



La lettre des Masters Fédérés

Édition Toulouse

Numéro 2 - Décembre 2019



Numéro 2

Le mot du directeur

L'actualité patrimoniale ne connaît pas les périodes de fêtes et il fut donc difficile pour le directeur que je suis de limiter les thèmes proposés par les étudiants du Master 2 ingénierie du patrimoine de l'Université Toulouse I Capitole.

Les lecteurs excuseront, je l'espère, l'influence que j'ai pu exercer, qui se manifeste sans doute dans le nombre d'articles consacrés à l'assurance-vie.

Il me reste à souhaiter à toutes et à tous d'excellentes fêtes, et que cette lecture vous apporte autant de satisfaction que celle-ci a pu m'en procurer.

Très bonne lecture !



Michel Leroy

Directeur du Master II «Ingénierie du Patrimoine» à l'Université de Toulouse I Capitole
Directeur de l'Executive Master en Gestion de Patrimoine de JurisCampus
Maître de Conférences
Président du Comité Scientifique de JurisCampus.

Sommaire

Nos rédacteurs	4
Droit des sociétés	7
Prévoyance	11
Finance	13
Assurance Vie	15
Droit du crédit	20
Droit des donations	21
Éducation de l'épargnant	24



Julie BONIFACE

Étudiante du Master II Ingénierie du Patrimoine, membre du pôle événementiel de l'association Ingénierie du Patrimoine



Malaury COUTURIER

Étudiante en Master II Ingénierie du Patrimoine à l'Université Toulouse Capitole I, membre du pôle communication au sein de l'association du Master II Ingénierie du Patrimoine



Carine FAURE

Étudiante du Master II Ingénierie du Patrimoine, membre du pôle recherche, chargée de la rédaction de veilles juridiques et fiscales



Jeffrey FROLICH

Étudiant au sein du Master 2 Ingénierie du Patrimoine à l'université Toulouse 1 Capitole et membre du Pôle Communication



Diane GASTON

Étudiante du Master II Ingénierie du Patrimoine, Responsable du pôle événementiel de l'association Ingénierie du Patrimoine



Aurore GRIETTE

Étudiante du Master 2 Ingénierie du Patrimoine à l'Université Toulouse 1 Capitole



Lucas GUEDON

Étudiant du Master II Ingénierie du Patrimoine, membre du pôle événementiel de l'association Ingénierie du Patrimoine



Nina GUYOT

Étudiante du Master II Ingénierie du Patrimoine. Membre du pôle recherche, chargée de la rédaction de veilles juridiques et fiscales



Jason HOUSSIN

Étudiant en Master 2 Ingénierie du Patrimoine de l'Université Toulouse 1 Capitole et membre du pôle communauté de l'association Ingénierie du patrimoine



Erol KULA

Étudiant en Master II Ingénierie du Patrimoine, Président de promotion de l'association Ingénierie du patrimoine et membre de son pôle événementiel.



Maeva LAURENS

Étudiante du Master II Ingénierie du Patrimoine. Représentante du pôle recherche, chargée de la rédaction de veilles juridiques et fiscales



Marion LE HUERON

Étudiante du Master II Ingénierie du Patrimoine, membre du pôle événementiel de l'association Ingénierie du Patrimoine



Camille LESPRILLIER

Étudiante du Master II Ingénierie du Patrimoine, membre du pôle événementiel de l'association Ingénierie du Patrimoine



Aina MANANJARA

Étudiante du Master II Ingénierie du Patrimoine, membre du pôle recherche, chargée de la rédaction de veilles juridiques et fiscales

**Bastien MANSECAL**

Étudiant du Master II Ingénierie du Patrimoine, membre du pôle recherche, chargé de la rédaction de veilles juridiques et fiscales

**Anabelle MANCEAU**

Étudiante du Master II Ingénierie du Patrimoine, membre du pôle recherche, chargée de la rédaction de veilles juridiques et fiscales

**François PARCE**

Étudiant en Master 2 Ingénierie du Patrimoine à l'Université de Toulouse 1 Capitole et membre du pôle communauté de l'association du Master 2

**Robin PAUL**

Étudiant du Master II Ingénierie du Patrimoine, représentant du pôle communauté de l'association Ingénierie du Patrimoine

**Marlène SALVAYRE**

Étudiante en Master II Ingénierie du Patrimoine à l'Université Toulouse 1 Capitole

**Arthur SEMPOL**

Étudiant en Master 2 Ingénierie du Patrimoine de l'Université Toulouse Capitole 1. Membre du pôle communauté de l'association du Master

**Loïc VALETTE**

Étudiant au sein du Master II Ingénierie du Patrimoine et membre du pôle communauté de l'association du Master II

**Jean YILDIRIM**

Étudiant en Master II Ingénierie du Patrimoine à l'Université Toulouse Capitole I et membre du pôle communication au sein de l'association du Master II Ingénierie du Patrimoine

Actualité de l'acte anormal de gestion

À l'heure où les montages comptables et financiers se développent afin de permettre aux entreprises de réduire leur bénéfice imposable, on constate un durcissement de la position de l'administration fiscale et du Conseil d'État concernant les actes de gestion qui pourraient être considérés comme « anormaux ». Cette situation conduit inévitablement à une extension des frontières de la notion.

« Constitue un acte anormal de gestion l'acte par lequel une entreprise décide de s'appauvrir à des fins étrangères à son intérêt ». ¹

L'acte anormal de gestion est une notion prétorienne permettant à l'administration fiscale de fonder sa proposition de rectification ou de redressement fiscal d'une entreprise. Il est défini comme un acte accompli dans l'intérêt exclusif d'un tiers à l'entreprise ou qui n'apporte à celle-ci qu'un intérêt minime et hors de proportion avec l'avantage que le tiers peut en retirer.² Ressortent de cette notion deux conditions alternatives. Tout d'abord, l'acte contraire à l'intérêt social, c'est à dire l'intérêt de l'entreprise (réaliser un profit ou éviter une perte) sera toujours considéré comme anormal. Dès lors, à défaut de pouvoir caractériser une contrepartie pour la société, le redressement sera justifié. Pour ce qui est de la contrepartie, elle résulte d'un avantage économique ou financier. Par exemple, la fidélisation d'un nouveau client par une réduction de prix peut constituer la contrepartie de l'acte. Enfin, l'acte doit présenter un risque excessif. La jurisprudence tend ici vers une appréciation de la proportionnalité de la contrepartie. En ce sens, le bénéfice retiré de l'acte engagé doit être étroitement corrélé à celui-ci ; mais plus encore, concrètement, il ne doit pas être infime au regard du risque pris. Dans une telle hypothèse, le risque pris serait excessif, la disproportion effective et la qualification d'un acte anormal de gestion deviendrait possible.

Le Conseil d'État distingue deux formes d'actes anormaux de gestion. La première concerne les charges injustifiées. Elles seront constatées lorsque la charge remise en cause est contestable dans son principe (comme une dépense personnelle du dirigeant), ou dans son montant (notamment dans le cas d'une rémunération excessive).

Mais le caractère anormal peut également se traduire par un manque à gagner. En effet, si l'entreprise renonce à un produit sans contrepartie suffisante, alors même qu'aucune charge n'a été indûment déduite, l'acte sera marqué du sceau de l'anormalité.

En pratique, il est très fréquent que les sociétés d'un même groupe (liens capitalistiques) se consentent des aides. La pratique est la même lorsque les entreprises sont regroupées au sein d'un réseau (on parle alors de franchisés, comme Leclerc par exemple). Ces aides peuvent être de natures diverses : subventions, avances sans intérêt, abandon de créances, cautionnement sans contrepartie, etc. En ce sens, l'abandon de créance n'est pas constitutif d'un acte anormal de gestion s'il a pour objectif l'assainissement de la situation financière de la filiale ; c'est du moins la position du Conseil d'État dans son arrêt du 1er juillet 1991, Société La Bellignite : « Considérant que, d'une part, l'abandon de créance litigieux a eu pour effet d'accroître à concurrence de son montant l'actif net ... qu'ainsi, la société anonyme « LA BELLIGNITE » n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Lyon a limité ... la part de la créance admise en déduction du bénéfice imposable de la société requérante » ³. Dans cet arrêt le Conseil d'État définit l'abandon de créance à caractère financier et le distingue d'un acte anormal de gestion.

