



FNDP

Fédération
Nationale
Droit du
Patrimoine

La Lettre de la FNDP

Numéro 2 - Novembre 2016

Sommaire

Assurance-vie	5
Droit des biens	6
Droit des sociétés	7
Droit patrimonial de la famille	9
Les personnes vulnérables	11
Obligations professionnelles	13
Droit fiscal patrimonial	14

Agenda

Cérémonie de remise des Mélanges au Professeur Henri Hovasse intitulés Ingénierie sociétaire et fiscale du patrimoine (LexisNexis) précédée de sa Leçon Terminale
Inscription gratuite.
Vendredi 2 décembre 2016 à 15 h 30
Faculté de Droit de Rennes
Contact : carine.giraud@univ-rennes1.fr

Gestion de Patrimoine 2016 : Bilan et perspectives
Vendredi 9 décembre à 16h
Michel Leroy, Directeur du Master 2 Ingénierie du Patrimoine
Nicolas Esplan, Co-directeur du Master 2 Ingénierie du Patrimoine
Université Toulouse I Capitole
Manufacture des tabacs
Amphithéâtre colloque

2017 : La nouvelle donne fiscale : l'actualité fiscale patrimoniale

Renaud MORTIER, Professeur agrégé de droit privé, Président de la FNDP
Jean-François Desbuquois, Avocat associé, FIDAL
Claire Farge, Ingénieur patrimonial, BNP Paribas
Pascal Julien Saint-Amand, Notaire à Paris, Président du Groupe Althémis

Jeudi 5 janvier 2017
De 17 h 30 à 19 h 30.
Suivi d'un cocktail

Accès gratuit pour les membres de la FNDP et les étudiants
50 euros pour les non membres (à régler sur place, chèque à libeller à l'ordre de la FNDP)
Lieu : Université Paris Dauphine, Place Maréchal de Lattre de Tassigny, 75 016 Paris
Salle Raymond ARON

Rédaction

Rédacteurs en chef

Cécile Lisanti, Maître de conférences HDR 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 du patrimoine à l'Université de Toulouse.

Auteurs

Jean-François Desbuquois, Avocat Associé Fidal.

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 des universités, 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 et co-directeur du M2 Droit du patrimoine à l'Université de la Réunion.



Édito

Pour le numéro 2 de sa Lettre, la FNDP a souhaité mettre en lumière l'impact de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations sur le droit du patrimoine. Cette ordonnance vient en effet réformer substantiellement le droit des obligations. Outre la nouvelle numérotation qui doit rapidement imposer de nouvelles habitudes, il s'agit, tant sur le fond qu'en la forme, d'une réforme importante qui tend à la simplification et à la modernisation du droit des obligations.

Cette réforme aura des répercussions notables sur le droit du patrimoine car elle ne constitue pas un simple époussetage des dispositions du Code civil de 1804. En effet, même si bon nombre de ses dispositions expriment une codification à droit constant des solutions jurisprudentielles antérieures, force est de relever quelques innovations éclatantes. Tel est notamment le cas des textes nouveaux relatifs à la capacité des personnes physiques et des personnes morales (art. 1145 et s.), de l'abandon symbolique de la cause et plus nuancé de l'objet, remplacés par la notion de contenu du contrat (art. 1162 et s.), de la consécration de la révision judiciaire pour imprévision (art. 1195) ou encore du contrôle des clauses abusives dans les contrats d'adhésion (art. 1171). Autant de règles nouvelles, qui parmi d'autres, sont susceptibles d'avoir des répercussions importantes pour les praticiens du droit du patrimoine. La plupart des auteurs de la Lettre ont donc fait le choix de porter leur réflexion sur l'apport de cette réforme. Seul le droit fiscal patrimonial, attestant par là de son autonomie, reste non concerné par la réforme. En revanche, les chroniques de droit des sociétés, droit patrimonial de la famille, droit des incapacités, droit des biens mais aussi assurance-vie et obligations professionnelles s'attachent à analyser l'impact de l'ordonnance. Au delà des questions spécifiques examinées au sein de chacune de ces chroniques, deux difficultés générales doivent être soulevées.

D'abord, celle de l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Les dispositions nouvelles seront l'objet d'une application progressive, l'ordonnance ayant prévu une entrée en vigueur pour tous les contrats conclus après le 1er octobre 2016 (art. 9). La ligne de démarcation dessinée paraît simple : alors que les contrats en cours au 1er octobre resteront par principe régis par le droit antérieur, les contrats conclus dès le 1er octobre relèveront des dispositions nouvelles. Si l'on peut se féliciter, pour des raisons de sécurité juridique évidentes, de la survie du droit antérieur pour les contrats conclus avant le 1er octobre, un certain nombre de difficultés d'application peuvent naître. Outre d'abord, l'application immédiate des actions interrogatoires expressément prévue par l'ordonnance, la notion même de contrat conclu après le 1er octobre 2016 peut susciter quelques difficultés d'inter-

prétation (Sur ces difficultés V. notamment G. Chantepeie, L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats: AJC 2016, p. 2 et s.). Par ailleurs, l'on peut se demander si la jurisprudence ne risque pas, pour les contrats conclus avant le 1er octobre 2016, de céder à la tentation d'une application anticipée de l'ordonnance en interprétant les dispositions antérieures « à la lumière » de l'ordonnance (V. D. Mainguy, Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats : D. 2016, 1762). En définitive, la question de l'application de la loi dans le temps n'est peut être pas aussi simple qu'elle n'y paraît à première lecture.

Ensuite, la question de la valeur normative des dispositions nouvelles est éminemment importante : les praticiens, spécialement rédacteurs d'actes, doivent connaître leur marge de manœuvre et faire clairement la distinction entre les dispositions supplétives ou d'ordre public. Ici encore, la réponse n'est sans doute pas aussi simple qu'en apparence. En effet, dans le rapport adressé au Président de la République, il est indiqué que sont d'ordre public les dispositions expressément désignées comme telles. Or, à y regarder plus attentivement, l'on peut penser que la jurisprudence ira probablement au delà des seuls rares textes ayant été expressément désignés d'ordre public (l'on en dénombre seulement 7 : art. 1104, 1112, 1170, 1171, 1216 al. 3, 1231-5 al. 4 et 1343-5). Se limiter à cette règle d'interprétation, qui par ailleurs est exprimée dans un texte qui a simple valeur de circulaire, semble donc quelque peu réducteur (en ce sens V. les éclairants développements de C. Perès, Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats : JCP éd. G, 2016, 454). La seule certitude que nous ayons, de ce point de vue, est le risque non négligeable d'insécurité juridique.

