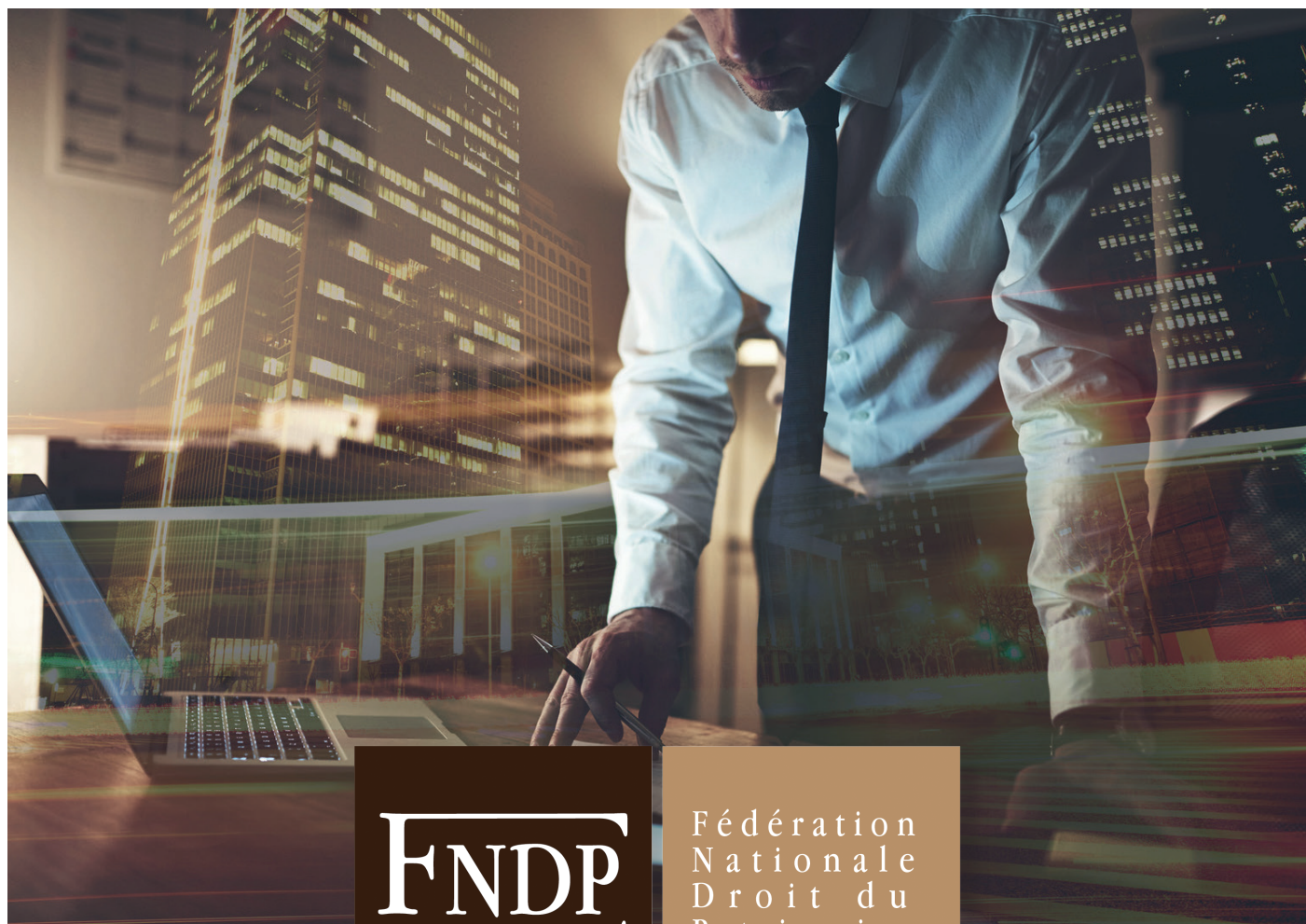




FNDP

Fédération
Nationale
Droit du
Patrimoine

La Lettre de la FNDP

Numéro 12 - Mai 2019

Numéro 12

Édito

La 5e édition du DFJP s'est déroulée du 18 au 23 mars 2019 à l'Université Toulouse Capitole et comme les années précédentes, celle-ci fut un grand succès en raison du nombre d'inscrits (123 personnes), du taux de réussite (96 %), mais surtout de manière générale du niveau des participants lequel fut remarquable, meilleur encore que les années précédentes.

Mais le DFJP ce n'est pas seulement l'excellence universitaire. C'est aussi la manifestation concrète de l'état d'esprit, fondé sur le partage et l'amitié, qui caractérise la FNDP.

Merci à toute l'équipe administrative, pédagogique et aux étudiants organisateurs d'avoir encore une fois donné le meilleur d'eux-mêmes.

A l'année prochaine !



Michel Leroy

Sommaire

Assurance-Vie	4
Droit fiscal patrimonial	5
Droit des sociétés	6
Droit patrimonial de la famille	7
Obligations professionnelles	8-9
Personnes vulnérables	10-11
Responsabilité patrimoniale	12

Rédaction

Rédacteurs en chef :

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

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

Auteurs :

Jean-François Desbuquois,
Avocat Associé Fidal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Renonciation à une assurance vie et abus

Depuis 2016 (Cass. 2e civ., 19 mai 2016, n° 15-12.767), la Cour de cassation affirme de façon constante que l'exercice par le contractant de sa faculté de renonciation prorogée par le non-respect par l'assureur de ses obligations d'information visées par l'article L. 132-5-2 est discrétionnaire, mais que son exercice peut dégénérer en abus.

Ce revirement a été vu comme une application aux situations anciennes de la réforme opérée par la loi n° 2014-1662 du 30 décembre 2014, qui a modifié l'article L. 132-5-2 du Code des assurances en subordonnant la renonciation à la bonne foi du souscripteur. Cependant, si cette jurisprudence participe du même esprit, elle n'exprime pas la même technique juridique puisque c'est l'abus dans l'exercice de la faculté de renonciation et non la mauvaise foi du contractant qui permet de priver la renonciation de toute activité.