Cet abandon de créance à caractère financier doit être distingué de l'abandon de créance à caractère commercial. Le cœur de cette notion est caractérisé par les liens commerciaux entre les entreprises, pour conserver ses parts de marchés ou l'approvisionnement en stocks ⁴. Dans le cadre plus spécifique de relations mixtes, le juge opérera une appréciation in concreto, au regard de l'élément intentionnel ayant motivé l'acte.

S'agissant des sanctions de l'acte anormal de gestion, notons que l'acte litigieux sera inopposable à l'administration fiscale, autrement dit, elle pourra l'écarter et reconstituer le résultat fiscal. Ainsi, elle rectifiera l'assiette de l'impôt en réintégrant la charge indûment déduite ou le profit non constaté dans le résultat. Pour l'auteur, que l'acte anormal découle d'une charge injustifiée ou d'un manque à gagner, l'administration fiscale sera fondée à réintégrer en totalité la dépense engagée ou le produit non constaté.

1 - CE plén. 21-12-2018 n° 402006

2 - CE, section, 10 juillet 1992, n° 110213 et 110214

3 - CE, 1er juillet 1991 Société « La Bellignite »

4 - Précis de fiscalité 2019 – Madame Deboissy – Édition Lexis Nexis

Actualité de l'acte anormal de gestion

Du point de vue du bénéficiaire, si l'avantage a été consenti par une entreprise individuelle ou par une société non soumise à l'impôt sur les sociétés, le bénéficiaire personne physique sera imposable dans la catégorie des bénéfices non commerciaux. Si l'avantage a été consenti par une société relevant de l'impôt sur les sociétés alors le bénéficiaire est imposable au titre des distributions exceptionnelles. En tous les cas, la fiscalité payée par le bénéficiaire ne sera pas remise en cause suite au redressement fiscal de l'entreprise.

Depuis 2018, le juge tend vers un élargissement de la notion d'acte anormal de gestion. Dans son arrêt du 21 décembre 2018, le Conseil d'État crée une présomption d'anormalité dès lors que « le contribuable ne parvient à remettre en cause l'évaluation retenue par l'administration par aucun élément et qu'il ne justifie pas que l'appauvrissement qui résulte de la cession à un prix inférieur à la valeur vénale a été décidé dans l'intérêt de l'entreprise, par nécessité ou en raison de la contrepartie obtenue » 5.

Dans le cadre d'une cession d'actif immobilisé à prix minoré, le Conseil d'État crée une nouvelle présomption en faveur de l'administration fiscale. Dans une telle hypothèse, l'administration fiscale ne sera plus tenue d'apporter la preuve du caractère délibéré 6. On ressent donc une mouvance générale de la jurisprudence du Conseil d'État vers un durcissement de sa définition pour l'entreprise et un assouplissement des modalités de preuves de l'acte anormal de ges-

tion pour l'administration fiscale. Dès lors, l'administration fiscale aura de plus en plus de facilités à qualifier un acte d'anormal et de facto, à redresser sur ce fondement.



Erol KULA



Lucas GUEDON



Diane GASTON

5 - CE, 21 décembre 2018, n°402006

6 - Lexcase « Les nouveaux contours de l'acte anormal de gestion » <https://lexcase.com/les-nouveaux-contours-de-lacte-anormal-de-gestion/>

Démembrement de propriété, exercice du droit de vote et convention

La loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 a, de façon surprenante, modifié l'article 1844 du Code civil, en favorisant l'entente entre l'usufruitier et le nu-proprétaire de titres.

La réforme n'affecte pas le principe selon lequel, lors d'un démembrement de titres, le droit de vote est exercé par le nu-proprétaire, à l'exception des décisions relatives à l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier.

L'article 1844 du Code civil dans sa version actuelle rappelle également qu'il est possible de déroger à cette disposition dans les statuts de la société. La précision n'a rien de nouvelle et il est possible de regretter que le législateur n'ait pas, emporté par son ardeur législative, indiqué les éventuelles limites de cette liberté statutaire. En revanche, la troisième phrase du 3^{ème} alinéa du texte fait preuve d'une grande originalité puisqu'elle précise que « pour les autres décisions, le nu-proprétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier ».

Ainsi, l'exercice du droit de vote peut aujourd'hui être envisagé par convention, sans que les statuts ne puissent supprimer cette potentialité.

Précisons immédiatement que cette faculté n'est pas ouverte aux titulaires de droits démembrés dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions puisque celles-ci bénéficient d'un régime dérogatoire au droit commun, découlant de l'article 225-110 du Code de commerce. Ce texte prévoit une répartition du droit de vote des titres démembrés en fonction du type d'assemblée, ordinaire ou extraordinaire.

Ensuite, aux termes même de l'article 1844 du Code civil, la possibilité de déléguer l'exercice du droit de vote ne concerne que « les autres décisions », c'est-à-dire toutes, sauf celles concernant l'affectation des bénéfices.

Le texte interdit par conséquent à l'usufruitier de déléguer l'exercice de son droit légal de vote. Mais il interdit également à celui-ci de déléguer les droits de vote que les statuts lui auraient fait acquérir.

Une telle restriction dans l'usage de cette faculté nous semble regrettable, au moins lorsque le démembrement trouve sa source dans un acte de volonté.

En effet, à considérer le démembrement pour ce qu'il est le plus souvent dans ce cas, c'est-à-dire une stratégie familiale, ne faudrait-il pas permettre à celle-ci de s'épanouir dans toutes les directions qui apparaissent nécessaires à leurs auteurs ?

Dans l'hypothèse classique d'une donation, par un ascendant, de la nue-proprété de ses titres, il est fréquent que les statuts augmentent les droits de l'usufruitier, jusqu'à lui conférer le droit de voter pour toutes les décisions.

Si les enfants sont jeunes et inexpérimentés, alors que l'ascendant est dans la force de son âge, une telle répartition se comprend parfaitement.

Mais par la suite, l'ascendant, vieillissant peut souhaiter qu'un de ses enfants, en lequel il a, par exemple, le plus confiance, exerce certaines de ses prérogatives, sous son contrôle puisque comme l'a brillamment démontré le Professeur Mortier (R. Mortier, *Maîtriser le nouvel exercice conventionnel par l'usufruitier du droit de vote du nu-proprétaire*, (L. n°2019-744 du 19 juill. 2019, art. 3), FNDP, p°6), le contrat en cause s'analyse sans doute comme un mandat, lequel oblige à rendre compte.

Une telle faculté n'est pas prévue par la loi et on peut le regretter. Cependant, cette liberté n'est pas sans intérêt, en particulier en cas de transmission d'entreprise sociétaire. Le mécanisme pourrait permettre de faciliter un accompagnement du dirigeant cédant qui donne la nue-proprété de tout ou partie de ces titres, mais entend exercer pendant un temps certaines décisions politiques, pour lesquelles son expérience pourrait être indispensable.

Démembrement de propriété, exercice du droit de vote et convention

Cependant, l'exercice de cette faculté pourrait être de nature à faire perdre au disposant le bénéfice de l'article 787 B du Code général des impôts, c'est-à-dire la possibilité de diminuer la base taxable, à hauteur de 75%.

En effet, pour l'administration fiscale, « l'application de l'exonération partielle aux donations consenties avec réserve d'usufruit est subordonnée à la condition que les droits de vote de l'usufruitier soient limités dans les statuts aux seules décisions concernant l'affectation des bénéfices » (BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10-20140519, n° 300).

Sans doute, la convention, n'étant pas statutaire, paraît hors du domaine de cette règle. De plus, le nu-proprétaire dispose du pouvoir de mettre fin à la convention de vote quand il le souhaite, en raison de sa nature. La restriction posée par l'administration fiscale se comprend pour les clauses des statuts que le nu-proprétaire ne peut pas modifier à sa guise. Elle se justifierait plus difficilement pour une telle convention.

Cependant, compte tenu des enjeux, il n'est pas envisageable de faire courir au cédant un tel risque, en l'absence de précisions de l'administration fiscale.



