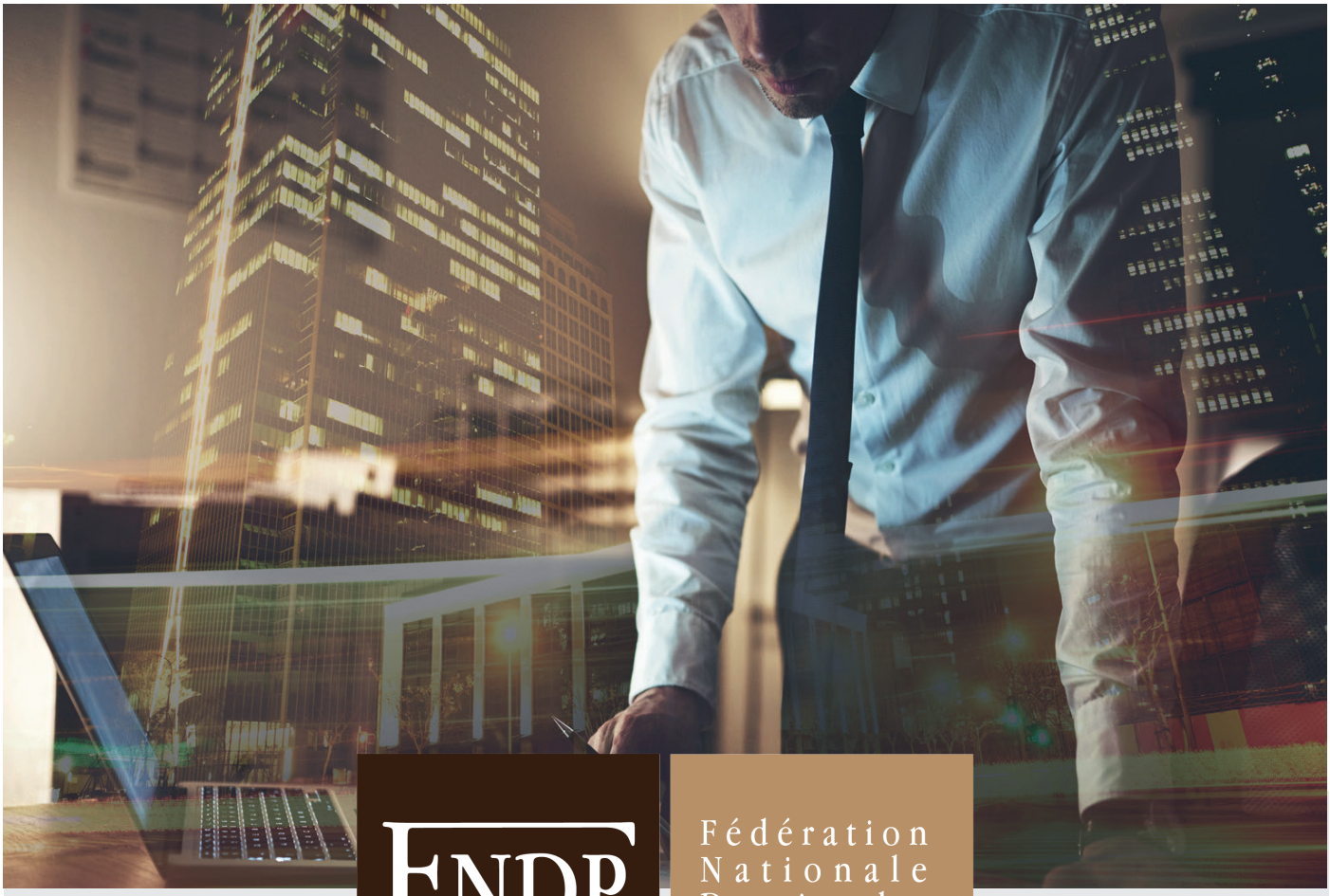

FNDP

Fédération
Nationale
Droit du
Patrimoine

La Lettre de la FNDP

Numéro 5 - Juin 2017

La Lettre de la FNDP
Numéro 5 | Juin 2017

Edito

Il relève de l'évidence que les élections présidentielles et législatives auront inévitablement un impact sur le droit du patrimoine et plus spécialement sur les stratégies patrimoniales et fiscales. Les réformes fiscales annoncées lors de la campagne laissent en effet entrevoir des modifications pour le moins substantielles. Parmi les plus significatives, l'on doit relever le remplacement de l'ISF par un impôt sur la fortune immobilière mais également la refonte de la fiscalité de l'épargne par la création d'un prélèvement forfaitaire unique sur les revenus du capital, applicable notamment en matière d'assurance-vie. L'on peut également souligner les promesses de baisse de l'impôt sur les sociétés (à 25%), d'allègement des charges des entreprises, de renforcement des sanctions contre la fraude fiscale, mais aussi, afin de lutter contre l'instabilité fiscale, de la promesse d'une loi d'orientation fiscale adoptée dès 2017. Simplification, allégement et sécurité juridique semblent alors être au cœur des objectifs poursuivis, ou tout au moins annoncés. Se pose par ailleurs la question de la pérennité des réformes déjà engagées. A cet égard, l'annonce a déjà été faite d'un report du prélèvement à la source de l'impôt sur le revenu (PAS), mesure emblématique du quinquennat Hollande. Si le PAS ne semble pas être remis en cause dans son principe, son entrée en vigueur devrait être à tout le moins différée. L'avenir nous dira ce que sont devenues ces promesses de campagne électorale ; mais de toute évidence, les prochains mois devraient être pour le moins éclairants en la matière. Pour l'heure, et attendant de découvrir et commenter ces nouvelles mesures, les auteurs de la Lettre ont choisi pour ce numéro d'attirer notamment votre attention sur des décisions ou textes relatifs à la constitutionnalité des articles L. 132-5-1 ou L. 132-5-2 du Code des assurances, ou encore sur la rémunération des dirigeants de SARL . L'actualité fiscale et quelques décisions importantes et très récentes en droit des biens viendront notamment compléter ce numéro de mai 2017. A tous, nous vous souhaitons une excellente lecture.

