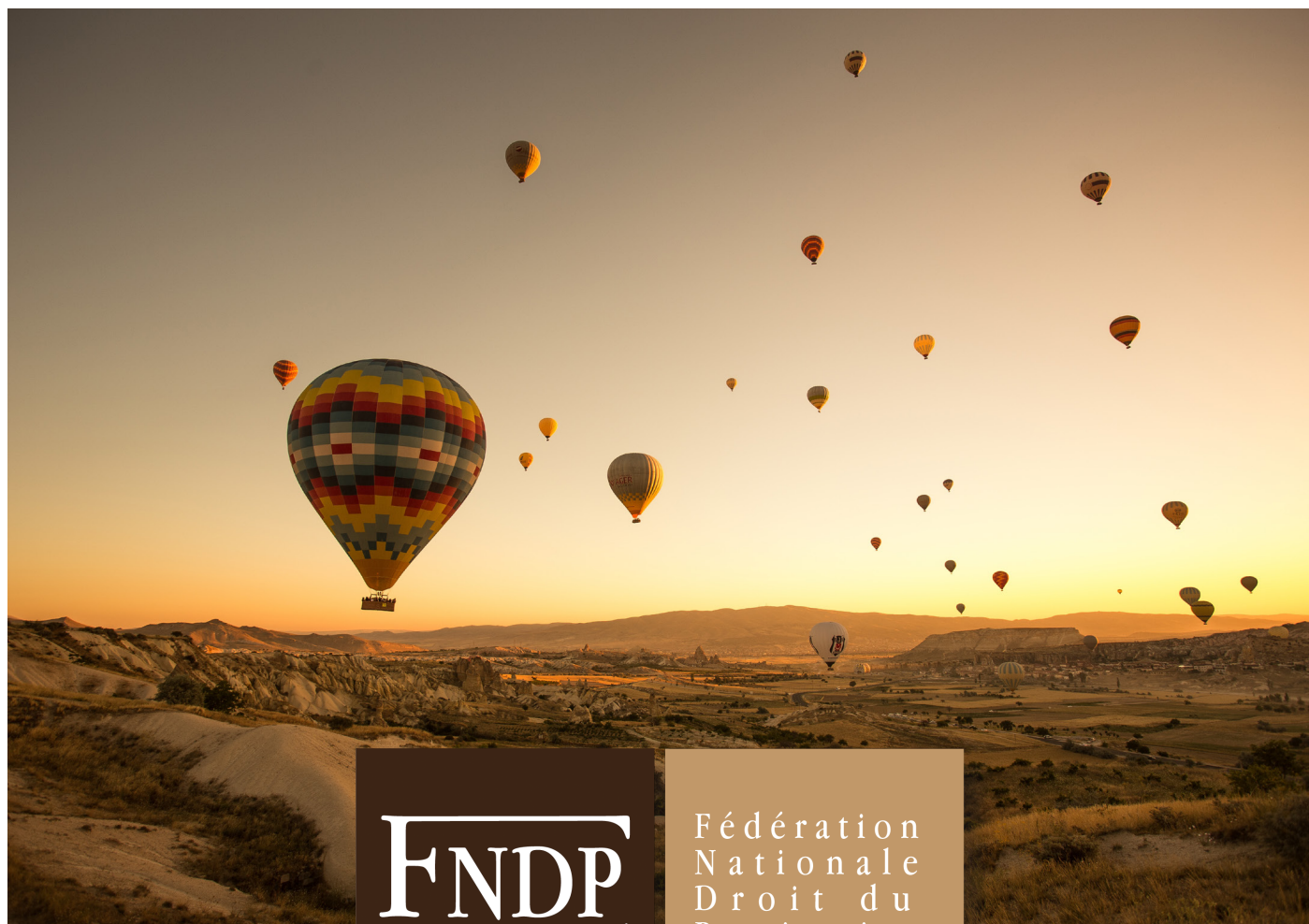




FNDP

Fédération
Nationale
Droit du
Patrimoine

La Lettre de la FNDP

Numéro 21 - Octobre 2021

Numéro 21

Édito

Le temps de la sobriété

Nous vivons des temps singuliers. La crise Covid semble s'éloigner de nous à petits pas, mais voici que s'annonce un péril plus grand encore, le dérèglement climatique, dont l'été vient de nous révéler avec brutalité l'hideux visage : Dôme de chaleur au Canada, pluies torrentielles un peu partout en Europe.

Le futur nous a rattrapé et ne nous quittera plus : l'instabilité climatique façonne définitivement notre présent et hypothèque l'avenir.

Les risques majeurs pouvant en découler doivent être absolument limités et cela ne peut être qu'au prix d'une prise de conscience de tous, celle de la nécessité de placer l'efficacité et la sobriété énergétique au cœur des politiques et des comportements individuels et collectifs.

Et c'est bien difficile dans une société complexe, l'article de Nicolas Esplan montrant bien pour la loi Climat et résilience, la différence entre objectifs et réalisation.

La gestion de patrimoine a toute sa place dans ce changement de paradigme. Sans orientation de l'épargne vers des activités favorables à la transition énergétique ou vers acteurs économiques mettant en place le principe de sobriété, rien ne sera effectivement possible.

Depuis longtemps, les gestionnaires de fonds sont tenus d'informer leurs souscripteurs des modalités de prise en compte dans leur politique d'investissement des critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance (L. n° 2010-788, 12 juill. 2010, portant engagement national pour l'environnement : JO 13 juill. 2010, texte n° 1 ; L. n° 2015-992, 17 août 2015, relative à la transition énergétique pour la croissance verte : JO 18 août 2015, texte n° 1). Surtout, l'article 29 de la loi énergie climat du 8 novembre 2019 (L. n° 2019-1147, 8 nov. 2019 : JO 9 nov. 2019, texte n° 1) impose, entre autres, aux sociétés de gestion de mettre à la disposition de leurs souscripteurs et du public un document retraçant leur politique sur la prise en compte, dans leur stratégie d'investissement, des critères environnementaux, sociaux et de qualité de gouvernance et des moyens mis en œuvre pour contribuer à la transition énergétique et écologique, ainsi qu'une stratégie de mise en œuvre de cette politique (C. mon. fin., art. L. 533-22-1). Information précisée par un décret du 27 mai dernier (D. n° 2021-663, 27 mai 2021 : JO 28 mai 2021).