L'abus renvoie à l'idée de détournement de la finalité du droit exercé. Le juge doit donc vérifier, en tenant compte de critères appréciés au jour de la renonciation des raisons qui ont justifié la renonciation. La prorogation du délai de renonciation est une sanction de l'absence de délivrance du formalisme informatif. Si les circonstances établissent que le contractant n'avait nullement besoin d'être protégé par ce formalisme, au jour de la renonciation, il apparaît alors que ce droit a été exercé dans le but de faire supporter les pertes du contrat par l'assureur. Peu importe donc l'encours du contrat d'assurance vie.

Il peut y avoir un abus à renoncer à un contrat de 12 000 € (montant du contrat dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 07 février 2019. Cass 2e civ., 7 février 2019, 17-27.223) alors que le contractant peut être dans son droit de renoncer à un contrat de 500 000 €. Pour apprécier si l'assuré commet un abus, il est indispensable d'apprécier sa situation concrète lors de l'exercice de son droit.

Plusieurs critères peuvent aider le juge dans cette recherche :

- la date d'exercice de la renonciation
- la compétence financière du contractant
- son expérience en matière d'assurance vie et d'unités de compte

Pour la Cour régulatrice, « les juges doivent rechercher, au regard de la situation concrète du renonçant, de sa qualité d'assuré averti ou profane et des informations dont il disposait réellement, quelle était la finalité de l'exercice de son droit de renonciation » (Cass. 2e, 5 octobre 2017, 16-19.565). L'arrêt de 2019 s'inscrit dans cette ligne. Il précise cependant que ces critères doivent être recherchés à la date d'exercice de la faculté de renonciation.

En l'espèce, pour la Cour d'appel, le contractant était en droit de renoncer au contrat parce que le fait que le contractant ait été directeur d'une société de production de produits laitiers et disposait d'un patrimoine immobilier d'environ 150 000 euros, essentiellement constitué de sa résidence principale, ne permettait pas de le qualifier d'assuré averti, ses connaissances spécifiques dans le domaine financier n'étant nullement démontrées.

Il ne pouvait être déduit du seul fait que M. X... a exercé son droit de renonciation neuf années après la souscription du contrat que ce dernier est de mauvaise foi et a commis un abus de droit dans l'exercice de celui-ci.



Michel Leroy

Abus de doctrine

La Cour administrative d'appel de Paris, par un arrêt de plénière du 20 décembre 2018, juge pour la première fois que l'administration fiscale peut faire usage de la procédure de répression de l'abus de droit à l'encontre d'un contribuable qui a appliqué à la lettre une doctrine administrative contenue dans une instruction (*CAA Paris, ch. réunies, 20 déc. 2018, n° 17PA00747*).

Cette solution inédite, rendue sur le fondement de l'article L. 64 du LPF dans sa rédaction issue de la loi de finances pour 2008, contredit frontalement les avis du Conseil d'État (CE, ass., avis, 8 avr. 1998, n° 192539, Sté de distribution de chaleur de Meudon et Orléans) et du comité de l'abus de droit fiscal (CADF, avis, aff. n° 2015-07, 2015-08 et 2015-09, séance 6 nov. 2015).

Elle paraît difficilement conciliable avec les critères de l'abus de droit par fraude à la loi, qui impose de démontrer que le redevable a appliqué littéralement un texte ou une décision en contrariété des objectifs poursuivis par l'auteur de ces derniers, alors que l'intention du rédacteur d'une instruction est inconnue.

Elle met aussi dangereusement en cause une des garanties essentielles du droit fiscal instituées par l'article L. 80 A du LPF, à savoir l'opposabilité de l'interprétation administrative des textes fiscaux, et risque donc d'ébranler la sécurité juridique.

Location à soi-même constitutive d'un abus de droit

Par arrêt du 8 février 2019, n°407641, le Conseil d'État caractérise un abus de droit par fraude à la loi dans une affaire dans laquelle des époux avaient cédé une villa à une SCI familiale constituée sept ans plus tôt et dont ils détenaient la quasi-totalité des parts.

Ils avaient continué à occuper la villa en tant que locataires de la SCI. Cette SCI n'étant pas soumise à l'IS, son résultat imposable était réparti entre les associés à hauteur de leur quote-part de résultats dans la société. Au cours des années suivantes, la SCI avait réalisé d'importants travaux de rénovation de la villa, et une quote-part des déficits fonciers déclarés par la SCI avait été remontée à chacun des associés qui avaient déduit le montant correspondant de leur revenu net global (CGI, art. 156).

L'administration avait, ainsi qu'elle le fait désormais en matière de location dite à soi-même, contesté cette déduction sur le fondement de l'abus de droit par fraude à la loi, en soutenant que les contribuables avaient abusivement créé les conditions de déduction des dépenses afférentes à la villa.

Selon elle, la cession de la villa à la SCI puis sa mise en location aux associés époux n'avaient été inspirées par aucun autre motif que celui d'atténuer leurs charges fiscales en faisant échec au II de l'article 15 du CGI, lequel dispose que les règles de l'impôt sur le revenu ne s'appliquent pas « aux logements, dont le propriétaire, se réserve la jouissance ».

Le Conseil d'État donne raison à l'administration et conclut à l'existence d'un abus de droit, en jugeant que les contribuables ont recherché le bénéfice d'une application littérale du II de l'article 15 du CGI à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs. Les circonstances de cette affaire sont intéressantes.

En effet, le Conseil d'État juge qu'il en va ainsi alors même que la SCI n'a pas été créée ad hoc (elle a été créée plusieurs années auparavant et exploitait un important patrimoine immobilier en plus de la villa) et en dépit d'observations des contribuables relatives à la transmission du patrimoine (les enfants étaient associés minoritaires de la SCI), jugeant ces dernières « dépourvues de toute consistance ».



