

Fédération
Nationale
Droit du
Patrimoine

La Lettre de la FNDP

Numéro 15 - Décembre 2019

Numéro 15

Édito

L'année 2019, qui touche à sa fin, est une année qui aura été riche de nouveautés pour les patrimonialistes.

Du côté du législateur, après la loi « PACTE », la loi du 19 juillet 2019 dite de « simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés » mérite une attention toute particulière. C'est que l'expérience montre que la simplification annoncée par la loi crée souvent plus de complexité qu'il n'y paraît. Du côté du juge, les arrêts régulièrement commentés par les rédacteurs de la lettre FNDP ne cessent d'inviter les praticiens à la vigilance.

Gageons que l'année 2020 ne manquera pas de soulever encore de riches débats au sein de la Fédération Nationale de Droit du Patrimoine.

Bonnes fêtes de fin d'année à tous !



Estelle Naudin

Sommaire

Assurance-Vie	4
Droit fiscal patrimonial	5
Droit de sociétés	6
Droit patrimonial de la famille	7
Obligations professionnelles	10
Responsabilité patrimoniale	12
Droit des biens	13
Le coin des thèses	14
Protection de l'épargnant	16

Rédaction

Rédacteurs en chef :

Estelle Naudin, Professeur des universités et Co-Directrice du Master 2 Ingénierie Juridique et Fiscale du patrimoine à l'Université de Strasbourg.

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,

Nicolas Kilgus, Professeur des universités à l'Université Clermont Auvergne.
Co-directeur du Master 2 Ingénierie Juridique et Fiscale du patrimoine à l'Université de Strasbourg

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

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

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.

Abus de faiblesse et assurance vie

De nombreuses personnes, dont les capacités sont affaiblies, souscrivent des contrats d'assurance vie. Le risque est important que l'entourage de la personne âgée profite de cet affaiblissement pour influencer ou suggérer une rédaction ou modification à leur profit de la clause bénéficiaire.

De telles manœuvres sont susceptibles de caractériser un abus faiblesse.

L'affaire portée devant la chambre criminelle de la Cour de cassation illustre jusqu'à la caricature la réalité de ce risque.

Dans cette espèce, le curateur d'une personne vulnérable avait convaincu celle-ci de souscrire un contrat d'assurance vie, alors la curatelaire présentait « un syndrome de glissement, emportant une perte du goût de vivre (et) souffrait aussi d'une insuffisance rénale aiguë nécessitant de fréquentes dialyses, et (était) également atteinte de problèmes de vue et de difficultés des membres inférieurs, l'empêchant de marcher ».

Sa signature a été obtenue dans la clinique où elle se trouvait, malgré l'intervention du médecin gériatre de l'établissement, qui avait essayé de l'empêcher, en raison de l'altération de la lucidité de cette personne imputable à sa pathologie rénale. Une telle insistance à recueillir la signature de la victime avait retardé son transfert par le SAMU vers un hôpital où la dégradation de son état de santé imposait de la faire admettre dans un service de réanimation. Le montant investi dans le contrat représentait le quart des actifs bancaires de la personne âgée, alors que ses faibles revenus nécessitaient de maintenir son patrimoine liquide en vue de régler les dépenses liées à son entretien pendant la fin de sa vie.

En l'espèce, une difficulté particulière s'était élevée à propos de la prescription. Pour le prévenu en effet, l'action publique était prescrite. Pour la Cour d'appel en revanche, la prescription n'avait commencé à courir qu'à partir de la dernière opération réalisée soit en l'espèce la modification de la clause bénéficiaire réalisée six ans après la souscription.

La Cour de cassation (Cass. crim. 18 sept. 2019 n° 18-85.038) approuve l'arrêt en précisant que la modification de la clause relative au bénéficiaire caractérise, au même titre que la souscription d'un contrat d'assurance vie, le délit d'abus de faiblesse.

La solution est importante : elle permet d'affirmer que la désignation bénéficiaire peut matérialiser un abus de faiblesse distinctement de la souscription elle-même.

Pourtant, aux termes de l'article 225-15-2 du code pénal, l'abus de faiblesse est « un abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables ».

Le changement de désignation bénéficiaire est-il un acte gravement préjudiciable à la victime ?

La question se pose, car la désignation bénéficiaire ne produit d'effets qu'au décès. En revanche, l'acceptation du bénéficiaire réduit immédiatement les prérogatives du souscripteur, ce qui permet sans aucun doute de constater un préjudice pour la victime.

En d'autres termes, avant la réforme de l'acceptation, la désignation bénéficiaire pouvait sans aucun doute constituer un tel acte, dans la mesure où l'acceptation était acte unilatéral. C'est peut-être la raison pour laquelle la Cour de cassation avait pu par le passé juger qu'est un acte gravement préjudiciable le fait pour une personne vulnérable de désigner comme bénéficiaire d'une assurance-vie la personne l'ayant conduite à cette disposition (Cass. crim., 10 nov. 2015, n° 14-85.936, FD : JurisData n° 2015-025078), sans cependant relever la possibilité de cette acceptation.

L'intérêt de l'arrêt est donc double de ce point de vue. D'abord, à la différence du précédent, l'arrêt est publié au bulletin. Ensuite, la désignation bénéficiaire a eu lieu en 2012, c'est à dire après la réforme de l'acceptation. La rédaction de la clause bénéficiaire sous influence est donc en soi un acte d'abus de faiblesse indépendamment de l'acceptation.



Michel Leroy

Le matraquage fiscal de l'abandon d'usufruit à société

**CE 3ème et 8ème ch., 14 oct. 2019, n°417095 :
JurisData n°2019-017821**

Dans un arrêt Techmeta en date du 14 oct. 2019, le Conseil d'Etat vient de juger que « la renonciation de l'usufruitier à son droit de jouissance qui entraîne la reconstitution de la pleine propriété de ce bien entre les mains du nu-propiétaire avant le terme normal de l'usufruit, c'est-à-dire avant la mort de l'usufruitier ou l'expiration du temps pour lequel il a été accordé, se traduit par l'acquisition de droits nouveaux par le nu-propiétaire et donc par un accroissement de l'actif de l'entreprise ». Ainsi, « dès lors que la société ne se prévaut d'aucun autre élément », l'acquisition de ces droits nouveaux a entraîné « augmentation de son actif net, constitutif d'un bénéfice imposable ».

La solution doit être rapprochée de celle rendue, quelques mois auparavant, dans la même affaire, par la Cour de cassation. Selon cette dernière, l'abandon de l'usufruit de biens inscrits en nue-propiété à l'actif social d'une société est constitutif d'une libéralité au profit de la société (*Cass. com., 10 avr. 2019, n° 17-19733 : Rev. fis. patr., juin 2019, n°6, 8, obs. M. LEROY ; BJS sept. 2019, n° 120b1, p. 26, obs. R. MORTIER*). Ainsi, quand bien même les enfants de l'usufruitier sont associés de la société, l'interposition de la personne morale permet de reconnaître l'existence d'une libéralité au profit de la société, taxable non pas en ligne directe, mais au tarif entre tiers (60 %, art. 777 CGI).

