancées permettant aux institutions financières une meilleure collecte de leurs données ainsi qu'une gestion du risque rationalisée. D'une part, celui-ci vient imposer la nomination d'un Data Protection Officer. D'autre part, il impose dans le cas d'une faille de sécurité, deux obligations au responsable du traitement : une notification à l'autorité de contrôle d'une violation de données à caractère personnel, ainsi qu'une communication à la personne concernée.

Enfin, une directive sur la distribution d'assurance (DDA, également désignée IDD) qui devait intervenir le 23 février prochain, a finalement été reportée au 1er octobre 2018. D'importantes tractations ont en effet eu lieu auprès des organes régulateurs afin d'obtenir une nouvelle période de sursis de 6 mois supplémentaires.

La directive a pour finalité une harmonisation du niveau de protection du consommateur, quel que soit le mode de distribution. Ainsi, le consommateur va bénéficier de normes standards comparables, en particulier concernant la fourniture d'information, et d'une concurrence à des conditions égales entre les intermédiaires, qu'ils soient ou non liés à une entreprise d'assurance. En matière de politique de rémunération, la transparence est ici aussi essentielle, et cette politique de rémunération des distributeurs d'assurance concerne à la fois salariés ou intermédiaires qui devront agir dans le meilleur intérêt du client, afin de faire une recommandation appropriée, et de présenter une information exacte, claire et non-trompeuse. En plus des informations requises fournies dans le document clé d'information, il conviendra de fournir des informations supplémentaires détaillant les coûts de la distribution, qui ne sont pas déjà inclus dans les coûts spécifiques déjà indiqués. Ceci afin que les clients comprennent l'effet cumulatif que ces coûts globaux ont en termes de retour sur investissement.

Deux nouvelles contraintes apparaissent donc pour les professionnels :

En premier lieu, l'établissement du PID (Product Information Document) qui est un document d'information précontractuel destiné à informer le client des caractéristiques principales des assurances non-vie. Ce document apparaît donc comme le pendant du DICI ou KID (Key Information Document) en matière d'assurance-vie.

En second lieu, le POG (Product Oversight and Governance Requirements), qui lui concerne les obligations de surveillance et de gouvernance des produits d'assurance. C'est ici un changement majeur, car désormais le producteur devra s'assurer que son produit est adapté à un marché cible et que sa stratégie de distribution est appropriée non seulement lors de son lancement, mais aussi qu'elle le reste dans le temps.

Il convient donc désormais de partir de l'analyse des besoins clients et non plus d'argumenter comme auparavant à partir d'un produit et de ses caractéristiques. Une nouvelle matrice semble ainsi s'imposer démarrant évidemment par une analyse des besoins du client. C'est ensuite au travers de test de cohérence, de caractère approprié et in fine de test d'adéquation qu'il convient de vérifier la conformité aux intérêts clients. Le respect de la réglementation doit bien sûr s'inscrire dans les règles de Lutte Anti Blanchiment et Financement du Terrorisme, dans celles liées aux problématiques de conflit d'intérêts, ou encore de données personnelles dans le cadre du GDPR.

Une stratégie de distribution doit être décrite pour chaque produit, afin qu'elle convienne au marché cible défini, et prenne des mesures raisonnables pour que le produit d'assurance puisse être distribué. Enfin, la DDA rappelle un élément fondamental de la relation client : la relation de confiance qui doit s'inscrire dans le temps. Elle impose notamment une périodicité pour attirer l'attention des clients en élaborant des recommandations personnalisées fondées sur des réévaluations périodiques au sens de l'art 14. La fréquence de l'évaluation d'adéquation pourrait être annuelle, mais semble devoir être réalisée selon l'article 1 — conforté par les recommandations de l'ACPR — autant de fois que de besoin.

La réglementation de 2018 va donc beaucoup plus loin désormais en demandant une adéquation continue entre l'offre produit et les demandes de la cible clientèle visée, dans un souci d'information et de protection toujours plus grand des investisseurs.



Nicolas Esplan