Nous devons nous enorgueillir en France de porter une législation plus stricte que dans la plupart des pays européens.

Mais cette politique ne portera ses fruits que si elle est globale.

Or, la campagne présidentielle est déjà ouverte et ce ne sont pas ces questions essentielles pour la survie de notre modèle de société qui a porté l'espérance (et la qualité) de vie à des hauteurs inédites dans l'histoire, qui se trouvent, aujourd'hui au moins, au cœur des débats.

Mais l'espérance ne doit jamais nous quitter.

Sommaire

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



Michel LEROY

Rédaction

Rédacteurs en chef :

Michel Leroy, Maître de conférences HDR et Directeur du Master 2 Ingénierie du patrimoine et directeur de la Formation à Distance (FOAD) à l'Université de Toulouse.

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.

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

Nadege Jullian - Professeur de droit privé - Université de Perpignan

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 HDR et Co-Directrice du Master 2 Droit du patrimoine à l'Université de la Réunion.

Sandie Lacroix-De Sousa - Maître de conférences - Directrice du Master 2 Droit et Ingénierie du Patrimoine - Université d'Orléans

Cécile Lisanti, Professeur des universités et Directrice du M2 Droit et fiscalité du patrimoine à l'Université de Montpellier. Présidente du Comité juridique de la FNDP

Benjamin Mathieu - Maître de conférences - Directeur du Master 2 Droit et Ingénierie du Patrimoine - Université d'Orléans

Renaud Mortier, Professeur des universités, Co-Président de la FNDP, Directeur du Centre de Droit des Affaires (CDA) et Directeur du Master II Ingénierie Sociétaire et Patrimoniale

(ISP) à l'Université de Rennes

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

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

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

Sophie Schiller, Professeur des universités, et Directrice du M2 223 à l'Université Paris Dauphine. Co-Présidente de la FNDP.

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

Article 755 du CGI et égalité devant les charges publiques

Afin de lutter contre la fraude fiscale, le législateur a mis en place des dispositifs très contraignants et dangereux pour le redevable détenant des actifs financiers à l'étranger.

En effet, l'article 1649 AA du CGI oblige les souscripteurs à déclarer, en même temps que leur déclaration de revenus, tout un ensemble d'informations relatives à ces contrats.

En cas de manquement par le contribuable aux exigences de ce texte et en l'absence de réponses aux questions formulées dans le cadre de la procédure particulière de l'article L. 23 C du livre des procédures fiscales, l'administration fiscale peut mettre en œuvre la procédure de taxation de l'article 755 du CGI.

Ces dispositions sont redoutables, car elles édictent une présomption simple de propriété à titre gratuit de ces avoirs. En conséquence, ceux-ci seront assujettis, selon des modalités particulières, aux droits de mutation à titre gratuit au taux le plus élevé mentionné au tableau III de l'article 777, soit à 60 %.

Tarif élevé pour une base qui ne l'est pas moins puisque ces droits sont calculés sur la valeur la plus élevée connue de l'administration au cours des dix années précédant l'envoi de la demande d'informations ou de justifications prévue à l'article L. 23 C du livre des procédures fiscales (diminuée de la valeur des avoirs dont l'origine et les modalités d'acquisition ont été justifiées).

Ces dispositions sanctionnent donc de façon très rigoureuse le redevable qui a omis les formalités déclaratives et qui se trouve ensuite, en raison des difficultés matérielles de preuve, dans l'impossibilité d'établir que cet actif n'a pas été acquis à titre gratuit. Voici par exemple un redevable qui a viré, il y a plus de dix ans, des sommes provenant de son épargne française, elle-même constituée de salaires économisés, sur un contrat d'assurance vie étranger. Et malheureusement il omet de procéder à la déclaration fulminée par l'article 1649 AA. Comment faire concrètement pour établir l'origine des fonds, après tant d'années, et faire ainsi tomber la présomption de propriété acquise à titre gratuit? Difficile sinon impossible.

Compte tenu de la particularité de la procédure de taxation, celle-ci fit l'objet par le passé de plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité toutes rejetées cependant en l'absence de caractère nouveau et sérieux (Cass. Com, 19 décembre 2019, 19-15.296). En particulier, pour la Cour de cassation, «les dispositions contestées, qui visent à lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, objectif à valeur constitutionnelle, n'établissent aucune discrimination entre les détenteurs d'avoirs fiscaux à l'étranger, qui sont placés dans une situation identique».

Position pour le moins contestable, car celles-ci apparaissent comme une sanction d'un défaut d'information et non pas simplement comme une taxation d'un actif reçu à titre gratuit.

Une nouvelle question prioritaire fut transmise à la Cour de cassation, le 25 mai 2021 en ces termes : «L'article L. 23 C du livre des procédures fiscales, dans sa rédaction issue de la loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012 et l'article 755 du code général des impôts, dans sa rédaction résultant du décret n° 2013-463 du 3 juin 2013 portant incorporation au code général des impôts et au code des douanes de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de ces codes, portent-ils atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, en particulier aux principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques, protégés respectivement par les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789?».

Pour la Cour de cassation (Cass. Com, 7 juillet 2021, n° 21-40.009), la question présente un caractère de nouveauté de sérieux justifiant son renvoi devant le Conseil Constitutionnel. C'est déjà un premier pas. Que décidera donc le Conseil Constitutionnel?

Il n'y a plus qu'à attendre.



Michel Leroy

Précisions jurisprudentielles sur le régime fiscal des «management packages»

Dans le cadre des LBO, sont souvent mis en place des mécanismes d'intéressement des dirigeants et managers, dénommés «management packages», qui peuvent prendre la forme d'attribution de bons de souscription d'actions (BSA), ou d'options d'achat d'actions. La qualification des gains réalisés par les managers, lors du débouclage du LBO, par la vente de ces droits ou des titres acquis grâce à eux, fait l'objet de fréquents redressements par l'administration fiscale, qui considère qu'étant liés au contrat de travail, ils constituent des traitements et salaires et non des plus-values, ce qui entraîne une imposition plus lourde.

Par trois décisions de principe du 13 juillet 2021 (n° 435452, n° 437498 et n° 428506), le Conseil d'État, infléchissant sa jurisprudence antérieure, vient préciser la méthode à suivre pour les qualifier.