Face à ces doutes, l'on ne peut que recommander une attitude prudente aux praticiens. C'est d'ailleurs en ce sens que s'inscrivent nos commentaires. L'interprétation des textes nouveaux étant quelquefois délicate et soulevant par ailleurs des difficultés d'articulation avec les règles du droit spécial, il faudra, sur de nombreux points, se satisfaire plus d'interrogations que de réponses et attendre les précisions de la jurisprudence future. ■



Cécile Lisanti

Réforme du droit des obligations et assurance-vie

Aucune disposition de la réforme du droit des contrats ne concerne directement l'assurance-vie, ce qui est parfaitement normal, ce contrat étant régi pour l'essentiel par un ensemble de règles spécifiques. Sans doute, le droit spécial de l'assurance a-t-il influencé la réforme : ainsi, l'expression de l'article 1205 du Code civil selon laquelle on peut stipuler pour autrui semble avoir été rédigée comme un hommage aux assureurs-vie.

Le droit commun des contrats s'appliquant néanmoins à ce contrat en l'absence de règles spéciales l'écartant, certaines dispositions de la réforme méritent de retenir l'attention, même si aucune d'entre elles n'est, à notre sens, susceptible de bouleverser radicalement les solutions actuellement en vigueur.

Ainsi, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a-t-elle modifié la notion de contrat aléatoire, défini comme celui par lequel les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain (C. civ. 1108). Que cette réforme soit analysée comme emportant consécration du caractère aléatoire des contrats d'assurance-vie placés (par exemple J. Kullmann, *Projet de réforme du droit des contrats : vers une nouvelle définition du contrat aléatoire*, RGDA 2015, p. 169), ou au contraire, comme une simple précision de son contenu (F. Leduc, *Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats et le caractère aléatoire du contrat d'assurance*, RDC 2015, n° 4), il ne fait de doute pour personne que la position de la Cour de cassation selon laquelle les contrats d'assurance-vie sont aléatoires dès lors qu'est constatée une incertitude sur la durée de la vie humaine ne sera pas remise en cause.

Ainsi encore, le rôle essentiel reconnu à la bonne foi dans la phase de formation du contrat (C. civ. art. 1104 ; C. civ. art. 1112) n'entraînera pas non plus de bouleversement majeur dans le droit de l'assurance-vie, tant cette notion y joue déjà un rôle important. Tout au plus, cette réforme est-elle de nature à influencer la Cour de cassation dans son interprétation de l'article 132-5-2 du Code des assurances, issu de la réforme opérée par l'article 5 de la loi n° 2014-1662 du 30 décembre 2014, portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière selon lequel : « le défaut de remise des documents et informations prévus au présent article entraîne, pour les souscripteurs de bonne foi, la prorogation du délai de renonciation prévu à l'article L. 132-5-1... ».

Parmi les dispositions qui sont susceptibles, en théorie, d'impacter le régime du contrat

d'assurance assurance-vie, celles de l'article 1110 alinéa 2, définissant le contrat d'adhésion doit être particulièrement signalée. En effet, même si, en l'absence de définition précise du contrat d'adhésion, des hésitations subsistent sur le domaine d'application du texte, il ne fait guère de doute que les contrats d'assurance en général et d'assurance-vie en particulier constituent l'archétype du contrat d'adhésion, puisque leurs conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. Or, de cette qualification il résulte en particulier que « toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite » (C. civ. art. 1171) et surtout que le contrat d'adhésion s'interprète « contre celui qui l'a proposé » (C. civ. art. 1190).

C'est en pratique cette dernière disposition qui pourrait être de nature, théoriquement, à produire le plus d'effets pour l'assurance-vie, car compte tenu de la technicité de la dimension financière de certains contrats, la clarté est rarement la qualité première des clauses. Cependant, là encore nous pensons que la réforme n'opérera pas un changement radical de jurisprudence. En effet, pour l'essentiel, le contentieux en assurance-vie est nourri par la situation dans laquelle des souscripteurs, déçus de la performance de leur contrat, assignent en responsabilité l'assureur ou l'intermédiaire sur le fondement du défaut de conseil, en faisant valoir, parfois, le défaut de clarté du contrat sur l'ampleur du risque de placement effectivement supporté. En droit positif, la capacité de comprendre le contrat est appréciée en fonction des aptitudes supposées du candidat à l'assurance en matière financière, ce qui conduit dans bien des cas au rejet de la prétention du demandeur. Cette jurisprudence sera-t-elle à l'avenir infléchie ? Cette question ne peut pas se poser, nous semble-t-il, lorsque l'épargnant agit contre une banque ou un gestionnaire de patrimoine à raison d'un montage dans lequel s'inscrit l'assurance-vie car ce montage n'est

pas un contrat d'adhésion. La responsabilité directe de l'assureur s'en trouvera-t-elle modifiée ? Sans prétendre lire dans l'avenir, il serait pour le moins étonnant que ce texte permette à des investisseurs avertis de tirer profit d'une rédaction maladroite ou ambiguë du contrat ou de certaines de ces clauses, alors que leurs qualités personnelles leur permettraient aisément d'apprécier le risque financier auquel volontairement ils s'exposaient. ■



Michel Leroy

Réforme du droit des obligations et droit des biens

Le droit des biens ne peut rester insensible à la réforme du droit des obligations opérée par l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, il faut rappeler que l'article 711 du Code civil proclame que « la propriété s'acquiert et se transmet par l'effet des obligations (...) ». Le contrat constitue donc une modalité d'acquisition de la propriété. L'ordonnance modifie le Titre III du Livre III du Code civil, titre consacré aux sources des obligations dans lequel le contrat occupe une place de choix. Le droit des biens est alors naturellement impacté : ce sont à la fois les biens (I) et l'effet translatif du contrat (II) qui sont concernés par cette réforme.

I- Les biens

Les biens forment la matière première du contrat, son objet ou plutôt faut-il dire désormais son contenu. En effet, la refonte des conditions de validité du contrat a réalisé une fusion entre les anciennes conditions qu'étaient l'objet et la cause. L'article 1128 du Code civil dans sa nouvelle rédaction dispose que « Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

1. Le consentement des parties ;
2. Leur capacité de contracter ;
3. Un contenu licite et certain ».

Cet article ne ressemble plus à ce qu'il était, feu sa fameuse disposition, à l'origine de tant de travaux doctrinaux et de jurisprudences : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». La commercialité juridique n'apparaît plus formellement puisqu'aucun article ne vient prendre le relais. Mais ce n'est qu'une disparition en trompe l'œil car la commercialité juridique et son alter ego l'extra-commercialité juridique ne se cachent-ils pas en embuscade au travers du « contenu licite et certain » (art. 1162 C. civ) ? Si ces expressions ne figurent plus dans le Code civil, le principe qu'elles expriment est bien présent. L'aptitude des biens à circuler, à « être l'objet » d'un contrat ou à l'inverse leur inaptitude, relèvent de la licéité, de considérations d'ordre public que la référence à un contenu licite vise précisément.