Cécile Lisanti

Sommaire

Assurance-vie 4
Droit fiscal patrimonial 5
Droit des biens 6
Droit des sociétés 7
Obligations règlementaires 9
Personnes vulnérables 10
Protection et responsabilité patrimoniales de l'entrepreneur 12

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.

Renonciation abusive et QPC

Depuis plus de dix ans, le législateur, de façon constante, tente de limiter le contentieux résultant de la prorogation de la faculté de renonciation du contractant, en cas de manquement de l'assureur à ses obligations documentaires précontractuelles.

Ainsi, l'article 5 de la loi n° 2014-1662 du 30 décembre 2014, a-t-il réformé l'article L. 132-5-2 du Code des assurances en excluant du bénéfice de la prorogation du délai de renonciation prévu à l'article L. 132-5-1, les souscripteur de mauvaise foi. Tirant la conséquence de cette réforme législative, la Cour de cassation a opéré un revirement spectaculaire de sa jurisprudence en précisant que « **si la faculté prorogée de renonciation prévue par le second de ces textes en l'absence de respect, par l'assureur, du formalisme informatif qu'il édicte, revêt un caractère discrétionnaire pour le preneur d'assurance, son exercice peut dégénérer en abus** » (par ex. Cass 2ème civ. 2 mars 2017, n° 16-16662 ; Cass 2ème civ. 12 janv ; 2017, n ° 16-10003 ; Cass 2ème civ, 17 nov. 2016, n° 15-20958 ; Cass. 2ème civ., 20 oct 2016 n° 15-25811 ; Cass 2ème civ, 9 juin 2016 n° 15-20218 ; Cass 2ème civ. 19 mai 2016 n° 15-12767 ; Resp. civ. et assur. 2016, comm. 288 et étude 11, Ph. Pierre ; RGDA 2016, p. 438, note J. Kullmann).

Reste donc à préciser les hypothèses d'abus. Selon la Cour de cassation, est abusif l'exercice de la faculté de renonciation par le souscripteur qui agit alors qu'il était parfaitement informé des caractéristiques de son contrat malgré la carence formelle d'information et qu'il tente ainsi d'échapper aux risques financiers du contrat qu'il avait accepté en connaissance de cause (V. par ex. Cass. 2ème civ., 17 nov. 2016).

Cette position de la Cour de cassation est importante car elle est de nature à empêcher un souscripteur habile à la gestion financière d'obtenir, sur ce fondement, le remboursement des primes. On comprend alors la tentation pour ce type de contractant d'écarter l'obstacle de l'abus en arguant d'un défaut de conformité à la constitution, des réformes des articles L. 132-5-1 ou L. 132-5-2 du Code des assurances.

Tentative cependant vouée à l'échec puisque la Cour de cassation a déjà par le passé refusé de transmettre une telle question au Conseil constitutionnel (Cass. 2e civ., 13 janv. 2011, n° 10-16.184, Resp. civ. et assur., 2011, repère 6), au motif que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que le dispositif ainsi mis en œuvre répond à un objectif de protection du consommateur.

C'est donc sans surprise que la Cour de cassation refuse une nouvelle fois de transmettre une QPC au Conseil constitutionnel, portant cette fois-ci sur la conformité des textes « **tels qu'interprétés par la jurisprudence de la Cour de cassation issue des arrêts de revirement du 19 mai 2016, aux droits et libertés garantis par la Constitution, en particulier au principe d'intelligibilité de la loi, à la garantie des droits et au principe de la liberté contractuelle et du droit au maintien des conventions et contrats légalement conclus, découlant des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789** » (Cass 2ème civ 27 avril 2017 n° 17-40027).

La Cour de cassation refusa de transmettre au Conseil constitutionnel en rappelant en particulier « **que la portée effective conférée à ces dispositions par la jurisprudence constante de la Cour de cassation à laquelle se réfère la question, qui conduit à priver d'efficacité une renonciation déjà effectuée lorsqu'il est établi que l'exercice de cette prérogative a été détourné de sa finalité, garantit le respect du principe général de loyauté s'imposant aux contractants** » ;

Bref, comme le rappelait en 2011 un auteur, « le Conseil constitutionnel ne saurait être un bureau des pleurs. À celui qui vient se plaindre d'être pénalisé d'une manière ou d'une autre par une disposition légale, il est répondu qu'il avait toujours la possibilité de ne pas se mettre dans la situation, assortie d'une sanction, où il s'est retrouvé » (H. Groutel, obs. préc).