Le Conseil d'État invite à analyser, successivement et de façon autonome, chacun des gains réalisés à l'occasion des différentes phases de la vie du «management package» : celui résultant de la remise des BSA ou options d'achat pour un prix préférentiel, puis celui réalisé ultérieurement par le contribuable lorsqu'il exercera les bons ou lèvera les options, ou lorsqu'il les cèdera sans les avoir exercés en sortie de LBO.

Concernant la souscription des options d'achat ou des BSA : l'existence d'un prix préférentiel de souscription par rapport à leur valeur réelle à cette date, révèle un avantage à due concurrence. Celui-ci, s'il trouve «essentiellement» sa source dans l'exercice par l'intéressé de fonctions de dirigeant ou de salarié, est imposable au titre de l'année d'acquisition ou de souscription dans la catégorie des traitements et salaires.

Concernant les gains suivants, le Conseil d'État identifie plusieurs hypothèses.

Si le contribuable lève l'option, il réalise un gain d'exercice, égal à la différence entre la valeur réelle des actions acquises à la date d'exercice du bon ou de l'option, et le prix d'achat. Ce gain est imposable, au titre de l'année de l'exercice de l'option ou du bon, également comme salaire s'il trouve essentiellement sa source dans l'exercice par l'intéressé d'une fonction de dirigeant ou de salarié.

Si le contribuable cède les BSA à la sortie du LBO, sans les avoir exercés, le gain réalisé à cette occasion est imposable en principe en tant que plus-value de cession de valeurs mobilières, sauf si, eu égard à ses conditions de réalisation, ce gain de cession peut être regardé comme acquis, non à raison de la qualité d'investisseur du cédant, mais en contrepartie de ses fonctions de dirigeant ou de salarié.

Le Conseil d'État abandonne donc toute référence à la notion de «risque financier» couru par le contribuable, qui avait semblé constituer un critère de sa jurisprudence antérieure. Ceci risque de déjouer les prévisions d'un certain nombre de management packages en cours. La question centrale sera désormais de savoir si le gain prend essentiellement sa source dans les fonctions de dirigeant ou de salarié du contribuable. Elle devra être analysée au regard de la structuration propre de chaque management package, par la méthode du faisceau d'indices.



Jean-François Desbuquois

La qualification de l'indemnité de licenciement sous le régime légal à propos de Cass, 1^e civ, 23 juin 2021, n° 19-23.614

Si la simplification est aujourd'hui le mot d'ordre dans le calcul de l'indemnité de licenciement du fait de l'application, parfois contestée, du barème dit «Macron», la simplification est également au goût des juges en droit des régimes matrimoniaux. Par un arrêt du 23 juin 2021, la première chambre civile de la Cour de cassation clarifie ainsi la question de la qualification de l'indemnité de licenciement sous le régime légal, objet d'encore bien des confusions de la part des juges du fond.

En l'espèce, Madame avait fait l'objet d'un licenciement qualifié de licenciement sans cause réelle et sérieuse, ce qui lui avait valu de recevoir des indemnités d'un montant de 22.867 €. Pour la cour d'appel de Riom, cette indemnité était destinée à réparer le préjudice purement personnel de l'épouse, de sorte qu'une qualification propre des fonds reçus devait être retenue sur le fondement de l'article 1404 du code civil. Forment, en effet, des propres par leur nature les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral et, plus généralement, tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne.

Cette solution ne manque pas d'étonner, l'indemnité de licenciement ayant bien plutôt vocation, par principe, à compenser la perte d'une rémunération. À ce titre, et sur le fondement de l'article 1401 du code civil, il faut davantage y voir un substitut de revenus tombant en communauté. C'est d'ailleurs ce qu'avait jugé la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt remarqué du 28 novembre 2006 (n° 04-17.147), dans lequel elle observait que l'indemnité de licenciement allouée à M. X. lui avait été attribuée principalement (*nous soulignons*) à titre de substitut de rémunération et avait dès lors un caractère commun.

Il reste que l'on pourrait s'interroger sur la possible réparation d'un préjudice moral, inclus dans l'indemnité de licenciement, ce qui ouvrirait la question d'une ventilation à opérer dans l'enveloppe allouée au salarié selon l'objet de l'indemnisation. Pareille gymnastique, qui n'enchanterait guère le liquidateur, est clairement écartée par la Cour de cassation. En l'espèce, la décision des juges du fond a été cassée au motif qu'ils auraient dû rechercher *«si cette indemnité avait exclusivement (nous soulignons) pour objet de réparer un dommage affectant uniquement sa personne et non pas le préjudice résultant de la perte de son emploi»*. Dès lors qu'est en cause une indemnité fondée sur le licenciement, et donc la perte d'un emploi, la conclusion s'impose : l'indemnité sera toujours commune, quand bien même elle porterait pour partie la réparation d'un préjudice moral.

La solution n'est pas tout à fait nouvelle. Dans un arrêt du 29 juin 2011 (n° 10-23.373), la 1^{ère} chambre civile avait déjà considéré, à propos d'indemnités transactionnelles liées au licenciement, qu'avait un caractère commun l'indemnité tendant à l'indemnisation d'un préjudice non seulement moral, mais aussi de carrière, qui n'a donc pas pour seul objet la réparation d'un dommage affectant uniquement la personne de l'épouse.

S'il n'y a donc pas lieu de procéder à une ventilation selon la nature du préjudice réparé par l'indemnité de licenciement, il convient encore de noter qu'il n'y a pas lieu non plus de procéder à une ventilation selon l'ancienneté acquise en cours d'union ou antérieurement à l'union. L'indemnité est commune pour le tout, dès lors que le licenciement a été notifié en cours d'union (voir : Cass, 1^{ère} civ, 3 février 2010, n° 09-65.345).

Gageons que la qualification de l'indemnité de licenciement, aujourd'hui clairement réglée, ne suscite plus guère susciter de contentieux à l'avenir, ce qui est bien l'objectif premier de toute œuvre simplificatrice en la matière...



Estelle Naudin

Transmission et volonté

En l'absence de transmission des biens pendant que le majeur dispose encore de toute sa lucidité, il apparaît souvent bien difficile de mettre en place une transmission du patrimoine après l'ouverture d'une mesure de protection.