La réforme a ouvert le champ de la commercialité juridique en consacrant l'existence d'un nouveau bien : la dette. Dans le Titre IV désormais consacré au régime général des obligations, un Chapitre II sur les opérations sur obligations comporte une Section 2 des plus intéressantes relative à la cession de dette. De façon très décomplexée, l'article 1327 du Code civil dispose qu'« Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette ». La dette intègre donc la famille des biens. Sa réification aligne son statut sur celui de la créance et apporte de la cohérence à

la notion d'obligation : l'obligation s'analyse en un lien mais constitue également un bien et cela dans ses deux dimensions que sont la créance et la dette. Les applications pratiques de la cession de dette ne manqueront pas tant la nature juridique a horreur du vide.

II- L'effet translatif du contrat

La réforme a réécrit les dispositions relatives à l'obligation de donner, sans pour autant la nommer, en créant une Sous-section sur l'effet translatif du contrat. La règle posée à l'ancien article 1138 est reprise à l'article 1196 du Code civil dont l'alinéa 1er rappelle que par principe, le transfert de propriété est consensuel et immédiat, procédant de la simple rencontre des volontés : « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat ». L'alinéa 2 de l'article 1196 confirme le caractère supplétif de cette conception du transfert de propriété qui pourra toujours être « différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi ».

Enfin, que serait l'effet translatif du contrat sans son opposabilité aux tiers ? Sur ce point, l'ordonnance a fait le choix « lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, [de préférer] celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier (...), même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi » (al. 2 art. 1198 C. civ). Ce texte semble mettre un terme à la jurisprudence de la Cour de cassation qui, en cas de conflit entre acquéreurs successifs d'un même bien immobilier, fait primer le premier qui a publié même s'il a été de mauvaise foi (Cass. 3ème civ., 10 févr. 2010, n° 08-21.656 et 12 janv. 2011, n° 10-10.667).■



Céline Kuhn

L'articulation du nouveau droit des contrats et du droit des sociétés

Réflexions autour de la capacité

Après de longues hésitations pour réformer le droit français des contrats, l'adoption de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 a conduit à celle de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, qui introduit 332 articles nouveaux dans le livre III du Code civil, dont les articles 1145 à 1161 relatifs à la capacité et à la représentation. Si les commentateurs de l'ordonnance se sont livrés, pour certains, à l'analyse de l'impact de ces nouveaux textes sur le droit des sociétés (V. notamment; R. Mortier, Impacts de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux, *Dr. sociétés* n° 4, avr. 2016, comm. 52 ; D. Gallois-Cochet, Réforme du droit des contrats et capacité des sociétés, *Dr. sociétés* n° 8-9, août 2016, comm. 142 ; B. Dondero, La réforme du droit des contrats et la représentation des sociétés : premières vues, *Gaz. Pal.*, 6 sept. 2016, p. 16), les articles de la sous section 2 intitulée « la capacité et la représentation » méritent une attention toute particulière. Aussi, convient-il de faire la lumière sur ces nouvelles dispositions, dont les incidences sont majeures en droit des sociétés d'autant que les dispositions de la présente ordonnance sont entrées en vigueur le 1er octobre 2016 et que les contrats conclus avant cette date, qui demeurent soumis à la loi ancienne, se voient appliquer les dispositions de l'article 1158 du Code civil, d'application immédiate, lequel ouvre au tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, une ac-

tion interrogatoire. A cette fin, les articles 1145 à 1152 du Code civil, qui forment le paragraphe sur la capacité, retiennent prioritairement l'attention dans la mesure où ils peuvent avoir un impact sur les actes accomplis par les mandataires sociaux. Bien qu'ils reprennent largement les dispositions des anciens articles 1123 à 1125, certains sont novateurs, dont particulièrement l'article 1145 consacré à la capacité des personnes morales. Une telle innovation doit être saluée dès lors qu'aucune disposition particulière ne déterminait jusqu'alors la capacité des personnes morales et en particulier des sociétés (V. notamment; R. Mortier, Impacts de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux, *Dr. sociétés* n° 4, avr. 2016, comm. 52 ; D. Gallois-Cochet, Réforme du droit des contrats et capacité des sociétés, *Dr. sociétés* n° 8-9, août 2016, comm. 142 ; B. Dondero, La réforme du droit des contrats et la représentation des sociétés : premières vues, *Gaz. Pal.*, 6 sept. 2016, p. 16). Or, les sociétés sont soumises à un principe de spécialité statutaire, que révèle désormais l'article 1145 par le lien tissé entre capacité et objet social (V. déjà L. 31 déc. 1990, art. 1er), puisque la société, en tant que personne morale, ne peut a priori agir que dans la limite des actes utiles à la réalisation de l'objet social tel qu'il est précisé dans les statuts, élargie aux actes qui y sont accessoires. Cette disposition soulève toutefois des difficultés d'articulation (I) et de nombreuses questions (II).



Sophie Schiller



Anne-Françoise Zattara-Gros

I- Des difficultés d'articulation

Des difficultés d'articulation surgissent entre ce texte et ceux régissant spécialement les sociétés. L'on peut s'étonner, en premier lieu, de la référence à l'objet social pour limiter la capacité de la personne morale dès lors qu'en matière sociétaire le principe de spécialité est perçu comme une limite à la compétence des représentants sociaux (M. Germain et V. Magnier, *Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales*, LGDJ, 2014, t. 2, 21e éd., n° 1653). Si l'on considère que les règles de re-

présentation rejaillissent sur la capacité de la personne morale, l'on peut être surpris, en second lieu, de la référence à l'objet social seul pour limiter la capacité de la personne morale représentée dès lors qu'en matière sociétaire le droit oscille entre objet social et intérêt social pour dessiner les contours des pouvoirs des dirigeants sociaux. Sans doute, au travers l'article 1145, sont visés en filigrane les pouvoirs des dirigeants dans leurs rapports avec les tiers plus que ceux dans les rapports internes pour déterminer l'étendue de la capacité de la personne morale. Si l'on se concentre sur ces rapports, une distorsion surgit entre droit commun et droit des sociétés, et ce à responsa-

bilité illimitée (A) ou limitée (B).