Michel Leroy

Holdings animatrices : avancées jurisprudentielles

La holding animatrice est au cœur des stratégies patrimoniales pour de nombreux chefs d'entreprises. Sa définition traditionnelle repose sur un double critère : la participation à la conduite de la politique du groupe, et le contrôle des filiales. Mais depuis quelques temps l'administration semblait y ajouter de nouvelles exigences: l'obligation pour la holding d'animer la totalité de ses filiales, l'impossibilité que deux holdings animent ensemble le même groupe, etc…

La jurisprudence vient de se prononcer à plusieurs reprises et de rejeter les nouveaux critères de l'administration :

- la cour d'appel de Paris (CA Paris, 27 mars 2017 n°15/09818 et 15/02544) confirme tout d'abord que la holding n'est pas dans l'obligation d'animer la totalité de son portefeuille de participations. Autrement dit, la détention d'une filiale non animée ne disqualifie pas la holding animatrice pour le tout contrairement à ce que soutenait l'administration ;

- la cour d'appel de Rennes (CA Rennes 8 mars 2016, n°15/00775) admet qu'une holding minoritaire puisse être animatrice dans la mesure ou elle participait activement à la conduite de la politique du groupe conjointement avec l'actionnaire majoritaire, avec lequel elle était liée par un pacte d'associés organisant les modalités de cette gestion commune ;

- le TGI de Paris (TGI Paris 26 février 2016, n°14/15706) juge enfin que l'administration ne peut refuser le bénéfice des pactes Dutreil (787 B) à une holding animatrice au motif qu'elle ne remplirait pas les critères de l'activité éligible prépondérante, dans la mesure où elle n'a énoncé cette règle qu'au titre des sociétés ayant directement une activité opérationnelle (industrielle, commerciale, etc…), mais non pour les holdings animatrices.

Ces décisions font pour certaines l'objet de recours de la part de l'administration. Elles n'en traduisent pas moins d'intéressantes avancées jurisprudentielles.

Renaud Mortier

Jean-François Desbuquois

Droit des biens

Présomption simple d'accession

Cass. 3ème civ., 27 avril 2017 (n°16-10753)
Décision destinée à être publiée au Bulletin

« Vu l'article 546 du code civil ;(…)
[ce texte] instaure, en faveur de celui qui l'invoque, une présomption de propriété par accession qui peut être renversée par la preuve contraire résultant de la prescription (…) ».

L'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, le 27 avril 2017, rappelle que le principe de l'accession énoncé à l'article 546 du Code civil constitue une présomption simple de propriété (Cass. Req., 18 aout 1863 : S. 64, 1, 13). Fondé par l'attractivité physique du sol, il consacre l'unité juridique du fonds et de ses accessoires : l'unité matérielle trouve ainsi sa traduction juridique. N'étant pas d'ordre public, la renonciation au bénéfice de l'accession exprimée par le propriétaire du fonds est toujours envisageable. Il n'est alors pas étonnant de constater que la jurisprudence trace les contours d'un régime unifié de ce principe qui est à la fois une règle de fond et une règle de preuve. La qualification de présomption simple retenue pour sa « dimension » règle de preuve fait écho à l'absence d'impérativité attachée à l'accession, règle de fond. Cette présomption de propriété n'est donc pas irréfragable, la preuve contraire est admise et l'arrêt nous en donne un exemple avec la prescription acquisitive.

Théorie de la propriété apparente

Cass. 3ème civ., 30 mars 2017 (n° 15-21.790)
Décision destinée à être publiée au Bulletin

« Vu l'article 544 du code civil ; (…)
Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si, lors de son acquisition, M. François X... était de bonne foi et pouvait ainsi se prévaloir d'une erreur commune, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;(…) ».

Error communis facit jus, l'erreur commune est créatrice de droit (H. Roland et L. Boyer, Adages du Droit français, Litec, 4ème éd., 1999, n°123, pp. 224-229). L'arrêt rendu le 20 mars 2017 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation est une manifestation de la vivacité de la théorie de l'apparence dans le champ de la propriété. Il vient préciser les modalités d'appréciation par les juges du fond de la qualité d'acquéreur de bonne foi : la Cour de cassation sanctionne la Cour d'appel au visa de l'article 544 du Code civil, de ne pas avoir déterminé si « (…) **lors de son acquisition, M. François X... était de bonne foi et pouvait ainsi se prévaloir d'une erreur commune** (…) ». La bonne foi s'apprécie donc au jour de l'acquisition peu importe si, par la suite, l'acquéreur découvre son erreur quant à la qualité de son vendeur. Cette règle semble faire un clin d'oeil à l'article 2275 du Code civil qui en matière d'usucapion dispose qu' « **Il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition** ».

Usufruit indivis et prescription extinctive

Cass. 3ème civ., 27 avril 2017 (n°15-23468)

« (…) Mais attendu qu'ayant relevé que Mme X... et M. Y... étaient indivisaires en jouissance et constaté que Mme X... ne justifiait d'aucun acte de jouissance de son chef depuis plus de trente ans, la cour d'appel a retenu à bon droit que les actes de jouissance accomplis par M. Y... ne pouvaient avoir interrompu la prescription trentenaire pour non-usage de l'usufruit de Mme X... ;(…) ».