Un arrêt de la Cour de Paris, en date du 6 avril dernier (Paris, pôle 3, ch. 7, 6 avril 2021, n° 20/03486 ; Dt fam. 2021, juin 2021, obs. I. Maria), vient illustrer cette difficulté. En l'espèce, le juge des tutelles avait ouvert une habilitation familiale avec représentation, la sœur du majeur ayant été désignée comme personne habilitée. Presqu'un an après l'ouverture de cette mesure de protection, la sœur saisit le magistrat afin d'obtenir l'autorisation de réaliser, au nom de son frère, diverses donations de sommes d'argent au profit de ses neveux et nièces. On rappellera qu'en matière d'habilitation familiale, l'article 494-6 du Code civil impose une autorisation du juge des tutelles pour la réalisation d'actes à titre gratuit. Pareille intervention judiciaire s'impose pour le majeur qui bénéficie d'un mandat de protection future notarié (art. 490, al.2 C. civ.) ou encore pour le majeur placé sous le régime de la tutelle (art. 476 C. civ.).

La requête de la sœur, judiciairement habilitée, est rejetée. Elle interjette appel, mais elle est déboutée. L'appelante arguait que le majeur disposait d'un capital conséquent et que les donations ne portaient que sur un tiers de son patrimoine. De plus, elle précisait que son frère avait toujours entretenu de bons rapports avec ses neveux et nièces. Manquait toutefois un élément substantiel à toute libéralité : la volonté. Les juges d'appel, comme les premiers juges, soulignent que la volonté du majeur est indécélable. Or, précisément, ce qui caractérise les libéralités, c'est la nécessité d'une intention libérale, d'un animus : point de donation sans animus donandi ; point de testament sans animus testandi. Essentielle, cette condition s'impose tant aux personnes juridiquement capables qu'à celles qui sont placées sous un régime de protection. Lorsque le majeur protégé peut émettre une volonté, la loi lui offre la possibilité d'agir librement : le curatelaire peut librement tester, mais doit être assisté pour faire une donation (art. 470 C. civ.) ; le majeur sous tutelle peut être autorisé par le juge des tutelles à faire un testament et peut réaliser une donation (art. 476 C. civ.). Si l'alinéa 1er de ce dernier article dispose que la personne placée sous tutelle peut « avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, être assisté ou au besoin représenté par le tuteur pour faire des donations », il convient de ne pas se méprendre sur le recours à la représentation. Elle suppose toujours que l'on trouve trace d'une volonté de faire une libéralité ; en l'absence de volonté de la part du majeur protégé, on ne saurait envisager une quelconque libéralité.

Le Code civil envisage surtout l'hypothèse d'une volonté présente au moment où la libéralité est envisagée. Pour autant, on sait parfaitement que la mise sous protection peut coïncider –et ce sera souvent le cas- avec une perte de volonté. Est-ce à dire qu'aucune libéralité ne pourra plus intervenir ? Nous pensons au contraire que des actes antérieurs peuvent être le réceptacle de cette volonté. Ce

sera le cas, notamment, du mandat de protection future notarié. Par exemple, le majeur stipule qu'un de ses biens ou que le produit d'une vente pourra être donné à telle personne. La volonté peut ainsi être présente ou avoir été expressément énoncée dans un acte antérieur.

En cas de donation passée par le majeur, seul ou assisté, ou de testament, il sera toujours prudent de conserver la preuve d'une volonté saine en annexant à l'acte un certificat médical pour contrer une éventuelle action des héritiers sur le fondement de l'article 901 C. civ. (116ème Congrès des notaires de France, Paris 2020, p. 303 et suiv.).

Outre la volonté, la Cour d'appel de Paris rappelle également une autre condition : que la donation soit conforme à l'intérêt du majeur. Envisager une donation parce que, comme le rappelait l'appelante, elle permet d'assurer une réduction de la fiscalité successorale ne saurait être constitutif de l'intérêt du majeur... mais de celui de ses héritiers. Les articles 415 et 496 du Code civil énoncent avec force que la mesure de protection a pour finalité l'intérêt de la personne protégée et que la gestion doit être réalisée dans l'intérêt exclusif du majeur. Autrement dit, même si la volonté est présente, le juge des tutelles devra toujours veiller à ce que la libéralité –ici la donation- ne remet pas en cause les conditions de vie du majeur. L'argument n'est pas nouveau et avait déjà été utilisé dans un arrêt antérieur à la réforme de 2007 (Cass. civ. 1ère, 14 janv. 2003, RTD civ. 2003, p. 268, obs. J. Hauser ; JCP N 2003, n° 18888, obs. J.-M. Plazy).



Jean Marie Plazy

Loi « Climat et Résilience »

La loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets a finalement été publiée au Journal Officiel du 24 août. Elle interdit notamment progressivement les logements les plus énergivores à la location avec pour objectif de lutter contre les passoires thermiques.

Néanmoins le Conseil constitutionnel avait dû se prononcer suite à la saisine parlementaire le 13 août, et même si la loi avait passé ce filtre, le Conseil a censuré un motif de résiliation du bail à l'initiative du bailleur basé sur la réalisation de travaux d'économie d'énergie.

Pourtant malgré les nombreux débats parlementaires, ce texte se trouve finalement positionné assez loin des ambitions initiales de la Convention Citoyenne pour le Climat, et il semblerait que cela ne satisfasse pleinement ni les acteurs du secteur, ni les associations écologistes.

Si tout d'abord la loi s'attache à atteindre les objectifs de l'accord de Paris et du pacte vert pour l'Europe (Article 1), elle se fait fort de préciser plus avant les modes visant à la protection du climat. En matière de consommation, l'information la formation et la sensibilisation des publics est mise en avant, un encadrement plus important de la publicité est prévu afin de la réguler. Il est aussi prévu de développer la vente en vrac afin de diminuer le nombre d'emballages et de faciliter la consigne du verre qui a pour très grande particularité d'être « infiniment » recyclable.

En matière de travail et de production, la loi a pour objectif de verdir l'économie (article 30 et suivant), ce qui fait écho à l'ensemble des nouvelles mesures financières visant à développer une finance durable, (cf. nouvelle certification AMF). Elle vise aussi à adapter l'emploi à la transition écologique, à protéger les écosystèmes et la diversité biologique, et favoriser les énergies renouvelables.

