



FNDP

Fédération
Nationale
Droit du
Patrimoine

La Lettre de la FNDP

Numéro 10 - Décembre 2018

Numéro 10

Édito

C'est en 2008, avec les Professeurs Jean Prieur et Thierry Revet, que nous avons eu l'idée de créer la Fédération Nationale Droit du Patrimoine. C'est en 2009 que notre projet a abouti. Nous le faisons avec l'idée toute simple que l'union fait la force ; nous le faisons pour nos étudiants, avec l'idée de structurer un réseau, et d'élever leurs formations aux plus hauts standards d'exigence ; nous le faisons avec la conviction que le Droit devait être replacé au centre du jeu, au cœur de l'ingénierie patrimoniale.

Dix ans plus tard, le succès est là ; plus que jamais : 7 diplômés de niveau Master 2 ; 120 étudiants par an ; un diplôme commun de niveau post M2 qui connaît un succès remarquable : le DFJP (diplôme fédéral de juriste du patrimoine) ; 4 professions fédérées à travers leurs membres et représentants (Barreau de Paris ; Conseil Supérieur du Notariat ; Association Nationale des Juristes de Banque ; Association des Juristes d'Assurance et de Réassurance) ; un comité juridique prolifique, composé d'éminents spécialistes ; des colloques et conférences réguliers organisés dans toute la France ; et j'allais oublier... une lettre bimestrielle d'actualités.

Pour marquer son passage de l'ère de la jeunesse vers celle de la maturité, la FNDP organise le 11 février 2019 un colloque sous la présidence du sénateur François Pillet. Le sénateur Pillet m'avait, ainsi que ma collègue et amie le Profes-

seur Sophie Schiller, auditionné en vue de la rédaction du projet de loi de ratification de l'ordonnance ayant réformé le droit des contrats. Nous prônons une ratification à droit non constant, et certaines des améliorations que nous avons alors proposées ont été consacrées par la loi.

A la FNDP, nous ne faisons pas de lobbying, car nous ne portons pas les intérêts particuliers d'une entreprise, ni même d'une profession. Nous nous battons simplement pour la qualité du Droit, telle que Portalis la concevait, dans la tradition de ce que le Droit français peut porter en lui de meilleur ; nous voulons et mieux – nous pensons et proposons – un Droit lisible, accessible, sûr, cohérent, équitable, efficace, adapté à ceux qu'il régit et en lien avec son environnement international.

Le programme du colloque du 11 février 2019, que vous trouverez ci-dessous, permettra de l'illustrer. Nous vous convions très chaleureusement à ce moment de réflexion, d'échange, et de fête : nous y évoquerons amplement certaines des propositions de réforme façonnées au sein de notre comité juridique, soit qu'elles aient été consacrées, soit qu'elles méritent de l'être. A l'image du Droit, la FNDP est en perpétuel mouvement, et je remercie vivement tous ceux, collègues, professionnels, personnels administratifs et étudiants, qui par leur dynamisme bienveillant, y contribuent jour après jour.

Sommaire

Assurance-Vie	5
Droit fiscal patrimonial	6
Droit des sociétés	7-8
Obligations réglementaires	9
Protection et responsabilité patrimoniales de l'entrepreneur	10
Droit patrimonial de la famille	11

Agenda

Colloque Fiscal FNDP : 10 janvier 2019	12
Colloque des 10 ans de la FNDP au Sénat : 11 février 2019	



Renaud Mortier

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, Professeur des universités, Université de Bordeaux 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.

Colloque des 10 ans de la Fédération Nationale Droit du Patrimoine

Les réformes récentes et à venir

Sous la présidence de Monsieur le Sénateur François Pillet

Programme du 11 Février 2019

14 h 00 Propos introductifs
Monsieur le sénateur François Pillet

Première partie : Propositions du comité juridique en droit des obligations
(14 h 15 -15 h 20)

14 h 15 **Bref retour sur la réforme des articles 1145 et 1161 du Code civil**

Renaud Mortier, Président de la FNDP, Professeur à l'Université Rennes 1
Sophie Schiller, Présidente du comité juridique de la FNDP, Professeur à l'Université Paris-Dauphine

14 h 30 **Proposition de réforme de l'article 1124 du Code civil**

Renaud Mortier, Président de la FNDP, Professeur à l'Université Rennes 1

14 H 40 Difficultés liées à la notion de contrat d'adhésion

Cécile Lisanti, Professeur à la l'Université de Montpellier

15 h 00 Questions de la salle

Seconde partie : Propositions du comité juridique en matière patrimoniale

Réformes en cours (15 h 20-16 h 30)

15 h 20 **L'impact de la réforme des actions de préférence**

Anne-Françoise Zattara-Gros, Maître de conférences à l'université de la Réunion

15 h 40 **L'impact de la réforme des articles 1833 et 1835 du Code civil (objet social/raison d'être)**

Sophie Schiller, Présidente du comité juridique de la FNDP, Professeur à l'Université Paris-Dauphine