La prescription extinctive par non-usage pendant trente ans fait partie des causes d'extinction de l'usufruit présentées à l'article 617 du Code civil. En l'espèce, suite à un décès, la veuve et le fils du défunt se sont retrouvés « **indivisaires en jouissance** » puisqu'ils bénéficiaient tous les deux de la jouissance d'un bien, en l'occurrence une parcelle de terrain, mais à des titres différents - usufruitière et plein propriétaire-. Assigné en paiement de sommes d'argent liées à la perception de loyers sur des bâtiments construits sur ladite parcelle, le fils invoque l'extinction de l'usufruit pour non usage trentenaire de sa coindivisaire, celle-ci n'ayant « **pas accompli d'actes de jouissance de son chef** » comme le relève l'arrêt. Aussi, les actes de jouissance réalisés par l'un des coindivisaires permettent-ils d'interrompre la prescription extinctive qui pourrait être opposée à l'autre ? La Cour de cassation répond par la négative : « (…) l**es actes de jouissance accomplis par M. Y... ne pouvaient avoir interrompu la prescription trentenaire pour non-usage de l'usufruit de Mme X** (…) ». L'indivision constitue une propriété collective mais les actes de jouissance ne sont pas appréhendés collectivement, ils ressortent de l'activité juridique de chaque coindivisaire qui ne saurait se prévaloir de celle des autres, en particulier pour cacher sa propre inactivité.

Indivision et exercice de la jouissance

Cass. 1ère civ., 20 avril 2017 (n°16-16457 et 16-17233)
Décision destinée à être publiée au Bulletin

« (…) Vu l'article 815-9 du code civil ;(…)
Qu'en statuant ainsi, alors que le président du tribunal de grande instance, saisi en application de l'article 815-9 du code civil, statue en la forme des référés et non en référé, de sorte que l'article 809 du code de procédure civile n'est pas applicable, et que, constatant l'existence d'un désaccord entre les indivisaires sur l'exercice de leurs droits d'usage et de jouissance respectifs sur les matériels agricoles indivis, il lui appartenait de régler provisoirement l'exercice de ces droits, la cour d'appel, qui a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, a violé le texte susvisé ; (…) ».

L'alinéa 1er de l'article 815-9 du Code civil dispose que « **Chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis conformément à leur destination, dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires et avec l'effet des actes régulièrement passés au cours de l'indivision. A défaut d'accord entre les intéressés, l'exercice de ce droit est réglé, à titre provisoire, par le président du tribunal** ». Ainsi, les contestations quant à l'utilisation des biens indivis relèvent de la compétence du Président du Tribunal de grande instance mais une incertitude demeurait : le Président du TGI intervient-il en qualité de juge des référés ou de juge du fond statuant en la forme des référés? C'est l'enjeu de l'arrêt rendu le 20 avril 2017 par la première chambre civile de la Cour de cassation. La solution de droit est claire, nette et précise, la Cour n'hésitant pas à faire œuvre de pédagogie : « (…) **le président du tribunal de grande instance, saisi en application de l'article 815-9 du code civil, statue en la forme des référés et non en référé, de sorte que l'article 809 du code de procédure civile n'est pas applicable** (…) ». Les doutes sont levés, la procédure en question constitue donc une manifestation de ces procédures en la forme des référés de l'article 492-1 du Code de procédure civile.

Céline Kuhn

Un gérant de SARL doit rembourser les rémunérations perçues sans autorisation de l'AG imposée par les statuts

Cass. com. 15 mars 2017 (n°14-17.873, inédit)

Comme c'est souvent le cas, dans l'affaire à l'origine de l'arrêt du 15 mars 2017 (n°14-17.873, inédit), une SARL comportait deux associés. L'un possédait 80 % du capital et exerçait les fonctions de gérant. Une clause statutaire prévoyait que la rémunération du gérant était déterminée par décision collective ordinaire des associés. Suite à la liquidation judiciaire de la société, le liquidateur demande au gérant de rembourser les rémunérations perçues. La Cour d'appel rejette sa demande. La chambre commerciale rend un arrêt de cassation qui rappelle très précisément les règles applicables en la matière. La première année concernée, la rémunération du gérant avait été approuvée par l'assemblée générale en application de la procédure des conventions réglementées. Les années ultérieures, l'assemblée générale n'avait même pas été convoquée et n'avait donc eu aucune occasion de s'exprimer à ce sujet. Ce sont donc ces rémunérations-là, et elles seules, qui justifient la cassation. Deux enseignements peuvent donc être tirés de cet arrêt. D'une part, dans une SARL, dans le silence de l'article L. 223-18 du Code de commerce sur cette question, la rémunération du gérant est déterminée soit par les statuts, soit par une décision de la collectivité des associés. Un arrêt du 25 septembre 2012 (n°11-22.754, Dr. Sociétés 2012, 207, note D. Gallois-Cochet) avec déjà clairement posé le principe à propos d'une société dont les associés étaient deux conjoints. D'autre part, si l'assemblée générale ne s'est pas exprimée sur la rémunération, elle peut la ratifier a posteriori, en particulier lors de l'examen des comptes annuels ou dans le cadre de la procédure des conventions réglementées. À défaut de clause statutaire ou de décision de la collectivité des associés, le gérant sera tenu de rembourser les rémunérations perçues, même si elles n'ont pas été excessives.

- Sophie Schiller

La petite réforme du 4 mai 2017 relative aux sociétés par actions et aux SARL

L'ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017 portant diverses mesures facilitant la prise de décision et la participation des actionnaires au sein des sociétés vient de paraître (JORF n°0106 du 5 mai 2017, n° 89). Prise en application de l'article 141 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique - dite « Sapin II » - elle est destinée, ainsi que son titre l'y invite, à simplifier la prise de décision dans les sociétés et la participation des associés à la vie sociale, ainsi qu'à encourager le recours aux nouvelles technologies dans le fonctionnement des organes sociaux. Contrairement au titre de l'ordonnance, qui laisse à penser que seules les sociétés par actions ne sont concernées par cette « petite réforme », sont retouchées les règles régissant les SARL, SA et SAS. Des modifications (I) et créations (II) sont apportées par l'ordonnance.