Les déplacements font aussi l'objet d'une attention particulière, il conviendra de promouvoir les alternatives à l'usage individuel de la voiture notamment avec le développement des transports en commun. Et plus généralement la transition vers un parc de véhicules plus respectueux de l'environnement. Concernant le fret, le transport aérien ou routier devra réduire ses émissions. Les autorités organisatrices de la mobilité devront mieux associer les habitants à leurs actions. Et enfin le train et l'avion devront être pensés comme des moyens complémentaires de déplacement notamment en intermodalité.

La consommation alimentaire devra être repensée pour soutenir une alimentation saine et durable pour tous peu émettrice de gaz à effet de serre, et l'agroécologie sera développée.

Le logement était un axe phare de la loi avec notamment la lutte contre les passoires énergétiques. Classés de A pour les logements extrêmement performants à G pour les extrêmement peu performants, le second semestre 2022 verra l'interdiction de la hausse des loyers des logements classés F ou G lors des changements de locataires. Il est à noter que cela ne s'applique actuellement que dans les zones tendues. Et ces logements ne seront pas non plus susceptibles de faire l'objet d'une indexation ou d'une majoration de

loyer. En revanche l'outre-mer ne sera concernée qu'à partir du 1er juillet 2024. Plus généralement elle lutte contre l'artificialisation des sols d'une part en adaptant les règles d'urbanisme et d'autre part en ce qui concerne la protection des écosystèmes. Les territoires devront donc s'adapter aux effets du dérèglement climatique.

La loi vise donc encadrer la rénovation des bâtiments, avec une volonté forte de diminution de la consommation d'énergie. À partir de 2025, des classes de logements seront progressivement exclues des niveaux de performance énergétique minimaux pour que le logement soit considéré décent et donc, louable soit pour les 600 000 logements classés G à partir du 1er janvier 2025, pour les 1,2 million de logements classés F à partir du 1er janvier 2028, et pour les 2,5 millions de logements classés E à partir du 1er janvier 2034. Il y aura néanmoins quelques exceptions à l'interdiction de location, en effet les régions d'outre-mer disposent de trois ans supplémentaires pour chaque étape et les logements classés E ne sont pas concernés par la réforme. Des exceptions sont également prévues pour les logements soumis à des contraintes architecturales ou patrimoniales qui font obstacle à l'atteinte du niveau de performance minimal; pour les logements en copropriété si le propriétaire démontre qu'il a fait les démarches pour que les travaux relatifs aux parties communes nécessaires pour atteindre le niveau de performance minimal soient votés en AG. Dès lors le juge ne pourra imposer des travaux dans ces cas de figure, mais le locataire sera toujours légitime à demander une baisse de loyer ou des dommages et intérêts. Il existe toutefois des aides pour les propriétaires bailleurs dans leurs projets de rénovation énergétique.

De plus la réforme s'accompagne d'une refonte du DPE, le diagnostic de performance énergétique, applicable depuis le 1er juillet 2021. Point essentiel cette nouvelle mouture, plus fiable et plus complète, devient désormais juridiquement opposable. Il est à noter que les diagnostics réalisés entre le 1er janvier 2013 et le 31 décembre 2017 sont valides jusqu'au 31 décembre 2022, ceux réalisés entre le 1er janvier 2018 et le 30 juin 2021 jusqu'au 31 décembre 2024.

La loi renforce la protection judiciaire de l'environnement, et elle durcit les sanctions pénales en cas d'atteinte à l'environnement par la création d'un délit de mise en danger de l'environnement (3 ans de prison et 250 000 euros d'amende), et d'un délit général de pollution des milieux et d'un délit d'écocide pour les cas les plus graves (10 ans de prison et 4,5 millions d'euros d'amende et 22,5 millions d'euros pour les personnes morales, voire une amende allant jusqu'à dix fois le bénéfice obtenu par l'auteur du dommage commis à l'environnement). Enfin la loi souhaite s'inscrire dans le temps avec des dispositions relatives à l'évaluation climatique et environnementale.



Nicolas Esplan

Exécution forcée de la promesse unilatérale de vente : revirement spectaculaire

Cass. 3ème civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554

Des époux avaient consenti en 1999 une promesse unilatérale de vente de leur appartement. L'option ne pouvait être levée qu'au décès de la précédente propriétaire, laquelle s'était réservé un droit d'usage et d'habitation. En 2010, l'épouse, devenue attributaire de l'appartement après avoir divorcé, rétracta la promesse. En 2011, le bénéficiaire de la promesse leva l'option suite au décès de la précédente propriétaire, et sollicita l'exécution forcée de la vente. La cour d'appel de Grenoble accéda à cette demande, constatant « que Mme R., qui a [avait] donné son consentement à la vente, sans restriction, ne pouvait se rétracter et que l'acceptation de la promesse par les bénéficiaires a [avait] eu pour effet de rendre la vente parfaite » (CA Grenoble, 1re ch. civ., 16 Mai 2017).

L'arrêt fut cassé par la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation, au visa des articles 1101 et 1134 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 : « en statuant ainsi, alors que, la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse unilatérale postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée, la cour d'appel a violé les textes susvisés » (Cass. 3ème civ., 6 déc. 2018, n° 17-21.170).

Cependant, la cour d'appel de Lyon, juridiction de renvoi, résista, déclarant « la vente parfaite » (CA Lyon, 1re ch. civ. B., 19 mai 2020, n° 19/05653).

Alors que l'on pouvait s'attendre à ce que l'arrêt fût de nouveau cassé, la Troisième Chambre civile rejette le pourvoi. Rappelant la jurisprudence qu'elle adoptait jusqu'alors, elle fonde sa nouvelle jurisprudence sur le fait qu'« à la différence de la simple offre de vente, la promesse unilatérale de vente est un avant-contrat qui contient, outre le consentement du vendeur, les éléments essentiels du contrat définitif qui serviront à l'exercice de la faculté d'option du bénéficiaire et à la date duquel s'apprécient les conditions de validité de la vente, notamment s'agissant de la capacité du promettant à contracter et du pouvoir de disposer de son bien » (§9). Il convient dès lors selon elle « d'apprécier différemment la portée juridique de l'engagement du promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente et de retenir qu'il s'oblige définitivement à vendre dès la conclusion de l'avant-contrat, sans possibilité de rétractation, sauf stipulation contraire » (§11).