A. Articulation entre droit des contrats et droit des sociétés à responsabilité illimitée.

Les textes applicables aux sociétés civiles mais encore aux sociétés en nom collectif et en commandite simple (C. civ., art. 1849 ; C. com., art. L. 221-5, L. 221-5 sur renvoi de L. 222-2.) évoquent à l'évidence eux aussi l'objet social comme limite aux actes qui peuvent être accomplis par les dirigeants sociaux, mais indépendamment cependant de l'utilité ou non de l'acte. Ainsi, dans ces sociétés, le gérant ne peut engager la société en dehors de l'objet social (Com., 26 janv. 1993, n° 91-12566, *Bull. civ.*

1993, IV, n° 34), celui-ci ne constituant toutefois pas une limite à la capacité de la personne morale puisqu'il n'existe aucune disposition particulière en ce sens. En présence d'actes non utiles à la réalisation de l'objet social se pose alors la question de la sanction. La personne morale serait-elle frappée d'incapacité ? Il faut le supposer. Il s'en suivrait que le contrat qu'elle aurait conclu ne répondant pas aux conditions de validité de l'article 1128, il serait frappé de nullité en application de l'article 1178. Il s'agit là d'une cause de nullité relative précise l'article 1147, alors qu'au regard du droit des sociétés l'accomplissement d'un acte n'entrant pas dans l'objet social, utile ou non, est seulement de nature à entraîner la responsabilité de son auteur s'il cause un préjudice à la société. Ceci est de nature à engendrer une vraie insécurité juridique, sauf à faire application de l'adage selon lequel le spécial déroge au général, ce que semble indiquer l'article 1145 en énonçant que le principe de spécialité joue dans le respect des règles applicables à chacune des personnes morales (Com., 26 janv. 1993, n° 91-12566, Bull. civ. 1993, IV, n° 34). Or, il n'existe aucune disposition propre à ces sociétés de nature à écarter la nullité sauf à considérer que les limites posées aux pouvoirs des dirigeants, parce qu'elles résident tout comme celle de la capacité de la personne morale dans l'objet social, se répercutent sur celle-ci, ce qui ne semble pas pertinent. Dès lors, l'acte inutile risque de tomber sous le coup de la nullité de l'article 1147, faute de disposition particulière (Com., 26 janv. 1993, n° 91-12566, Bull. civ. 1993, IV, n° 34), sauf à être qualifié d'acte accessoire à un acte utile ou constituer un acte courant conclu à des conditions normales visé à l'article 1148.

B. Articulation entre droit des contrats et droit des sociétés à responsabilité limitée.

La référence à l'objet social est présente également dans les textes supranationaux, telle la directive du 16 septembre 2009 (D. 2009/101/CE, 16 sept. 2009, art. 10, JOUE, L258/11, 1er oct. 2009), mais aussi en droit interne pour les sociétés commerciales à responsabilité limitée de type SARL ou société par actions (D. 2009/101/CE, 16 sept. 2009, art. 10, JOUE, L258/11, 1er oct. 2009). Ceux-ci, en substance, posent la règle selon laquelle la société est engagée vis-à-vis des tiers par les actes de ses gérants ou autres représentants légaux même si ces actes ne relèvent pas de l'objet social. En disposant de la sorte, ces textes révèlent que la violation de la spécialité statutaire ne met pas en cause la validité de l'acte mais est propre à déclencher la responsabilité des dirigeants fautifs, écartant toute notion d'incapacité. Là encore, la nullité de l'article 1147 risque de frapper l'acte accompli car aucune disposition particulière n'est susceptible de mettre en échec ce dernier texte, sauf à considérer que la directive, en tant qu'instrument ayant valeur supérieure à la loi, prime sur le droit commun ou à déduire de ce que la société est engagée par tout acte de ses représentants, y compris ne relevant pas de l'objet social, une règle interdisant toute action en nullité dont celle fondée sur son incapacité à conclure l'acte accompli par son représentant légal.

II- Des interrogations

Des interrogations s'élèvent ensuite à propos de certains termes contenus dans l'article 1145 : « utiles » (A) et « accessoires » (B).

A. Le sens des actes dits « utiles ».

Une première question porte sur le sens du terme « utile » à la réalisation de l'objet social, plus large que les termes de « nécessaire », utilisé en matière de limite à la capacité des associations, ou « conforme », en ce sens qu'il pose la question de l'opportunité ou du profit de l'acte pour la société, révélant par là la notion d'intérêt social et posant du coup celle du respect de ce dernier. Sur cette question, la doctrine est divisée (Pour une assimilation entre objet et intérêt social, V. D. Gallois-Cochet, art. préc., comm. 142. - Contra F. Lefebvre, Les effets de la réforme du droit des contrats sur la capacité et la représentation des sociétés, BRDA 11/2016, comm. 22) même si la jurisprudence a pu mettre de l'ordre entre ces notions notamment en matière de sûretés pour autrui (Pour une assimilation entre objet et intérêt social, V. D. Gallois-Cochet, art. préc., comm. 142. - Contra F. Lefebvre, Les effets de la réforme du droit des contrats sur la capacité et la représentation des sociétés, BRDA 11/2016, comm. 22). Qu'en est-il par exemple d'un cautionnement pour garantir la dette d'autrui ou d'une cession de parts détenues dans le capital d'une société ? Il faudra désormais se poser la question de savoir si l'opération entre dans l'objet social mais encore si elle est utile à celui-ci pour qu'elle soit valable. A suivre la jurisprudence antérieure, une telle opération entre dans l'objet social dès lors que la société l'a prévu dans ses statuts (Pour une sûreté pour autrui, V. Cass. com., 24 sept. 2014, n° 13-17437, Gaz. Pal., 2 déc. 2014, n° 335-336, note A. F. Zattara-Gros. V. avis FNDRP, JCP N, 2012, n° 46, 1371. Pour une cession de droits sociaux, V. Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-25.192, 937, JurisData n° 2013-021982. Contra CA Grenoble, 31 mai 1983, RJ com. 1983, p. 379, note J. Mestre). Pour ce qui est de l'utilité, tout dépend du bénéfice ou avantage retiré par la société (conditions financières pour un cautionnement par exemple).

B. Le sens des actes dits « accessoires ».

Une autre question surgit ensuite à propos du caractère « accessoire », qui est source d'élargissement de la capacité de la personne morale. Que faut-il entendre par actes « accessoires » ? Ceci sous-entend l'existence d'un principal, dont il faut immédiatement comprendre qu'il ne s'agit pas des statuts, malgré la maladresse de la formule, mais des « actes utiles à la réalisation de l'objet social ». De ce point de vue, la jurisprudence antérieure nous apprend qu'il s'agirait d'actes se rattachant indirectement à l'objet social. L'on pourrait évoquer l'affectation d'un immeuble à la garantie de la propre dette de la SCI. Une telle opération n'entre pas toujours dans l'objet social de sorte que se pose légitimement la question de son caractère accessoire. Une ré-

ponse positive s'impose dès l'instant où l'opération se rattache indirectement à l'objet social. Peu importe l'utilité ici, la loi ne distinguant pas selon ce critère du moment où il est accessoire.

Compte tenu des incertitudes résultant des nouvelles dispositions sur la capacité des personnes morales, spécialement du point de vue de l'articulation entre droit commun des contrats et droit spécial des sociétés, les praticiens devront se montrer prudents en attendant un éclaircissement jurisprudentiel ou législatif. ■

Réforme du droit des obligations et droit patrimonial de la famille

La réforme du droit des contrats et du régime général des obligations n'est pas dénuée de portée en droit patrimonial de la famille, tant le droit des obligations irrigue l'ensemble du droit privé. Trois questions méritent particulièrement l'attention.