Renaud Mortier



Jean-François Desbuquois

Cass. civ. 3e, 17 janv. 2019, n°17-26695.

Nouvelle prérogative reconnue à un co-indivisaire en conflit avec ses associés familiaux

Alors que le démembrement des droits sociaux a nourri une littérature juridique pléthorique suite à de nombreux arrêts essentiels, l'indivision des droits sociaux fait l'objet d'une certaine indifférence. Pourtant, même s'il est impossible de donner des chiffres précis en raison de l'absence de publicité, chacun connaît la fréquence de cette situation en pratique. Le plus souvent, l'indivision de droits sociaux est la conséquence de la transmission successorale, mais elle peut également faire suite à la dissolution du régime communautaire, à un PACS selon le régime antérieur à la loi de 2006 ou à une indivision conventionnelle. La détention d'actions indivises peut également résulter de l'apport d'un bien indivis, encore que dans ce cas-là, on préférera généralement affecter à chaque apporteur des actions en pleine propriété à proportion de sa quote-part dans l'indivision.

Cependant, la technique peut être un moyen de limiter la cession des titres et ainsi, d'être assuré que les indivisaires de l'apport seront les mêmes à la dissolution de la société, ou au moins qu'il n'y aura pas de tiers à l'indivision d'origine grâce au droit de préemption dont disposent les indivisaires en application de l'article 815-14 du Code civil. Quelle que soit son origine, toute indivision de droits sociaux entraîne la superposition des deux types de groupements et donc la confrontation de deux régimes, sources de nombreuses difficultés. Tout arrêt sur le sujet est alors bienvenu, en particulier celui rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 17 janvier 2019 (n°17-26695).

L'affaire, comme beaucoup de contentieux sur les sociétés civiles, a pour origine une reconstruction familiale source de conflit. M. Fernand X avait constitué une SCI avec son épouse, Mme G, avec laquelle il a eu trois enfants, Marc, Éric et Patricia. Il en était associé majoritaire et gérant. Il se marie ensuite avec Mme Z qui est alors désignée cogérante. Au décès de M. Fernand X, ses trois enfants deviennent nus-proprétaires et son épouse, Mme Z usufructière. Une assemblée générale se tient par la suite et l'un des trois enfants du premier lit, Marc, est désigné gérant unique de la société. Les deux autres enfants, Patricia et Éric, assignent la SCI et Mme G, gérante, à l'effet d'obtenir la désignation d'un administrateur provisoire avec mission de convoquer une assemblée générale afin de désigner un nouveau gérant et d'examiner les comptes. Ainsi, les trois enfants détenaient, en indivision, la nue-propriété des parts de la société.

Une assemblée de cette société désigne l'une de ces personnes en qualité de gérant. L'un des nus-proprétaires, non informé de la tenue de cette assemblée, demande la désignation d'un administrateur provisoire, chargé de convoquer une nouvelle assemblée générale pour désigner le gérant. La Cour d'appel lui donne satisfaction en référé. La Cour de cassation confirme la solution en rejetant le pourvoi. L'arrêt, publié, se contente d'expliquer par une formule

lapidaire que « ayant constaté que Mme Patricia X..., nue-propriétaire indivise de droits sociaux, avait la qualité d'associée, la cour d'appel en a déduit à bon droit qu'elle était recevable à agir en désignation d'un administrateur provisoire ».

Un nu-propriétaire indivis a la qualité d'associé. Il est donc recevable à demander en justice la désignation d'un administrateur provisoire. Cette décision de principe, prise à propos d'une société civile, est transposable aux sociétés commerciales. La solution est logique.

D'une part, il a déjà été jugé que chaque nu-propriétaire indivis de droits sociaux a la qualité d'associé, ce qui lui confère le droit de participer aux assemblées générales (Cass. com., 21 janv. 2014, n° 13-10.151). Par ailleurs, si chaque indivisaire ne peut user et jouir des biens indivis, conformément à leur destination, que dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires (C. civ., art. 815-9), cet argument ne permettait pas d'écarter la recevabilité de la demande de désignation d'un administrateur provisoire par un seul des indivisaires, une telle demande ne portant pas atteinte aux droits des autres indivisaires. Bien que logique, la solution méritait d'être expressément posée, ce qu'a fait cet arrêt par une solution inédite qui permettra de fournir de nouvelles armes dans les combats si fréquents et nuisibles entre associés familiaux. L'administrateur provisoire pourra être sollicité par l'un des co-indivisaires.

Reste ensuite à l'obtenir ce qui nécessitera d'apporter la preuve plus que délicate d'une « mésentente grave entre les associés » qui fasse « obstacle au fonctionnement normal de la société où la mettre en péril » (Cass. com. 3 juill. 1984 : Rev. sociétés 1985, p. 628, note P. Didier, solution maintes fois rappelée depuis).



Sophie Schiller

Le délit d'abus de biens sociaux commis par un donataire est-il une cause d'ingratitude permettant la révocation de la donation de la nue-propriété de droits sociaux ?

À propos de Cass, 1^{er} civ, 30 janvier 2019, n° 18-10091

« Ne vaut-il pas mieux encore faire des ingrats, que de manquer à faire le bien ? ».

Il n'est pas évident qu'à cette question de Denis Diderot tous les parents donateurs apportent la même réponse, en particulier à la lecture de l'arrêt rendu le 30 janvier 2019 par la première chambre civile de la Cour de cassation, à paraître au bulletin.

En l'espèce, par acte authentique du 21 décembre 2007, des époux avaient consenti à leurs deux enfants une donation-partage incorporant plusieurs donations antérieures, aux termes desquelles leur fils avait reçu la nue-propriété de 66 % des actions d'une société holding, constituée par le père de famille, regroupant plusieurs sociétés civiles et commerciales.

Quelques années plus tard, par un arrêt du 17 décembre 2013, le fils a été condamné pour abus de biens sociaux, abus de confiance et complicité d'abus de confiance au préjudice notamment de la société holding dont les actions avaient été données. Le 30 juin 2014, les époux ont alors assigné leur fils en révocation des donations consenties pour cause d'ingratitude.

