

Fédération  
Nationale  
Droit du  
Patrimoine

# La Lettre de la FNDP

Numéro 23 - Février 2022

Numéro 23



## Édito

L'appel de la FNDP enfin entendu

Lors de son premier Congrès, tenu le 17 mars 2010, la Fédération Nationale Droit du Patrimoine (FNDP) avait lancé un appel afin de d'inciter les Hauts Magistrats à prendre position sur la question de savoir si l'usufruitier de droits sociaux est ou non associé : « Enfin, on peut lancer l'appel du 17 mars à la Cour de cassation. Il n'est pas satisfaisant –le mot est faible– que les praticiens soient, depuis quinze ans, confrontés à une véritable insécurité juridique. Lorsque vous serez sollicités de façon appropriée, Mesdames et Messieurs les conseillers, tranchez ; prenez position ; [...] dites-nous clairement si l'usufruitier a ou non la qualité d'associé » (R. Mortier, J. Prieur, Th. Revet, S. Schiller, L'usufruit de droits sociaux. Quelle place pour la liberté contractuelle ? : JCP N 2010, n° 23, 1221).

L'« appel de la FNDP », comme certains ont pu l'appeler, a enfin été entendu. Le 1er décembre dernier, par un avis à destination de la Troisième Chambre civile, qui tranchera le sujet d'ici quelques petites semaines, la chambre commerciale de la Cour de cassation affirme que « l'usufruitier des parts sociales ne peut se voir reconnaître la qualité d'associé, qui n'appartient qu'au nu-propriétaire ». Toutefois, elle tempère ce principe, accordant la possibilité à l'usufruitier d'exercer le droit de l'associé ici en question – à savoir le droit (en l'espèce, dans le cadre d'une société civile) de provoquer une délibération des associés ayant pour objet la révocation du gérant et la nomination de co-gérants – s'il est « susceptible d'avoir une incidence directe sur son droit de jouissance des parts sociales » (Cass. com., avis, 1er déc. 2021, n° 20-15.164 : JCP E 2022, 1000, note R. Mortier et N. Jullian ; BRDA 2/2022, note R. Mortier ; Dr. sociétés 2022, comm. 13, note R. Mortier).

Sans surprise, la Troisième Chambre civile, par un arrêt de rejet, vient de suivre à la lettre l'avis ainsi formulé à son intention par la Chambre commerciale (Cass. 3ème civ., 16 février 2022, n°20-15.175)

(suite dans la rubrique Droit des sociétés)

## Sommaire

Assurance-Vie	4
Droit fiscal patrimonial	5
Personnes vulnérables	6
Obligations professionnelles	7
Droit de sociétés	8
Droit patrimonial de la famille	11
Droits des biens	12



Renaud Mortier

## 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) - Université de Toulouse.

**Nicolas Esplan**, Docteur en droit, Directeur Juriscampus, Co-Directeur du Master 2 Ingénierie du patrimoine - Université de Toulouse.

### Auteurs :

**Jean-François Desbuquois**,  
Avocat Associé Fidal.

**Éric Fongaro**, Professeur des universités, Université de Bordeaux et Co-Directeur du Master 2 Droit et gestion du patrimoine - Université de Bordeaux,

**Nadège Jullian** - Professeur de droit privé - Université de Toulouse.

**Nicolas Kilgus**, Professeur des universités agrégé des facultés de droit à l'Université de Strasbourg. Co-Directeur du Master 2 Ingénierie Juridique et Fiscale du patrimoine - Université de Strasbourg

**Céline Kuhn**, Maître de conférences HDR - Co-Directrice du Master 2 Droit du patrimoine - Université de la Réunion.

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

**Cécile Lisanti**, Professeur des universités - Directrice du Master 2 Droit et fiscalité du patrimoine - 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 agrégé de droit privé, Co-Président de la FNDP, Directeur du Centre de Droit des Affaires

(CDA) et Directeur du Master II Ingénierie Sociétaire et Patrimoniale (ISP) - Université de Rennes

**Estelle Naudin**, Professeur des universités agrégé de droit privé - Co-Directrice du Master 2 Ingénierie Juridique et Fiscale du patrimoine à - Université de Strasbourg.