I – Modifications

A. Extension à la SARL. Un premier article (article 2) modifie l'article L. 223-27 du Code de commerce de façon à permettre aux associés d'une SARL détenant le vingtième des parts sociales de faire inscrire à l'ordre du jour de l'assemblée des points ou projets de résolution. C'est un objectif « qualité », qui est poursuivi puisque l'ordonnance a pour but de répondre à la critique du rapport Ease of Doing Business 2016 de la Banque mondiale, pointant notamment la différence de situation entre les associés de SARL et les actionnaires de SA, jugée défavorable aux investisseurs sur certains points (V. Rapport relatif à l'ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017 au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017 portant diverses mesures facilitant la prise de décision et la participation des actionnaires au sein des sociétés, JORF, 5 mai 2017, n° 106).

Il s'agit ici de s'inspirer de la règle prévue à l'article L. 225-105 du même code pour favoriser l'implication des associés minoritaires dans la vie de la société. Jusqu'alors un ou plusieurs associés détenant la moitié des parts sociales ou détenant, s'ils représentent au moins le dixième des associés, le dixième des parts sociales, pouvaient demander la réunion d'une assemblée. Ceci ne change pas. Désormais, un ou plusieurs associés détenant le vingtième des parts sociales ont la faculté de faire inscrire à l'ordre du jour de l'assemblée des points ou projets de résolution dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. L'article L. 223-27 prévoit classiquement que ces éléments doivent être portés à

la connaissance des autres associés. Pour le reste, il convient d'attendre les conditions dans lesquelles cette inscription pourra intervenir. L'on notera que le texte ne prévoit pas cependant la possibilité pour le décret à venir de réduire le pourcentage exigé par le présent alinéa, lorsque le capital social excède un montant fixé par ledit décret, liberté en la matière oblige depuis la loi du 1er août 2003. La nouvelle disposition est d'ordre public puisqu'un cinquième alinéa prévoit que toute clause contraire est réputée non écrite. La même sanction s'applique donc en cas d'insertion d'une clause de nature à limiter le droit de ces minoritaires à demander la réunion d'une assemblée ou l'inscription à l'ordre du jour d'un point ou projet de résolution.

B. Simplifications pour la SAS. La simplification est double. Elle porte d'abord sur l'article L. 227-10 du Code de commerce, qui est modifié par l'article 4 de l'ordonnance. Celui-là prévoit par principe que les conventions intervenues entre une SAS et l'un de ses dirigeants ou l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant donnent lieu à l'établissement d'un rapport du commissaire aux comptes. Pour les SASU, une procédure dérogatoire est organisée puisqu'il est seulement fait mention des conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et son dirigeant au registre des décisions. Toutefois, rien n'était dit en présence d'une convention passée entre une SASU et son associé unique ou la société contrôlant son associé unique. Ces dernières font également l'objet d'une simple mention au registre des décisions de l'associé unique. L'article L. 227-10 gagne ainsi en cohérence et le droit applicable aux SASU en allègement.

La simplification se situe également au niveau de l'article L. 227-19 du même code. L'article 5 de l'ordonnance le modifie afin d'éviter les situations de blocage générées par l'exigence de l'unanimité du vote des associés pour l'adoption et la modification des clauses d'agrément. Ces clauses pourront donc être insérées dans les statuts à la création de la société mais en cours de vie sociale non plus par une décision collective des associés prise à l'unanimité mais par une décision prise dans les conditions et formes prévues par les statuts. Les statuts pourront certes continuer à prévoir l'unanimité. Quant a leur modification en cours de vie sociale, elles opèrent selon les mêmes conditions et formes que prévues précédemment.

L'adoption et la modification des autres clauses de type inaliénabilité, exclusion et changement de contrôle restent soumises à la règle de l'unanimité.

II - Création

A. Modernisation du fonctionnement des SA. L'article 3 de l'ordonnance crée un article L. 225-103-1 qui ouvre à certaines SA la possibilité de prévoir dans leurs statuts que les assemblées générales d'actionnaires se tiendront exclusivement par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant l'identification des actionnaires (skype ou autre procédé numérique). Le nouveau texte ne s'applique qu'aux SA non cotées. Il concerne les AGO comme les AGE. Il faut saluer cette initiative qui permet aux actionnaires de participer aux assemblées à moindre coût en intégrant les évolutions technologiques. La participation des associés à la prise de décision en sort ainsi facilitée, dans le respect de la liberté contractuelle et des droits des actionnaires.

B. Aménagement d'un droit d'opposition des minoritaires. Un droit d'opposition pour les actionnaires minoritaires est cependant aménagé. Un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital peu(ven)t s'opposer à ce qu'il soit recouru exclusivement aux modalités de participation à l'assemblée définies ci-avant. Ce droit vaut pour chaque assemblée générale. Reste à savoir dans quelles conditions ce droit d'opposition pourra s'exercer. Il conviendra d'attendre sur ce point un décret en Conseil d'Etat…

- Anne-Françoise ZATTARA-GROS

General Data Protection Regulation

2016-2018 une transition tumultueuse. Le secteur bancaire face aux risques liés au traitement et à la collecte des données à caractère personnel de ses clients

De par la nature même de l'analyse patrimoniale, l'adéquation et la pertinence du conseil délivré nécessitent par essence et ab initio la collecte de "données à caractère personnel". C'est initialement la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 et la création de la CNIL (Commission nationale informatique et libertés) qui en ont assuré la protection. La directive 95/46/CE, votée par le Parlement européen le 24 octobre 1995 et relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, a ensuite confirmé la nécessité de protéger la vie privée des individus. Mais il aura fallu attendre le GDPR, General Data Protection Regulation, adopté par le Parlement européen le 14 avril 2016, avant de pouvoir donner une dimension véritablement opérationnelle à cette protection des données à caractère personnel.