Les juges du fond ont prononcé la révocation pour ingratitude des donations consenties au fils, dont le comportement a donné lieu à plusieurs infractions pénales. Tout d'abord, ayant mal vécu l'arrivée de son beau-frère au sein de la direction de la société, le fils, qui avait constitué une société susceptible de concurrencer l'activité de l'entreprise familiale, avait transféré une ligne téléphonique appartenant à la société holding constituée par son père au bénéfice de sa propre société. Le fils, avec l'aide de son épouse, avait également détourné des fichiers clients de l'une des sociétés détenues par la holding. Le fils avait encore employé une stagiaire de ladite société pour le compte de sa propre société, et utilisait un véhicule et du matériel de la société créée par son père pour assurer le développement de sa société concurrente.

Tous ces faits démontraient, selon la cour d'appel, un manquement à une obligation de reconnaissance du fils envers les parents qui l'avaient gratifié. Sans aucun doute, le fils avait bien l'intention de concurrencer par des moyens illicites l'activité des sociétés créées par son père.

Le pourvoi soumis à la Cour de cassation soulève alors deux questions.

En premier lieu, l'auteur du pourvoi fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré l'action recevable, alors que l'article 957 du Code civil dispose que *« la demande en révocation pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour où le délit aura pu être connu par le donateur »*.

Or, l'action aurait été engagée plus d'un an à compter des faits constitutifs d'ingratitude ou de leur révélation au donateur. Sans surprise, la Cour de cassation écarte l'argument en rappelant que l'action en révocation de la donation a été engagée moins d'un an après la condamna-

tion pénale définitive établissant la réalité des faits reprochés au fils, de sorte que l'action était recevable (voir déjà en ce sens : Cass, 1^{ère} civ, 22 novembre 1977, JCP 1979, II, 19023 note Surun ; Defrénois 1979 p. 581 note Ponsard ; Cass, 1^{ère} civ, 19 mars 2014, n° 13-15.662, RTDCiv. 2014 p. 429 obs. Grimaldi ; JCP 2015, n° 101, obs. Le Guidecc).

En second lieu, le pourvoi soulevait une violation de l'article 955 du Code civil, les faits commis par le fils ayant porté préjudice aux sociétés et non aux donateurs. C'est sur ce point que l'arrêt mérite une attention particulière. La Cour de cassation énonce en effet, sous le visa de l'article 955 du Code civil, que *« la révocation d'un acte de donation pour ingratitude ne peut être prononcée que pour des faits commis à l'encontre du donateur »*.

Or, le fils a été condamné pour des infractions commises au préjudice de sociétés et non pour des faits commis envers les donateurs, de sorte que ces délits n'étaient pas de nature à constituer l'une des causes de révocation légalement prévues. La cassation est donc prononcée.

C'est ainsi une interprétation stricte de l'article 955 du Code civil qui est retenue, cette disposition prévoyant que la donation entre vifs ne peut être révoquée pour cause d'ingratitude que dans trois cas, à savoir si le donataire a attenté à la vie du donateur, s'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves, ou s'il lui refuse des aliments.

La lettre du texte invite à une telle interprétation : le délit en cause doit viser le donateur, ce qui n'est pas le cas lorsque la condamnation pénale porte sur des faits ayant porté préjudice à une société, dotée d'une personnalité morale distincte de celle de ses associés au sein desquels se trouve le donateur. Au demeurant, la Cour de cassation a déjà pu retenir une interprétation stricte de l'article 955 en d'autres circonstances, plus choquantes encore. Ainsi, les Hauts magistrats ont refusé d'étendre l'application de ce texte aux avantages matrimoniaux, alors même qu'un époux, bénéficiaire de l'attribution intégrale d'une communauté universelle, avait mortellement frappé son épouse. (Voir : Cass, 1^{er} civ, 7 avril 1998, n° 96-14.508 ; Defrénois 1998 p. 825 obs. Champenois ; Dr. fam. 1998 n° 102 obs. Beignier ; RTDCiv. 1998 p. 457 obs. Vareille ; Ibid p. 882 obs. Hauser).

Nous pouvons y voir le signe que l'ingratitude est une peine privée, d'interprétation stricte, encore que cette qualification soit discutée en doctrine.



Estelle Naudin

Examen AMF

L'autorité des marchés financiers (AMF) impose en matière de dispositif de conformité, une vérification du niveau de connaissances des personnes physiques agissant pour le compte de prestataire de services d'investissement, afin de disposer d'une qualification minimale ainsi que d'un niveau de connaissances suffisant (Article 312-3 RGAMF).

En novembre 2016, l'AMF avait adapté sa réglementation et étendu le dispositif de vérification des connaissances minimales aux conseillers en investissements financiers (CIF). Un nouveau dispositif transitoire avait donc été mis en place, il concernait l'ensemble de la profession, qu'il s'agisse de CIF-personne physiques, de dirigeants et salariés de CIF-personne morale, dès lors que ces derniers délivraient des conseils en investissement à la clientèle.

Cette vérification des connaissances était assurée par les associations professionnelles de CIF, et son périmètre concernait les personnes déjà en fonction au 1er janvier 2017 et celles qui étaient entrées en fonction durant cette période.

Aujourd'hui, cet échelonnement de trois années (2017 à 2019) arrive à son terme. Désormais, à compter du 1er janvier 2020, les personnes n'ayant pas satisfait à la vérification des connaissances entre 2017 et 2019 et celles entrées dans la profession après le 1er janvier 2020 devront se présenter à « l'examen certifié AMF ».