I – De l'absence de cause d'une libéralité à l'erreur sur les motifs de la libéralité : art. 1135 al. 2

Si la disparition de la notion de cause est souvent présentée comme la principale innovation de la réforme, cette disparition reste toute symbolique. Pour paraphraser le célèbre poème galant de l'Abbé de Lattaignant, « le mot et la chose », gageons que pour les auteurs de la réforme, « le mot plaît beaucoup moins que la chose » ! Si le terme de cause a ainsi disparu des conditions de formation du contrat, les fonctions que le juge donnait à cette notion se retrouvent aujourd'hui dans différentes dispositions. C'est ainsi que l'article 1135 du Code civil, en son alinéa 2, prévoit que « l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité ». L'approche subjective de la cause d'une libéralité se trouve ainsi consacrée. S'agissant des actes à titre gratuit, l'identification de la cause pouvait faire débat puisque, par hypothèse, toute contrepartie fait défaut. A s'en tenir à une cause abstraite, objective, la cause résiderait dans l'intention libérale. Mais cette conception conduisait à confondre l'existence de l'intention libérale avec l'existence même de la volonté. Aussi le juge s'intéressait-il déjà, sur le terrain de l'existence de la cause, aux motifs qui ont conduit à consentir la libéralité, et qui se sont révélés erronés, tels que le lien affectif unissant le donateur à son épouse (Cass, 1ère civ, 14 mai 1985, RTDCiv. 1986 p. 397, note J. Patarin ; Defrénois 1985 art. 33636 obs. J.L. Aubert), ou le lien de parenté lorsque le testateur souhaite gratifier celui qu'il pense être son fils (Voir : Cass, req, 17 mars 1812, D. 1826, 1, 367, cité par F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, les obligations, 10ème éd. n° 349).

L'erreur sur le motif de la libéralité nécessitera toutefois d'identifier le motif « en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé ». Voilà qui ne sera pas toujours simple, plusieurs considérations pouvant guider l'auteur d'une libéralité, notamment quant à la fiscalité accompagnant la transmission. Rappelons que le juge a pu y voir un motif déterminant, une donation-partage ayant ainsi été annulée en raison de la suppression rétroactive d'avantages fiscaux (Cass, 1ère civ, 11

février 1986, RTDCiv. 1986 p. 586 obs. J. Patarin). Voilà de quoi offrir un bel avenir à l'article 1135 alinéa 2 du Code civil, dans un contexte d'instabilité fiscale chronique...

II – De « l'enrichissement sans cause » à « l'enrichissement injustifié » : art. 1303 et suiv.

« *Nul ne peut s'enrichir sans cause au détriment d'autrui* ». Ce principe général du droit proposé par Aubry et Rau et consacré par la Cour de cassation au travers de l'action de in rem verso dans le célèbre arrêt Boudier c/ Patureau du 15 juin 1892 trouve aujourd'hui sa place dans notre Code civil. Notre législateur contemporain étant décidément fâché avec le terme de « cause », c'est aujourd'hui « l'enrichissement injustifié » qui figure parmi les quasi-contrats nommés, aux articles 1303 à 1303-4 du Code civil. L'importance de cet instrument d'équité n'est plus à démontrer en droit patrimonial de la famille, l'enrichissement injustifié étant notamment invoqué lors de la rupture du couple. L'ordonnance du 10 février 2016 ne s'est pas alors contentée de reprendre les acquis jurisprudentiels. La détermination du montant de l'indemnisation née de l'enrichissement injustifié a été remodelée.

Tout d'abord, si l'article 1303 du Code civil conserve le principe selon lequel l'indemnité est égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement, le comportement de l'appauvri et celui de l'enrichi peuvent modifier le montant de l'indemnité. D'une part, l'article 1303-2 alinéa 2 dispose que l'indemnisation peut être modérée par le juge si l'appauvrissement procède d'une faute de l'appauvri. Les hésitations jurisprudentielles en la matière sont donc levées. Notons néanmoins que la faute de l'appauvri n'empêche pas toute action fondée sur l'enrichissement injustifié. Elle ne conduit qu'à modérer le montant de l'indemnité, qui pourra être réduite à une valeur symbolique. D'autre part, l'article 1303-4 prévoit qu'en cas de mauvaise foi de l'enrichi, l'indemnité est égale à la



Estelle Naudin

plus forte des deux valeurs que représentent l'appauvrissement et l'enrichissement. Celui qui a sciemment bénéficié d'une valeur à laquelle il savait ne pas avoir droit se voit ainsi sanctionné.

Par ailleurs, l'évaluation de la dépense n'est plus déterminée selon le montant nominal de la dépense au jour où elle est réalisée. De même, l'enrichissement n'est plus arrêté à la date de demande en restitution. L'article 1303-4 dispose aujourd'hui que l'appauvrissement, constaté au jour de la dépense, et l'enrichissement tel qu'il subsiste au jour de la demande, sont évalués au jour du jugement. C'est ainsi le mécanisme de la dette de valeur qui trouve à s'appliquer, le principe du nominalisme monétaire conduisant à des résultats peu opportuns en la matière, et qui avaient été largement critiqués par la doctrine.

La portée d'un tel changement n'a rien de négligeable sur le terrain du droit patrimonial de la famille. En droit des régimes matrimoniaux, la date d'acquisition d'un bien, analysée comme la date de transfert de propriété, est souvent déterminante de sa qualification. Ainsi, sous le régime légal, l'acte d'acquisition conclu avant le mariage et assorti d'une condition suspensive qui se réalise durant l'union ne conduira plus à qualifier le bien acquis de bien propre mais de bien commun, sauf stipulation contraire prévoyant la rétroactivité de la condition.

Plus encore, le mécanisme de l'acquisition en tontine, si fréquent au sein des couples, peut s'en trouver compliqué. Selon l'analyse retenue par la pratique, il s'agit en effet de prévoir que chacun des acquéreurs devient propriétaire sous condition résolutoire du décès de l'autre et

mécanisme de la condition résolutoire, sera réputé propriétaire pour une partie à compter de l'acquisition, mais par le mécanisme de la condition suspensive, il ne sera réputé propriétaire pour l'autre partie qu'à compter de la date du décès de son coacquéreur. Inutile de dire que le régime du bien ainsi acquis sera des plus incertains pour la période précédant le décès ! Voilà qui ne manquera pas de relancer le débat sur la qualification juridique du mécanisme de tontine. Comme l'a observé le Professeur William Dross, l'appel à la condition suspensive peut, en effet, paraître inutile et inexact (Voir : W. Dross, note sur Cass, 3e civ, 17 décembre 2013, RTDCiv. 2014 p. 407). La condition résolutoire pourrait être seule efficiente en considérant que chaque tontinier est investi, au jour de l'acquisition, d'un droit de propriété concurrent sur le bien, le caractère rétroactif attaché à la disparition du droit du prémourant ne laissant alors qu'un seul propriétaire ab initio, pour le tout.