La combinaison de ces deux qualifications et taxations est très inopportune en ce qu'elle aboutit à ce que le montant de l'impôt total est en l'espèce égal à 93,33% du montant de l'abandon d'usufruit. Ce montant pourrait même être supérieur et dépasser ainsi l'assiette imposable. Il en irait ainsi si la Cour de cassation venait à considérer que la donation réalisée au profit de la société nu-propiétaire se cumule avec une donation indirecte au profit des associés de la société (*en ce sens MORTIER (R.), op. cit.*). Le « piège de l'interposition sociétaire dans les donations » se referme ici sur la société (*ibid.*). D'ailleurs en l'espèce le Conseil d'Etat a paru réfuter la qualification de donation de l'abandon d'usufruit, et ainsi désapprouver le principe de la double imposition, tout en aboutissant paradoxalement à le consacrer.



Renaud Mortier



Jean-François Desbuquois

Bénéficiaires effectifs : des exigences décidément très contraignantes

La directive européenne 2015/849/UE du 20 mai 2015 a imposé aux États membres de mettre en place de nouvelles obligations afin de lutter et de faciliter les recherches des autorités gouvernementales contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et la fraude fiscale. Cette réglementation vise à rechercher, au-delà de la qualité apparente des associés d'une société, la ou les personne(s) qui la contrôle(nt) effectivement. Afin de parvenir à la réalisation de ces objectifs, l'ordonnance du 1er décembre 2016 a créé le registre des bénéficiaires effectifs. Plusieurs décrets ont précisé les modalités de dépôt et le contenu du document relatif à l'identification des bénéficiaires effectifs. Ainsi, selon l'article R561-46, «Lorsque le client d'une des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 est une société, on entend par bénéficiaire effectif, au sens du 1° de l'article L. 561-2-2, la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur la société au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du code de commerce». L'application de cet article a suscité un débat entre les sociétés soumises et les greffes chargés de recueillir les informations. Dans les sociétés, il est essentiel de pouvoir identifier le bénéficiaire effectif correspondant à cette définition car, à défaut, c'est le dirigeant qui devra être déclaré.

Une société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) avait déclaré un bénéficiaire effectif en indiquant qu'il détenait «plus de 25 % du capital». Le greffe, ainsi que le juge commis à la surveillance du RCS, ont rejeté sa déclaration au motif qu'elle n'indiquait pas le pourcentage effectif précis de détention du capital et/ou des droits de vote du bénéficiaire effectif déclaré. Selon le juge, «la précision du pourcentage de détention en capital et/ou droits de vote au-delà du seuil de 25 % est indispensable à l'explication concrète des modalités de contrôle ou de l'avantage retiré par le bénéficiaire effectif et, de manière incidente, à l'effectivité du contrôle et de la vérification par les autorités compétentes des informations portées sur les déclarations; que ne saurait en effet être confondue la situation d'un associé ne détenant qu'une minorité de blocage avec la situation d'un associé majoritaire au regard du contrôle d'une société». Un recours est porté devant la cour d'appel de Lyon qui confirme la position et l'argumentation du juge commis à la surveillance (CA Lyon, 12 sept. 2019, 3ème ch. A, n° 19/02040). Elle considère que l'exigence de la mention du pourcentage est conforme aux objectifs de police économique poursuivis par les législations nationales et européennes dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et destinée à connaître le degré d'implication ou de bénéfice de la personne physique visée dans les décisions concernées. Selon la cour d'appel, le premier juge n'a ni opéré une interprétation extensive des textes, ni porté une atteinte disproportionnée aux principes de licéité, loyauté et transparence de la collecte des données personnelles, comme le prétendait la SASU.

La justification de l'arrêt apporte d'autres informations. La cour d'appel écarte, pour défaut de «valeur d'une norme contraire», l'avis de l'Association nationale des sociétés par actions qui retient, au contraire, que la mention du pourcentage de détention ne peut être exigée (ANSA, comité juridique, 7 nov. 2018, n° 18-054). L'absence d'avis public rendu par le comité de coordination du RCS et le caractère aléatoire des exigences des greffes constituent également des arguments qualifiés d'inopérants pour les juges. En outre, la cour d'appel rejette l'argument financier de la SASU selon lequel la mention du pourcentage entraîne l'obligation d'effectuer une nouvelle déclaration dès qu'un mouvement de titres (exempté de publicité pour une SAS) modifie le pourcentage de détention d'un bénéficiaire. Les juges du fond soutiennent que la nécessité de telles démarches au coût relatif (entre 23,71 € et 54,51 € l'acte) ne peut jamais exclure l'application d'une exigence légale. Enfin, sont jugées infondées les interrogations de la SASU sur la faisabilité du contrôle par le greffier, que celle-ci prétendait dévolue à la plateforme centrale européenne des déclarations des bénéficiaires effectifs, dès que des sociétés étrangères ou des personnes physiques étrangères sont concernées, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

La cour d'appel décide donc qu'une société non cotée doit déclarer le pourcentage exact de capital et/ou de droits de vote détenu, directement ou indirectement, par chacun de ses bénéficiaires effectifs lorsque ce pourcentage dépasse 25 %. L'arrêt se situe dans la continuité de l'ordonnance du juge commis à la surveillance du RCS de Bobigny rendu le 18 mai 2018 (T. com. Bobigny, ord., 18 mai 2018, n° 2018S07031). Ce dernier avait précisé que le greffier chargé d'un «contrôle de police économique» doit vérifier la cohérence entre les informations portées dans la déclaration et celles figurant dans le dossier de la société déclarante (comprenant les inscriptions, les pièces justificatives et les actes). En cas d'incohérence ou d'insuffisance des informations, le greffier est tenu de refuser d'enregistrer la déclaration. Les informations portées à la connaissance du juge devront donc être nombreuses et précises, ce qui imposera une transparence parfois non seulement difficile à accepter, mais difficile à réaliser, ainsi qu'une charge continue et contraignante pour mettre à jour en permanence le taux de détention déclaré s'il vient à évoluer. Seule nouvelle rassurante pour les praticiens : la cour d'appel valide la déclaration effectuée par la SASU sur papier libre, confirmant ainsi l'absence de support de déclaration obligatoire déjà admise par le juge de Bobigny. Support libre mais contenu très très imposé...



Sophie Schiller

Le régime des gains et salaires économisés (à propos de Cass, 1^e civ, 20 novembre 2019, n° 16-15.867)

L'article 223 du Code civil dispose que «chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage». Cette disposition du régime primaire permet à un époux marié sous un régime de communauté de librement disposer à titre gratuit de ses revenus d'origine professionnelle, en dépit du caractère commun de ces gains. Mais qu'en est-il des gains et salaires économisés? A cette question, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 20 novembre 2019 et qui aura les honneurs du bulletin apporte quelques éléments de réponse méritant l'attention.