Aurore GRIETTE



Carine FAURE

La révolution du Plan Épargne Retraite

La loi n°2019-486 du 22 mai 2019, dite loi PACTE relative à la croissance et à la transformation des entreprises affiche pour but de réformer l'épargne retraite. Selon Bruno Le Maire, ministre de l'économie et des finances « nous avons simplifié tous les dispositifs et cette simplicité et cette liberté doivent permettre de faire découler l'épargne retraite en France ». L'utilité des plans d'épargne retraite est d'anticiper les besoins à venir des futurs retraités, il permet globalement à l'épargnant de se constituer un complément de revenus à l'âge de la retraite.

Le gouvernement recherche avec cette nouveauté un double objectif. D'une part, préparer l'indépendance financière pour la retraite voire renforcer l'attractivité de l'épargne de long terme et d'autre part, financer l'économie c'est-à-dire orienter davantage les épargnants vers le financement des entreprises.

Pour des raisons historiques, le plan d'épargne retraite est un produit peu développé en France, puisqu'il représente seulement « 230 millions d'euros d'encours » selon le site du gouvernement contre deux fois plus pour le livret d'épargne et sept fois plus que l'assurance vie, soit 1 700 milliards d'euros.

L'ambition principale de la loi PACTE est de faire en sorte que ce plan d'épargne retraite devienne le nouveau placement préféré des français. Ainsi, il s'articule autour de 3 axes :

- La **liberté** par la possibilité pour l'épargnant de choisir la sortie totale en capital ou en rente du placement.
- La **simplicité** par la mise en place de règles communes pour tous les produits.
- La **portabilité** par la possibilité du transfert de droit. En outre, le produit suit l'épargnant tout au long de sa vie professionnelle et individuelle afin de gérer et de capitaliser pour la retraite.

Les anciens plans d'épargne retraite proposés restent peu satisfaisants pour les entreprises comme pour les particuliers avec des produits trop complexes et divers. Ils se présentent comme ayant des règles peu souples et peu orientées vers le financement des entreprises.

Parmi eux, on retrouve des produits tels que les Plans d'épargne retraite populaire (PERP), les Plans d'épargne retraites collectif (PERCO), les Plans d'épargne retraite d'entreprise (PER Entreprises, ex article 83) ou encore le contrat Madelin pour les travailleurs non-salariés (TNS).

Le PERP ne permet pas de sortie en capital en totalité mais uniquement jusqu'à 20% ou une sortie en rente. Quant à sa fiscalité, il y a un prélèvement libératoire de 6,75% et des prélèvements so-

ciaux de 9,1% pour une sortie en capital. La sortie en rente est, elle, imposée à l'IR mais aussi aux prélèvements sociaux au taux de 9,1%.

Le contrat Madelin permet de se constituer une retraite par capitalisation avec une déduction d'impôt plafonnée depuis la loi Fillon en 2003.

Quant au PERCO, son fonctionnement est le suivant : le salarié verse des fonds sur le contrat et l'entreprise abonde ces versements. A ce titre, l'employé se voit « récompensé » par son entreprise. Au dénouement, il peut alors faire une sortie en capital ou sous forme de rente viagère.

Enfin, le contrat de retraite supplémentaire d'entreprise (ex article 83) existe dans les entreprises qui l'ont mis en place, pour l'ensemble des salariés ou une partie seulement. Quand il est existant, les salariés concernés sont obligés d'y adhérer.

D'après l'ordonnance n°2019-766 du 24 juillet 2019, les nouveaux produits d'épargne retraite peuvent être commercialisés à partir du 1er octobre 2019. Les anciens produits quant à eux restent commercialisables jusqu'au 1er octobre 2020. Au-delà de cette date, ils restent transférables sur le nouveau PER jusqu'au 1er janvier 2023.

Avec la loi PACTE, le nouveau PER permet d'avoir un seul produit retraite, deux modalités de souscription et trois compartiments. Il y a donc une réforme structurelle par la loi. En effet, sa structure peut se faire selon deux types de modalités de souscription : le PER souscrit dans le cadre de l'entreprise et celui souscrit dans le cadre individuel.

Chacun de ces PER vont être dotés de trois compartiments :

- Un compartiment **individuel** : correspondant aux anciens PERP, Madelin, Préfon, Corem, CRH.
- Un compartiment **collectif** : correspondant aux anciens PERCO.
- Un compartiment **catégoriel** : correspondant aux cotisations obligatoires de l'article 83.

La structure est simplifiée car il n'y a plus qu'un seul PER par épargnant peu importe qu'il soit souscrit dans un cadre individuel ou au sein d'une entreprise. La loi facilite les transferts inter-dispositifs pour que le nouveau PER puisse accompagner l'épargnant tout au long de sa vie professionnelle et personnelle dans sa préparation à la retraite.

La révolution du Plan Épargne Retraite

Ce transfert est encadré puisque dans le PER d'entreprise, les trois compartiments pourront être actifs c'est à dire qu'ils pourront être alimentés par des versements. Dans le PER individuel, seul le premier compartiment sera actif et pourra être alimenté. Les deux autres seront passifs et ne pourront accueillir que des transferts qui viendront des anciens PER ou d'un autre PER.

Ces trois compartiments seront alimentés selon des modalités précisées dans la loi. En effet, le premier compartiment sera alimenté par des versements volontaires, le deuxième sera approvisionné par les primes d'intéressements, de participation, de l'abondement et les transferts de jours de repos. Et enfin, le troisième compartiment sera entretenu par des versements obligatoires, des cotisations versées par l'entreprise et les salariés, prélevés sur le salaire.

Les règles seront plus favorables et plus flexibles pour les épargnants puisque les droits sont facilement transférables d'un produit à l'autre, l'épargne volontaire et l'épargne salariale peuvent être retirées à tout moment pour l'achat de la résidence principale. Toute l'épargne est par ailleurs disponible en cas d'accident de la vie. Et au moment du départ en retraite, l'épargne volontaire peut être liquidée en rente ou en capital, au libre choix des épargnants.

La sortie en capital est possible pour les deux compartiments (individuel et collectif). L'épargnant peut sortir la totalité du capital au moment de la liquidation des droits à la retraite. Il est aussi possible de prévoir une sortie en rente.

Il existe également la possibilité de transférer un vieux contrat d'assurance-vie vers un nouveau PER. Il y a seulement quelques conditions à respecter. Ce transfert a de nombreux avantages, notamment un avantage fiscal à l'entrée avec la déduction possible des versements effectués sur le PER du revenu imposable. A la sortie, l'abattement de 4 600€ ou 9 200€ devient cumulable avec

l'abattement de même montant pour les contrats d'assurance-vie de plus de 8 ans. Ces deux avantages en font un produit attrayant et incite à la constitution d'une épargne long terme.

Concernant la fiscalité de ce produit, la déduction des versements de l'assiette de l'impôt sur le revenu est possible dans la limite de certains plafonds. Cependant, l'épargnant n'est pas dans l'obligation de le déduire de son assiette. Pour le compartiment collectif obligatoire, la sortie en rente est soumise à l'impôt sur le revenu et aux contributions sociales.

La sortie en rente du compartiment individuel est quant à elle imposée selon les règles en vigueur applicables aux pensions et retraites. La sortie en capital est imposée à l'impôt sur le revenu sans abattement de 10%, les produits sont eux soumis au prélèvement de 12,8%.

En revanche, la fiscalité supportée par le bénéficiaire en cas de décès titulaire du plan non dénoué peut être importante, lorsqu'au décès celui-ci a plus de 70 ans, puisque la valeur reçue par le bénéficiaire est soumise aux droits de mutation à titre gratuit. Cette règle résultant d'une modification de l'article 757 B du CGI est très critiquable. Nous ne développerons pas davantage sur ce point, Monsieur Leroy proposant prochainement un article sur cette question.

Avant la réforme de cette loi PACTE, les produits d'épargne retraite étaient rigides et complexes. Grâce au nouveau Plan Épargne Retraite ils sont désormais plus souples et avantageux avec un cadre fiscal attractif.

Si la réforme du PER est une révolution, l'est-elle au sens copernicien du terme ou va-t-elle représenter un bouleversement politique majeur ?