III - De la disparition de la rétroactivité de la condition suspensive : art. 1304-6 c. civ.

L'ordonnance du 10 février 2016 a bousculé des principes appris sur les bancs de la Faculté, et qui tenaient lieu de réflexes pour les juristes. Ainsi en est-il de la rétroactivité de la condition suspensive. L'article 1304-6 du Code civil bouleverse la solution en énonçant que « l'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive ». Les parties peuvent simplement prévoir une stipulation contraire, en indiquant que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat.

sous condition suspensive de sa propre survie, de telle sorte qu'au décès, le survivant est réputé propriétaire du tout ab initio, sans qu'aucun transfert de propriété ne soit observé entre les coacquéreurs. Or, si la condition résolutoire éteint toujours rétroactivement l'obligation, comme l'énonce l'article 1304-7, l'absence de rétroactivité de la condition suspensive de survie va créer une figure quelque peu acrobatique. En effet, à suivre la conception retenue par la Cour de cassation, le tontinier survivant, par le

En attendant que la Cour de cassation admette cette analyse, la plus grande prudence s'impose. La rédaction des clauses de tontine devra ainsi prévoir le caractère rétroactif de la condition suspensive afin d'éviter d'inutiles complications. ■

Réforme du droit des obligations et personnes vulnérables

L'ordonnance du 10 février 2016 renferme diverses dispositions consacrées aux personnes vulnérables qui oscillent entre classicisme et renouvellement. Au souci traditionnel d'assurer la protection du cocontractant fragile ou de lui reconnaître une capacité pour contracter, s'ajoute la volonté de sécuriser les transactions. Sans opter pour l'une ou l'autre de ces finalités, l'ordonnance tend à trouver un équilibre subtil que l'on ne peut qu'approuver.

La capacité juridique, une condition de validité du contrat. Comme par le passé, et sans surprise aucune, l'article 1128 énonce, au titre des conditions de validité du contrat, la capacité de contracter. En écho à l'article 414-1, le nouvel article 1129 rappelle qu'il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat. Enoncée à l'article 414-1, la règle se décline à la fois pour les libéralités (art. 901) et les contrats (art. 1129). La sanction de l'incapacité de contracter n'est toutefois envisagée qu'ultérieurement avec l'article 1147 qui prévoit la nullité relative.

Contrairement au droit antérieur, les dispositions consacrées à la capacité occupent une place de choix. Le principe selon lequel la capacité est la règle et l'incapacité l'exception est formellement énoncé par l'article 1145. On ne saurait être surpris par ce rappel solennel dans la mesure où les régimes de protection sans disparition de la capacité juridique sont désormais majoritaires : sauvegarde de justice (art. 435), mandat de protection future (art. 488), habilitation familiale (art. 494-8). Cette nouvelle orientation est guidée par l'article 12 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées du 30 mars 2007, et ratifiée par la France le 31 décembre 2009. Plus créative est la référence faite aux personnes morales (voir supra. S. Schiller et A.-F. Zattara-Gros).

Le nouvel article 1146 réaffirme l'incapacité de contracter du mineur non émancipé et du majeur protégé au sens de l'article 425 du Code civil. Ce principe est toutefois tempéré par le droit d'accomplir valablement des actes autorisés par la loi ou l'usage (art. 1148). C'est une application classique de la capacité naturelle. Inaugurée par la loi du 14 décembre 1964, la capacité du mineur non émancipé d'accomplir seul et valablement les actes autorisés par la loi ou l'usage (ancien article 389-3) a été reprise par l'article 388-1-1 à l'occasion de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille. S'agissant des majeurs en tutelle, l'exception figurait déjà à l'article 473 depuis la loi du 5 mars 2007. On doit toutefois noter donc

les articles 388-1, 473 et 1148 n'empruntent pas la même formulation. Les deux premiers textes rappellent que la mission de représentation du tuteur ou de l'administrateur légal s'arrête aux cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise la personne vulnérable à agir seul. L'article 1148 confirme qu'elle peut faire seule « les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales ». La notion d'acte courant ne devrait pas poser de difficulté et l'on devrait ainsi retrouver la jurisprudence antérieure (Cass. civ. 1ère, 19 oct. 2004, Bull. civ. I, n°277, à propos d'un contrat de financement) sachant qu'elle transcende la distinction entre acte d'administration et acte de disposition. La seconde partie de l'article semble devoir poser davantage question, l'acte devant être conclu dans des « conditions normales ». On pensera naturellement à la lésion, les prestations des parties étant déséquilibrées dès la formation du contrat. Cette analyse semble pourtant devoir être mesurée puisque l'article 1149 dispose que les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. La confrontation entre les deux articles tend à imposer une distinction entre lésion et anormalité. On ne peut que regretter cette rédaction qui conduira la jurisprudence soit à intégrer la lésion dans l'anormalité, soit à en donner une définition autonome.

La remise en cause des actes conclus par la personne vulnérable.

L'ordonnance (art. 1150) renvoie et confirme, les articles 435, 465 et 494-9 qui envisagent diverses sanctions suivant le type de protection ouverte au nom du majeur vulnérable. Tout aussi classique est le nouvel article 1147 qui rappelle que la sanction de l'incapacité est la nullité relative. Quant à la prescription de l'action, elle ne varie pas et demeure de cinq ans. A l'encontre du majeur protégé, la prescription court à compter du jour où il a eu connaissance de l'acte alors qu'il était en situation de le refaire valablement (art. 1152, 2°). A l'égard de ses héritiers (cf. art. 414-2), la prescription court du jour du décès, si elle n'a pas commencé à courir avant. A l'égard des actes faits par les mineurs, la prescription court à compter de leur majorité



Jean-Marie Plazy

ou de leur émancipation.

L'annulation pour cause de lésion est l'autre sanction susceptible d'intervenir. Elle concerne tend les majeurs que les mineurs. S'agissant des majeurs, l'ordonnance n'apporte rien de nouveau et il convient de se reporter aux dispositions de la loi du 5 mars 2007. La lésion est en effet susceptible d'être invoquée par le majeur sous sauvegarde de justice (art. 435), par le majeur sous curatelle ou tutelle (art. 465, 1^o) « à moins qu'il (l'acte) ait été expressément autorisé par le juge ou le conseil de famille », le majeur bénéficiant d'un mandat de protection future (art. 488), le majeur placé sous le régime de l'habilitation familiale (art. 494-9).