Cette certification doit s'inscrire en conformité avec différentes réglementations. Ainsi les règles d'organisation sont soumises au règlement général de l'autorité des marchés financiers : Les articles 313-7-1 à 313-7-3 et article 313-39 du livre III du règlement général de l'AMF, et l'instruction de l'AMF DOC-2010-09 (relative à la certification par l'AMF d'un examen relatif aux connaissances professionnelles de certaines personnes physiques placées sous l'autorité d'un prestataire de services d'investissement ou agissant pour son compte). Ainsi qu'aux règles européennes : Règlement (UE) 2017/565 de la Commission du 25 avril 2016 complétant la Directive MIF 2 en ce qui concerne les exigences organisationnelles et les conditions d'exercice applicables aux entreprises d'investissement et la définition de certains termes aux fins de ladite directive ; Règlement délégué (UE) 2017/578 de la Commission du 13 juin 2016 complétant la Directive MIF 2 par des normes techniques de réglementation précisant les exigences relatives aux accords et aux systèmes de tenue de marché ; Règlement délégué (UE) 2017/589 de la Commission du 19 juillet 2016 complétant la Directive MIF 2 par des normes techniques de réglementation précisant les exigences organisationnelles applicables aux entreprises d'investissement recourant au trading algorithmique.

Le 12 décembre 2018, l'Autorité des Marchés Financier a précisé certains points du contrôle des connaissances minimales et de la certification des examens. Ainsi le règlement général de l'AMF impose aux prestataires de services d'investissement de vérifier que les personnes exerçant certaines fonctions sous leur autorité ou pour leur compte disposent d'un niveau de connaissances mini-

males sur 12 domaines relatifs à l'environnement réglementaire et déontologique et aux techniques financières (Instruction n° 2010-09) :

1. Le cadre institutionnel et réglementaire français, européen et international
2. La déontologie, la conformité et l'organisation déontologique des établissements
3. La réglementation pour la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme
4. La réglementation « Abus de marché »
5. Le démarchage bancaire et financier, la vente à distance et le conseil du client
6. La relation avec les clients et l'information clients
7. Les instruments financiers et les risques
8. La gestion collective, La gestion pour compte de tiers
9. Le fonctionnement et l'organisation des marchés
10. Le post-marché, back office
11. Les émissions et les opérations sur titres
12. Les bases comptables et financières

Cette vérification peut s'effectuer via des examens organisés en interne par les prestataires ou via des examens externes « certifiés » par l'AMF.

L'institut JURISCAMPUS est à ce titre habilité à dispenser l'examen certifié par l'AMF.

C'est l'article 312-3 RGAMF qui dispose des règles d'organisation et du dispositif de conformité destiné à vérifier le niveau de connaissance :

Article 312-3

I. Le prestataire de services d'investissement s'assure que les personnes physiques agissant pour son compte disposent d'une qualification minimale ainsi que d'un niveau de connaissances suffisant.

II. Il vérifie que les personnes qui exercent l'une des fonctions suivantes justifient du niveau de connaissances minimales fixées au 1° du II de l'article 312-5 :

- a) le gérant au sens de l'article 312-4 ;
- b) le responsable de la compensation d'instruments financiers au sens de l'article 312-4 ;
- c) le responsable du post-marché au sens de l'article 312-4 ;
- d) les personnes visées à l'article 312-21.

III. Le prestataire de services d'investissement ne procède pas à la vérification prévue au II à l'égard des personnes en fonction au 1er juillet 2010. Les personnes ayant réussi l'un des examens prévus au 3° du II de l'article 312-5 sont réputées disposer des connaissances minimales pour exercer les responsabilités qui leur sont confiées.

Examen AMF

IV. - Pour conduire la vérification mentionnée au II, le prestataire de services d'investissement dispose d'un délai de six mois à partir de la date à laquelle le collaborateur concerné commence à exercer l'une des fonctions visées ci-dessus. Toutefois, lorsque le collaborateur est employé dans le cadre d'un contrat de formation en alternance prévu aux articles L. 6222-1 et L. 6325-1 du code du travail, le prestataire de services d'investissement peut ne pas procéder à la vérification. S'il décide de recruter le collaborateur à l'issue de sa formation, le prestataire de services d'investissement s'assure qu'il dispose d'une qualification minimale ainsi que d'un niveau de connaissances suffisant mentionné au I au plus tard à la fin de la période de formation contractualisée.

Le prestataire de services d'investissement s'assure que le collaborateur dont les connaissances minimales n'ont pas encore été vérifiées est supervisé de manière appropriée.

Ainsi à ce jour trois grandes catégories de personnes, sont concernées :

- Celles qui, chez les prestataires de services d'investissement, y compris les sociétés de gestion de portefeuille, informent ou conseillent des clients en vue de transactions sur instruments financiers,
- Celles qui, pour les mêmes prestataires, exercent des fonctions clés déterminées sur les marchés financiers et/ou dans les relations avec les investisseurs,
- Les conseillers en investissements financiers, CIF-personne physiques, dirigeants et salariés de CIF-personne morale, dès lors que ces salariés délivrent des conseils en investissement à la clientèle.

À titre d'exemple, sont ici visés : les vendeurs qui assurent une mission de conseil ou d'information en vue de transactions sur instruments financiers, les gérants qui sont habilités à prendre des décisions d'investissement dans le cadre d'un mandat de gestion individuel ou dans le cadre de la gestion collective, les négociateurs d'instruments financiers couramment appelés traders.

Toutefois, la possibilité d'une clause de « grand-père » existe, à ce titre toutes les personnes qui, au 1er juillet 2010, exerçaient les fonctions exigeant cette vérification, bénéficient de la clause dite de « grand-père ». En effet, leur niveau de connaissances minimales est réputé répondre aux exigences de la réglementation, tant qu'elles ne changent pas d'employeur.

La vérification des connaissances minimales doit avoir lieu dans le courant des 6 premiers mois du recrutement chez le prestataire de services d'investissement.

En revanche, il est à noter une distinction très importante qui différencie les examens certifiés des examens internes.

En effet, les conséquences pour les personnes concernées divergent significativement. Les deux dispositifs de vérification des connaissances minimales emportent des conséquences très différentes en cas de changement d'employeur et, ou, de fonction.