16 h 00 **L'impact de la réforme de l'assurance retraite par capitalisation**

Pascal Lavielle, Responsable du service ingénierie patrimoniale et support juridique. Responsable fiscal. Responsable retraite collective de la Direction juridique et fiscale de BNP Paribas Cardif

16 h 15-16 h 40 Questions de la salle

16 h 40 Pause

Réformes proposées (17 h 00-18 h 30)

17 h 00 **Instituer une société civile unipersonnelle**

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

17 h 15 **Renforcer l'autonomie professionnelle des époux**

(art. 1832-2 et 265 du Code civil)

Estelle Naudin, Professeur à l'Université de Strasbourg

17 h 30 **Consacrer l'insaisissabilité de la résidence principale du dirigeant de société**

Sylvain Guillaud-Bataille, Notaire à Paris

17 h 40 **Sécuriser le concept de société holding animatrice de groupe**

Jean-François Desbuquois, Avocat associé, Cabinet Fidal

18 h 00 **Déverrouiller la fiducie patrimoniale**

Claire Farge, Avocate, Cabinet Fidal

18 h 20 Questions de la salle

18 h 40 Fin des Travaux

Palais du Luxembourg

Salle Medicis

15 rue Vaugirard

75006 Paris

Inscription gratuite dans la limite des places disponibles

Assurance vie : les dangers d'une désignation par qualité

La désignation du bénéficiaire d'une assurance vie par référence exclusive à une qualité est une pratique très courante. Si celle-ci présente des avantages évidents, elle doit être maniée avec prudence, certains écueils devant être évités.

Tout d'abord, la désignation par qualité doit être réservée aux états pouvant être établis par la production d'un acte officiel, tel qu'un acte de notoriété ou un acte d'état civil. Un arrêt récent de la Cour de cassation rappelle par exemple les dangers d'une désignation d'un concubin en qualité de bénéficiaire de la garantie décès (Cass. 1ère civ., 03 oct. 2018, n° 17-13.113). Dans cette affaire, une personne affirme être en couple avec l'adhérente d'un contrat d'assurance vie dont la clause bénéficiaire désignait le concubin comme attributaire de la garantie décès. À cette fin, celle-ci produit différentes attestations, telles que des factures d'électricité, la mention des deux noms sur le bail (signé 13 ans avant le décès) et des avis d'échéances postérieurs. Sa demande est rejetée au motif que « la preuve de la vie commune à cette date n'est rapportée ni par les factures d'électricité ni par la mention des noms de M. X... et Mme Z... sur le bail locatif, celui-ci datant de 1996 et les avis d'échéances postérieurs ne faisant que reproduire son intitulé ». Ces attestations, en raison de leur imprécision, « ne permettent pas de déterminer si M. X... vivait avec elle au moment du sinistre ». La référence à la seule qualité, fût-elle aisée à établir, peut ne pas suffire.

Il faut ensuite tenir compte du fait que certaines qualités, comme celle de conjoint ou de partenaire pacsée, ne sont pas permanentes, à la différence d'autres (descendants, ascendants ou même héritiers ab intestat). Il est donc nécessaire pour celles-ci de les enrichir pour éviter toutes difficultés. En précisant par exemple, que le bénéficiaire sera le conjoint non partie à une convention ou procédure de divorce.

Pour d'autres, c'est l'opportunité même d'une désignation par qualité peut être discutée. Il en va ainsi pour celle, très fréquente, des héritiers de l'assuré, en tant de désignation subséquente. Une telle stipulation peut en effet paralyser la mise en œuvre d'une stratégie de renonciation des bénéficiaires de rangs préférables.

Voici par exemple plusieurs contrats avec chacun une clause bénéficiaire qui désigne le conjoint, à défaut les enfants, à défaut les héritiers. Compte tenu de l'importance respective des garanties décès et de l'actif successoral net, les enfants auraient tout intérêt à ce que la valeur de l'une des garanties tombe dans l'actif successoral. À cette fin, conjoint et enfants pourraient renoncer à la succession, mais un héritier, le frère par exemple de l'assuré, pourrait accepter, recevant ainsi la garantie...

Afin d'éviter cela, les enfants ne renonceront pas, contrairement à ce que dicte leur intérêt. Pour anticiper ce risque, il pourrait être suggéré de limiter le recours à cette forme de désignation par qualité au seul cas de prédécès des bénéficiaires de rang préférable.

S'agissant d'une désignation principale des héritiers, il est également utile de bien penser les effets de l'article L. 132-8 du Code des assurances, selon lequel les héritiers, ainsi désignés, ont droit au bénéfice de l'assurance en proportion de leurs parts héréditaires.

L'application de ce texte peut soulever de nombreuses difficultés : incertitude sur la qualité des héritiers (faut-il par exemple traiter ainsi le légataire à titre universel, recevant l'usufruit de la succession ou la légataire à titre universel recevant tous les droits immobiliers?), ou encore sur l'étendue de leurs droits respectifs (L'application de ce texte peut aboutir par exemple à un démembrement non préparé de la garantie décès).

Un arrêt récent rendu par la Cour de cassation, le 19 septembre 2018 en constitue une excellente illustration (Cass 1ère civ 19 septembre 2018 n° 17-23568).