À NOTER :

L'arrêt met un brusque coup d'arrêt (les autres chambres devraient suivre) à une jurisprudence autorisant le promettant à rétracter sa promesse jusqu'à la levée d'option, sous la seule sanction de dommages et intérêts. Le fondement retenu était que l'obligation du promettant ne constituait qu'une obligation de faire, ne pouvant être exécutée par la force, de sorte que la rétractation du promettant, rendue possible, excluait toute rencontre des volontés réciproques pour peu qu'elle ait été exprimée avant la levée d'option (Cass. 3e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199, P). Depuis 2008, la règle n'était plus d'ordre public, puisque la Cour de cassation donnait pleine efficacité à la clause de la promesse selon laquelle le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre peut se résoudre en nature par la constatation judiciaire du contrat (Cass. 3e civ., 27 mars 2008, n° 07-11.721, Sté OGIC c/ S.A Axa Banque : JurisData n° 2008-043404). Les clauses en ce sens

étaient d'ailleurs presque devenues de style dès lors que la plume était tenue par un professionnel. Le nouvel article 1124 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, avait brisé avec fracas cette jurisprudence, inversant le principe et l'exception, mais pour l'avenir seulement. On pouvait cependant espérer que pour le passé, la Cour de cassation alignerait sa jurisprudence sur la nouvelle règle. Il n'en fut rien puisque dans la présente affaire, la Cour de cassation avait maintenu le cap (Cass. 3e civ., 6 déc. 2018, n° 17-21.170 et 17-21.171), tout en refusant cependant quelques mois plus tard de renvoyer devant le Conseil constitutionnel une QPC considérée par elle comme n'étant ni nouvelle ni sérieuse en ce qu'elle soulevait une prétendue contrariété à la Constitution (contrariété au principe de liberté contractuelle et au droit de propriété) de l'exécution forcée posée par l'article 1124 al. 2 du Code civil (Cass. 3ème civ., 17 oct. 2019, FS-P+B+I, n° 19-40.028). Le revirement opéré par l'arrêt du 23 juin 2021 aligne le régime des promesses unilatérales conclues avant le 1er octobre 2016 sur celui des promesses conclues depuis cette date sous l'empire du nouvel article 1124 du Code civil. Pour autant, il ne faut pas se méprendre : l'arrêt du 23 juin 2021 ne fait pas une application anticipée de l'article 1124 du Code civil ; il vise d'ailleurs la législation antérieure. C'est heureux, car la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, modifiant l'art. 9 de l'ord. n° 2016-131, est venue s'opposer à une application anticipée de la réforme, en précisant que, sauf pour quelques rares dispositions d'application immédiate, les contrats conclus avant le 1er octobre 2016 demeurent soumis à la loi ancienne, y compris dans leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public mais aussi pour les contentieux en cours.

La portée de l'arrêt du 23 juin ne semble guère devoir connaître de restrictions. Ce sont toutes les promesses unilatérales de vente signées avant le 1er octobre 2016 qui, bien que les textes appliqués restent différents, voient ainsi leur régime aligné sur celui des promesses du même type conclues après cette date : toutes, sans distinction, dès lors qu'elles comportent les éléments essentiels de la vente (désignation du bien vendu et son prix) emportent formation du contrat, lequel peut être exécuté par la force, en cas de levée d'option, même postérieure à la rétractation du promettant, et sauf bien sûr disposition contraire peu probable du contrat. Toutes les promesses unilatérales de vente sont concernées, qu'elles portent comme en l'espèce sur un immeuble, ou sur tout autre type de bien, et notamment sur des actions ou parts sociales. Il reste à savoir si les autres Chambres de la Cour de cassation, et tout spécialement la Chambre commerciale, s'aligneront sur la nouvelle position de la Troisième Chambre civile. L'avenir nous le dira, mais il ne fait guère de doute à nos yeux que la Chambre commerciale, qui s'est toujours rangée sur cette question à l'analyse de la Troisième Chambre civile, saura évoluer avec elle.



Renaud Mortier

Gare au formalisme des cessions de parts sociales !

Cass. com. 14 avril 2021, n° 19-16468 F-D

Si la simplification s'affiche actuellement comme une tendance incontournable du droit des sociétés (*loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés*, JO n° 0167, 20 juillet 2019), la Cour de cassation rappelle, à l'occasion de cet arrêt du 14 avril 2021, son fort attachement au formalisme prévu lors des cessions de parts sociales.

En l'espèce, deux associés de SARL, détenant chacun la moitié du capital social, décident, le même jour, de céder leurs parts. Chacun des associés trouve un cessionnaire mais aucun ne procède à la notification du projet de cession à l'autre associé et à la société. Quelques mois plus tard, les deux cédants remettent en cause la validité des opérations en demandant en justice leur annulation sur le fondement de l'article L. 223-14 du Code de commerce. Les juges du fond accueillent leur demande en considérant que le formalisme légal applicable en cas de cessions de parts sociales à un tiers n'a pas été respecté. Arguant que la notification des projets de cessions incombe précisément aux cédants et qu'en application de l'adage «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*», ces derniers ne peuvent se prévaloir en justice de leur propre manquement, les cessionnaires se pourvoient en cassation. Au soutien de leur pourvoi, ils relèvent non seulement que les associés ont été convoqués préalablement à la cession à une assemblée générale dont l'ordre du jour comportait l'approbation des projets de cession mais encore que ces cessions ont ensuite été approuvées à l'unanimité des associés lors d'une assemblée générale extraordinaire. Rappelant le caractère d'ordre public de l'article L. 223-14 du Code de commerce applicable en matière de cessions de parts de SARL à un tiers, la chambre commerciale de la Cour de cassation rejette leur pourvoi. Elle souligne que l'absence de notification du projet de cession à la société et à chacun des associés fait obstacle à la validité des opérations. Les cessions de parts sociales sont donc frappées de nullité et la chambre commerciale prend le soin de préciser qu'«*aucune confirmation implicite de la cession ne pouvait faire échec à cette annulation*».