**Jean-Marie Plazy**, Professeur des universités agrégé de droit privé - Co-Directeur du Master 2 Droit et gestion du patrimoine - Université de Bordeaux

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

**Sophie Schiller**, Professeur des universités agrégé des facultés de droit - Directrice du M2 223 - Université Paris Dauphine. Co-Présidente de la FNDP.

**Anne-Françoise Zattara**, Maître de conférences-Co-Directrice du Master 2 Droit du patrimoine - Vice-Présidente de l'Université de la Réunion.

## Gestion déléguée et investisseur profane

À propos de Cass. 2ème civ. 6 déc. 2021, 19-23.907, publié au Bulletin

Ce n'est pas parce qu'une personne investit des sommes considérables dans une assurance vie qu'elle est une personne avertie des dangers d'un tel placement. Voici une évidence sans doute mais que l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 06 décembre 2021, permet utilement de rappeler.

Dans cette affaire, un investisseur souscrit en juin 2006 un contrat d'assurance vie en versant plus de 20 341 000 € à titre de primes. Entre 2006 et 2009, celui-ci procéda à de nombreux rachats.

À la suite de la crise des subprimes, celui-ci constata de fortes pertes sur son contrat. Il demanda alors à l'assureur la restitution des primes versées, déduction faite de celles remboursées lors des rachats partiels. Refus de la compagnie d'assurance. L'investisseur l'assigna donc en justice pour obtenir gain de cause.

En vain cependant dans un premier temps. L'assuré n'obtint en effet satisfaction ni devant la Cour d'appel d'Orléans, saisie le 10 décembre 2012, ni devant la Cour d'appel de Versailles (Versailles, 08 octobre 2015), devant laquelle l'affaire fut portée après cassation du précédent arrêt (Cass. 2ème civ. 6 février 2014, 13-10.406). L'arrêt rendu par les magistrats versaillais fut également cassé (Cass. 2ème civ., 8 décembre 2016, 15-26.086) et l'affaire renvoyée devant la Cour d'appel de Paris.

La persévérance est une qualité puisque l'investisseur obtint, enfin ! gain de cause (Paris, 24 septembre 2019), au motif que la note d'information ne contenait pas la mention relative aux modalités de calculs des frais et indemnités de rachat, aux garanties de fidélité, et aux valeurs de réduction.

L'assureur rétorqua qu'une telle information ne figurait pas dans la note d'information tout simplement parce que le contrat ne prévoyait pas de tels frais et garantie.

Peu importe cependant pour la Cour de cassation (Cass. 2ème civ. 6 déc. 2021, 19-23.907) : l'assureur doit mentionner dans la note d'information qu'il délivre les « informations essentielles pour permettre à l'assuré d'apprécier la compétitivité de ce placement, ainsi que les risques inhérents à l'investissement envisagé et par suite, la portée de son engagement ». L'absence de tels frais ou garantie relève sans aucun doute de cette catégorie ;

Pour l'arrêt d'appel avait également relevé que le contractant

n'avait pas la qualité d'investisseur averti, malgré de l'importance des primes versées et son activité professionnelle (l'investisseur était dirigeant de huit sociétés propriétaires de magasins hard discount de petite surface).

L'analyse de la Cour d'appel de Paris est confirmée par la Cour de cassation au motif que « La Cour d'appel, qui s'est placée au jour de la renonciation pour apprécier son caractère abusif, a recherché le moment auquel l'intéressé avait disposé des informations lui permettant d'exercer la faculté de renonciation prorogée et a pris en considération sa situation concrète et sa qualité d'assuré averti ou profane, sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation ».

À juste titre selon nous. Pour vérifier si le contractant était, lors de l'exercice de la faculté de renonciation, un investisseur averti, il est nécessaire de tenir compte, non seulement des caractéristiques du contrat souscrit, chacun étant porteur d'un risque particulier, mais aussi de la situation concrète de l'assuré.