Dans cette affaire, un souscripteur désigne comme bénéficiaire du capital son fils Christian, puis modifie la désignation au profit de « ses héritiers ». À son décès viennent à sa succession, ses trois enfants, Ch., A. et D., mais par testament, le défunt avait légué à Ch. la quotité disponible.

L'enfant doit-il recevoir la moitié de la garantie en raison de sa qualité d'héritier réservataire et de légataire universel ou n'a-t-il droit qu'à la fraction correspondant à cette première qualité soit un tiers de la garantie ?

Telle avait été la position de la Cour d'appel, dont l'arrêt est cassé pour défaut de base légale : « En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui incombait, la volonté du souscripteur quant à la répartition du capital garanti, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ».

La solution de la Cour de cassation est sans doute exacte, cependant rien ne permet d'affirmer que le souscripteur a eu réellement la volonté de répartir ainsi la garantie. Il pouvait légitimement penser que le legs ne correspondait qu'aux actifs successoraux et n'affectait donc pas la garantie reçue hors succession.

Pour plus de sûreté, il est recommandé de préciser dans la clause les modalités de la répartition entre les héritiers de la garantie décès.



Michel Leroy

Lors de la liquidation d'une société, le droit de partage n'est pas dû sur le remboursement du capital social aux associés (Cass. com., 26 septembre 2018, n° 16- 24070)

Lors de la liquidation d'une société, le remboursement du capital au profit des associés intervient avant le partage entre eux de l'actif social conformément aux dispositions de l'article 1844 — 9 du Code civil. Par suite, il ne peut donc pas être assujéti au droit de partage prévu à l'article 746 du CGI. Cette exclusion est toutefois limitée au remboursement du capital social stricto sensu, et ne peut être étendue aux autres apports en numéraire réalisés par les associés, qui se trouveraient comptabilisés au moment de la liqui-

datation de la société sous d'autres postes comptables telles que des réserves ou des primes. Cette solution semble applicable à toute liquidation, quel que soit le régime fiscal de la société. Des réclamations pourraient être déposées dans le délai de l'article R 196-1 du LPF pour les liquidations déjà réalisées qui n'auraient pas tenu compte de cette règle.

La cession d'un usufruit viager au profit d'une société doit être taxée comme telle (Cass. com., 26 sept. 2018, n° 16-26.503)

Une SCI avait acquis auprès d'une autre SCI l'usufruit d'un ensemble immobilier, pour la plus longue des durées de vie de deux époux. Le conservateur des hypothèques avait assis sur le prix de cession les droits de mutation dus à cette occasion. La société redevable des droits prétendait assoir ces droits sur une assiette moindre, en appliquant à la valeur en pleine propriété le barème fiscal de l'article 669, I du CGI. Sa demande avait été accueillie favorablement par un retentissant arrêt de la cour d'appel de Paris (CA Paris, 13 sept. 2016). La Cour de cassation rejette le pourvoi en ces termes : «Ayant relevé que l'article 669 du code général des impôts, que ce soit en son premier ou en son second paragraphe, ne distingue pas entre personnes physiques et morales pour l'évaluation de l'usufruit, l'arrêt retient que l'application du paragraphe I n'est pas réservée aux cessions de droits démembrés entre personnes physiques; qu'il en déduit exactement que la liquidation des droits d'enregistrement afférents à la cession intervenue entre les sociétés est soumise aux dispositions de l'article 669, I du Code

général des impôts, dès lors que l'usufruit, qui n'est cédé que pour la survivance de M. ou de Mme Z..., est de nature viagère, peu important que cet usufruit entre personnes morales ne puisse excéder trente ans aux termes de l'article 619 du Code civil». Il ne nous semble pas qu'il faille inférer d'une telle décision la possibilité de stipuler un usufruit d'une durée supérieure à trente ans au profit d'une société, mais bien plutôt le plafonnement à trente ans d'un tel usufruit, sans que ce plafonnement, ignoré de l'article 669 du CGI, puisse avoir une quelconque incidence fiscale.