Les cessions de parts sociales ne sont assurément pas des ventes comme les autres puisqu'elles entraînent une modification de la composition du cercle des associés : un cessionnaire vient prendre la place d'un cédant dans le pacte social. Elles emportent donc changement de l'identité de l'associé et plus qu'un acte purement contractuel entre cédant et cessionnaire, elles touchent à l'organisation et au fonctionnement même de la société (S. Lacroix-De Sousa, *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, LGDJ-Fondation Varenne, 2010). Lorsqu'elles interviennent dans une société marquée par un fort *intuitus personae* comme la SARL, elles sont légalement soumises à un formalisme - parfois jugé lourd ou encombrant - dont l'objectif est d'assurer que chacun des membres de la société prend la mesure des changements opérés par cette substitution dans la qualité d'associé. Dès lors, l'article L. 223-14 du Code de commerce prévoit que lorsque ces cessions sont consenties à des tiers, c'est-à-dire à des personnes autres que des associés, leurs conjoints, leurs ascendants ou leurs descendants, elles ne peuvent intervenir qu'avec le consentement des associés. Cette procédure d'agrément est minutieusement réglementée par le législateur. Il s'agit d'un processus qui se déroule schématiquement

en trois étapes : la notification du projet de cession au gérant et aux associés ; la consultation des associés et en cas de refus d'agrément, le rachat des parts à dire d'expert. Ces dispositions revêtent un caractère impératif puisque l'alinéa 7 de l'article L. 223-14 répute non écrite toute clause contraire. Les conditions de majorité pour l'agrément peuvent néanmoins être aménagées et si le texte prévoit que la cession est subordonnée à l'accord de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales, les associés peuvent prévoir une majorité plus forte dans les statuts.

Le législateur fait de ce formalisme un marqueur fort des cessions de parts sociales et les distingue de la sorte des cessions d'actions, marquées, à l'opposé, par leur souplesse. En pratique, le projet de cession doit être notifié, avant la réalisation de la cession, par acte d'huissier de justice ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, à la société et à chacun des associés. Faisant preuve d'une particulière sévérité à l'égard des cessionnaires, la chambre commerciale rappelle une fois encore, dans cette décision, qu'il n'est pas possible de régulariser un défaut de notification (*dans le même sens*, v. Cass. com., 21 janvier 2014, n° 12-29.221). À défaut de notification à la société - par l'intermédiaire de son représentant légal - et à chacun des associés (le défaut de notification à un seul des associés rend la cession annulable : *CA Versailles*, 26 mai 1989, n° 89/0548), la cession est nulle. Sont dès lors insuffisants et ne peuvent être admis comme des équivalents à la notification : le seul agrément de l'acquéreur par le conseil d'administration ; la ratification implicite de la nouvelle répartition des parts lors d'assemblées ultérieures à la cession ou encore le consentement des associés à l'opération lors d'une assemblée générale alors que le projet de cession ne leur a pas été notifié. Il convient néanmoins de souligner que cette intransigeance de la chambre commerciale quant au respect de la formalité de la notification s'accommode difficilement avec les incertitudes qui entourent le contenu de cette notification (aucun texte ne précise expressément les mentions que la notification doit contenir), le délai de cette notification (aucun texte n'impose de délai pour procéder à la notification du projet de cession ; Cass. com. 6 mai 2003, n° 01-12567, RTD com. 2003, p. 225, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard) ou la détermination de la partie à qui incombe cette formalité (aucun texte ne précise qui du cédant ou du cessionnaire doit supporter cette charge ; Cass. com. 26 mars 1996, n° 93-17895, BJS 1996, n° 243, p. 681, note B. Saintourens).



Sandie Lacroix-De Sousa

Deux précisions intéressantes sur la responsabilité des gérants de sociétés

Il est parfois affirmé que les dirigeants français ont une responsabilité si difficile à engager qu'elle en devient théorique. Deux arrêts récents rendus par le Cour de cassation établissent le contraire et apportent des précisions intéressantes pour savoir comment exercer l'action.

Dans une première affaire (Cass. Civ. 3ème, 27 mai 2021, n° 19-16.716), une société civile immobilière (SCI) avait assigné son ancien gérant en responsabilité, lui reprochant d'avoir vendu des lots d'un immeuble à trop bas prix. Elle obtient, en appel, sa condamnation à lui verser 120 000 euros en réparation du préjudice subi. Le gérant forme un pourvoi en invoquant le quitus donné par l'assemblée des associés qui exclurait de pouvoir qualifier son comportement de faute de gestion. Il explique également que ce quitus était constitutif d'une ratification par l'assemblée de l'acte litigieux. La Cour de cassation rejette ces arguments. Elle rappelle qu'en application de l'article 1843-5 alinéa 3 du code civil, aucune décision de l'assemblée des associés ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour la faute commise dans l'accomplissement de leur mandat. En outre, même si le quitus a été donné en connaissance de cause par l'assemblée des associés, il n'empêche ni ceux-ci, ni la société d'engager la responsabilité du gérant au titre des fautes commises dans sa gestion.

La solution est générale et vaut pour toutes les formes sociales. Le code de commerce énonce la règle dans les mêmes termes que le code civil, à propos des SARL (C. com., art. L. 223-22, al. 5) et des sociétés par actions (C. com., art. L. 225-253, al. 2, art. L. 225-257, al. 2, art. L. 227-1, al. 3 et art. L. 226-1, al. 2 ; pour une application à l'encontre d'un PDG de SA : Cass. com., 7 oct. 1974, n° 73-13.067). Dès lors, même après avoir obtenu quitus de sa gestion, tout dirigeant est susceptible de voir sa responsabilité engagée pour les fautes commises durant son mandat, par la société ou même personnellement par les associés s'ils peuvent justifier d'un préjudice propre (Cass. 3eciv, 4 nov. 1976, n° 75-11.366, P ; Cass. 1ère civ., 16 juin 1987, n° 84-14.762, P). Gare donc au dirigeant qui céderait un actif social pour une valeur inférieure à celle qu'il aurait pu en tirer (par ex. à propos d'une cession de fonds par une SA : Cass. com., 8 mars 2016, 14-16.621), même s'il a obtenu le quitus pour cette décision.

Dans la seconde affaire (Cass. Com., 23 juin 2021, n° 19-21.766), la gérante d'une SARL avait été poursuivie en responsabilité, avec la société, pour ne pas avoir renouvelé une déclaration d'activité en qualité d'organisme de formation. Le demandeur est l'un des clients de la SARL qui estime avoir été empêché, par la faute de celle-ci et de sa gérante, d'obtenir le remboursement de prestations de formation professionnelle auprès de l'organisme paritaire collecteur agréé. La cour d'appel met l'intéressée hors de cause au motif qu'elle n'a pas été assignée en sa qualité de gérante, mais en son nom personnel, de sorte qu'elle n'était pas partie au litige en

sa qualité de dirigeant. La chambre commerciale rend un arrêt de cassation en admettant qu'un gérant de SARL puisse être assigné en son nom personnel pour faute séparable de ses fonctions.