Malauri COUTURIER



Jean YILDIRIM



Marlène SALVAYRE

Les investissements socialement responsables

La protection de l'environnement est aujourd'hui une préoccupation majeure des français. En effet, selon une étude menée en 2018 par l'Ifop (institut français d'opinion publique), 63% des français possédant au moins un produit d'épargne accordent une place importante aux impacts environnementaux et sociaux dans leurs décisions de placement. Pourtant, seulement 5% d'entre eux affirment avoir déjà investi dans un fonds d'investissement socialement responsable (ISR).

Il convient alors de se demander pourquoi les français, soucieux de l'environnement, ne se tournent-ils pas davantage vers les fonds ISR ?

L'investissement socialement responsable consiste à investir dans des fonds prenant en compte, dans le processus de sélection des titres, non seulement des critères financiers, mais aussi des critères extra-financiers : l'environnement, le domaine social, et la bonne gouvernance.

Les épargnants peuvent investir dans des fonds ISR via notamment une assurance-vie, un plan d'épargne en actions (PEA), ou un compte-titre.

Deux approches principales de l'ISR se distinguent.

La méthode « Best-in-class » est la plus utilisée en France, et consiste à sélectionner les entreprises ayant les meilleurs résultats en matière environnementale, sociale, et de bonne gouvernance. Il s'agit par exemple de vérifier comment l'entreprise se comporte en matière de développement durable, quelles sont ses pratiques sociales à l'égard des salariés et des actionnaires. Sont alors retenues les entreprises les mieux notées.

En d'autres termes, il s'agit de comparer, dans un secteur d'activité donné, les différents émetteurs et de sélectionner les entreprises ayant le meilleur comportement. Aucun secteur d'activité n'est exclu. Par exemple, au sein du secteur pétrolier, sont retenues les entreprises ayant les meilleurs résultats au regard des critères ESG. C'est ainsi que des actions de Total – société figurant parmi les plus polluantes – se retrouvent dans certains fonds ISR. Ce constat semble toutefois contradictoire par rapport à l'enjeu de l'investissement socialement responsable, qui consiste à financer les entreprises contribuant au développement durable.

A l'inverse, l'approche par exclusion est plus répandue dans les pays anglo-saxons. Cette méthode consiste à exclure totalement des fonds ISR certains secteurs d'activité, tel que l'armement par exemple. L'environnement global de l'entreprise est pris en compte. Par exemple, certains contrats renvoient à une sélection d'entreprises selon un filtrage négatif et un filtrage positif. Ainsi, les entreprises intervenant dans des secteurs défavorables à l'environnement (le nucléaire, l'exploitation des énergies fossiles) et au domaine social (les armes, le tabac) sont exclues.

Afin de bénéficier du label ISR, les fonds doivent en faire la demande auprès des organismes de certification compétents (Afnor certification et EY France), eux-mêmes accrédités par un organisme s'assurant de la qualité des labellisateurs, le COFRAC.

Pour être labellisés, ces fonds doivent respecter un certain nombre de critères déterminés par l'arrêté du 8 janvier 2016. Les organismes vérifient notamment que les objectifs ESG soient véritablement inclus dans la politique d'investissement du fonds et dans la construction du portefeuille, mais aussi que ces fonds aient une influence positive sur le développement durable. Après avoir établi un rapport d'audit, l'organisme décide ou non d'attribuer le label ISR, lequel est accordé pour trois années renouvelables.

Une fois labellisé, le fond fera l'objet de contrôles intermédiaires veillant à ce que les engagements soient respectés. En effet, des audits de suivi sont mis en place chaque année par les organismes de certification dans le but de surveiller les fonds.

L'autorité des marchés financiers joue également un rôle dans le contrôle des fonds ISR. Par exemple en 2019, dans le cadre du contrôle SPOT (Supervision des pratiques opérationnelle et thématique) l'AMF a examiné les dispositifs d'ISR de cinq sociétés de gestion afin de vérifier que les investisseurs bénéficient d'une information « claire, exacte et non trompeuse », de contrôler la méthodologie adoptée dans le cadre de la sélection des titres et les moyens mis en œuvre.

Les différentes procédures de contrôle des fonds ISR permettent donc aux investisseurs de s'assurer que les sociétés, dont les titres font partie des fonds labellisés, respectent leurs engagements. L'investissement n'est donc pas sans intérêts. Pourtant pour de nombreux gestionnaires d'actifs l'absence de développement de l'ISR s'expliquerait par la crainte d'une sous-performance.

Celle-ci est-elle justifiée ?

En effet, un grand nombre d'études menées démontrent l'influence positive des critères ESG (environnement, social, gouvernance) dans la rentabilité financière.

En 2015, l'université d'Oxford et Arabesque Partners (société de gestion anglo-allemande), ont mené une analyse se fondant sur 200 sources comprenant notamment des études académiques et des rapports de sociétés de gestion.

Les résultats ont démontré que les pratiques responsables des entreprises ont un effet positif sur la rentabilité de celles-ci. De plus, selon Xavier Desmadryl, responsable global de la recherche ESG chez HSBC, investir dans des fonds ISR permet d'avoir un « meilleur couple rendement/risque ». Selon lui, la performance financière n'est pas sacrifiée.

Les investissements socialement responsables

Toutefois, de son côté, Sébastien Pouget, professeur à l'université Toulouse 1 Capitole, a des propos plus tempérés : l'augmentation de la rentabilité en termes de rendement/risque n'est pas impossible, mais pas systématique. En effet, l'intégration des critères extra-financiers ne peuvent pas à eux seuls être à l'origine d'une augmentation de performance. Il faut tenir compte d'autres paramètres, tels que la situation économique ou le niveau d'intégration des critères ESG dans les fonds par exemple.

Malgré la multitude d'études démontrant la rentabilité des fonds ISR, de notre point de vue, l'investissement dans ce type de fonds étant récent, il paraît difficile d'affirmer de manière certaine une rentabilité sur le long terme. Mais à l'heure actuelle, il est important de souligner que les résultats apportés par les études réalisées sont encourageants.

Afin de pallier ce manque d'investissements socialement responsables, la loi Pacte n° 2019-486 du 22 mai 2019 contient des dispositions visant à inciter les placements dans des fonds ISR.

Aujourd'hui, de nombreuses banques et assurances proposent d'investir dans des fonds labellisés ISR. On trouve par exemple HSBC, AMUNDI, ALLIANZ. Toutefois, en vertu de la loi Pacte, à partir du 1er janvier 2020, tous les contrats d'assurance-vie comprenant des unités de compte devront intégrer au moins une unité de compte labellisée ISR.

De plus, à partir du 1er janvier 2022, préalablement à la souscription, devra être mentionné le pourcentage d'unités de compte labellisées inclus dans le contrat. Les assureurs devront aussi, dans l'information annuelle envoyée aux souscripteurs, présenter la politique d'intégration des impacts environnementaux et sociaux et les montants investis dans les fonds labellisés.

Néanmoins, le souscripteur restera libre d'investir ou non sur ces fonds, mais ce dispositif devrait permettre de faciliter l'accès aux

fonds ISR.

Ainsi, la loi Pacte a l'objectif de faire connaître cette forme d'investissement à un plus large panel d'épargnants. Bien que les français se sentent de plus en plus concernés par le développement durable, il est difficile d'affirmer que seules ces nouvelles dispositions permettront un investissement conséquent dans les fonds ISR.

En effet, les résultats quant à l'impact et à la performance de ce placement n'étant pas encore concrets, il est difficile d'admettre de manière certaine la rentabilité de cet investissement. C'est pourquoi selon nous, les épargnants qui se lancent dans ce type d'investissement le font plus par conviction que par certitude de performance.

Il revient donc à se demander si les mesures de la loi Pacte vont véritablement inciter les conseillers en gestion de patrimoine à orienter davantage leurs clients vers les fonds ISR.



Nina GUYOT



Maeva LAURENS

Co-souscription avec dénouement au second décès et donation indirecte.

L'assurance vie est une opération de prévoyance qui permet, par la rédaction d'une clause bénéficiaire, l'attribution d'un droit direct à des personnes déterminées. Ainsi, le mécanisme de cette opération paraît antinomique avec la qualification de donation. Mais celle-ci, permettant le transfert de sommes très considérables sans contrepartie, la question de la possibilité de la qualifier en donation ne peut pas être écartée.