Renaud Mortier



Jean-François Desbuquois

Conditions de validité d'un cautionnement consenti par une SAS

Dans les montages patrimoniaux, il est presque systématique de loger dans une société dédiée les actifs. Dans ce cas, lorsque la société d'exploitation ou l'un des associés à l'origine du montage souhaite garantir un engagement, il ne dispose plus d'actif en son nom et il demandera à la société propriétaire du bien de se porter caution. Ces actes sont donc fréquents et la jurisprudence les a soumis à des conditions de validités strictes, allant jusqu'à prononcer l'annulation de ceux qui violeraient ces exigences. La FNDP a eu l'occasion de prononcer plusieurs avis sur les garanties accordées par des sociétés civiles. Un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 19 septembre 2018 (n° 17-17.600) concerne l'hypothèse d'une SAS caution, solution de plus en plus courante vue la multiplication de cette forme sociale désormais première forme sociale choisie y compris pour les montages patrimoniaux. Une SAS consent un engagement de caution envers la direction générale des impôts pour garantir les dettes d'une autre SAS. L'administration fiscale émet un avis de mise en recouvrement. La caution refuse de s'exécuter. Elle soutient que cet engagement serait nul en ce qu'il serait contraire à son objet social, ce que le bénéficiaire de la caution n'ignorait pas puisqu'il avait exigé que lui soit remis, lors de la signature de l'acte de caution, le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire des associés, en autorisant la souscription. Les juges du fond valident, néanmoins, la caution, au motif que sa souscription entrait bien dans l'objet social du garant. Cet objet autorisait, en effet, sa participation, directe ou indirecte, à toutes activités ou opérations industrielles, commerciales ou financières, mobilières ou immobilières, sous quelque forme que ce soit, ainsi qu'à toutes opérations pouvant se rattacher, directement ou indirectement, à cet objet. La Cour de cassation rejette le pourvoi sur une motivation lapidaire : « aux termes de l'article L. 227-6, alinéa 2, du code de commerce, la société par actions simplifiée est engagée envers les tiers même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'il ne soit démontré que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances; que cette preuve ne pouvant résulter du seul fait que l'administration fiscale aurait exigé que soit remis, lors de la signature de l'acte de cautionnement, le procès-verbal de l'assemblée générale de la société LSI autorisant son président à se rendre caution de la société Multiples ». Cet arrêt permet de revenir sur les conditions de validité d'un cautionnement consenti par une SAS, toutes ayant été relevées par le pourvoi. Tout d'abord, le cautionnement doit être conforme à l'objet social. Néanmoins, dans les sociétés par actions et les SARL, même en cas de dépassement de l'objet social, la société sera engagée, excepté si ce dépassement est connu du tiers bénéficiaire de l'acte (C. com.,

art. L. 223-18, L. 225-56, L. 225-64, L. 226-7 et L. 227-6). Dès lors, la preuve de la connaissance de ce dépassement et donc du contenu de l'objet social est essentielle. Sur ce point, l'arrêt nous apporte une précision. La connaissance, par le bénéficiaire du cautionnement, du dépassement de l'objet social, ne saurait être déduite du seul fait qu'il avait demandé la communication du procès-verbal de l'assemblée autorisant le cautionnement.

Par ailleurs, le pourvoi « faisait valoir que la Haute juridiction posait en principe que la sûreté donnée par une société doit pour être valable, non seulement résulter du consentement unanime des associés, mais également être conforme à son intérêt social ». La Cour de cassation écarte l'argument en une ligne « serait-elle établie, la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas, par elle-même, une cause de nullité des engagements souscrits par le président d'une société par actions simplifiée ». Il est vrai que l'article 10 de la directive n° 209/101/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009 énonce clairement que l'acte d'un dirigeant ne peut être contesté pour violation de l'intérêt social dans les sociétés par actions. Une jurisprudence bien établie l'a confirmée pour les sociétés par actions et pour les SARL (Cass. com., 14 févr. 2018, n° 15-24.146).

Enfin, argument plus novateur, la société soutenait la nullité de son engagement au motif que la souscription de la caution aurait été un moyen, pour son président, également président de la société cautionnée, de poursuivre, par personne interposée, son intérêt personnel. Il est, en effet, interdit, à peine de nullité, au président d'une SAS et à toute personne interposée, de faire cautionner par elle ses engagements envers les tiers (C. com., art. L. 225-43 et L. 227-12). Ce moyen n'a pas été retenu, la preuve de cette prétendue interposition de personnes n'étant pas rapportée.

Par ces trois réponses, l'arrêt apporte une sécurisation tout à fait bienvenue aux cautionnements accordés par une SAS.



Sophie Schiller

Vigilance sur les décisions de l'associé unique sous l'empire d'un trouble mental

CA Paris, 26 juin 2018, n° 17/03617, M.C. Hébert-Pageot, prés. ; F. Lallement, R. Feldman, av.

L'acte passé par une personne atteinte d'un trouble mental est-il ou non susceptible d'annulation? La question agite. Elle est revenue récemment devant la Cour d'appel de Paris, qui dans un arrêt du 26 juin 2018, a répondu par l'affirmative, infirmant le jugement de première instance. Se fondant sur les articles 1844-10 et 414-1 du Code civil, les juges du second degré annulent l'assemblée générale extraordinaire au cours de laquelle a été prononcée la révocation du gérant ainsi que de l'ensemble des résolutions qui ont suivi au motif que la seule associée de la société présentait à cette date un trouble mental.

C'est l'occasion pour la cour de signifier que l'ouverture de la tutelle ne fait pas obstacle à l'application du droit commun de l'insanité d'esprit prévu par les articles 414-1 et 414-2 du Code civil en vertu de l'article 466 du même code. Pour rappel, le premier texte dispose que pour faire un acte valable il faut être sain d'esprit et qu'il appartient à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble. Il s'ensuit qu'un acte régulièrement passé par un majeur protégé peut être ultérieurement annulé pour trouble mental (Civ. 1ère 20 oct. 2010, n° 09-13.635, D. 2011. 50, note Raoul-Cormeil).