Nicolas Esplan

Au regard d'une valorisation de plus en plus importante des données, et fort d'une véritable volonté de responsabilisation de tous les acteurs du numérique amenés à traiter, collecter ou fournir des données à caractère personnel, au sens strict comme au sens large, le GDPR et ses dispositions seront en vigueur à partir du 25 mai 2018, sans aucune nécessité de transposition en droit interne puisque par nature le Règlement sera d'application directe dans tous les Etats membres de l'Union européenne.

Dans le domaine bancaire, le volume et la variété des données collectées, semble transgresser le principe de la proportionnalité et excède très largement le champ des données nécessaires à l'analyse patrimoniale puisqu'il s'agit ici aussi de données client. En effet une étude récente ("Databerg" - Veritas), révèle que 78% des données stockées par les banques au sein de l'Union européenne, seraient inutiles ou inconnues des institutions financières. L'origine se retrouve a priori dans la méthode et la typologie de collecte de données à caractère personnel, en effet selon un "discussion paper", de l'European Banking Authority, en date du 4 mai 2016 il s'agit usuellement de collecter les données suivantes :

- Données relatives à l'implication financière de l'individu : notamment le nombre de comptes bancaires qu'il possède auprès de l'institution financière ; la balance de ses comptes ; les divers produits financiers auxquels il a souscrit.
- Données concernant le profil financier de l'individu : telles que sa solvabilité, ses historiques de paiements, ses prêts existants, ...
- Données liées aux habitudes financières de l'individu : pattern de paiements, habitudes de consommation, nombre de transferts, ...
- Données relatant les antécédents de l'individu avec le service clientèle : plaintes, demandes, enquêtes de satisfaction.
- Données retraçant les médiums de communication entre l'individu et l'institution financière : numéros de téléphone utilisés, nombre de visite sur le site web, messages postés sur les forums.

Il convient également de souligner que les différents législateurs (nationaux et européen) imposent aux établissements financiers la collecte et le traitement de données à caractère personnel pour des raisons d'intérêt général telles que la lutte contre le surendettement, les obligations de se renseigner sur la situation de leurs clients, mais encore la lutte contre toutes formes de fraude ainsi que la prévention du blanchiment de capitaux.

Dès lors, le GDPR apporte deux avancées permettant aux institutions financières une meilleure collecte de leurs données ainsi qu'une gestion du risque rationalisée. D'une part, celui-ci vient imposer la nomination d'un Data Protection Officer (Articles 37,38,39, EU GDPR). Celui-ci est nécessaire, dès lors que l'institution bancaire effectue "des opérations de traitement qui, du fait de leur nature, de leur portée et/ou de leurs finalités, exigent un suivi régulier et systématique à grande échelle des personnes concernées" (Article 37 EU GDPR), autrement dit, et considérant le caractère volontairement étendu de ce champ d'application, il sera immanquablement requis dans le secteur financier. D'autre part, il impose dans le cas d'une faille de sécurité, deux obligations au responsable du traitement : une notification à l'autorité de contrôle d'une violation de données à caractère personnel (Articles 75,85,87,88 EU GDPR) sous 72 heures à compter de la prise de connaissance de ladite faille, ainsi qu'une communication à la personne concernée par ladite violation de données (Articles 75,86,87,88 EU GDPR).

Même si dans l'attente de l'application du GDPR en mai 2018, les risques juridiques encourus par les acteurs du monde bancaire sont moindres, la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016, anticipe sa mise en oeuvre en ayant d'ores et déjà intégré en droit interne un certain nombre d'éléments tels que : L'affirmation du principe de la maîtrise par l'individu de ses données (conforme à la doctrine de l'empowerment anglo saxon), le droit à l'oubli pour les mineurs, un renforcement de l'information et de la transparence sur le traitement des données ainsi qu'une consolidation des compétences de la CNIL (confortées et élargies).

Ainsi la CNIL vient par exemple démontrer son progressisme par des décisions telles que la délibération n° 2016-182 du 16 juin 2016 autorisant la Banque populaire Côte d'Azur à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la détection des clients en situation de fragilité financière afin de leur proposer des mesures d'accompagnement adaptées.

Et ce début d'année 2017 a vu s'illustrer une délibération de la formation restreinte de la CNIL, du 26 janvier 2017, prononçant un avertissement public à l'encontre de la société CARREFOUR BANQUE en raison de l'inscription de 38 329 personnes dans le fichier des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FICP) à une date inexacte. Ce traitement de données à caractère personnel ressort d'un manque manifeste à l'obligation de l'établissement financier de traiter des données exactes et mises à jour en ce qu'il a procédé à la réinscription à une date inexacte de milliers de personnes au FICP.