Une personne ayant réussi un examen certifié qui change d'employeur ou travaille pour le compte d'un nouveau prestataire de services d'investissement ou change de fonction ne doit pas faire l'objet d'une nouvelle vérification. L'examen est acquis une fois pour toutes. En revanche, une personne ayant réussi un examen interne (ou ayant le bénéfice de la clause de « grand-père ») ne conserve le bénéfice de cette réussite (ou de cette clause) que tant qu'elle travaille pour le même prestataire ou qu'elle ne change pas de fonction.

Si cette personne change de prestataire tout en restant au sein d'un même groupe, elle conserve également le bénéfice de cette réussite (ou de cette clause), à la condition que ce groupe se fonde sur un dispositif de vérification des connaissances minimales unique pour toutes les entités le composant.

A l'opposé, dès que la personne concernée change de groupe, elle doit faire l'objet d'une vérification organisée par le nouvel employeur.



Nicolas Esplan

Le droit des majeurs protégés après la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

Le droit des majeurs protégés après la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

L'heure de la grande Réforme du droit des majeurs protégés n'a pas encore sonné suite au Rapport Caron-Déglièse (juillet 2018), mais la matière connaît des modifications substantielles avec la loi n°2019-222 précitée. Comme il fallait s'y attendre, cette loi continue sur la lancée de la déjudiciarisation et confie les rênes de la gestion du patrimoine du majeur en tutelle à son tuteur. De nombreux articles sont consacrés aux modalités de contrôle de la gestion du tuteur. La loi apporte enfin des modifications salutaires dans le droit commun de la protection.

I- Les adaptations de la loi aux nécessités de la protection

La loi du 5 mars 2005 avait eu pour ambition de reprendre des principes fondamentaux de la protection au point de créer, à l'instar du droit des régimes matrimoniaux, un véritable régime primaire impératif (art. 425 à 432 du Code civil). Plusieurs de ces articles sont modifiés. D'abord, l'article 427, qui avait été érigé afin de lutter contre la pratique des comptes bancaires pivots, a été une source de nombreuses complications pratiques. Il prévoyait en effet que la personne chargée de la protection ne pouvait procéder ni à la modification des comptes ou livrets ouverts au nom de la personne protégée ni à l'ouverture d'un autre compte ou livret auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public. La rédaction adoptée tente de rendre cet article plus facilement applicable en restreignant son domaine d'application.

Désormais, « la personne chargée de la mesure de protection ne peut pas procéder à la clôture des comptes ou livrets ouverts, avant le prononcé de la mesure, au nom de la personne protégée. Elle ne peut pas non plus procéder à l'ouverture d'un autre compte ou livret auprès d'un nouvel établissement habilité à recevoir des fonds du public ».

Le terme de modification, source d'incertitude disparaît et sont clairement visées : la clôture d'un compte et l'ouverture d'un nouveau compte ou livret. Comme par le passé, cette disposition s'impose à tous les régimes de protection, à l'exception de l'habilitation familiale (art. 494-7 C. civ.). Autrement dit, la personne chargée de la protection devra obtenir l'autorisation préalable du juge des tutelles. Comme dans le droit antérieur, il est possible que le juge autorise ces changements lors de la mise en place de la protection si l'intérêt de la personne protégée le commande.

Le mandat de protection future, dont on connaît le faible succès, est hissé au sommet des mesures substitutives et passe devant les mesures du droit commun de la représentation. Les règles issues des droits et devoirs respectifs des époux (art. 217 et 219 C. civ.) et des règles des régimes matrimoniaux (art. 1426 et 1429 C. civ.) n'interviennent plus qu'en troisième position. Si cette modification peut être positivement saluée, elle ne produira pas beaucoup d'effets tant que la publicité du mandat de protection future ou encore les freins liés au mandat authentique n'auront pas été levés.

Enfin, on notera avec intérêt les modifications dont fait l'objet l'habilitation familiale. D'abord, les conditions de sa mise en œuvre telles qu'énoncées par l'article 494-1 du Code civil sont légitimement réécrites : la mesure est en effet ouverte lorsqu'une personne est

dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté. Il n'est plus nécessaire de devoir démontrer une impossibilité de la personne à pouvoir exprimer sa volonté. On regrettera toutefois que le législateur n'ait pas profité de cette réforme pour permettre une habilitation au profit des neveux et nièces de l'individu à protéger.

Ensuite, et dans le souci d'écarter la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. civ. 1ère, 20 décembre 2017, pourvoi n°16-27507), une passerelle est désormais mise en place entre l'habilitation familiale et les régimes judiciaires de protection : le juge des tutelles saisi pour une mesure judiciaire pourra mettre en place une habilitation ou l'inverse (art. 494-3 et 494-5 C. civ.). C'est un temps précieux qui sera ainsi gagné dans la mise en place de la protection.

Enfin, l'assistance fait son entrée dans le cadre de l'habilitation familiale à côté de la représentation qui était, jusqu'à présent, le seul mécanisme à pouvoir être utilisé pour protéger (art. 494-9 C. civ.). De plus, et dans un souci de sécurité juridique, les possibilités de demander l'annulation d'un acte juridique sont désormais limitées à la preuve d'un préjudice subi par la personne protégée.

II- La poursuite de la déjudiciarisation

Homme orchestre des mesures de protection, le juge des tutelles des majeurs désormais juge des contentieux de la protection (art. L. 213-4-2 C.O.J.) voit sa compétence disparaître pour un certain nombre d'actes qui imposaient jusqu'alors son autorisation. Désormais, le tuteur peut accepter purement et simplement une succession dévolue à son protégé, après recueil d'une attestation du notaire chargé du règlement de la succession ou à défaut, après autorisation du conseil de famille ou du juge (art. 507-1 C. civ.). Dans la plupart des cas, le juge n'aura plus besoin d'intervenir. On notera que cette disposition ne vaut que pour les majeurs sous tutelle et non pour les mineurs lorsqu'ils bénéficient d'une mesure d'administration légale (art. 387-1 C. civ.). Le juge pourra purger directement l'existence d'une opposition d'intérêts entre celui qui est chargé de la protection et le majeur en autorisant le partage amiable (art. 507 C. civ.).