Or, en l'espèce, le souscripteur avait fait le choix d'une gestion déléguée de sorte que les supports des UC furent choisis par le mandataire, spécialiste des marchés financiers, non pas, en fonction de la connaissance que le souscripteur pouvait avoir de ceux-ci, mais de leur pertinence par rapport au profil et aux objectifs du souscripteur apprécié par le professionnel, dans la limite du mandat.



Michel Leroy

## Pacte Dutreil : des commentaires administratifs beaucoup plus satisfaisants

La loi de finances pour 2019 a apporté de nombreuses améliorations au dispositif du « Pacte Dutreil ». Sa mise en œuvre s'est toutefois rapidement heurtée à des difficultés en raison de la rédaction parfois imprécise des nouvelles dispositions. Le 6 avril 2021, l'administration a mis en consultation publique, pour une période de deux mois, ses commentaires. De nombreuses réponses lui ont été rapidement adressées, notamment par la FNDP, demandant la suppression de plusieurs revirements très importants par rapport à la doctrine administrative antérieure et n'ayant aucun lien avec la réforme ; et des clarifications ou des tolérances sur un certain nombre de sujets afin de rendre opérationnelle la réforme. Les commentaires définitifs ont été publiés le 21 décembre 2021 sur BOFIP et se révèlent nettement plus satisfaisants que ceux du 6 avril. On retiendra principalement les points suivants :

**le champ d'application est précisé** : les sociétés ayant une activité mixte, y compris les holdings animatrices, peuvent se voir appliquer le dispositif sous réserve que la partie éligible de leur activité soit exercée titre prépondérant, ce qui s'apprécie par la méthode du faisceau d'indices. L'administration introduit toutefois, à titre de règle pratique, un double critère basé sur le chiffre d'affaires, et l'actif immobilisé et circulant affecté à l'actif éligible, qui pourra faciliter l'appréciation. En cas de pluralité d'activités au sein d'une même société, il sera fait masse de l'ensemble de ses activités éligibles pour apprécier la prépondérance. L'abandon d'activités et l'exercice d'activités nouvelles sont possibles au cours des engagements sous réserve du respect par la société d'une activité éligible prépondérante pendant toute leur durée.

**la nature de l'activité éligible** : les commentaires du 6 avril 2021 avaient exclu les activités de location en meublé sans distinction entre les locations meublées professionnelles et non professionnelles. Les commentaires du 21 décembre 2021 maintiennent la même position. Toutefois, ils apportent des précisions s'agissant des activités de construction vente d'immeubles et de marchands de biens qui sont désormais clairement éligibles.

**sociétés interposées** : l'administration abandonne les velléités exprimées le 6 avril 2021 d'imposer aux associés de sociétés interposées d'avoir à signer personnellement l'engagement collectif. Elle confirme aussi que le principe du maintien inchangé des participations, qui s'applique en cas d'interposition, s'apprécie en nombre de titres, et non en pourcentage indirect du capital de la société cible. Il n'interdit donc pas la réalisation d'augmentations de capital dans les sociétés interposées auxquelles ne participeraient pas les associés, bénéficiaires de l'exonération partielle, sous réserve que ces derniers conservent leurs titres.

**exercice des fonctions de direction** : l'administration abandonne la position, exprimée le 6 avril 2021, selon laquelle les signataires d'un engagement collectif écrit et enregistré ne seraient plus aptes à exercer la condition de direction dès lors que ledit engagement collectif aurait pris fin. En revanche, elle maintient que le redevable remplissant seulement les conditions d'un engagement réputé acquis ne peut pas valablement exercer la fonction imposée par le

dispositif durant la période de trois années qui suit la transmission (solution retenue également par deux arrêts de la cour d'appel de Bordeaux en date du 23 novembre 2021, n° 19/03867 et 19/03868, dont l'analyse juridique nous semble erronée). Mais elle admet désormais que ledit redevable peut demeurer codirigeant de la société sous réserve que l'un des bénéficiaires de l'exonération partielle le soit également. L'assouplissement est appréciable : il permet à un parent donateur de poursuivre son activité au sein de la société sans remise en cause de l'abattement.