Cependant, avec le Règlement européen, et ce dès mai 2018 ces risques deviendront chiffrés et prendront une tout autre dimension ! Ceux-ci, en cas de réalisation, s'élèveront à la plus haute des deux pénalités suivantes : jusqu'à 20 millions d'euros ou jusqu'à 4% du chiffre d'affaires mondial (article 83 ; EU GDPR). Il apparaît donc nécessaire pour les différents responsables de traitement de données à caractère personnel, et a fortiori les établissements financiers du secteur bancaire, de se mettre au plus tôt en conformité avec les exigences du GDPR.

- Nicolas ESPLAN
et Benjamin LAROCHE
(doctorant à l'université de Toulouse Capitole)

Un nouvel élan pour le mandat de protection future ?

Présenté comme l'innovation majeure de la loi du 5 mars 2007 et comme un outil performant de la gestion du patrimoine, le mandat de protection future connaît un succès limité. Ce faible engouement trouve sa source à la fois dans des raisons sociologiques – peu d'intérêt à l'anticipation de l'altération des facultés mentales- mais également juridiques. Un arrêt de la Cour de cassation, en date du 4 janvier 2017 (D. Noguéro, D. 2017, p. 191 ; A. Batteur, Defrénois 2017, n°4, p. 245), vient confirmer le caractère subsidiaire des mesures judiciaires de protection et tend ainsi encourager ce mode de protection conventionnel. Pour autant, il ne serait pas inutile de se tourner vers des droits voisins pour compléter notre législation et rendre ce mode alternatif de protection plus attrayant.

Des améliorations indéniables. Le législateur tend à gommer les critiques émises à propos du mandat de protection future à propos de son absence de publicité. Initialement méconnue pour de sombres raisons de protection de la vie privée –comp. avec le PACS-, la publicité a désormais voix au chapitre depuis la loi du 28 décembre 2015 puisque désormais l'article 477-1 du Code civil prévoit que le mandat de protection future est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités et l'accès sont réglés en Conseil d'Etat. Si le principe est acquis, sa mise en œuvre concrète reste suspendue à l'intervention du Conseil d'Etat. Si l'on envisage la publicité, il convient de s'interroger sur l'objet de cette publicité pour en déterminer les contours. L'objet nous semble devoir être double : informer le juge de l'existence du mandat de protection future afin d'éviter la mise en œuvre d'une protection judiciaire ; informer les tiers lorsque le mandat est mis en application. Le Conseil d'Etat sera amené à organiser le registre assurant l'information du juge des tutelles. Il sera sans doute opportun de faire une distinction entre les mandats non encore exécutés et ceux qui le sont et de veiller aux conditions d'accès (cf. Protection juridique des majeurs vulnérables, Rapport du Défenseur des droits, sept. 2016). On peut toutefois regretter que le silence demeure s'agissant de la publicité à l'égard des tiers. Le législateur pourrait alors s'inspirer de ce qui a été prévu pour l'habilitation familiale intervenant de manière continue, à savoir une mention RC en marge de l'acte de naissance. Serait ainsi conciliées protection du majeur et information des tiers co-contractants.

La Cour de cassation contribue également à améliorer le caractère subsidiaire du mandat de protection future et rompt avec une tendance jurisprudentielle qui tendait plutôt vers une mise à l'écart du mandat de protection future. Notamment, dans un arrêt du 12 janvier 2011, la haute Juridiction avait fait une application stricte de l'article 483, 2°en estimant que l'ouverture d'une curatelle mettait fin au mandat de protection future. Une personne faisant l'objet d'une mesure de placement sous curatelle et mise sous sauvegarde de justice décidait de recourir à un mandat de protection future. Malgré cette protection conventionnelle, le juge des tutelles prononçait une mesure de curatelle renforcée et était approuvé par la Cour de cassation. Leçon à retenir : le mandat de protection future doit être pris très en amont de l'apparition de l'altération des facultés mentales et ne doit pas servir à contourner une mesure judiciaire de protection. Deux raisons possibles à cette exclusion : le mandat peut être annulé sur le fondement de l'article 414-1 ; il peut se révéler insuffisamment protecteur des intérêts de l'individu à protéger.

Dans l'affaire jugée le 4 janvier 2017, les faits étaient les suivants : en 2009, un individu en pleine possession de ses facultés mentales conclut un mandat de protection future en la forme notariée et désigne l'un de ses amis comme mandataire. Cinq ans plus tard, ses fils demandent son placement sous curatelle. Ignorant le mandat de protection future, le juge des tutelles met en place la mesure judiciaire. Quatre mois après le placement, le majeur protégé demande au juge des tutelles de substituer le mandat de protection future à la mesure de curatelle. La Cour d'appel, par un arrêt infirmatif, accueille la demande du majeur, met fin à la curatelle, et refuse d'annuler et de révoquer le mandat. Elle est approuvée par la première chambre civile. L'attendu est particulièrement clair : « il résulte de la combinaison des articles 483,2° et 477, alinéa 2, du code civil que seul le mandat de protection future mis à exécution prend fin par le placement sous curatelle de la personne protégée, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure ; que la cour d'appel qui a constaté que le mandat de protection future n'avait pas été mis à exécution lors de l'ouverture de la curatelle, en a déduit à bon droit que cette mesure n'avait pas pour effet d'y mettre fin ». La décision est particulièrement claire : le mandat non encore exécuté ne saurait être révoqué par l'ouverture d'une mesure judiciaire de protection. La solution ne peut être qu'approuvée, notamment parce qu'elle s'inscrit dans le principe de subsidiarité voulu par le législateur de 2007 et complète utilement l'article 477-1 nouveau.