Pour les mineurs, l'ordonnance reprend le droit antérieur tout en le clarifiant. Si l'acte conclu ne fait partie de la catégorie des actes courants, la sanction demeure la nullité pour cause d'incapacité juridique. Si l'acte est considéré comme un acte courant autorisé par la loi ou l'usage, il peut néanmoins être annulé pour simple lésion : le texte est clair et met fin aux hésitations antérieures. La mise en œuvre de cette sanction comporte toutefois trois atténuations intéressantes. La première est classique (ancien article 1306), seule la lésion trouvant sa source dans le comportement du cocontractant peu scrupuleux est susceptible de sanction. La deuxième est tout aussi traditionnelle et conduit à reprendre l'ancien article 1307 en précisant que l'annulation demeure possible quand bien même le mineur aurait déclaré être majeur : il revient au cocontractant de se renseigner sur l'âge de son partenaire contractuel. On précisera ici que l'indication de l'âge sera tout aussi indifférente lorsque l'annulation est poursuivie sur le fondement de l'article 1147. Enfin, l'annulation est exclue lorsque les engagements du mineur auront été pris dans l'exercice de sa profession. Même si la situation risque de se présenter rarement, la règle classique ainsi réaffirmée est une source de sécurité des transactions.

Enfin, le nouvel article 1352-4 reprend de manière plus claire l'ancien article 1312 en précisant que « les restitutions dues à un mineur non émancipé ou à un majeur protégé sont réduites à proportion du profit qu'il a retiré de l'acte ».

Même si la sanction peut paraître sévère, elle tend à protéger celui qui pourrait être victime de cocontractants peu scrupuleux.

Sans viser spécialement la personne vulnérable, on notera avec intérêt le nouvel article 1143 qui accueille au sein du vice de violence l'abus de l'état de dépendance. Il est en effet fréquent que les héritiers ne puissent utiliser l'article 414-2 faute de pouvoir entrer dans l'un des cas d'ouverture ; voire qu'il soit impossible à la personne elle-même de pouvoir recourir à l'article 414-1. Dès lors, les vices du consentement apparaissent comme le seul moyen de faire disparaître l'acte juridique conclu. Il conviendra au demandeur de démontrer que son cocontractant a obtenu « un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et (qu'il) en tire un avantage manifestement excessif ».

La recherche d'une meilleure sécurité juridique.

L'altération des facultés mentales comme l'existence d'un régime de protection concourent à fragiliser les actes juridiques conclus. Plane toujours sur eux le risque d'une annulation, y compris lorsque le cocontractant a respecté les règles propres aux divers régimes de protection (par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, à propos d'une vente immobilière). On saluera donc avec intérêt le nouvel article 1152, al. 1 qui permet désormais au contractant capable de faire obstacle à une action en nullité engagée contre lui en établissant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci. On perçoit, avec cette disposition, la volonté du législateur de trouver un équilibre entre la nécessaire protection du majeur et la recherche d'une sécurisation des transactions : seront ainsi maintenus les contrats qui ont été conclus sans méconnaître les intérêts de la personne protégée. Peuvent être ainsi combattues les hypothèses de recours à l'article 414-1, mais également les cas de nullité de plein droit visés par l'article 465, 3^o. Plus classiquement, le cocontractant peut également opposer à l'action en nullité la confirmation de l'acte par son cocontractant devenu ou redevenu capable (1151, al.2).

On saluera également les dispositions nouvelles relatives à la représentation qui clarifient

les pouvoirs dévolus au représentant, ainsi que les sanctions qui sont susceptibles d'intervenir (art. 1155). Lorsqu'il s'agit d'un mandat général, le représentant ne peut accomplir que des actes conservatoires ou d'administration. Dans le cas de représentation judiciaire, les pouvoirs donnés au représentant prive le représenté de ces mêmes pouvoirs. En revanche, en cas de représentation conventionnelle (par exemple, pour un mandat de protection future), le représenté conserve la plénitude de ses droits. Enfin, le tiers qui aurait des doutes sur les pouvoirs du représentant dans le cadre d'un mandat conventionnel peut interroger le représenté sur les pouvoirs donnés au représentant (art. 1158). Quant à la sanction, en cas de dépassement de pouvoirs, il s'agit de l'opposabilité (art. 1156). Cette dernière pourra notamment être utilisée dans le cadre du mandat de protection future ; en revanche la nullité reste de droit pour les dépassements de pouvoirs du tuteur ou du curateur (art. 465, 3^o), voire de la personne habilitée (art. 494-9).

L'ordonnance du 10 février 2016 a pris le soin de préciser le régime juridique de la nullité des actes juridiques. On notera notamment qu'en l'absence d'intervention judiciaire les parties à l'acte nul peuvent constater la nullité d'un commun accord (art. 1178). De même, et plus classiquement, la nullité relative peut donner lieu à confirmation (art. 1181). Dans les deux cas, la confirmation comme le constat de la nullité nous semblent devoir être analysées comme des actes de disposition (art. 2 du décret du 22 décembre 2008). Enfin, l'action interrogatoire prévue par l'article 1183 peut intéresser directement les personnes protégées. Elle permet au cocontractant de demander par écrit à celle des parties qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans le délai de six mois à peine de forclusion. Comme précédemment indiqué, la confirmation doit s'analyser en un acte de disposition. Quant à l'obligation d'agir en nullité dans un délai de six mois, elle est une source de responsabilité pour le représentant de la personne protégée (art. 421).■

Sources utiles :

- J.-J. Lemouland, *Panorama Majeurs protégés, Réforme du droit des contrats*, 2016, p. 1524.
- A. Gouttenoire, *Réforme du droit des contrats et des obligations : coup de jeune sur la capacité usuelle du mineur*, Lexbase, mars 2016, n°646

Réforme du droit des obligations et obligations professionnelles

« Risque client » : nouveaux articles 1104 et 1112-1 du Code civil et consécration des obligations de bonne foi et d'information pour le gestionnaire de patrimoine.

La qualité de l'exercice professionnel de la gestion de patrimoine doit actuellement s'apprécier au regard de deux risques. Tout d'abord le « risque réglementaire » dont le périmètre bien que très vaste est désormais plus précis. Mais aussi le « risque client » qui peut conduire à la mise en cause de la responsabilité civile professionnelle du gestionnaire de patrimoine en faute. Force est ici de constater que les cas les plus fréquents de responsabilité sont liés à l'inexécution des obligations professionnelles d'information, de conseil, et de mise en garde.

La Cour de cassation dès 1921 avait précisé cette obligation de conseil pour la profession de notaire, et indiqué en 1964 que le courtier d'assurance devait être « un guide sûr et un conseiller expérimenté ». S'agissant d'une obligation contractuelle par nature, les règles délictuelles venaient néanmoins couvrir la responsabilité des rapports avant toute naissance d'un contrat avec les clients ou celle résultant des relations avec les tiers. L'article L. 541-1 du Code monétaire et financier précisait le périmètre des activités du conseiller en investissements financiers exercées « à titre habituel », et en 2011, la Cour d'Appel de Paris affirmait que « Le conseil en gestion de patrimoine, tenu d'une obligation de moyens doit guider son client dans le choix des différents placements qui s'offrent à lui, l'éclairer sur les conséquences juridiques et fiscales de ceux-ci et les risques comparés de tel ou tel investissement » (CA Paris, Pôle 5, chambre 7, 15 Mars 2011 - n° 2008/17993). Cette qualification en obligation de moyen semble parfaitement correspondre donc compte tenu du caractère intellectuel de la prestation et de l'aléa propre à toute gestion de patrimoine. Ces obligations d'origine jurisprudentielle ont été renforcées par des règles spécifiques ou déontologiques, par différentes directives (MIF I et II, DIA I et II), lois (LSF, LME), ainsi que par les régulateurs (AMF et ACPR). Règles marquant une évolution toujours plus nette vers le passage d'une culture de l'oral à une culture de l'écrit. « Verba volant scripta manent » pour une matérialisation de l'information et du conseil.