Deux réponses ministérielles récentes rappelle que cette question préoccupe la pratique et affecte pratiquement la souscription du contrat.

Le principe de la co-souscription dans une assurance vie est le suivant : les deux parties sont à la fois les deux souscripteurs et co-assurés, de sorte que le contrat se dénoue au second décès.

Il est également possible de procéder à une souscription conjointe en ne désignant qu'un seul des époux en qualité d'assuré.

On pourrait penser que le principe même de la co-souscription entre époux communs en biens est de nature à écarter tout risque de qualification de l'opération en donation ; En effet, en droit français, il n'y a donation fut-elle indirecte que si ses éléments constitutifs sont établis ce qui suppose au d'établir un dépouillement irrévocable et l'intention libérale de son auteur.

Or, selon la Cour de cassation, relativement à l'assurance vie rachetable il n'y a dépouillement que s'il y a renonciation à la créance de rachat. La renonciation peut être expresse, étant entendu que la seule clause de non rachat ne suffit pas à caractériser un tel dépouillement ou tacite et résulter des circonstances qui attesteraient que le souscripteur ne pouvait pas racheter.

A l'exception plus qu'improbable d'une clause de renonciation à la créance de rachat, la superposition des deux rapports assurantiels rend impossible la requalification car il faudrait que les deux époux soient sur leur lit de mort..

Le fait qu'un seul des deux ne dispose pas de la possibilité effective d'exercer le rachat ne change rien. Pour une raison très simple qui est celle de la qualification du produit de rachat. Si le souscripteur rachète, la valeur rachetée est

commune, s'il ne rachète pas le contrat non dénoué est un commun.

Bref, avant le premier décès, quelle que soit la situation de santé des deux époux, il ne peut pas y avoir aucun transfert de valeur entre époux.

Au décès du premier époux, il est impossible de constater un quelconque enrichissement de l'époux survivant, celui-ci ne disposant pas des droits sur le contrat en plus de ses droits dans la communauté (sauf clause de préciput, mais l'enrichissement de l'époux tient tout entier à l'avantage matrimonial).

La structure de la co-souscription avec dénouement au second décès dans les couples mariés communs en biens invite également à penser que l'intention libérale n'est pas la cause de la souscription commune.

Comment en effet connaître par avance l'ordre des décès ? En dehors , donc, de l'hypothèse d'une souscription sur le lit de mort ou de l'insertion d'une clause de renonciation par l'un des époux, la structure de la co souscription et cette volonté d'une gestion des fonds en trois étapes (les époux ensemble, puis le survivant seul, puis le bénéficiaire) par des membres de la famille, renvoie à la prévoyance laquelle est antinomique de l'intention libérale.

En d'autres termes, le risque de requalification en libéralité est nulle pour des époux communs en biens. Même lorsqu'un époux est mourant lors de la souscription...



François PARCE



Jeffrey FROLICH

La Clause bénéficiaire testamentaire : Actualités récentes

La rédaction d'une clause bénéficiaire constitue pour le souscripteur un élément central de sa stratégie patrimoniale. Sa rédaction nécessite une grande précaution sur le fond. Mais quant à la forme que doit prendre la stipulation de la désignation bénéficiaire, le législateur offre un panel de choix au souscripteur comme nous l'indique l'article L 132-8 du code des assurances : « *cette désignation ou cette substitution peut être réalisée soit par voie d'avenant au contrat, soit en remplissant les formalités édictées par l'article 1690 du code civil, soit par voie testamentaire* »

La possibilité d'insérer la clause bénéficiaire dans un testament soulève des interrogations juridiques. Cette possibilité conduit à l'imbrication du droit de l'instrumentum (le testament) avec les dispositions du code des assurances régissant la désignation bénéficiaire. À ce titre, la Cour de cassation avait été confrontée une première fois à cette problématique dans un arrêt du 8 juin 2017. La question se posait de savoir si un majeur placé sous curatelle pouvait désigner dans son testament le bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie dont il est le souscripteur sans l'assistance de son curateur. La question se posait puisqu'en vertu de l'article 470 du code civil le majeur placé sous curatelle peut tester sans l'assistance de son curateur alors même que l'article L132-4-1 du code des assurances requiert l'assistance du curateur pour opérer une désignation ou une substitution de bénéficiaire. La 2ème chambre civile de la Cour de cassation a fait prévaloir le droit spécial sur le droit général en application du principe spécialis generalibus derogant. Il en résulte que le majeur sous curatelle peut prendre seul ses dispositions testamentaires sauf à désigner ou à substituer le bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie : « *si une personne en curatelle peut librement tester sous réserve des dispositions de l'article 901 du code civil, ce n'est qu'avec l'assistance de son curateur qu'elle peut procéder à la substitution du bénéficiaire d'un contrat d'assurance sur la vie pour lequel elle avait stipulé* ». Cette solution semble logique. La désignation bénéficiaire est un acte dont les conséquences sont graves, d'autant plus si le bénéficiaire a accepté sa qualité. Il en va donc de l'intérêt du majeur de requérir l'assistance du curateur pour une telle désignation. Toutefois, une telle solution peut laisser craindre, dans le cadre d'une désignation bénéficiaire par voie testamentaire, une certaine ingérence du curateur sur les dispositions testamentaires du curatelaire. Ce risque peut être contourné par le choix d'une autre forme pour procéder à la désignation ou à la substitution du bénéficiaire. (1)

Plus récemment, la Cour de cassation a été confrontée à cette même problématique mais sous un autre angle. La question

se posait de savoir si la modification d'une clause bénéficiaire testamentaire nécessite le respect de la forme testamentaire pour rendre efficace la substitution de bénéficiaire. La première chambre civile nous répond qu'il n'y a pas lieu de respecter un parallélisme des formes pour modifier une clause bénéficiaire initiale : « *à défaut d'acceptation par le bénéficiaire, le contractant a le droit de désigner un bénéficiaire ou de substituer un bénéficiaire à un autre. La modification des bénéficiaires pouvait intervenir soit par voie d'avenant au contrat, soit en remplissant les formalités édictées par l'article 1690 du code civil, soit par voie testamentaire, sans qu'il soit nécessaire de respecter un parallélisme des formes entre la voie choisie pour la désignation initiale et celle retenue pour la modification* ». Par cet arrêt, la Cour de cassation fait primer les dispositions de l'article L132-8 du code des assurances sur les dispositions de l'article 1035 du code civil. Cette solution fait sens puisque la désignation bénéficiaire faite par testament ne constitue pas une disposition testamentaire. En effet, l'avenant modificatif de la clause bénéficiaire testamentaire ne modifie pas le testament au sens de l'instrumentum, mais uniquement la désignation bénéficiaire. Par conséquent il n'y a pas lieu de respecter le formalisme révocatoire de l'article 1035 du code civil. (2)

Dans un arrêt encore plus récent du 13 juin 2019, la Cour de cassation apporte un éclaircissement quant aux conditions à respecter pour la substitution d'un bénéficiaire par voie testamentaire. Dans cet arrêt, il s'agissait d'une personne qui avait souscrit un contrat d'assurance vie au profit de son fils et désigné sa femme en bénéficiaire de second rang. Par une lettre du 20 juin 1982, il a fait part de son choix de modifier la clause bénéficiaire en faveur de son épouse. Au décès du souscripteur la garantie a donc été attribué à la conjointe. Le fils a alors assigné celle-ci en restitution du capital garanti en faisant valoir qu'il avait été désigné comme unique bénéficiaire par un écrit non communiqué à l'assureur. Tandis que la Cour d'appel a fait droit à la demande du fils en faisant prévaloir la volonté du souscripteur, en relevant notamment que le document a été rédigé dans un contexte de séparation des époux et qu'un legs universel a été consenti par le de cujus au profit de son fils antérieurement. La Cour de Cassation a elle jugé que : « *l'écrit avait été envoyé à l'assureur postérieurement au décès du souscripteur, ce dont il résultait que l'assureur n'en avait pas eu connaissance du vivant de l'assuré, et alors qu'elle n'a pas caractérisé que cet écrit constituait un testament olographe dont le demandeur aurait été fondé à se prévaloir* » .