Lorsque les parents d'un enfant mineur sous tutelle ou d'un enfant majeur faisant l'objet d'une mesure de protection juridique entendent changer de régime matrimonial, l'information est désormais délivrée à son représentant, qui agit sans autorisation préalable du conseil de famille ou du juge des tutelles (art. 1397, al.2 C. civ.).

Le tuteur obtient la possibilité de placer, sans autorisation, des fonds sur un compte (art. 501 C. civ.) ; d'inclure, sous sa propre responsabilité, dans les frais de gestion la rémunération des administrateurs particuliers dont il demande le concours (art. 500, al.2) ; il peut enfin conclure un contrat avec un tiers pour la gestion des valeurs mobilières et instruments financiers de la personne protégée : il choisira le tiers contractant en considération de son expérience professionnelle et de sa solvabilité. Le contrat pourra, à tout moment et nonobstant toute stipulation contraire, être résilié au nom de la personne protégée (art. 500, al.3).

Le droit des majeurs protégés après la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

Ces diverses dispositions permettront sans nul doute d'accélérer le règlement des successions dévolues aux majeurs protégés et assureront une gestion plus simple de son patrimoine. Toutefois, ne soyons pas dupes, cette déjudiciarisation s'accompagnera inévitablement d'un renforcement de la responsabilité du tuteur ou, plus largement, de celui qui est chargé de la protection.

Enfin, on saluera l'intervention du législateur dans la conclusion des contrats obsèques au profit de majeur sous tutelle. Dans ce type de contrats, le risque garanti étant le décès de l'assuré, la question se posait de savoir si de tels contrats tombaient sous le coup de l'article L. 132-3 du Code des assurances dès lors que l'assuré était placé sous tutelle ou hospitalisé en établissement psychiatrique. L'intérêt de tels contrats était évident, mais suscitait toujours un débat entre les juges des tutelles, certains estimant qu'ils tombaient sous le coup du fameux article L. 132-3, tandis que d'autres rejetaient cette exclusion. Plusieurs fois sollicité, le gouvernement avait toujours considéré que ces contrats tombaient sous le coup de la prohibition.

Devant cette inertie législative, qui bannissait tout contrat obsèques dans lequel l'assuré est un majeur sous tutelle, la cour d'appel de Douai n'avait pas hésité à considérer certains de ces contrats comme valables. La juridiction douaisienne (CA Douai 16 juin 2011, RTD civ. 2011. 515, obs. J. Hauser) opérait alors une distinction entre deux catégories de contrats : ceux qui visaient seulement à assurer le paiement des frais d'obsèques et qui ne tenaient pas compte de la durée de vie du majeur et les contrats qui mêlaient à la fois assurance-obsèques et assurance-vie et pour lesquels la durée de vie du majeur sous tutelle constituait un élément de spéculation. Fort justement, la cour estimait que la première catégorie de contrat n'entrait pas dans la liste des contrats prohibés par l'article L. 132-3.

Prenant acte de cette jurisprudence, l'article L. 132-3 dispose désormais que cette prohibition n'est pas applicable aux formules de financement d'obsèques mentionnées à l'article L. 223-33-1 du Code général des collectivités territoriales souscrites sur la tête d'un majeur en tutelle (les formules de financement d'obsèques prévoient expressément l'affectation à la réalisation des obsèques du souscripteur ou de l'adhérent, à concurrence de leur coût, du capital versé au bénéficiaire).

III- Le renforcement des contrôles de la gestion du tuteur

La loi du 23 mars 2019 renforce, de manière substantielle, les modalités de contrôle de la gestion du tuteur –ou du curateur dans la curatelle renforcée–.

En premier lieu, les modalités de l'inventaire, telles que prévues à l'article 503 du Code civil, sont adaptées aux types de biens dont le majeur est propriétaire : l'inventaire doit être transmis au juge dans les trois mois de l'ouverture de la tutelle pour les biens meubles corporels, et dans les six mois pour les autres biens, avec le budget prévisionnel.

Surtout, en cas de retard dans la transmission de l'inventaire, le juge peut désigner un commissaire-priseur judiciaire, un huissier de justice, un notaire ou un mandataire judiciaire à la protection des majeurs pour y procéder aux frais du tuteur. Ce type de sanction

ne sera sans doute pas utilisé lorsque le tuteur aura demandé un délai supplémentaire et sera réservé aux hypothèses d'abstention du tuteur.

En second lieu, et devant les difficultés rencontrées par les services des greffes dans la surveillance des comptes de tutelle, la loi opère désormais une distinction nette selon que les comptes concernent un mineur ou un majeur sous tutelle. Pour les mineurs sous tutelle, le tuteur soumet au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal de grande instance un compte de gestion annuel, accompagné des pièces justificatives, en vue de sa vérification.

Préalable, il reviendra au subrogé tuteur de vérifier le compte avant de le transmettre avec ses observations au directeur des services de greffe judiciaires (art. 511 C. civ.). Ce n'est qu'en cas de patrimoine important que le juge peut décider que la mission de vérification et d'approbation sera exercée, aux frais du mineur et selon les modalités qu'il fixe, par un professionnel qualifié (gestionnaire de patrimoine, notaire, commissaire aux comptes ...) ; à l'inverse, en cas de patrimoine modeste, le juge peut décider que la mission de vérification et d'approbation des comptes dévolue au directeur des services de greffe judiciaires sera exercée par le subrogé tuteur.

Pour les majeurs, la vérification des comptes échappe désormais aux services de greffes judiciaires : « *pour les majeurs protégés, les comptes de gestion sont vérifiés et approuvés annuellement par le subrogé tuteur lorsqu'il en a été nommé un ou par le conseil de famille lorsqu'il est fait application de l'article 457. Lorsque plusieurs personnes ont été désignées dans les conditions de l'article 447 pour la gestion patrimoniale, les comptes annuels de gestion doivent être signés par chacune d'elles, ce qui vaut approbation. En cas de difficulté, le juge statue sur la conformité des comptes à la requête de l'une des personnes chargées de la mesure de protection* » (art. 512 C. civ.).