En l'espèce, des époux, initialement mariés sous le régime de la séparation de biens, avaient par la suite adopté le régime de la communauté universelle. Le mari entretenait une relation adultère, et l'épouse avait assigné cette dernière en restitution des fonds que son mari aurait divertis à son profit. L'épouse est décédée en cours d'instance, et c'est son frère, en qualité de légataire universel, qui a porté ce combat dont on devine que la dimension n'était pas exclusivement patrimoniale...

Sur le fondement de l'article 1422 du Code civil, les juges du fond ont prononcé la nullité de deux donations d'un montant de 200 000 et 120 000 euros réalisées par le biais de deux chèques tirés sur le compte personnel du mari : une donation de deniers communs supposait l'accord du conjoint. Un pourvoi est formé devant la Cour de cassation. L'argument invoqué consiste à observer que le donateur disposait de revenus confortables, et que chaque époux peut librement disposer de ses gains et salaires à titre onéreux comme à titre gratuit.

La Cour de cassation écarte ce raisonnement et énonce : «ne sont pas valables les libéralités consenties par un époux commun en biens au moyen de sommes provenant de ses gains et salaires lorsque ces sommes ont été économisées».

Cette solution, que la première chambre civile avait déjà esquissée dans un arrêt du 29 février 1984 (n° 82-15712, Bull. civ. I n° 81; D. 1984 p. 601 obs. D. MARTIN, JCP 1985 II 20443 obs. R. LE GUIDEC; Defrénois 1984 p. 1074 obs. G. CHAMPENOIS) soulève alors une difficulté redoutable. À partir de quel moment les gains et salaires se muent-ils en économies? L'enjeu tient à la validité de l'opération réalisée sans l'accord du conjoint.

En l'espèce, la qualification de gains et salaires économisés n'était sans doute guère discutable. Les sommes en question provenaient en effet du rachat d'un contrat d'assurance sur la vie et de la liquidation d'un compte-titres ouvert au nom des deux époux. En affectant les gains et salaires au paiement de primes d'un contrat d'assurance-vie ou à l'acquisition de titres, ces sommes avaient perdu leur qualification originaires de gains et salaires. Il s'agissait d'acquêts «ordinaires». Telle était déjà la solution retenue dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 22 octobre 1980, les gains et salaires investis dans des bons de caisse perdant cette qualification (Cass, 1^{ère} civ, 22 octobre 1980, n° 79-14138, Bull. I n° 127, JCP 1982 II 19757 obs. R. LE GUIDEC;

Defrénois 1982 p. 461 obs. G. CHAMPENOIS, D. 1981 IR p. 462 obs. D. MARTIN).

Toutefois, la formule de «gains et salaires économisés» reprise par la Cour de cassation pourrait laisser entrevoir une analyse plus large. L'économie des gains et salaires ne résulterait pas alors de leur seul investissement dans l'acquisition d'un titre ou sur un support d'assurance-vie. L'absence de disponibilité des fonds suite à leur versement sur un compte du type «plan épargne logement», par exemple, pourrait déjà laisser entrevoir une économie, même si les fonds en cause proviennent en totalité d'une activité professionnelle (sur ce critère, voir notamment : A. CHAMOU-LAUD-TRAPIERS, Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille, n° 664).

C'est dire si la notion fuyante de «gains et salaires économisés» risque d'alimenter bien des contentieux. Au-delà des difficultés pratiques que ne manque pas de soulever la solution posée par la Cour de cassation, il est permis de douter de son bien fondé (sur ce point, voir notamment : Ph. SIMLER, «La mesure de l'indépendance des époux dans la gestion de leurs gains et salaires», JCP éd. N 1990 I p. 258). Il est très discutable de restreindre de la sorte l'autonomie des époux sur leur rémunération professionnelle. D'une part, à s'attacher à la lettre de l'article 223 du Code civil, il faut observer qu'aucune distinction n'est opérée par le législateur, visant les gains et salaires sans autre précision. Cette analyse est, d'autre part, confortée par l'esprit du texte. La règle est en effet issue de la loi du 13 juillet 1965, qui la faisait figurer à l'ancien article 224 du Code civil. Ce texte conférerait notamment, à l'alinéa second aujourd'hui abrogé, une sphère d'autonomie aux femmes mariées, tant sur leurs gains et salaires que sur les biens acquis par ces ressources professionnelles. Il faut alors observer qu'elles n'auraient guère pu acquérir de biens ayant quelque importance si cette disposition n'avait visé que les gains et salaires qui n'auraient pas été économisés. La loi du 23 décembre 1985 ne saurait avoir modifié cette conception, n'ayant pas restreint l'indépendance des époux sur leurs gains et salaires. Les pouvoirs exclusifs de gestion des époux sur leurs revenus professionnels ne sauraient donc recevoir pour seule limite que celle énoncée à l'article 223 du Code civil, à savoir la contribution préalable aux charges du mariage.

Faute de certitude en la matière, la prudence doit donc rester de mise en pratique au regard de l'autonomie toute relative des époux sur leurs gains et salaires.



Estelle Naudin

Le démembrement de droits sociaux à l'aune de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019

La qualité d'associé de l'usufruitier de droits sociaux et, plus largement, ses prérogatives au sein de la société soulèvent de multiples difficultés auxquelles la jurisprudence et doctrine peinent parfois à répondre. La loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés entend apporter un certain nombre de précisions (1).

L'alinéa 3 de l'article 1844 du Code civil, dans sa rédaction applicable à compter du 21 juillet 2019, dispose désormais : « Si une part est grevée d'un usufruit, le nu-proprétaire et l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives. Le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Toutefois, pour les autres décisions, le nu-proprétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier ». Et l'alinéa suivant ajoute que « les statuts peuvent déroger aux dispositions du deuxième alinéa et de la seconde phrase du troisième alinéa ».

L'action du législateur n'est toutefois pas sans soulever également bien des interrogations (2).

1. Quelques précisions

Le droit de vote.

La constance semble ici de mise, car, en matière civile, la règle est ancienne selon laquelle l'usufruitier se voit investi du droit de voter lors des décisions concernant l'affectation des bénéfices.¹ De manière constante également, il est prévu que, pour les autres décisions, une répartition différente soit envisageable.²

Le droit de participer aux décisions collectives.