La Clause bénéficiaire testamentaire : Actualités récentes

Dès lors, la cour de cassation estime que la modification bénéficiaire communiquée postérieurement au décès de l'assuré ne peut être efficace qu'à condition de revêtir la forme testamentaire, c'est à dire à respecter les règles de l'instrumentum de l'article 970 du code civil. À défaut pour le document de revêtir la qualification de testament olographe, il aurait fallu que la modification soit communiquée à l'assureur avant le décès de l'assuré et qu'elle respecte les conditions édictées à l'article 1690 du code civil. En l'espèce, même si l'écrit avait été communiqué avant le décès du souscripteur, la modification n'aurait pas été efficace car les conditions n'étaient pas respectées. À noter qu'il en serait autrement aujourd'hui puisque l'article 1690 a été modifié par la réforme des obligations du 10 octobre 2016. Aujourd'hui une simple notification suffit à rendre efficace le changement de bénéficiaire.

Qu'aurait décidé la Cour de cassation si l'écrit avait été qualifié de testament olographe ? Par essence, cette désignation ne pouvait pas être communiquée à l'assureur, seule la localisation de celle ci pouvait l'être. De sorte que dans ce cas, l'assureur qui a déjà versé la garantie à une autre personne lorsque la clause testamentaire lui est communiquée ne peut invoquer la bonne foi que s'il ignorait cette localisation.

En effet, si au décès de l'assuré, l'assureur, a de bonne foi, déjà attribué la garantie à un bénéficiaire initialement désigné, ce paiement est considéré comme libératoire et ne pourra être remis en cause.

Le choix de la rédaction de la clause bénéficiaire dans son testament procure donc différents avantages notamment en termes de confidentialité, et de souplesse rédactionnelle. Cependant, cela suppose de veiller à ce que l'assureur puisse retrouver facilement l'identité des bénéficiaires désignés au décès de l'assuré. A l'inverse, la désignation dans la police d'assurance permet de sécuriser l'identité du bénéficiaire mais fait perdre toute confidentialité. Il demeure possible d'associer les avantages de ces deux formes en indiquant à l'assureur que le bénéficiaire est désigné par un testament déposé chez notaire. (3)



Robin PAUL



Jason HOUSSIN

1 - Quant à la validité d'une modification de la clause bénéficiaire par le souscripteur sous curatelle Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE — droit et patrimoine.

2 - Désignation et substitution de bénéficiaires : pas de parallélisme des formes — Alex TANI — la semaine juridique - notariale et immobilière N°36

3 - Modification ratée de la clause bénéficiaire d'une assurance vie : merci Papa – Rodolphe Bigot – 11 juillet 2019

Le point sur la renonciation abusive au sens de l'article L.132-5-1 du code des assurances

L'exercice de la faculté prorogée de renoncer à un contrat d'assurance vie constitue sans doute le principal contentieux en assurance vie, ainsi qu'une source inépuisable de commentaires pour les auteurs.

La matière fut en effet marquée par plusieurs réformes législatives, dont la dernière (loi n° 2014-1662 du 30 décembre 2014 : LEDA fév. 2015, p. 1, obs. P.-G. Marly ; Resp. Civ. et assur. n° 4, 2015, étude 4, note Ph. Pierre) était censée mettre fin pour l'avenir au contentieux mené par des souscripteurs refusant de supporter une perte dont il avait pourtant accepté la possibilité.

En effet, cette loi précisait, pour les contrats souscrits après la date d'application de la réforme (soit le 1er janvier 2015), que la faculté de renonciation n'était offerte qu'aux contractants de bonne foi.

Immédiatement après la promulgation de cette loi, la Cour de cassation mit fin à sa jurisprudence antérieure en affirmant que « si la faculté prorogée de renonciation prévue par le second de ces textes en l'absence de respect, par l'assureur, du formalisme informatif qu'il édicte, revêt un caractère discrétionnaire pour le preneur d'assurance, son exercice peut dégénérer en abus » (Cass. 2ème civ. 19 mai 2016, n° 15-1869).

En effet, « ne saurait être maintenue la jurisprudence initiée par les arrêts du 7 mars 2006 (2e Civ., 7 mars 2006, pourvois n° 05-10. 366 et 05-12. 338, Bull. II, n° 63), qui, n'opérant pas de distinction fondée sur la bonne ou la mauvaise foi du preneur d'assurance, ne permet pas de sanctionner un exercice de cette renonciation étranger à sa finalité et incompatible avec le principe de loyauté qui s'impose aux contractants ».

Le revirement de jurisprudence était sans doute bienvenu, mais il laissait beaucoup trop d'incertitudes pour supprimer le contentieux qu'il pensait éteindre.

En effet, comment caractériser la bonne ou la mauvaise foi du renonçant ? Sans doute, les juges du fond doivent-ils interroger la qualité du souscripteur ; est-il profane ou averti ? En présence d'une personne avertie, c'est-à-dire d'un individu possédant une certaine connaissance des marchés financiers, le manquement à l'obligation d'information de l'assu-

reur ne justifiera plus le droit de repentir du client.

S'il est profane en revanche, la demande en renonciation sera en principe recevable. Ainsi, est profane l'exploitant d'« une brasserie ... dont la profession ne ... prédisposait nullement à avoir une connaissance particulière des mécanismes de l'assurance vie ou du contrat souscrit » (Cass. 2ème civ. 13 juin 2019, n°18-14743).

Cependant, tout ne se réduit pas à l'analyse de la profession du souscripteur : les opérations qu'il effectue, les informations qu'il a en sa disposition au moment de la souscription ou la finalité qu'il poursuit sont autant d'éléments supplémentaires que doivent prendre en compte les juges pour déterminer la qualité du renonçant.

Monsieur le professeur Mayaux (L. Mayaux, Exercice abusif de la faculté de renonciation : l'averti et le profane – Revue générale du droit des assurances, RGDA 2017) considère de mauvaise foi, « le souscripteur qui, tout en étant informé du contenu du contrat dès l'origine, a fait dépendre sa renonciation des résultats financiers de celui-ci ». Or, il rappelle que l'essence même du délai de prorogation n'est pas de « protéger du contrat mais de protéger contre un consentement irréflecté ».

Reste pour les assureurs et par la suite les juges du fond, de démontrer la condition psychologique de l'intention de nuire du renonçant, la bonne foi de ce dernier étant présumée (C. civ. Art. 2274 du Code civil : « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver).

Le point sur la renonciation abusive au sens de l'article L.132-5-1 du code des assurances

Depuis 2016, la position de la Cour de cassation est constante, et s'affine à mesure des décisions rendues. Ainsi, pour les hauts magistrats, « au regard de la situation des souscripteurs, de leur qualité d'assuré averti ou profane et des informations dont ils disposaient réellement, il convenait de regarder la finalité de l'exercice de leur droit de renonciation pour voir s'il n'en résultait pas l'existence d'un abus de droit » (Cass, 2e civ., 27 av. 2017, Cass, 2e civ., 05 oct 2017, n°16-19565, Cass. 2ème civ, 28 mars 2019 pourvoi n° 18-15.612). Cette solution a été reprise par un arrêt récent de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation en date du 13 juin 2019 (Cass. 2ème civ. n° n°18-17.907). Ainsi aujourd'hui, les manquements de l'assureur à son obligation d'information lors de la souscription du contrat d'assurance vie ou de capitalisation ne suffisent plus à proroger le droit à renonciation du souscripteur. Ce dernier peut voir sa demande requalifiée d'abus de droit si les magistrats parviennent à démontrer qu'il s'agit d'un souscripteur averti et entend en renonçant, détourner ce droit de sa finalité.

En conclusion, cette jurisprudence ne prive d'aucun effet la renonciation exercée conformément à sa finalité de protection des consommateurs. La Cour vient désormais garantir le respect du principe d'exécution de bonne foi des obligations contractuelles et ainsi renouer avec une conception convenable de la protection du souscripteur d'assurance.



Loïc VALETTE



Arthur SEMPOL

L'emprunteur profane en droit des sociétés

Une distinction essentielle, aujourd'hui posée par la Cour de cassation en droit du crédit, entre emprunteur profane ou averti, soulève des difficultés particulières lorsque l'emprunteur est une personne morale.