**apport à une holding (787 B, f du CGI)** : ce dispositif spécifique permet aux bénéficiaires de l'exonération partielle d'apporter leurs titres à une holding sans rompre leurs engagements de conservation. L'administration crée un certain nombre de tolérances qui devrait en faciliter l'utilisation. Concernant l'appréciation de la condition qui impose que la valeur réelle de l'actif brut de la holding soit, jusqu'au terme des engagements individuels, composé à plus de 50% de participations dans la société ayant fait l'objet des engagements de conservation, les commentaires précisent que tous les titres de ladite société seront pris en compte, même ceux n'ayant pas fait l'objet de la transmission exonérée, ainsi que ceux détenus indirectement par sociétés interposées (au prorata). Ceci permettra, par exemple, aux bénéficiaires d'apporter également d'autres titres de la même société qu'ils pourraient détenir par ailleurs, et au donateur d'en céder directement à la holding. S'agissant de la condition qui impose que la holding soit dirigée, et contrôlée à hauteur d'au moins 75 % de son capital et de ses droits de vote, par les personnes soumises aux engagements, l'administration continue à opérer une distinction selon que l'on se trouve en période d'engagement collectif, ou d'engagement individuel. À compter de l'instant où l'engagement collectif prend fin, seuls les bénéficiaires ayant souscrit l'engagement individuel sont reconnus aptes à remplir cette double condition. L'administration admet toutefois à titre de tolérance qu'au cours de cette même période, le donateur puisse exercer la fonction de direction, même s'il a transmis tous ses titres, et qu'il détienne plus de 25% du capital sous réserve que les bénéficiaires de l'exonération soient majoritaires dans la holding.



Jean-François Desbuquois



Nadège Jullian

## L'absence de volonté du donateur bénéficiaire d'une habilitation familiae : une donation possible... mais sous conditions

À l'occasion de la Lettre de la FNDP d'octobre 2021, nous avons eu l'occasion d'envisager la place essentielle de la volonté dans la transmission des biens d'un majeur protégé (Paris, pôle 3, ch. 7, 6 avril 2021, n° 20/03486 ; Dt fam. 2021, juin 2021, obs. I. Maria). La question est restée sur le devant de la scène avec une demande d'avis d'un juge des contentieux de la protection de Rouen. La question était ainsi formulée : « L'absence de caractérisation d'une intention libérale, présente ou passée, de la personne protégée, fait-elle nécessairement obstacle à la possibilité, pour le juge des contentieux de la protection, d'autoriser la personne habilitée à la représenter de manière générale pour l'ensemble des actes relatifs à ses biens, sur le fondement des articles 494-1 du code civil, à procéder à une donation ? ».

Dans son avis du 15 décembre 2021, la première Chambre civile rappelle d'abord que la donation, comme toute libéralité, suppose un appauvrissement et l'existence d'une intention libérale du donateur vis-à-vis du donataire. Elle poursuit en présentant l'habilitation familiale et, en particulier, l'article 494-6, al.4 du code civil qui dispose que la personne habilitée ne peut accomplir en représentation un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles. La Cour distingue nettement le testament et la donation et en comparant la tutelle et l'habilitation familiale. Pour terminer, la Haute juridiction rappelle que l'interdiction de toute donation constituerait un gel du patrimoine de la personne protégée et pourrait altérer les solidarités familiales. Parallèlement, on ne saurait méconnaître le caractère personnel de la donation. Dès lors, est donné l'avis suivant : « *Lorsqu'une personne protégée faisant l'objet d'une mesure d'habilitation familiale est hors d'état de manifester sa volonté, le juge des contentieux de la protection ne peut autoriser la personne habilitée à accomplir en représentation une donation qu'après s'être assuré, d'abord, au vu de l'ensemble des circonstances, passées comme présentes, entourant un tel acte, que, dans son objet comme dans sa destination, la donation correspond à ce qu'aurait voulu la personne protégée si elle avait été capable d'y consentir elle-même, ensuite, que cette libéralité est conforme à ses intérêts personnels et patrimoniaux, en particulier que sont préservés les moyens lui permettant de maintenir son niveau de vie et de faire face aux conséquences de sa vulnérabilité* ». Cet avis confirme bien la solution qui avait été donnée, en avril 2021, par la Cour d'appel de Paris. Une nouvelle fois, on ne peut qu'approuver la solution donnée qui opère une recherche d'équilibre entre liberté et protection, si particulière au droit des majeurs protégés. Cette règle pourrait être d'ailleurs opportunément reprise à l'occasion d'une réforme du droit des majeurs protégés.