Si une part est grevée d'un usufruit, le nu-proprétaire et l'usufruitier ont désormais le droit de participer aux décisions collectives. S'agissant du nu-proprétaire, la solution est classique, affirmée de longue date par la jurisprudence.³

Elle est en revanche nouvelle pour l'usufruitier. En effet, par un arrêt du 15 septembre 2016, la Cour de cassation a refusé de reconnaître à l'usufruitier un tel droit général de participer aux décisions collectives.⁴

Cette solution a suscité des réactions diverses. Elle avait pu être saluée en ce qu'elle tranche le débat relatif à la qualité d'associé de l'usufruitier. Si tous les associés ont le droit de participer aux décisions collectives, et que l'usufruitier n'en est pas investi, c'est que cette qualité lui est déniée. Elle fut néanmoins critiquée au regard du fonctionnement de la société. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'on peut relever que l'usufruitier est souvent le fondateur de la société. Ainsi par exemple le parent, à l'origine de l'aventure sociale, qui donne la nue-proprété de ses parts à ses enfants et se réserve l'usufruit. Permettre à ce parent d'être convoqué aux assemblées générales et d'y exprimer un avis est assurément une chance pour tous. De même, il est surprenant d'imaginer faire de ce protagoniste un votant tandis qu'il était absent quelques instants auparavant lors de la résolution précédente. Une société est un tout et sa bonne gouvernance suppose une vision d'ensemble et l'accès de tous les votants à toutes les informations.⁶

Désormais, peu importe la répartition du droit de vote, usufruitier et nu-proprétaire auront tous deux le droit de participer aux décisions collectives. Tout cela n'est pas, cependant, sans soulever de multiples interrogations.

2. De multiples interrogations

Le droit de participer aux décisions collectives.

Une première interrogation concerne assurément cette nouveauté de la « participation » de l'usufruitier aux décisions collectives. Deux problèmes se posent, l'un théorique, l'autre pratique.

D'un point de vue théorique, l'articulation des textes - et leur processus d'adoption - sème le doute quant à la qualité d'associé de l'usufruitier. Tandis que l'alinéa 1er de l'article 1844 affirme que « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », l'alinéa 3 précise que ce droit est reconnu tant au nu-proprétaire qu'à l'usufruitier. De là à en déduire que l'usufruitier est investi de la qualité d'associé, il n'y a qu'un pas. Cette position peut être partagée, ou non. Il ne s'agit pas de revenir sur ce débat, mais simplement de formuler un regret. La lecture des travaux parlementaires démontre que la question n'a pas été envisagée. Voilà qu'une interrogation de première importance est résolue par le législateur sans même qu'il ne s'en rende compte!

1- Comp. C. com., L. 225-110.

2- Cf. Com., 31 mars 2004, Hénaux, n° 03-16.694.

3- Cf. Com., 4 janvier 1994, n° 91-20.256; Com., 22 février 2005, n° 03-17.421; Com., 2 décembre 2008, n° 08-13.185.

4 - Civ. 3e, 15 septembre 2016, n° 15-15.172 : D. 2016. 2199, note Danos; AJDI 2017. 139, obs. Porcheron; Rev. sociétés 2017. 30, note de Ravel d'Esclapon; RTD civ. 2017. 184, obs. Dross; Gaz. Pal. 2016. 2645, note Dondero; JCP E 2017. 1087, n° 3, obs. Deboissy et Wicker; RDC. 2017. 138, obs. Tadros.

5 - C. civ., art. 1844, al. 1er.

6 - Pour un aperçu de ces difficultés, cf. notamment, Th. Ravel d'Esclapon, op. et loc. cit.

Le démembrement de droits sociaux à l'aune de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019

D'un point de vue pratique, la lecture des rapports établis au nom de la Commission des lois témoigne d'une approche trop restrictive de la « participation ». Monsieur Reichardt énonce en effet « que le nu-propriétaire et l'usufruitier ont l'un et l'autre le droit de prendre part aux débats qui précèdent les décisions collectives (c'est-à-dire le droit d'être convoqué aux assemblées, d'y assister et d'y exprimer leur avis, après avoir reçu les informations communiquées à l'ensemble des associés) »⁷. Participer aux décisions collectives se réduirait à la présence des acteurs lors de l'assemblée générale ainsi qu'à la communication des documents en vue de ladite assemblée. Or, de nombreux auteurs soulignent que ce droit va bien au-delà du simple accès aux assemblées générales. Par cette participation, « l'associé [serait] appelé à intervenir plus concrètement dans la vie sociale, c'est-à-dire à prendre part au fonctionnement de la société »⁸. À nouveau, cette intervention globale de l'usufruitier, peu importe le sentiment qu'elle suscite, n'a pas été envisagée par le législateur. En outre, à la supposer acquise, elle risque de poser des difficultés à la société en termes de fonctionnement : en cas de démembrement, les acteurs en présence seraient multipliés par deux...

Le droit de vote.

Une dernière remarque mérite d'être formulée s'agissant du droit de vote et de la possibilité de sa modulation. L'alinéa 4 de l'article 1844 précise que « les statuts peuvent déroger aux dispositions [...] de la seconde phrase du troisième alinéa ». Rappelons que cette phrase — qui devrait être qualifiée de deuxième puisque suit une troisième — énonce que « le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier ». L'articulation avec la troisième phrase du troisième alinéa interroge : ne s'agit-il pas simplement d'une redite ? Ou bien pourrait-on aller jusqu'à soutenir que, si « le nu-propriétaire et l'usufruitier » peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier, sauf s'agissant de l'affectation des bénéfices⁹, la situation est différente lorsque ce sont « les statuts » qui dérogent à la réparation légale : ici la dérogation pourrait être totale, le texte n'opérant pas de distinction ? À aucun moment, le législateur ne semble avoir voulu revenir sur la jurisprudence Hénaux...



Nicolas Kilgus

Professeur des universités à l'Université Clermont Auvergne.
Co-directeur du Master 2 Ingénierie Juridique et Fiscale du patrimoine à l'Université de Strasbourg

7 - Rapport Sénat n° 603, 26 juin 2019, p. 15.

8 - D. Gibirila, « Fasc. 40 : Société. — Dispositions générales. — Parts sociales : participation à la vie sociale », J.-Cl. Civil Code, 1er sept. 2019, n° 49 et s.

9 - Le texte ne vise effectivement que « les autres décisions » (3e phrase du 3e alinéa).

LCB-FT et transposition de la 5ème directive anti-blanchiment au 10 janvier 2020

En France, la politique de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT), amplifiée et renforcée en réaction aux attentats terroristes commis sur le territoire français depuis 2015, est au cœur des priorités nationales. Les menaces que posent le terrorisme et les réseaux et activités de criminalité organisée et financière, les fortes attentes exprimées par la société face à la délinquance économique et financière, et la préservation de l'intégrité du système financier sont au cœur des enjeux actuels. Ainsi plusieurs réformes structurelles ont été engagées ces dernières années afin de prévenir les cas de blanchiment de capitaux, d'assécher les sources et les modalités de financement du terrorisme et de réprimer toutes formes de blanchiment et de financement du terrorisme. Force est de constater que le cadre législatif et réglementaire français est en évolution constante afin de s'adapter à ces nouveaux risques, en particulier la menace terroriste et les menaces émergentes. Toutefois si la politique de LCB-FT repose sur des instruments nationaux, elle présente par nature un caractère international.