Cette différence entre emprunteur profane et emprunteur averti a été posée à de nombreuses reprises par la jurisprudence, celle-ci ne donnant pas pour autant de définition précise de ces deux qualités. Elle découle de trois décisions de la première chambre civile de la Cour de cassation du 12 juillet 2005 (Cass. 1ère civ. 12 juillet 2005, n°02-13.155, n°03-10770 et n°03-10.115). La Cour utilise la technique des faisceaux d'indices pour déterminer le caractère de l'emprunteur. En particulier, elle s'appuie sur le degré de connaissance et d'expérience, sur les caractéristiques du prêt ainsi que sur l'opération financée.

Pour l'essentiel, un emprunteur profane est considéré comme étant une personne réalisant un financement sans connaissance en la matière engageant le prêteur ou le banquier à l'avertir des risques encourus ou à évaluer sa capacité financière. Alors que l'emprunteur averti serait quant à lui considéré comme étant une personne, particulier ou professionnel, souscrivant, un prêt en toute connaissance de cause, compte tenu de son expérience, sans que le banquier ou prêteur ait une obligation de mise en garde.

Pour autant, cette distinction relativement simple à mettre en œuvre pour un prêt consenti à une personne physique et plus compliqué lorsque cette personne physique intervient en qualité de dirigeant.

En effet, dans ce cas, sur quelles personnes doivent être appliqués les critères permettant l'appréciation de la qualité de l'emprunteur lorsque celui-ci est une personne morale ?

La réponse à cette question peut paraître simple : une personne morale par essence n'a pas de capacité d'exercice. Elle est représentée par son organe exécutif. Par conséquent, le caractère averti ou profane s'apprécie au regard de son dirigeant.

Ainsi, en 2014, la Cour de cassation a pu juger que « la société était dirigée par Paul X..., âgé de 27 ans, nouvellement désigné gérant, lequel était dépourvu d'expérience en matière financière ou comptable, et en déduit qu'elle ne pouvait être qualifiée d'emprunteur averti ; que par ces constatations et appréciations, et dès lors que le caractère non averti de l'emprunteur, personne morale, s'apprécie en la personne de son représentant légal » (Cass. com. 4 mars 2014 n°13-10.588)

Classiquement, la détermination du caractère averti ou non de la société emprunteuse s'apprécie donc en considération de la situation du dirigeant selon trois critères qui sont la formation initiale, l'expérience professionnelle et l'âge de l'emprunteur. Cette position a été affirmée par la première chambre civile le 12 novembre 2015 (Cass. 1ère civ. 12 novembre 2015, n°14-21.706) et réitérée par la Chambre Commerciale du 5 avril 2016 (Cass. com. 5 avril 2016, n°14-14.982).

La solution s'applique à toutes les sociétés, même celles qui obligent les associés au paiement des dettes sociales (Cass. com. 11 avril 2018 n°15-27.133, n°15-27.798, n°15-27.840, pour une SNC) Ces solutions constantes ont été à nouveau réaffirmées par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 19 septembre 2019 (Cass. civ. 19 septembre 2019 n° 18-15.398) : « Mais attendu qu'ayant retenu à bon droit que seules les personnes non averties peuvent bénéficier du devoir de mise en garde et que le caractère averti d'une personne morale s'apprécie, lors de la conclusion du contrat, en la personne de son représentant. [...] lorsque l'emprunteur est une société civile immobilière, seule celle-ci est créancière de l'obligation de mise en garde et non ses associés, même si ceux-ci sont tenus indéfiniment des dettes sociales, et que le caractère averti de cet emprunteur s'apprécie en la seule personne de son représentant légal et non en celle de ses associés ».

Cette jurisprudence est parfaitement fondée en droit, au regard des mécanismes de représentation de la société.

L'emprunteur profane en droit des sociétés

Cependant, deux remarques peuvent être formulées.

D'abord, ce n'est pas en sa fonction de représentant que le caractère profane ou averti s'apprécie mais en sa qualité de personne physique. Ainsi, dans l'arrêt du 11 avril 2018, précité, la Cour de cassation approuve l'arrêt d'appel d'avoir retenu que le dirigeant « en sa qualité d'initiateur et de concepteur du projet, ancien banquier, spécialiste en gestion de patrimoine et en optimisation fiscale, avait l'expérience et la compétence lui permettant d'appréhender pleinement les risques d'endettement attachés à l'opération, fût-elle complexe ».

En d'autres termes, cette jurisprudence dresse une limite, sans doute opportune, à la réalité de la personnalité juridique des sociétés.

Ensuite, cette jurisprudence est rude pour les associés tenus au paiement des dettes sociales. Il est donc essentiel pour eux de bien choisir leur dirigeant, faute de pouvoir par la suite obtenir réparation du préjudice subi par un prêt mal négocié, celui-ci n'étant pas dissociable du préjudice social.



Julie BONIFACE



Marion LE HUERON



Camille LESPRILLIER

La société partie à une donation indirecte

Une société peut-elle être donatrice ? Voici une question surprenante tant les caractéristiques de ce groupement semblent se heurter aux particularités de l'acte de donation. En effet, pour donner, il faut être animé d'une intention particulière qui est la gratification du contractant. Une société, personne morale peut-elle être animée d'une intention ? Sans doute, la société possède-t-elle une volonté propre, exprimée par ses organes collectifs. Cependant, il ne s'infère pas de celle-ci une intention quelconque. Celle-ci suppose pour exister une conscience qui est le propre des êtres vivants biologiques. Le contentieux de la faute séparable des fonctions du dirigeant, illustre parfaitement l'idée que la société ne peut pas commettre un acte intentionnel.

La Cour de cassation n'affirme-t-elle pas par exemple que le gérant qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, détachable comme telle, engage sa responsabilité personnelle et non celle de la société ? (Pour rappel, la faute séparable est une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions de dirigeant) (1) *Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, FS-P+B+I, Sensse c/ SA d'application de techniques de l'industrie Sati : JurisData n° 2003-019081 ; Dr. sociétés 2003, comm. 148, obs. J. Monnet ; JCP E 2003, p. 1331, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wücker ; JCP E 2003, p. 1580, note Hadji-Artinian ; JCP G 2003, 786, note H. Le Nabasque ; D. 2003, act. jurispr. p. 1502, obs. A. Lienhard et p. 2623, note B. Dondero ; Rev. Sociétés 2003, p. 479, obs. J.-F. Barbièri ; RTD com. 2003, p. 523, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard et p. 741, obs. C. Champaud et D. Danet ; Defrénois 2003, note M.-H. Maleville-Costedoat ; Defrénois 2004, p. 898, obs. J. Honorat ; LPA, 7 nov. 2003, p. 13, note S. Messai ; Dr. et patrimoine, nov. 2003, p. 91, obs. D. Poracchia ; Rev. Lamy dr. civ. janv. 2004, p. 48, chron. F.-X. Lucas ; RJD A 8-9/03, n° 842).*

La société ne peut donc être donatrice, faute d'intention. De plus, pour donner, il faut se dépouiller. Or, l'acte de dépouillement, élément essentiel de la donation, apparait contraire à la finalité même de la société qui est de réaliser son activité afin de partager entre les associés les résultats de celle-ci.

Différente est la question de savoir si la société peut être donataire. La société a une finalité capitalistique, c'est à dire l'exercice d'une activité en vue d'en partager les résultats entre les associés. Recevoir sans contrepartie une valeur favorise sans aucun la réalisation de cette finalité, dans la mesure cependant où l'objet social vise l'acquisition de biens.

La difficulté tient là encore à l'intention libérale émise par le donateur. Qui celui-ci a-t-il voulu gratifier ? La

personne morale ou les associés de celle-ci ? La question se pose particulièrement lorsque le donateur est tenu par des liens familiaux avec les associés de la société.

Le transfert sans contrepartie au bénéfice de la société augmente la valeur de l'actif social et entraîne mécaniquement l'accroissement de valeur des titres de la société. Il est également de nature à favoriser une augmentation du bénéfice distribué aux associés.

À placer la question sur le terrain probatoire, les observations précédentes démontrent la difficulté à prouver que l'enrichissement des associés n'est qu'un effet de l'intention de gratifier la société.