Le juge des tutelles, malgré le processus de déjudiciarisation, demeure le garant de cet équilibre et on ne peut que s'en féliciter. L'habilitation familiale, et le législateur ne s'y est pas trompé, est un creuset d'oppositions d'intérêts qui impose l'intervention du juge des tutelles pour les actes à titre gratuit : la transmission du patrimoine interviendra dans le même cercle familial que celui dans lequel la personne habilitée aura été choisie. L'article 494-1 est clair sur ce point, de même que l'article 490, al.2, pour le mandat de protection future. Cette règle pourrait être opportunément reprise

à l'occasion d'une réforme du droit des majeurs protégés.

Comme il a été rappelé une nouvelle fois, la volonté réelle ou présumée, présente ou passée, doit fonder la donation. Le juge pourra bien évidemment se fonder sur la volonté actuelle du majeur protégé et devra s'assurer de la réalité de cette volonté, en recourant à une expertise médicale et/ou à une audition de la personne bénéficiant d'une habilitation familiale. Toutefois, dans la majorité des cas, cette volonté ne pourra plus s'exprimer et il conviendra de recourir à des traces passées de volonté : donations déjà intervenues ; projets de donation ; acte relatant cette donation ; ... La tâche du juge des contentieux de la protection risque d'être délicate : on peut ainsi penser que la donation pourra intervenir pour faire suite à des libéralités déjà intervenues ou à des actes montrant une volonté de transmettre (enfant déjà placé à la tête d'une entreprise par exemple). Une fois encore c'est dans l'anticipation que la solution pourra être trouvée : par exemple, prévoir une telle donation dans un acte écrit ... Si l'avis de la Cour de cassation concerne une habilitation familiale, il est applicable mutatis mutandis au mandat de protection future qui constitue l'outil idoine pour prévoir des donations ... au cas où une altération surviendrait avant qu'elles n'aient été réalisées. Cet avis permettra peut-être de dépasser l'hostilité de certains juges qui excluaient systématiquement toute donation sous le prétexte que, faute pour le majeur d'avoir agi avant la mise en place de sa protection, plus aucune donation ne pouvait intervenir.

Si une volonté réelle ou présumée est nécessaire, elle ne saurait être suffisante puisque le juge des tutelles doit vérifier la conformité de cette donation avec les conditions de vie du majeur protégé qui doit maintenir son niveau de vie et faire face à ses besoins. Il appartiendra à la personne habilitée de démontrer la sauvegarde des intérêts patrimoniaux du donateur pour le présent et l'avenir. Cette protection de bon aloi risque de constituer un frein important. Si cet avis doit être salué pour l'équilibre qu'il instaure entre liberté de transmission et protection du majeur, il ne saurait permettre un réel développement des donations faites par des majeurs bénéficiant d'une habilitation familiale – d'un mandat de protection future ou placées sous tutelle – et sera surtout utilisé pour des patrimoines importants.



Jean Marie Plazy

## Régulations et actions prévues en 2022

L'AMF veille à la protection de l'épargne investie en produits financiers, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés. Pour l'année 2022, en tant qu'autorité publique indépendante, elle fixe donc ses priorités, et les supervisions et actions qu'elle entend mener.

Ainsi au cours des prochains mois, les actions de l'Autorité des marchés financiers s'articuleront en priorité autour de principaux axes concernant l'Europe, l'investissement des particuliers et la finance durable.