En cas de patrimoine conséquent - comme pour le mineur- les comptes pourront être vérifiés par un technicien. On ne sera donc pas surpris par une future mode judiciaire à désigner des subrogés tuteurs.



Jean-Marie Plazy

Cass. Com. 30 janv. 2019, n°17-24584 : Procédures collectives : le liquidateur peut contester l'irrégularité de la déclaration notariée d'insaisissabilité (DNI), même pour des faits antérieurs au revirement de jurisprudence qui lui reconnaît ce droit.

Dans cette affaire, le liquidateur avait contesté la régularité d'une DNI en raison de son absence d'inscription au RCS. Pour s'y opposer, le débiteur avait fait le choix de placer le débat sur l'application de la jurisprudence nouvelle dans le temps et plus particulièrement son effet rétroactif.

Était plus particulièrement contestée l'application d'un revirement de jurisprudence résultant d'un arrêt rendu le 15 novembre 2016 par la chambre commerciale¹ dans lequel il avait été admis que le liquidateur puisse invoquer l'irrégularité de la DNI. Plus qu'une discussion sur le fond ayant peu de chance de prospérer, le débiteur avait donc fait le choix de placer le débat sur l'application dans le temps du revirement de jurisprudence, intervenu après la DNI et l'ouverture de la liquidation judiciaire.

¹ Cass. com. 15 nov. 2016, n°14-26287 : JCP G 2017, 21, note A. Dumery ; JCP E 2017, 1110, note C. Lebel et 1164, no 10, obs. Ph. Pétel ; Procédures 1er mars 2017, p. 21, obs. B. Rolland ; LPA 2 janv. 2017, no 123c1, p. 10, obs. V. Legrand ; BJE 1er mars 2017, note N. Borga ; Rev. Lamy dr. aff. 1er mars 2017, p. 40, note Q. Némou-Rajot ; Rev. sociétés 2017, p. 177, obs. P. Roussel Galle ; D. 2016, 2333,

Il était alors soutenu que le droit au procès équitable (art. 6 CEDSH) s'oppose à l'application immédiate d'un revirement de jurisprudence ne reposant pas sur des motifs impérieux d'intérêt général et que le droit au respect des biens (art. 1er du 1er Protocole additionnel), ce qui empêcherait l'application d'un revirement de jurisprudence intervenant en cours d'instance lorsque celui-ci a pour effet de priver le débiteur de son droit au respect des biens, en l'espèce sa résidence principale.

La chambre commerciale n'a pas été convaincue par cette analyse : elle considère que l'application immédiate du revirement de jurisprudence n'encourt aucun grief d'inconventionnalité. Cette solution est opportune car la solution antérieure au revirement favorisait les fraudes du débiteur, lequel n'avait même pas à faire publier la DNI pour être efficace à l'encontre de la procédure collective.

obs. A. Lienhard ; Bull. Dict. perm. diff. entr. déc. 2016, no 387, p. 1, obs. J.-P. Rémy ; LPA 26 janv. 2017, p. 8, note D. Debost ; Gaz. Pal. 10 janv. 2017, p. 52, obs. P.-M. Le Corre et p. 69, obs. D. Voinot ; Gaz. Pal. 17 janv. 2017, p. 20, obs. G. Teboul ; Rev. proc. coll. 1er janv. 2017, p. 40, obs. F. Reille et p. 10, obs. F. Petit

Cass. com. 18 octobre 2018, n°17-26459 Dirigeant de société : quelle procédure d'insolvabilité ?

La seule qualité de gérant d'une société ne suffit pas à faire relever le dirigeant du régime des procédures collectives et à l'exclure du champ d'application des dispositions du Code de la consommation relative au surendettement des particuliers.

Le périmètre respectif du droit procédures collectives et du droit de la consommation peut s'avérer délicat dans l'hypothèse où le dirigeant d'une société est lui-même atteint par des difficultés.

La question est ici de savoir s'il faut considérer que le dirigeant relève des procédures prévues par le Livre VI du Code de commerce ou bien du surendettement des particuliers organisé par le Code de la consommation. La loi n'a pas véritablement résolu cette question, le dirigeant semblant a priori exclu tant du domaine des procédures collectives que de celui du droit du surendettement.

C'est alors la jurisprudence qui a apporté une réponse à cette question. Dans un arrêt rendu en 2008, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait clairement exclu l'application du droit des procédures collectives à propos d'un gérant d'une SARL, au motif que ce dernier n'agit pas en son nom personnel et n'exerce pas une activité professionnelle indépendante le rendant éligible au redressement judiciaire².

² Cass. com. 12 nov. 2008, n° 07-16998 : JCP E 2009, 1023, concl. R. Bonhomme et note C. Lebel ; D. 2008, 2929, note A. Lienhard ; RLDA janv. 2009, p. 19, note J.-L. Vallens.

³ Cass. com. 21 janv. 2010, n° 08-19984.

Le Code de la consommation posant un principe de subsidiarité du surendettement par rapport aux procédures collectives (ancien article L. 333-3, devenu l'article L. 711-3), la voie du surendettement semblait donc ouverte.

C'est précisément la solution qui est retenue dans l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 18 octobre 2018.

Dans cette affaire, un pourvoi avait été formé contre une décision d'une commission de surendettement des particuliers qui avait déclaré irrecevable la demande d'une gérante de SARL. Cette décision est cassée au motif : « que la seule qualité de gérante d'une société ne suffit pas à faire relever la personne concernée du régime des procédures collectives et à l'exclure du champ d'application des dispositions du Code de la consommation relative au surendettement des particuliers ».

Par cette décision, la chambre commerciale s'inscrit donc dans le prolongement d'une solution qui semblait déjà clairement admise³.



Cécile Lisanti