Ces questions peuvent paraître théorique mais elles sont éminemment essentielles en pratique comme l'illustre deux arrêts de la Cour de cassation et un arrêt du Conseil d'État.

Une importante affaire a donné lieu à un arrêt de Cour de cassation du 10 avril 2019. (2) *Cass. com., 10 avr. 2019, n° 17-19.733*. Sur cet arrêt V. en particulier, L'abandon d'usufruit à une société est une donation consentie à son profit, RFP 2019, n° 6, p. 8), et à une décision de la haute juridiction administrative (C.E., 8ème ch. 14 oct. 2019, n° 417095).

En l'espèce, Madame X est usufruitière d'actions d'une société, la SAS A. Par acte sous signature privé, elle fait abandon, à la SAS B, société holding dont la quasi-totalité des titres sont détenus par ses enfants, de l'usufruit qu'elle détenait sur la majorité des titres de la SAS A. L'acte d'abandon des titres ne formulait pas l'accord de la SAS B.

Pour la Cour de cassation, au terme d'une motivation ambiguë, l'acte d'abandon d'usufruit réalise une donation indirecte au profit de la SAS B : « l'usufruit dont Mme (...) a fait l'abandon sans contrepartie n'était pas dépourvu de valeur, que cet abandon la privait de tout pouvoir de décision au sein de la société et que, s'il profitait aux associés en leur permettant de céder leurs actions, la société l'avait immédiatement accepté et avait perçu les dividendes lui revenant dès leur mise en distribution ; que de ces motifs, dont il ressort que Mme S. entendait gratifier la société en accroissant la valeur de ses actions et ses biens dès lors que cette dernière était la bénéficiaire de la donation intervenue en sa faveur et non les enfants de Mme S., la cour d'appel, qui ne s'est pas contredite et n'a pas méconnu l'objet du litige, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

La société partie à une donation indirecte

Clairement, la Cour de cassation l'intention de gratifier la société du comportement de celle-ci. Pour la Cour de cassation, les circonstances ne démontrent qu'une seule acceptation de la renonciation, celle de la société elle-même.

Il semble donc que la réalité de la personne morale exclut pour la Cour de cassation que cette distribution de dividendes exprime la volonté des associés de la société bénéficiaire, en accord avec celle de la donatrice, de s'enrichir, par l'intermédiaire de la société qu'il contrôle.

Cette position de la Cour de cassation, est surprenante. Il est clair que cet acte d'abandon d'usufruit a réellement procuré un accroissement, d'une part de la valeur économique de la SAS B et d'autre part des pouvoirs des enfants dans la société A. Cependant, il est difficile d'admettre qu'il est possible d'avoir une affection pour une construction juridique dont le but n'est pas philanthropique ou culturel.

Sans doute, la société s'est-elle enrichie, mais la finalité même de cet abandon d'usufruit n'est-il pas d'avantager clairement les enfants lors du partage des bénéfices ?

La position du Conseil d'État, dans la même affaire, est plus intéressante, même si sa motivation n'est pas sans reproche. Pour la juridiction administrative, « Il résulte des dispositions précitées du code civil, telles qu'interprétées par une jurisprudence constante de la Cour de cassation, que la renonciation de l'usufruitier à son droit de jouissance, qui n'est soumise par la loi à aucune forme spéciale et qui entraîne, sous réserve que la volonté de renoncer de l'usufruitier soit certaine et non équivoque, extinction de l'usufruit, ne constitue pas nécessairement une donation. Dès lors, en jugeant que l'extinction de l'usufruit du fait de la renonciation de l'usufruitier équivaut à une cession à titre gratuit de cet usufruit, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit. La société Techmeta Participations est fondée à demander, pour ce motif, l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ».

Il ne faut cependant pas opposer les deux décisions.

Le conseil d'État annule par cette décision un arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 7 novembre 2017 (3)

CAA LYON, 2ème chambre, 07 nov. 2017, n°16LY00366), selon lequel « il résulte au contraire de l'instruction qu'eu égard à l'importance des droits auxquels elle a renoncé sans contrepartie et à l'absence de difficultés particulières attachées à l'exercice de l'usufruit, son intention était libérale à l'égard de la société requérante alors même que cette intention trouverait une explication dans la personne des actionnaires ».

Sans doute, l'arrêt de la Cour administrative était-il insuffisamment motivé puisque s'il rappelle la position de l'administration fiscale, l'abandon d'un usufruit sans charge (accepté par le bénéficiaire, ce que ne rappelle pas l'arrêt) est constitutif d'une donation, sans s'expliquer cependant sur l'intention libérale.

L'arrêt du Conseil d'État ne clôt cependant pas la controverse. Car si la renonciation est un acte neutre, celle-ci peut cependant matérialiser une donation indirecte, et cela est également une jurisprudence constante de la cour de cassation (Par exemple, Cass. Com, 21 juin 2011, n°10-20.461). Le Conseil d'Etat le reconnaît implicitement par l'adverbe nécessairement. L'arrêt d'appel est annulé car il n'a démontré ni la qualité de donataire de la société ni son acceptation. La jurisprudence a également dû se positionner lorsque la société est donatrice et notamment, dans un arrêt du 07 mai 2019 (4) Cass.Com, 07 mai 2019, n°17-15.621.)

En l'espèce, une société X a cédé une parcelle de terrain nu au Président du Conseil d'administration de ladite société. Cependant, une construction préalablement édifiée par une SCI administrée par la société X sur ce terrain n'a pas été prise en compte. Par conséquent, l'opération a permis de diminuer le droit de cession ainsi que le résultat de la société et les droits d'enregistrement s'y afférant. Cette vente à prix minorée a été sanctionnée par l'administration fiscale, qui considéré que le bénéficiaire s'est enrichi grâce à un montage qualifié de donation indirecte.

La société partie à une donation indirecte

Plusieurs interrogations se dégagent de cette solution rendue par la Cour de cassation Sans doute, ce montage était-il constitutif d'un acte anormal de gestion. L'élément important et novateur de l'arrêt tient à la qualification de donataire du bénéficiaire de cet acte, ce qui détermine la nature des droits dont il est redevable à l'égard de l'administration fiscale. Pour la Cour de cassation, l'article 902 du code civil, selon lequel toutes personnes, sauf celles déclarées incapables, peuvent disposer par donation entre vifs ou par testament, n'exclut pas les personnes morales et retenu, par motifs propres et adoptés, que l'article 777 du code général des impôts, qui vise notamment les dons et legs faits aux établissements publics ou d'utilité publique pour les soumettre aux tarifs fixés pour les successions entre frères et sœurs et qui prévoit un taux pour les personnes non-parentes, est également applicable par nature aux personnes morales, la cour d'appel en a, à bon droit, déduit que la donation dont avait bénéficié M. V... de la part de la société Harmonie était soumise aux dispositions de ce dernier texte ;

La motivation est surprenante pour un civiliste car pour être donateur il faut être animé d'une intention de gratifier une personne, exprimé par une conscience qui corres-

pond aux objectifs de la personne. Il n'y a pas de doute sur le fait qu'une personne morale puisse disposer d'un bien, vu que le champ d'application de l'article 902 du code civil (5) ART 902 code civil : « Toutes personnes peuvent disposer et recevoir soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables ») a été étendu à la personne morale Cependant, il n'y a pas d'intention sans volonté. Or, la volonté de la société est limitée par son objet social, lequel semble incompatible avec l'idée d'un dépouillement sans contrepartie. En se dépouillant irrévocablement de cette parcelle de terrain, la société s'est appauvrie pour procurer un avantage à son contractant.

L'arrêt cependant est à replacer dans son contexte. Si l'administration fiscale souhaite requalifier les opérations en donation indirecte, cela est dû aux conséquences fiscales et civiles qui en découlent. Sur le plan fiscal, (6) Cass.com, 24 janvier 2018, n°17-13.017), la donation caractérisée sera soumise au droit de mutation à titre gratuit dont la taxation est de 60%.



Aina MANANJARA



Bastien MANSENCAL



Anabelle MANCEAU



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 !



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 des Masters Fédérés

Numéro 2 - Décembre 2019



Numéro 2