Ainsi s'opère depuis quelques années au travers de Directives européennes un renforcement du cadre général des obligations en matière de LCB-FT, et ce dans un cadre européen et national renouvelé et renforcé. Tout dernièrement, le dispositif LCB-FT issu de la transposition de la 4ème directive est pleinement entré en vigueur le 1er octobre 2018, faisant suite tout d'abord à une ordonnance du 1er décembre 2016 venant renforcer le dispositif français de LCB-FT, ensuite au décret du 12 juin 2017 relatif au registre des bénéficiaires effectifs, et enfin au décret du 18 avril 2018 renforçant le dispositif français de LCB-FT. Par ailleurs un arrêté en date du 21 décembre 2018 relatif au rapport sur l'organisation des dispositifs de contrôle interne LCB-FT et de gel des avoirs, et un projet d'arrêté précisant les modalités d'organisation du dispositif de LCB-FT et de gel des avoirs et de contrôle interne sont venus compléter le cadre législatif. De nouvelles exigences à l'égard des groupes sont apparues avec d'une part des obligations renforcées à l'issue de la transposition de la 4ème directive, notamment la classification des risques de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme, la mise en œuvre d'une organisation et des procédures adaptées, ou encore la désignation d'un responsable du dispositif LCB-FT au niveau du groupe. D'autre part un règlement dé-

légué de la Commission du 31 janvier 2019 relatif aux mesures LCB-FT supplémentaires à mettre en œuvre au sein des groupes disposant d'implantations dans des pays tiers dont la réglementation locale fait obstacle à l'application des procédures interne. Enfin la remise d'un rapport «groupe» sur l'organisation des dispositifs de contrôle interne LCB-FT et de gel des avoirs, avec un accent particulier sur les échanges d'information intra-groupe, le traitement des entités dans les pays tiers en cas d'obstacles juridiques, les remontées d'incidents, et les résultats des contrôles.

Pourtant malgré cette production législative dense les États ont souhaité aller plus loin avec une révision de la 4ème directive dite «5ème directive anti-blanchiment» du 30 mai 2018, dont la transposition est attendue au plus tard le 10 janvier 2020. Le texte vise différents points, il renforce la transparence des personnes morales et structures juridiques complexes en élargissant l'accessibilité des registres, il limite davantage les conditions d'utilisation de la monnaie électronique dite «anonyme», il précise les mesures de vigilance renforcées à mettre en œuvre à l'égard des relations d'affaires ou des opérations impliquant des pays tiers à haut risque, il précise les garanties à mettre en place pour atténuer les risques élevés de BC-FT liés à une entrée en relation d'affaires à distance, il pose le principe de la supervision consolidée du dispositif de LCB-FT à l'échelle des groupes bancaires et d'assurance et enfin il prévoit un assujettissement à la LCB-FT de services liés à des crypto-actifs.

Le champ de cette lutte est désormais élargi, ainsi l'encadrement des crypto-actifs se retrouvent désormais au niveau international, avec les travaux du Groupe d'action financière (GAFI) ou Financial Action Task Force (FATF), organisme intergouvernemental de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme créé par le G7 lors du sommet de l'Arche à Paris en 1989. Il se retrouve à l'échelle européenne, avec la 5ème directive qui élargit le champ des obligations LCB-FT à certains prestataires de services liés à des crypto-actifs, et au niveau national, la loi du 22 mai 2019 dite loi «PACTE».

LCB-FT et transposition de la 5ème directive anti-blanchiment au 10 janvier 2020

Le champ de cette lutte est désormais élargi, ainsi l'encadrement des crypto-actifs se retrouvent désormais au niveau international, avec les travaux du Groupe d'action financière (GAFI) ou Financial Action Task Force (FATF), organisme intergouvernemental de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme créé par le G7 lors du sommet de l'Arche à Paris en 1989. Il se retrouve à l'échelle européenne, avec la 5ème directive qui élargit le champ des obligations LCB-FT à certains prestataires de services liés à des crypto-actifs, et au niveau national, la loi du 22 mai 2019 dite loi «PACTE». Les exigences applicables aux prestataires de services de paiement (PSP) européens exerçant leur activité en France via un réseau d'agents ou de distributeurs ont été revues tant au niveau européen avec règlement délégué de la Commission du 7 mai 2018 relatif au représentant permanent des PSP européens exerçant dans un autre État membre en ayant recours à des agents ou des distributeurs de monnaie électronique, qui précise notamment les missions du représentant permanent, qu'au niveau national avec un décret du 21 mai 2019 précisant les modalités de désignation du représentant permanent et désormais un questionnaire «anti-blanchiment» totalement dédié.

Enfin l'amélioration du cadre de la supervision LCB-FT a pris corps avec le renforcement du rôle de l'ACPR, le renforcement de la supervision des groupes transfrontaliers et l'approfondissement de la coopération entre superviseurs LCB-FT et prudentiels. Ainsi tout d'abord le rôle de l'ACPR a été renforcé dès la transposition de la 4ème directive en matière de pouvoirs de police et de pouvoirs disciplinaires, et a aussi été investi d'une importante mission pédagogique visant à mener des actions aux niveaux international, européen et national, des concertations étroites avec les professionnels et les autres autorités concernées, et des explications des obligations pour faciliter leur mise en œuvre par les organismes assujettis. Ensuite la supervision des groupes transfrontaliers a elle aussi été renforcée avec la 5ème directive «anti-blanchiment» en termes de coopération et d'échange d'informations entre superviseurs LCB-FT, et avec la finalisation des orientations européennes relatives à la mise en place de collèges de supervision dédiés à la LCB-FT, notam-

ment pour renforcer l'échange d'informations entre autorités de supervision en charge des filiales et succursales d'un groupe transfrontalier et promouvoir le cas échéant la mise en œuvre d'actions de supervision coordonnées, ainsi que pour en organiser la mise en place progressive, selon le profil de risque BC-FT du groupe, et au plus tard dans les deux ans qui suivent la publication des orientations. Enfin la coopération entre superviseurs LCB-FT et prudentiels est approfondie au travers de la 5ème directive «anti-blanchiment» avec un accord multilatéral d'échange d'informations entre la BCE et les superviseurs LCB-FT, notamment au travers du projet de directive «CRD5» qui comprend des mesures visant à renforcer non seulement la prise en compte du risque de BC-FT par les superviseurs prudentiels, mais aussi avec la coopération entre superviseurs prudentiels et autorités en charge de la LCB-FT avec possibilité d'alerte de l'ABE et du superviseur LCB-FT par le superviseur prudentiel en cas d'accroissement du risque de BC-FT ou de suspicion de BC-FT, et enfin au niveau international, avec les travaux en cours au sein du Comité de Bâle.