Plusieurs enseignements peuvent être tirés de cet arrêt :

- sous réserve d 'un mandat pris très en amont de l'apparition des troubles, l'ouverture d'une mesure judiciaire n'a pas pour effet de révoquer le mandat ;
- la mise en œuvre du mandat se fera dans les conditions habituelles (le mandataire agit, accompagné par le mandant, sans aucune intervention du curateur) ;
- le seul moyen d'obtenir une révocation du mandat et un maintien de la mesure de protection est de démontrer que le mandat ne protège pas suffisamment les intérêts du mandant ;
- il appartient au juge des tutelles d'apprécier l'éventuelle opposition d'intérêts qui pourrait exister entre le mandant et le mandataire.

Des améliorations possibles. Si l'arrêt précité conforte le principe de subsidiarité et l'intérêt de recourir à un mandat de pro-

tection future, il n'est pas inutile d'envisager de nouveaux progrès susceptibles d'améliorer cet outil. Pour ce fait, on pourrait utilement s'inspirer du mandat de protection extrajudiciaire tel qu'il est appliqué en Belgique (E. Béguin, J. Fonteyn, Le mandat de protection extrajudiciaire, colloque la réforme du statut des incapables majeurs, Louvain-La-Neuve, 2014). Comme dans l'hexagone, le principe de subsidiarité a été affirmé et la formalité de l'enregistrement est imposée ad validitatem. Contrairement à notre législation, le mandat de protection extrajudiciaire peut produire ses effets soit dès sa conclusion si le mandant souhaite que le mandataire accomplisse immédiatement des actes de représentation. Ce mandat est alors soumis au droit commun du mandat et peut se révéler utile pour la gestion du patrimoine de personnes qui souffrent d'altération de leurs facultés physiques (cécité, surdité,…) et qui de ce fait ont des difficultés pour agir seules. Le mandat de protection extrajudiciaire ne produit ses effets qu'à partir du moment où le juge de paix a statué, en un mot l'a homologué. Ce contrôle initial du mandat peut se révéler très intéressant pour vérifier que la convention protège suffisamment les intérêts du mandant. Enfin, le législateur belge a consacré des dispositions spécifiques aux hypothèses d'opposition d'intérêts et notamment au cas particulier du mandataire qui vit en couple avec le mandant. Autant de règles qui pourraient nous inspirer afin de rendre cette protection conventionnelle plus attractive.

A noter : Par un arrêt du 8 mars 2017, la Cour de cassation (Cass. civ. 1ère, 8 mars 2017, pourv. N° V 16-10.340) a précisé le rôle du juge des tutelles lorsqu'il autorise un majeur sous tutelle à tester : il ne lui incombe pas d'examiner le contenu du testament mais seulement de vérifier, notamment par une audition, que le majeur dispose des facultés suffisantes pour exprimer clairement sa volonté. La fille du testateur, par ailleurs subrogée tutrice, ne saurait obtenir la production forcée du testament. On ne peut qu'approuver cet arrêt en raison du caractère personnel du testament. Seule voie possible pour la fille déçue : contester la validité du testament sur le fondement de l'article 901 … au décès du testateur.

Jean-Marie Plazy

EIRL et loi Sapin 2 : adoption des dispositions règlementaires

Décret n° 2017-630 du 25 avril 2017 relatif à la simplification du droit des sociétés et au statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée

Il est devenu un lieu commun que de souligner le peu de succès de l'EIRL depuis sa création. Souhaitant notamment promouvoir cette technique de protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel, la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 dite Loi SAPIN 2 a introduit plusieurs mécanismes de simplification entrés en vigueur le 11 décembre 2016.

Parmi eux, l'on relèvera:

- la suppression de la faculté de rendre opposable la déclaration d'affectation de l'EIRL aux créanciers antérieurs au dépôt de la déclaration d'affectation (article L. 526-12, al. 2 à 5 du Code de commerce).
- la suppression de l'exigence d'une double publication du bilan lorsque l'EIRL a déposé sa déclaration au Répertoire des métiers ou lorsqu'il est soumis à une double immatriculation.
- l'adoption d'un certain nombre relatives à la valeur du patrimoine affecté (L. 526-10 du Code de commerce), qui s'exprime par la possibilité d'utiliser le dernier bilan comme bilan d'ouverture (et de retenir ces valeurs comptables dans la déclaration de patrimoine affecté), mais également la dispense de recourir à un tiers pour évaluer les biens affectés d'une valeur supérieure à 30 000 euros.

Un décret adopté le 25 avril 2017 vient tirer les conséquences sur le plan règlementaire de ces nouvelles dispositions légales :

- sont ainsi supprimés les articles R. 526-8, D. 526-9 et R. 526-10 du Code de commerce qui se rapportaient à l'opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers antérieurs au dépôt de la déclaration d'affectation.
- est également supprimée l'obligation de transmission au greffe du tribunal statuant en matière commerciale des documents comptables annuels pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limité ayant déposé sa déclaration d'affectation au registre de l'agriculture (article R. 311-2-2 du Code rural). Le décret modifie en conséquence le montant des redevances perçues par les chambres d'agriculture pour les actes et formalités effectuées auprès du registre de l'agriculture (article 10 du décret).
- enfin, est supprimé l'article R. 526-10-2 du Code de commerce relatif à la valeur déclarée du patrimoine affecté.
-

- Cécile LISANTI

Cécile Lisanti

Jean Prieur