La solution a une portée pratique importante puisqu'elle détermine les conditions concrètes de l'assignation des dirigeants poursuivis en responsabilité personnelle et qu'elle vaut, à l'évidence, quelles que soient la qualité de ces derniers et la forme de la société dont ils relèvent.

En refusant d'écarter la poursuite en responsabilité, une fois en refusant un argument formel et l'autre fois la soi-disant couverture du quitus de l'assemblée, la Cour de cassation montre que la responsabilité des gérants constitue un risque important à prendre en compte.



Sophie Schiller

Nouveau droit du cautionnement : principales mesures résultant de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

La réforme des sûretés était annoncée et attendue. Il faut en effet rappeler que le Ministère de la Justice avait confié il y a déjà quelques années la charge d'une réflexion sur la réforme des sûretés à un groupe de travail présidé par le Professeur Grimaldi dans le cadre de l'association Henri Capitant. Dès septembre 2017, les travaux de ce groupe de travail ont été rendus publics et ont fait l'objet d'une consultation publique en 2019. Après le vote de la loi PACTE autorisant le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance, un avant-projet a vu le jour et a également été soumis à consultation publique durant l'année 2020. La réforme a enfin été adoptée dans l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés. Ces dispositions seront applicables à compter du 1er janvier 2022. Le texte, dont les objectifs essentiels sont la simplification et la modernisation du droit des sûretés, comporte des dispositions importantes tant pour les sûretés personnelles que pour les sûretés réelles. S'agissant particulièrement du cautionnement, dans l'habilitation résultant de l'article 60 la loi PACTE, le gouvernement était autorisé à « Réformer le droit du cautionnement, afin de rendre son régime plus lisible et d'en améliorer l'efficacité, tout en assurant la protection de la caution personne physique ».

Quelles sont alors les grandes lignes de cette réforme ?

Si le cautionnement avait été l'objet de réformes importantes, tendant notamment à la protection de la caution personne physique, ce sont des réformes ponctuelles intégrées dans le Code de la consommation qui étaient intervenues. Ce développement du régime de la caution en dehors du Code civil avait été l'objet de critiques nombreuses, car il nuisait à la lisibilité des solutions applicables. Le premier apport notable de l'ordonnance du 15 septembre 2021 est indiscutablement de rassembler les règles relatives au cautionnement dans le Code civil. Dans un même temps, les dispositions qui figuraient jusqu'alors dans le Code de la consommation sont par conséquent purement et simplement abrogées. Au-delà de cet opportun apport légistique, plusieurs points importants méritent d'être relevés tant au stade de la formation, des effets que de l'extinction du contrat de cautionnement.

1. S'agissant de la formation du cautionnement (art. 2292 à 2301 du Code civil)

- Le nouvel article 2297 du Code civil vient simplifier les règles relatives à la mention devant être apposée par la caution personne physique. Si la mention devra toujours être apposée par la caution elle-même, l'exigence d'une mention prédéterminée, qui était une source importante de contentieux, est abandonnée. Cette mention devra désigner avec suffisamment de précision la nature et la portée de l'engagement de la caution. S'agissant du domaine de l'exigence de la mention, il est étendu à toute caution personne physique, indépendamment de la qualité (professionnel ou pas) du créancier. Enfin, le cautionnement pourra intervenir par voie électronique.

- Le nouvel article 2298 du Code civil modifie les solutions dégagées par la jurisprudence antérieure à propos de l'opposabilité des exceptions par la caution au créancier (Cass. Ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15602). Par principe, la caution peut opposer toutes les exceptions appartenant au débiteur principal, sans distinction entre les exceptions inhérentes à la dette et celles purement personnelles au débiteur, à l'exception toutefois de l'incapacité.

- Le devoir de mise en garde, qui avait été créé par la jurisprudence, est codifié dans le nouvel article 2299 du Code civil. Le régime instauré est toutefois différent des solutions qui avaient été formulées par la jurisprudence. S'agissant de ce son domaine, ce devoir est consacré au bénéfice de toute caution personne physique, sans distinction aucune entre les cautions averties ou non, au regard des seules capacités financières du débiteur principal. La sanction du non-respect de ce devoir sera la déchéance du droit du créancier, à hauteur du préjudice subi par la caution (et non plus la mise en œuvre de la responsabilité du créancier).

- La sanction du non-respect de l'exigence de proportionnalité du cautionnement est également modifiée : à la décharge totale de la caution succèdera la sanction moins radicale de la réduction du cautionnement.

2. S'agissant des effets du cautionnement (art. 2302 à 2312 du Code civil)

- Les obligations d'information de la caution du créancier professionnel sont unifiées dans le Code civil, alors qu'elles étaient l'objet d'une dispersion dans plusieurs codes (Code de la consommation, Code monétaire et financier...). Quelques dispositions nouvelles sont consacrées, notamment l'obligation d'information de la sous-caution qui ne faisait l'objet d'aucune protection.

- Les recours de la caution ont été l'objet de quelques retouches, sans être profondément réformés, à l'exception notable et opportune de la suppression des recours avant paiement.

3. S'agissant de l'extinction du cautionnement (art. 2313 à 2320 du Code civil), on notera principalement :

- La clarification du régime du bénéfice de subrogation (art. 2314 du Code civil) ;

- La consécration, conformément au droit commun des obligations, d'un droit de rupture unilatérale appartenant à la caution dans les cautionnements à durée indéterminée (art. 2315 du Code civil).

- La consécration de la distinction proposée par Christian Mouly et appliquée par la jurisprudence, entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement (art. 2316 du Code civil).

- La précision de l'engagement des héritiers de la caution en cas de décès (art. 2317 du Code civil), tenus seulement des dettes nées antérieurement au décès de la caution.

- La précision de l'engagement de la caution lors de la transmission universelle de patrimoine (art. 2318 du Code civil), en reprenant pour l'essentiel les solutions rendues sur ces questions par la jurisprudence.



Cécile LISANTI



FNDP

Fédération
Nationale
Droit du
Patrimoine

La Lettre de la FNDP

Numéro 21 - Octobre 2021

Numéro 21