Nicolas Esplan

Cass. com. 10 juillet 2019, n°18-16867

Conséquences patrimoniales du divorce : absence de pouvoir du liquidateur pour la licitation d'un immeuble indivis et insaisissable.

L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 10 juillet 2019 vient préciser utilement la question des pouvoirs du liquidateur en présence d'un immeuble à la fois indivis et insaisissable. La solution, retenue à propos de l'insaisissabilité résultant de la DNI, s'inscrit dans un mouvement plus vaste contribuant à renforcer l'efficacité de l'insaisissabilité. Elle est parfaitement transposable à l'insaisissabilité légale résultant désormais de l'article L. 526-1 du Code de commerce.

En l'espèce, l'épouse, entrepreneur individuel, avait procédé à une DNI sur un immeuble commun affecté à la résidence principale, avant d'être l'objet d'une liquidation judiciaire. Celle-ci avait ensuite divorcé et son ex-époux avait saisi le JAF pour l'ouverture des opérations de compte, liquidation et partage de l'indivision, afin notamment d'obtenir la licitation et le partage de l'immeuble. Le liquidateur était intervenu volontairement cette instance, et c'est précisément cette intervention qui suscitait la discussion. La Cour d'appel de Montpellier avait en effet ordonné la vente sur licitation de l'immeuble, ce que reprochait l'ex-épouse en liquidation. Cette dernière considérait que les droits indivis portant sur l'immeuble n'étaient pas appréhendés par la procédure collective et que par conséquent le liquidateur n'avait pas qualité pour agir en partage et licitation de l'immeuble. La question était alors de savoir dans quelles conditions devait intervenir la licitation d'un immeuble à la fois indivis et insaisissable sollicitée auprès du JAF par l'ex-époux du débiteur après le prononcé du divorce. Plus précisément, était posée la question des pouvoirs de représentation du liquidateur à cet égard.

La chambre commerciale de la Cour de cassation rejette le pourvoi. Toutefois, elle juge que même si le liquidateur ne disposait pas des pouvoirs pour agir en partage au non du débiteur, la licitation de l'immeuble objet de la DNI pouvait être ordonnée par le JAF sur demande de l'un des co-indivi-

saies. La Cour de cassation précise ainsi que l'intervention du liquidateur était inutile mais considère que le juge était fondé à ordonner la licitation en dépit de son intervention.

Une telle solution était pour le moins prévisible. En effet, dans un arrêt rendu le 14 mars 2018 ¹, la chambre commerciale avait déjà pu juger que le liquidateur n'a pas qualité pour agir en partage et licitation d'un immeuble indivis et insaisissable. L'argument avancé était le caractère hors procédure de l'immeuble insaisissable. Ici, l'affaire était quelque peu différente puisque le liquidateur n'était pas à l'initiative de la licitation mais était simplement intervenu à l'instance. Néanmoins, la solution est dépourvue d'ambiguïté : *« le liquidateur ne représente pas le débiteur en ce qui concerne les droits de celui-ci sur l'immeuble qu'il a régulièrement déclaré insaisissable »*. C'est donc, à juste titre, au travers de la question de la représentation du débiteur par le liquidateur, et non celle de la représentation de l'intérêt collectif des créanciers, que la solution rendue.

En définitive, peu importe le caractère indivis du bien, le seul fait que l'immeuble soit insaisissable suffit à le placer en dehors de la procédure collective, et donc en hors du domaine d'application du principe de dessaisissement du débiteur. Par l'effet de l'insaisissabilité, l'immeuble n'était pas concerné par l'effet réel de la procédure collective et n'était donc pas affecté par le dessaisissement du débiteur. Ce dernier peut ainsi parfaitement exercer seul ses droits sur l'immeuble insaisissable, sans intervention du liquidateur.



Cécile Lisanti

1 - Cass. com., 14 mars 2018, no 16-27302, F-PBI : BJE mai 2018, n° 115w3, p. 201, note V. Legrand.

La grandeur de l'acte conservatoire

Cass. 3ème civ., 24 octobre 2019

N° de pourvoi : 18-20068

Publié au bulletin Cassation partielle

Le régime juridique de l'indivision a été aménagé à plusieurs reprises par le Législateur notamment avec les lois du 23 juin 2006 et du 12 mai 2009 afin de mettre un peu de souplesse dans une institution régie en principe par l'unanimité. La récente loi du 27 décembre 2018 malmène encore un plus cette règle de l'unanimité dans le contexte particulier des indivisions successorales ouvertes depuis plus de 10 ans concernant des biens immobiliers situés en Outre-Mer. En effet, son article premier dispose que « (...) **le ou les indivisaires titulaires de plus de la moitié en pleine propriété des droits indivis peuvent procéder, devant le notaire de leur choix, à la vente ou au partage des biens immobiliers indivis situés sur le territoire des dites collectivités (...)** ».

Règle de l'unanimité ou décision pouvant être prise par un seul ? Telle était la question que s'est posée la Cour de cassation dans l'espèce qui nous intéresse. Une opération d'aménagement urbain de grande ampleur a réalisé la construction de nombreux logements et équipements collectifs. Concernant ces équipements collectifs, des actions ont été intentées par des syndicats de copropriétaires et par des copropriétaires agissant individuellement : action en revendication de la propriété indivise portant sur les installations de chauffage et action en annulation ou déclaration d'inopposabilité de conventions conclues sans leur consentement. La Cour d'appel de Versailles saisie de l'affaire, rend le 25 septembre 2017 un arrêt dans lequel elle déclare irrecevables toutes les demandes estimant que « (...) **ces demandes ne constituent pas de simples actes conservatoires tendant seulement à faire valoir des droits, mais, ne ressortissant pas à l'exploitation normale d'un bien indivis, relèvent de la règle de l'unanimité des indivisaires, en raison de l'importance des installations litigieuses, des frais à venir occasionnés par ces prétentions et des procédures en cours à l'encontre de la société (...)** ». La Cour de cassation, dans un arrêt de sa Troisième chambre civile du 24 octobre 2019, rendu au visa des articles 815-2 et 815-3 du Code civil, casse la décision de la Cour d'appel et retient que « (...) **l'action en revendication de la propriété indivise et en contestation d'actes conclus sans le consentement des indivisaires a pour objet la conservation des droits de ceux-ci et entre dans la catégorie des actes conservatoires que chacun d'eux peut accomplir seul, la cour d'appel a violé les textes susvisés, le premier par refus d'application et le second par fausse application (...)** ».