L'arrêt est digne d'intérêt, car il offre une vision élargie du domaine d'exercice de l'action, lequel concerne les actes à titre onéreux (Civ. 1ère, 30 nov. 2017, n° 16-15.597, RTD com. 2018. 179, obs. B. Bouloc) comme à titre gratuit (C. civ., art. 901), dont notamment les contrats (C. civ., art. 1129). Avec l'arrêt présent, c'est une décision d'assemblée générale révoquant le co-gérant, qui est remise en cause. L'on peut dès lors être surpris. Et ce tant par la solution que la motivation, car au soutien de la solution est invoqué l'article 1844-10 du Code civil, lequel dispose que la nullité des délibérations des organes de la société peut résulter de l'une des causes de nullité des contrats en général. Si l'on songe naturellement à l'article 1129, qui prévoit que «conformément à l'article 414-1 il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat, reste que le gérant n'est pas un mandataire et qu'il n'a pas de place pour le contrat, ce que confirme une certaine jurisprudence (Com., 21

déc. 1987, Rev. Sociétés 1988, p. 398, note H. Synvet).

Pour ce qui est du régime de l'action, la Cour fait dans le plus classique. Elle rappelle qu'il est décliné par les articles 414-1 et 414-2, lesquels distinguent entre deux situations. Dans le cas où l'auteur de l'acte est vivant, seul celui-ci est fondé à agir. Dans l'hypothèse où il est décédé, l'action appartient aux héritiers pris au sens large puisqu'intégrant le légataire universel (Civ. 1ère, 8 juill. 2015, n° 14-17.768, D. 2016. 1523, obs. Lemouland, Plazy et Noguéro). Restera quelle que soit la situation à rapporter la preuve de l'altération des facultés mentales au moment de l'acte, ce qui le plus souvent en pratique passe, comme c'est le cas en l'espèce, par la production de conclusions issues des examens médicaux et expertise judiciaire psychiatrique.



Anne-Françoise
Zattara-Gros

Directive sur la Distribution d'Assurance et rémunération des intermédiaires et distributeurs

La directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances (DDA), est venue refondre le dispositif de la directive 2002/92/CE du 9 décembre 2002 sur l'inter médiation en assurance, dont elle a étendu l'application à toutes les ventes de produits d'assurance. Sa transposition, qui était initialement programmée pour le 23 février 2018, avait été reportée au 1er juillet 2018 par une directive du Conseil européen (Directive (UE) 2018/411 du Parlement européen et du Conseil, 14 mars 2018 : JOUE 19 mars L 76). La date d'application des nouvelles règles a donc été fixée au 1er octobre dernier par cette même directive, à l'exception de celles relatives aux exigences professionnelles des intermédiaires et des entreprises d'assurance qui entreront en vigueur le 23 février 2019.

Concernant l'épineux sujet des rémunérations, auparavant, seule une catégorie de courtiers en assurance devaient révéler à leurs clients le montant de la rémunération qu'ils percevaient de l'organisme d'assurance dont ils préconisaient le produit. Il s'agissait de ceux qui se prévalaient d'avoir réalisé une analyse impartiale du marché dès lors que plusieurs critères étaient remplis, à savoir lorsque leur client en faisait la demande, lorsque le contrat était conclu dans le cadre de l'activité professionnelle du client et lorsque le montant de la prime annuelle du contrat excédait 20 000 € (C. assur., art. R. 511-3, II).

Depuis le 1er octobre 2018, en plus de cette exigence, qui est maintenue par la DDA, les intermédiaires d'assurance, quel que soit leur statut et leur degré d'analyse du marché, avant la conclusion de tout contrat d'assurance, devront indiquer à leur client si, en relation avec ce contrat, ils travaillent soit sur la base d'honoraires, c'est-à-dire sous la forme d'une rémunération payée directement par le souscripteur ou l'adhérent, soit sur la base d'une commission, c'est-à-dire une rémunération incluse dans la prime d'assurance, soit sur la base de tout autre type de rémunération, y compris tout avantage économique, proposé ou offert en rapport avec le contrat d'assurance, ou soit enfin sur la base d'une combinaison des types de rémunération mentionnés précédemment. L'article 19 de la DDA impose donc la transparence de la rémunération.

En matière d'honoraire dû par le souscripteur ou l'adhérent, les intermédiaires d'assurance devront communiquer à ce dernier « le montant de ceux-ci ou, lorsque cela n'est pas possible, leur méthode de calcul » (C. assur., art. L. 521-2, II, 2° et 3°). Toute entreprise d'assurance devra quant à elle informer « le souscripteur éventuel ou l'adhérent éventuel de la nature de la rémunération perçue par son personnel au titre de la distribution du contrat » (C. assur., art. L. 521-3, al. 1).

L'intérêt du client sera toujours recherché, ainsi la DDA énonce un principe général selon lequel les distributeurs de produits d'assurance « agissent toujours de manière honnête, impartiale et professionnelle, et ce, au mieux des intérêts de leurs clients ». Ils ne doivent pas être rémunérés ou rémunérer leur personnel d'une façon qui aille à l'encontre de leur obligation d'agir au mieux des intérêts de leurs clients (DDA, art. 17).