La protection de l'épargnant est désormais au cœur de l'ensemble du corpus juridique qui lie le gestionnaire de patrimoine à son

client. Cette protection résulte du Code de la consommation, dont l'article L. 111-1 dispose que : « tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service. » L'obligation d'information, qui était parfois confondue en jurisprudence, apparaît alors désormais nettement en amont du devoir de conseil et constitue, indubitablement, une obligation de résultat.

Avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, cette protection peut désormais résulter du Code civil qui consacre l'obligation de bonne foi et l'obligation d'information au travers des deux nouveaux articles 1104 et 1112.

Selon l'article 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. » Il est donc fondamental de constater que le principe de bonne foi est consacré au stade des négociations précontractuelles et de la formation du contrat. Ainsi, cette obligation de bonne foi ne se limite plus seulement à la phase d'exécution du contrat, et existe dès avant, pendant les négociations. Dès lors le gestionnaire de patrimoine pourra prétendre être de bonne foi lorsqu'il aura la croyance de se trouver dans une situation conforme au droit d'une part, et la conscience d'agir sans léser les droits d'autrui d'autre part. Cette disposition est l'une des rares à être expressément désignée comme étant d'ordre public. Elle ne pourra donc pas être écartée ou limitée contractuellement.

connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Dès lors, tout manquement à cette obligation d'information pourra entraîner la nullité du contrat, sur le fondement d'un vice du consentement, et ainsi engager la responsabilité de la partie à qui cette obligation d'information incombait. Cela impose donc que le gestionnaire de patrimoine n'exploite pas l'inégalité de situation existant dans son rapport avec son client pour en tirer un avantage excessif. Il ne peut évidemment pas stipuler de clauses abusives (v. nouvel article 1171 et supra les développements de M. Leroy, Chronique assurance-vie), et la confiance est placée au centre de la relation. Indéniablement, il ne peut y avoir de gestion de patrimoine sans confiance, de confiance sans confiance, et de confiance sans secret. ■



Nicolas Esplan

De cette obligation de bonne foi découle en partie le devoir général d'information de l'article 1112-1 du Code civil « Celle des parties qui

Actualité jurisprudentielle de droit fiscal patrimonial

Allongement du délai de rappel des donations antérieures : transmission d'une QPC.

Observations.- Par une décision du 4 octobre 2016 (2016-603 QPC), la Cour de cassation vient de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité contestant les rallongements successifs du délai de rappel fiscal des donations antérieures prévu à l'article 784 du CGI qui avait été porté de 6 à 10 ans en 2011 (loi n°2011-900, 29 juill. 2011, art. 7, I à III), puis de 10 à 15 ans en 2012 (loi n° 2012-958, 16 août 2012, art. 5). En l'espèce, les héritiers de Denise C, décédée le 2 août 2014, contestaient le rejet par l'administration fiscale de leur demande de restitution des droits de succession correspondant au rappel de donations que leur avait consenties le de cujus en 2002, soit 12 ans auparavant. Ils soutenaient que les modifications successives du délai de rappel fiscal entre la date des donations (où le délai était de 10 ans) et le jour du décès de Denise C (où le délai avait été allongé à 15 ans) avaient altéré, avec effet rétroactif, les droits qu'ils avaient acquis sous le régime du texte en vigueur au jour des donations. La Cour de cassation a jugé sérieuse la question de la conformité de cet allongement du délai du rappel fiscal aux **principes de la garantie des droits et de la protection de la propriété privée**. Le Conseil constitutionnel dispose d'un délai de 3 mois pour se prononcer.

Attention : Il existe un risque que la décision du Conseil constitutionnel, si elle est favorable, s'applique uniquement aux transmissions à venir et aux contribuables ayant déposé au préalable une réclamation. Dès lors, la prudence incite à déposer une réclamation à titre conservatoire afin de demander la restitution du trop payé de droits de donation ou de droits de succession. Le Conseil constitutionnel devant se prononcer début décembre, les redevables doivent agir au plus vite.

Clause anti abus de plafonnement de l'ISF (PLF pour 2017, art. 4)

Observations.- L'article 4 du projet de loi de finances pour 2017 prévoit d'introduire une clause anti-abus dans le dispositif de plafonnement de l'ISF. L'article 885 V bis serait complété pour autoriser l'administration à **réintégrer** dans les revenus de référence **ceux distribués à une holding** à l'IS **contrôlée par le redevable**, pour la part correspondant à une diminution artificielle desdits revenus. Selon l'exposé des motifs la mesure cible les montages d'« encapsulage des dividendes », par lesquels le redevable réduit ses revenus mobiliers en les ca-

pitalisant dans une holding patrimoniale interposée (« cash box »), tout en recourant éventuellement à l'endettement pour couvrir ses dépenses courantes. Pour réaliser la réintégration, l'administration devra prouver que l'existence de la société et le choix d'y recourir ont pour **objet principal (et non pas exclusif comme l'impose l'art. L. 64 du LPF) d'éviter tout ou partie de l'ISF** en bénéficiant d'un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet et de la finalité du plafonnement.

Abattement dirigeant : 500 000 € par société cédée Rép. Cadic : Sén. 1 sept. 2016 n° 14869

Observations.- L'administration fiscale reconnaît qu'en application de l'article 150-0 D ter du CGI, un dirigeant exerçant ses fonctions dans plusieurs sociétés qui, à l'occasion de son départ à la retraite, cède les titres qu'il possède dans ces sociétés, peut bénéficier d'un abattement fixe de 500 000 € **par société** (avant abattement pour durée de détention).

Régime mère-fille : l'exclusion des titres sans droits de vote abandonnée par Bercy.

Observations.- Dans une mise à jour du BOFIP en date du 5 octobre 2016, prenant effet dès le 3 février 2016, l'administration, tirant les conséquences de deux **décisions du Conseil constitutionnel** (Cons. const. QPC 3-2-2016 no 2015-520 ; Cons. const. QPC 8-6-2016 no 2016-553), admet que les dispositions de l'article 145, 6-C du CGI, imposant que les titres de la filiale confèrent des droits de vote, sont inapplicables (BOI-IS-BASE-10-10-20 no 72). ■



Renaud Mortier



Jean-François Desbuquois