La Cour d'appel est sanctionnée car elle développe une définition propre de l'acte conservatoire qui le réduit à une opération courante, de peu d'importance. Dans sa décision, elle insiste sur le fait qu'il ne peut s'agir « **d'une simple action conservatoire** », car les demandes ne constituent pas « **l'exploitation normale d'un bien indivis** » eu égard aux enjeux juridiques et à leurs conséquences pécuniaires. La référence à un acte qui ne relève pas de l'exploitation normale du bien indivis est utilisée à l'article 815-3 du Code civil pour déterminer le domaine de l'unanimité. Mais en l'espèce, la Cour d'appel n'avait pas à aller sur ce terrain car l'action en revendication est un acte conservatoire de l'article 815-2 du Code civil (Cass. 3ème civ., 19 juin 2002, n° 01-01201 : Bull. civ. III, n°145). C'est même l'acte conservatoire par excellence ! Les actes conservatoires protègent le patrimoine, ils ne lui portent pas atteinte (F. Zénati et Th. Revet, Les biens, coll. Droit fondamental, PUF, 3ème ed. 2008, n° 390, p. 568) : ils en conservent la substance. Ainsi, l'action en revendication ainsi que les actions tendant à l'annulation voire à l'inopposabilité de conventions doivent être qualifiées d'acte conservatoire car elles protègent tant l'effectivité que l'existence de la qualité d'indivisaire. Ces actions peuvent alors être intentées par un indivisaire seul en application de l'alinéa 1er de l'article 815-2 du Code civil : « **Tout indivisaire peut prendre les mesures nécessaires à la conservation des biens indivis même si elles ne présentent pas un caractère d'urgence** ».

L'acte conservatoire appartient à une catégorie d'actes bien spécifique et il n'a pas à être évalué en fonction des critères de l'article 815-3 du Code civil, critères qui participent à la distinction entre opérations nécessitant la majorité des 2/3 et celles relevant de l'unanimité. A la décharge de la Cour d'appel, la présentation classique des opérations juridiques par le biais d'une pyramide comportant trois niveaux : acte conservatoire, acte d'administration et acte de disposition, tend à faire passer l'acte conservatoire pour un acte anodin ce qui expliquerait alors qu'un indivisaire puisse valablement le réaliser seul. Mais cette pyramide n'est pas construite sur la base du caractère simple ou banal d'une opération juridique mais en fonction de sa dangerosité à l'encontre du patrimoine. Aussi, il convient de ne pas sous-estimer les actes conservatoires qui peuvent traiter, comme en l'espèce, de questions juridiques et financières importantes. Cette jurisprudence redonne ces lettres de noblesse à l'acte conservatoire et l'on ne peut que s'en réjouir.



Céline Kuhn

L'ordre public et le droit patrimonial de la famille

Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français

La thèse de Monsieur Alex TANI, rédigée sous la direction du Professeur Bernard BEIGNIER, a été soutenue à l'Université de Toulouse 1 Capitole le 19 octobre 2018.

Son auteur a aimablement accepté de nous livrer une présentation de ses travaux qui ne manqueront pas d'intéresser les praticiens du droit du patrimoine.

C'est peu dire que depuis la loi du 23 juin 2006 et le règlement européen du 4 juillet 2012, l'on s'interroge pour savoir s'il existe toujours un ordre public en droit patrimonial de la famille. Il faut reconnaître qu'en vingt ans, tout au plus, ce sujet s'est considérablement renouvelé, rendant presque obsolètes des travaux plus anciens : la plupart des contrats sont désormais admis dans la sphère matrimoniale ; les époux peuvent changer de régime matrimonial avec une évidente souplesse ; les divorces ambitionnent de se pacifier en se privatisant ; la réserve héréditaire se conçoit dorénavant en valeur ; quand la prohibition d'un nombre considérable de pactes successoraux est aujourd'hui levée. Il n'est point besoin d'insister, l'ordre public reste une question d'une intense actualité en droit de la famille, spécialement dans son versant patrimonial : les arrêts de septembre 2017 affirmant que la réserve héréditaire n'est pas, en soi, « d'ordre public international » (Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151 et n° 16-17.198), et celui rendu à l'été 2018 (Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2018, n° 17-16.515 et 17-16.522), le prouvent sans conteste.

Si chacun s'accorde à en constater le déclin, d'aucuns continuent pourtant de faire mention d'un « ordre public matrimonial » ou d'un « ordre public successoral », voire d'un « ordre public réservataire ». Or il semble que – contrairement à ce qui est communément enseigné – il n'existe pas, à proprement parler, « d'ordre public patrimonial ». En effet, l'idée selon laquelle prospérerait un ordre public inhérent à cette matière paraît devoir être repoussée, car elle repose sur une confusion fréquente entre ordre public et impérativité.

Bien que certains auteurs nient parfois toute différence, les lois impératives et les lois d'ordre public ne doivent pas être assimilées car, si toutes les lois d'ordre public sont impératives, la réciproque n'est pas vérifiable : toutes les lois impératives ne sont pas nécessairement d'ordre public. Telle était l'analyse que M. MALAURIE retenait déjà dans sa thèse, rejoignant ainsi d'autres illustres auteurs (CAPITANT, ESMEIN, MAZEAUD, CHABAS, etc.). L'ordre public est une notion juridique singulière qu'il ne faut pas galvauder en retenant qu'elle embrasse toutes les limites à la liberté contractuelle. Ce serait oublier d'autres notions juridiques suscep-

tibles, elles aussi, de déjouer les prévisions des contractants : parmi elles, on pense bien sûr aux bonnes mœurs, aux droits fondamentaux et, en particulier, aux lois que l'on peut qualifier de simplement impératives. Le nouvel article 1102 du Code civil semble asseoir cette dernière distinction – au demeurant conforme à l'esprit de l'avant-projet dirigé par M. CATALA – en visant simultanément deux bornes à la liberté contractuelle : les « limites fixées par la loi » et les « règles qui intéressent l'ordre public ». Aussi, il semble permis de ne pas tenir les deux notions pour équivalentes.

Même s'il se dérobe depuis toujours à l'exercice d'une définition, l'ordre public – qu'il soit de direction, comme de protection – n'est pas fermé à un effort de systématisation :

1. L'ordre public est par nature attaché à la sauvegarde de l'intérêt général. On retrouve là la définition de PLANIOL : une disposition est d'ordre public « toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi ».

Par conséquent, on comprend :

2. qu'il est évidemment strictement interdit d'y renoncer par anticipation ;
3. et que sa violation entraîne le déclenchement de sanctions énergiques et intangibles.

De sorte que dans sa mise en œuvre judiciaire, il est unanimement retenu que :

4. le ministère public dispose d'une action pour en assurer la défense ;
5. et que le juge judiciaire a le pouvoir – sinon le devoir – de soulever d'office ce moyen.

En l'absence de ces caractéristiques traditionnelles (qui sont autant d'éléments de définition), il devient téméraire de retenir la présence d'un ordre public ; sauf à prendre le risque de dévoyer la notion en la contorsionnant et en effaçant ses marqueurs distinctifs.