Ces exigences ont été transposées à l'article L. 521-1 du code des assurances, selon lequel « les distributeurs de produits d'assurance ne sont pas rémunérés ou ne rémunèrent ni n'évaluent les performances de leur personnel d'une façon qui contrevienne à leur obligation d'agir au mieux des intérêts du souscripteur ou de l'adhérent. Un distributeur de produits d'assurance ne prend en particulier aucune disposition sous forme de rémunération, d'objectifs de vente ou autre qui pourrait encourager son personnel à recommander un produit d'assurance particulier à un souscripteur éventuel ou à un adhérent éventuel alors que ce distributeur pourrait proposer un autre produit d'assurance correspondant mieux aux exigences et aux besoins du souscripteur éventuel ou de l'adhérent éventuel » (C. assur., art. L. 521-1, III).

L'information sur la rémunération apparaît renforcée, et les distributeurs sont désormais tenus de justifier qu'ils n'incitent pas à proposer un contrat plutôt qu'un autre qui correspondrait mieux aux intérêts de leur client (C. ass., art. L. 521-1 III). Toutefois il est à noter qu'en assurance non-vie, les intermédiaires d'assurance, y compris à titre accessoire, se contenteront seulement de révéler la nature de leur rétribution (C. ass., art. L. 521-2 II). Alors que les entreprises d'assurance y seront astreintes (C. ass., art. L. 521-2 III). Les intermédiaires n'auront pas à indiquer la nature de la rémunération perçue par leur personnel au titre de la distribution. En revanche concernant l'assurance-vie, l'information porte bien sur tous les coûts de distribution et frais liés, dont ceux qui ne sont pas mentionnés dans le document d'informations clés (DIC). Une problématique semble toutefois poindre quant à savoir quelles rémunérations devront être prises en compte, en présence d'une chaîne de distribution, dans le montant agrégé qui devra être communiqué au client.

Ces exigences se traduiront, dans la pratique, par l'obligation pour tout distributeur de produits d'assurance de se doter d'une politique des rémunérations perçues par la société et par le personnel chargé de la commercialisation des contrats d'assurance. Il apparaît donc comme inopportun de verser des « incitations » aux conseillers commerciaux au titre de la souscription d'un contrat par leurs clients d'une entreprise d'assurance en particulier. En revanche il semble préférable de privilégier des rémunérations variables versées aux conseillers commerciaux au titre du nombre global de contrats d'assurance vendus. Enfin il est recommandé d'introduire une part de rémunération fondée sur des critères qualitatifs, tels que le respect de la réglementation et des procédures internes, la qualité des services fournis, ou encore bien sur la satisfaction de la clientèle.



Nicolas Esplan

EIRL et insolvabilité : à chaque patrimoine sa procédure !

Cass. civ. 2ème 27 sept. 2018, F-P+B+I, n° 17-22013

En dépit de son utilisation pratique assez rare, l'EIRL soulève des questions juridiques essentielles. Dans l'affaire en présence, il s'agissait de savoir s'il était possible pour l'entrepreneur individuel, qui peut potentiellement faire l'objet d'une procédure collective pour le patrimoine affecté, d'être l'objet d'une procédure de surendettement des particuliers pour le patrimoine non affecté. Les faits étaient pour le moins classiques. Un entrepreneur, qui avait organisé son activité professionnelle avec une EIRL était l'objet d'une procédure collective. Ce dernier, rencontrant par ailleurs des difficultés pour payer des dettes non professionnelles, avait sollicité une commission de surendettement des particuliers laquelle avait déclaré recevable sa demande. L'un des créanciers non professionnels avait alors formé un recours contre cette décision, au motif que l'existence de l'EIRL rendait le débiteur éligible aux seules procédures collectives, à l'exclusion des procédures de surendettement des particuliers. Cet argument avait été retenu par le Tribunal d'instance statuant sur cette irrecevabilité et c'est précisément ce jugement qui était soumis à la censure de la Cour de cassation. Dans un arrêt rendu le 27 septembre 2018, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation casse le jugement.

L'apport de cet arrêt est d'exprimer très clairement que la soumission aux procédures collectives de l'EIRL pour le patrimoine affecté n'exclut pas l'intervention d'une procédure de surendettement pour le patrimoine non affecté. Cette solution est rendue au double visa des articles L. 526-6 du Code de commerce et L. 711-7 du Code de la consommation (ancien article L. 333-7) dans les termes suivants «selon le premier de ces textes, ... tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale; qu'il résulte du second que les dispositions régissant le traitement des situations de surendettement sont applicables au débiteur qui a procédé à une déclaration de constitution de patrimoine affecté conformément à l'article L. 526-7 du Code de commerce; que ces dispositions s'appliquent à raison d'une situation de surendettement résultant uniquement de dettes non professionnelles; qu'en ce cas, celles de ces dispositions qui intéressent les biens, droits et obligations des créanciers du débiteur s'appliquent dans la limite du seul patrimoine non affecté». La

Cour en déduit ensuite que le fait que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée relève pour le patrimoine affecté à l'exercice professionnel des procédures du Livre VI du Code de commerce ne suffit pas à exclure l'application des dispositions du Code de la consommation pour le patrimoine non affecté.