L'ordre public et le droit patrimonial de la famille

Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français

Dès lors que presque aucun de ces traits n'est identifiable en droit patrimonial de la famille, l'idée selon laquelle il existerait un ordre public inhérent à cette matière paraît peu pertinente. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer l'érosion des prohibitions légales, tant en raison de l'évolution du droit national qu'en raison de l'influence du droit international. Parmi les principales figures coercitives, sur lesquelles s'était jadis développée l'idée d'un prétendu ordre public « matrimonial » ou « successoral », beaucoup ont été éprouvées, sinon renversées : ainsi de l'immutabilité du régime matrimonial, de la prohibition des liquidations anticipées, de la prohibition des pactes sur succession future, de la prohibition des substitutions fidéicommissaires... À cela s'ajoute une forte atténuation du pouvoir judiciaire (en théorie pourtant inséparable de la réalisation d'un ordre public), tant en matière gracieuse que contentieuse. Depuis une quinzaine d'années, la tendance est à une forte déjudiciarisation de la matière. Sur le terrain contentieux, le ministère public est rarement appelé à agir d'office sur le fondement d'une atteinte à « l'ordre public patrimonial », et le juge ne se montre pas plus prompt à soulever d'office ce moyen. Partant, l'idée d'un « ordre public coercitif » fait assurément figure d'illusion.

Tout au plus peut-on constater en ce domaine, comme dans d'autres, l'existence de lois simplement impératives, qui contribuent à l'émancipation de l'individu et à la sauvegarde de ses droits. Dès lors, l'idée d'un « ordre privé impératif » mérite de s'imposer avec une particulière évidence. Celle-ci explique une valorisation des droits de l'individu, marquée par une multiplication des droits subjectifs impératifs, fortement relayés par l'essor des droits fondamentaux, tant dans l'organisation conjugale que dans la transmission patrimoniale. Ce mouvement se conjugue avec une exaltation du pouvoir de la volonté, qui autorise le développement des renonciations anticipées et l'aménagement des sanctions. Là où la théorie de l'ordre public – même de protection – échoue nécessairement à décrire ces mutations (en raison de son attachement à la sauvegarde de l'intérêt général), les règles impératives semblent mieux y parvenir dès lors que, par nature protectrices d'intérêts essentiellement privés, elles se révèlent moins rebelles à certains tempéraments : à la différence de l'ordre public qui impose une protection, parfois même contre l'avis de son bénéficiaire (ainsi du droit des personnes vulnérables), le recours à l'impérativité permet de garantir une protection minimale sans que rien ne semble

cependant interdire que son bénéficiaire puisse – dans certaines circonstances et sous certaines conditions – y renoncer ; si tel est son intérêt. En cela, la règle impérative (où la protection est garantie) se démarque de la règle d'ordre public (où la protection est imposée) et de la règle supplétive (où la protection est simplement suggérée).

La thèse soutenue parvient ainsi à la conclusion que les dispositions qui, en droit patrimonial de la famille, sont dotées d'une force obligatoire accusée sont des règles simplement impératives (et non la manifestation d'un quelconque ordre public). Ce faisant, cette analyse permet de renouer avec les évolutions récentes observables en cette matière (contractualisation, déjudiciarisation, libéralisation, fondamentalisation, subjectivisation...), tout en permettant de mieux comprendre les transformations qui affectent la société et les familles. Plus généralement, cette thèse tend à démontrer que la distinction entre les lois d'ordre public et les lois impératives n'est pas que théorique, ni même sémantique : elle emporte aussi (et surtout) d'importantes conséquences pratiques. Elle permet, entre autres, de préciser le rôle du ministère public, de circonscrire le pouvoir du juge, de lever le doute sur les renonciations anticipées ou encore de prévoir l'intensité des sanctions déclenchées. Mais surtout, elle propose de repenser les rapports entre la liberté contractuelle et la règle de droit, en montrant qu'il peut exister en droit privé des règles qui, bien qu'impératives, ne procèdent pas de la réalisation d'un ordre public.



Alex Tani

Maître de conférences à l'Université de Corse (EMRJ – EA 7311). Il a soutenu, en 2018, une thèse dirigée par Monsieur le Doyen Beignier : « L'ordre public et le droit patrimonial de la famille : contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français ». Il est par ailleurs diplômé supérieur du notariat depuis 2016, et a exercé plusieurs années dans des offices toulousains et parisiens.



EC3P
Espace
Client Patrimonial
JurisCampus
Solutions

Découvrez une solution
pédagogique & de communication
à destination de vos clients

1 espace = 3 dimensions

Personnel

Dédié au client
Espace Premium
Accès Sécurisé
Conformité RGPD

Patrimonial

Ressources certifiées
Connaissances clients
Suivi personnalisé
Anticipation besoins clients

Pédagogique

JurisCampus s'engage
à vos côtés pour délivrer une
information **indépendante,**
claire, exacte et **non trompeuse**

Atouts CGP

- ▶ Traçabilité des connaissances clients
- ▶ Vos obligations d'information et votre devoir de conseil facilités
- ▶ Formation de vos clients par l'acquisition de nouvelles connaissances pédagogiques
- ▶ Identification des centres d'intérêt et des futurs besoins patrimoniaux de vos clients

Atouts clients

- ▶ Education financière et pédagogique de l'épargnant
- ▶ Délivrance d'une information neutre et objective
- ▶ Espace sécurisé 100% cloud accessible 24/7 sur tout support
- ▶ Multiples serious games (jeux) et simulateurs pour une meilleure acquisition de connaissances

EC3P a pour vocation la **protection et l'éducation patrimoniale**
de l'épargnant voulue par les autorités régulatrices

La solution à votre image pour vos clients

EC3P, une solution originale et novatrice pour vous accompagner dans le pilotage de la relation client

Le secteur de la gestion de patrimoine fait face à une explosion des normes réglementaires.

Avec EC3P, votre client est au coeur de la relation.

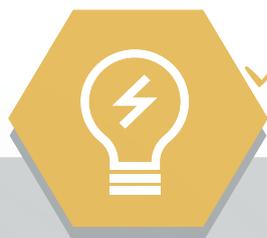
Il devient acteur de sa démarche patrimoniale.



Avec EC3P, faites la différence :

- ▶ Espace premium pour clients VIP
- ▶ Environnement à vos couleurs
- ▶ Solution 100% cloud sécurisée
- ▶ Conformité RGPD
- ▶ Relation client renforcée
- ▶ Contenus validés par des experts reconnus

Un client confiant est un client fidélisé !



 **JurisCampus**
Solutions



Ec3p Solutions

à partir de

149 € HT / mois

Formule jusqu'à 50 comptes clients
inclus

Engagement 12 mois

Frais de mise en service et personnalisation : 450€HT

Demander une démo
gratuite

contact@ec3p.org

05 82 08 06 94

www.ec3p.org



EC3P
Espace
Client Patrimonial

✓ votre nouvel
allié





FNDP

Fédération
Nationale
Droit du
Patrimoine

La Lettre de la FNDP

Numéro 15 - Décembre 2019

Numéro 15