Une telle consécration d'une application cumulative des procédures d'insolvabilité en présence de l'EIRL est une solution prévisible et parfaitement justifiée. En effet, même si l'article L. 620-2 du Code de commerce désigne par principe les personnes objets d'une procédure collective et érige en principe l'unicité de procédure découlant du principe d'unité du patrimoine, l'on comprend qu'une tout autre solution soit retenue pour l'EIRL. L'EIRL venant scinder le patrimoine de l'entrepreneur en deux, l'un affecté et l'autre non affecté à l'activité professionnelle, il faut ici raisonner non plus par rapport au débiteur, mais par rapport aux deux patrimoines de ce dernier. C'est pourquoi l'ouverture d'une procédure collective pour le patrimoine affecté n'exclut pas l'ouverture d'une procédure de surendettement pour le patrimoine non affecté. En brisant la théorie de l'unité du patrimoine, l'EIRL permet de dépasser l'équation selon laquelle un débiteur ne peut être l'objet d'une seule procédure.



Cécile Lisanti

Donation de la nue-propriété et mécanisme des dettes de valeur

Cass. 1e civ, 7 novembre 2018, n° 17-26149

Ceux qui s'adonnent aux délices des techniques liquidatives savent goûter les raffinements du mécanisme de la dette de valeur, qui est à l'œuvre tant dans le calcul des récompenses que sur le terrain successoral. Une difficulté se présente souvent au liquidateur lorsque le calcul à opérer porte sur un bien donné pour la seule nue-propriété et que le démembrement a pris fin au jour de l'évaluation. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 7 novembre 2018, à paraître au Bulletin, pose sur ce point une règle très claire afin de déterminer le profit subsistant en matière de récompense.

En l'espèce, un époux, marié sous le régime légal, avait reçu des biens immobiliers en nue-propriété à la suite d'une donation-partage consentie par ses parents. Une soulte avait été réglée à l'aide de fonds communs, ce qui engendrait incontestablement un droit à récompense (voir déjà : Cass, 1ère civ, 14 mars 1972, n° 70-12.138). Il restait toutefois à le calculer. À cet égard, la difficulté résidait dans le fait que l'époux, qui avait reçu, au moment de la donation, des biens en nue-propriété en avait retrouvé depuis la pleine propriété, les deux parents usufruitiers étant décédés. Comment mesurer alors le profit subsistant du paiement de la soulte ? L'article 1469 alinéa 3 dispose en effet que la récompense «ne peut être moindre que le profit subsistant quand la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve, au jour de la liquidation de la communauté, dans le patrimoine emprunteur».

À titre d'exemple, imaginons un époux ayant reçu d'une donation-partage un bien en nue-propriété, cette nue-propriété étant évaluée à 500 000 €, alors que la pleine propriété du bien est évaluée à 1 000 000 € (soit 50 % de la valeur en pleine propriété). Une soulte a été réglée à l'aide de fonds communs par la communauté pour 100 000 €. Lors des opérations de liquidation, l'usufruit s'est éteint et l'époux est pleinement propriétaire du bien évalué à 1 500 000 €.

La Cour de cassation rappelle tout d'abord que le profit subsistant «doit se déterminer d'après la proportion dans laquelle les fonds empruntés à ladite communauté ont contribué au financement de l'acquisition» et que le profit subsistant «représente l'avantage réellement procuré au fonds emprunteur». La Cour énonce ensuite la méthode à appliquer dans l'hypothèse envisagée en précisant que «dans le cas où la communauté a payé la soulte due par un époux ayant reçu un bien en nue-propriété en donation-partage, qui se retrouve, au jour de la liquidation de la communauté, du fait du décès de l'usufruitier, en pleine-propriété dans le patrimoine emprunteur, il convient de calculer d'abord la contribution du patrimoine créancier à l'acquisition du bien donné en nue-propriété, puis de reporter cette fraction sur la valeur en pleine propriété de ce bien au jour de la liquidation».

Pour reprendre notre exemple, le droit à récompense doit donc être évalué de la manière suivante : $100\,000/500\,000 \times 1\,500\,000$

= 300 000 €.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation procède alors à une véritable leçon de techniques liquidatives, en ne suivant ni l'analyse retenue par la cour d'appel ni celle exposée par l'auteur du pourvoi.

Les juges du fond, tout d'abord, avaient raisonné en mesurant la contribution de la masse commune au regard de la valeur du bien donné, mais pour une valeur en pleine propriété au jour de la donation. Cette proportion était ensuite appliquée à la valeur actuelle du bien, en pleine propriété. En d'autres termes, l'usufruit réservé par les parents donateurs a été totalement ignoré pour le calcul de la récompense, ce que les juges du fond avaient affirmé très clairement : «le fait que les donateurs se soient réservé l'usufruit des biens donnés jusqu'au décès du dernier vivant d'entre eux n'a pas pour incidence de modifier le calcul de la récompense».

Pour reprendre notre exemple, la cour d'appel avait donc opéré le calcul suivant :

$$100\,000/1\,000\,000 \times 1\,500\,000 = 150\,000$$

La Cour de cassation observe que la cour d'appel avait évalué de façon erronée la récompense due à la communauté. Toutefois, la Cour de cassation relève que l'auteur du pourvoi invoquait une méthode d'évaluation tout aussi inexacte. Selon le moyen, le calcul aurait dû être réalisé en considérant la contribution de la communauté au regard de l'acquisition de la seule nue-propriété du bien, cette proportion devant être appliquée à une valeur en nue-propriété du bien. Si l'on essaye de suivre le raisonnement de l'auteur du pourvoi, il faut comprendre que la valeur «actuelle» de la nue-propriété en cause devait correspondre à la proportion que représentait la valeur de la nue-propriété au regard de valeur en pleine propriété au moment de la donation.

Cette analyse ne pouvait évidemment prospérer. Aucun fondement juridique ne permet de retenir une valeur en nue-propriété d'un bien détenu en pleine propriété au jour retenu pour l'évaluation. L'erreur vient certainement de l'expression malheureuse de «démembrement de propriété» qui laisse imaginer que la nue-propriété est une sorte de quote-part de la pleine propriété. L'application systématique du barème fiscal de l'article 669 du code général des impôts, y compris dans les évaluations civiles où il ne s'impose nullement, conduit sans doute à cette perception inexacte de ce qu'est la nue-propriété.

Donation de la nue-propiété et mécanisme des dettes de valeur

La Cour de cassation écarte donc, sans surprise, l'argument de l'auteur du pourvoi, mais d'une manière peu banale. En effet, le calcul réclamé par ce dernier conduisait exactement au même résultat que celui obtenu par la cour d'appel, ce qui n'avait manifestement pas été perçu par les rédacteurs du pourvoi.

Pour reprendre notre exemple, la méthode invoquée par l'auteur du pourvoi conduisait au résultat suivant : $[100\,000 / (0,50 \times 1\,000\,000)] \times (0,50 \times 1\,500\,000) = 150\,000 \text{ €}$

La Cour de cassation énonce ainsi que « si, en prenant en compte, pour le calcul du profit subsistant, la valeur en pleine propriété des biens donnés, tant au jour de leur acquisition qu'à celui de la liquidation, la cour d'appel a évalué de façon erronée la récompense due à la communauté, le résultat auquel elle parvient est nécessairement identique à celui qui aurait été obtenu à partir du calcul tout aussi inexact fondé sur la seule valeur des biens en nue-propiété, dans la proportion initiale de celle-ci, de sorte que M. X est sans intérêt à la cassation de cette disposition qui ne lui fait pas grief ». Le moyen n'était donc pas recevable, ce en quoi il est rejeté.

Chacun aura ici relevé qu'au regard du calcul opéré par la cour d'appel, c'est bien la partie adverse qui aurait eu intérêt à former un pourvoi devant la Cour de cassation : la proportion que représente la soulte rapportée à une valeur en nue-propiété est nécessairement plus importante que celle que représente la soulte rapportée à une valeur en pleine propriété, de sorte que la récompense a bien ici été minorée par les juges du fond. Voilà de quoi convaincre les praticiens du droit du patrimoine de l'intérêt d'une bonne maîtrise des techniques liquidatives, en particulier en cas de contentieux



Estelle Naudin



COLLOQUE ANNUEL DE LA FNDP

17 h à 19 h
Suivi d'un cocktail

Université Paris Dauphine
Place Maréchal de Lattre de Tassigny
75016 Paris
Salle Raymond ARON

Sous la Présidence de **Renaud Mortier**,
Professeur agrégé de droit privé, Président de la FNDP :

Jean-François Desbuquois, Avocat associé, Cabinet Fidal
Jérôme Auguin, Ingénieur patrimonial, BNP Paribas Banque Privée
Maître Pascal Julien Saint-Amand, Notaire associé, Althémis
Jean-François Desbuquois, Avocat associé, Cabinet Fidal
Jérôme Auguin, Ingénieur patrimonial, BNP Paribas Banque Privée
Maître Pascal Julien Saint-Amand, Notaire associé, Althémis

PROGRAMME

17h00

Mot d'accueil
Renaud Mortier

17h10 - 17h40

Les nouveautés en matière d'IFI
Jérôme Auguin,
Ingénieur patrimonial BNP Paribas

17h40 - 18h10

La réforme du Pacte Dutreil
Maître Pascal Julien Saint-Amand,
Notaire associé, Althémis

18h10 -18h45

**Les derniers arrêts de la Cour de cassation
et du conseil d'État en matière de fiscalité
patrimoniale**

Jean-François Desbuquois,
Avocat associé, Cabinet FIDAL

18h45

Questions

19h10

Cocktail



La lettre de la FNDP

Numéro 10 - Décembre 2018