Malgré un contexte sanitaire complexe lié à la pandémie de Covid-19 et les confinements successifs, l'année passée a été synonyme de reprise économique. Les marchés financiers ont été au cœur de cette reprise en permettant notamment de renforcer les fonds propres des entreprises. Les particuliers ont confirmé leur regain d'intérêt pour la Bourse ; L'an dernier ils sont environ 2,5 millions d'investisseurs particuliers français et étrangers à avoir réalisé au moins une transaction par trimestre sur des instruments financiers relevant du périmètre de surveillance de l'AMF. Ils sont également plus jeunes.

En matière de supervision, l'AMF souhaite s'intéresser prioritairement aux axes principaux que sont la gestion d'actifs, les activités des intermédiaires et la commercialisation et le conseil. En matière de gestion d'actifs il s'agira de contrôler la valorisation des actifs peu liquides comme l'immobilier ou les obligations d'entreprises, le respect des contraintes et des engagements contractuels en matière de finance durable, la gouvernance et la qualité des données de reporting, le suivi et le contrôle des sociétés de gestion de portefeuille par les dépositaires. Concernant les activités des intermédiaires et des infrastructures de marché, cela concernera la qualité des données de transaction sur les obligations (transparence post-négociation) et de reporting sur les transactions sur dérivés, la fourniture de données de marché par les plateformes de négociation ainsi que les activités transfrontières. Enfin en matière de commercialisation et conseil en investissement, il s'agira de la supervision des conseillers en investissements financiers, le contrôle de la commercialisation réalisée au sein des réseaux bancaires, l'établissement et la transparence des coûts et des frais des distributeurs, la commercialisation auprès des personnes âgées vulnérables dans le cadre du Pôle commun avec l'ACPR.

Pour se faire, l'AMF a établi des priorités d'action qui restent guidées par sa stratégie générale visant à achever en 2022 certaines initiatives prises au cours des dernières années. Elles se déclinent autour de quatre axes principaux. Au niveau européen, pour lequel l'AMF se mobilise, en apportant son soutien technique à la présidence française du Conseil de l'Union européenne au 1er semestre 2022 et en contribuant aux travaux européens, que ce soit pour renforcer la transparence des marchés de capitaux, soutenir le rôle clé de la gestion d'actifs dans le financement de l'économie, préparer la mise en œuvre du futur cadre européen des crypto-actifs

ou faire converger la supervision. Au niveau de l'investissement des particuliers, l'AMF entend œuvrer pour un cadre européen protecteur de l'épargnant, tout en facilitant l'accès aux marchés de capitaux. Dans cet esprit, l'AMF a d'ores et déjà formulé des propositions réglementaires et prendra toute sa part dans la réflexion en vue d'une stratégie européenne pour les investisseurs particuliers. L'AMF poursuivra également ses actions de pédagogie à destination des nouveaux investisseurs et de prévention des arnaques et des mauvaises pratiques de commercialisation en mobilisant l'ensemble des acteurs concernés. En matière de finance durable, l'AMF accompagnera les entreprises dans la mise en œuvre de la taxinomie européenne et contribuera au développement de normes de reporting de durabilité, et ait aussi de la lutte contre le greenwashing une priorité en 2022, avec la mise en application du cadre européen de transparence, des propositions pour des labels et standards adaptés et la poursuite de travaux sur la contribution de la finance à la transition vers la neutralité carbone. Enfin sur un plan plus organisationnel, l'AMF souhaite poursuivre sa modernisation, en généralisant par exemple à l'ensemble de ses métiers une exploitation plus intensive des données, et ce en s'appuyant sur la plateforme ICY, qui met en œuvre des technologies big data et d'intelligence artificielle. Elle étendra l'extranet ROSA, ouvert aux sociétés de gestion de portefeuille depuis 2021, aux produits dont les 12 000 fonds d'investissement français, et supervisera la nouvelle certification finance durable qui démarre donc à compter du premier trimestre 2022.



Nicolas Esplan

## L'appel de la FNDP enfin entendu.. (suite)

**Point notable, La chambre commerciale fonde expressément son avis sur l'article 578 du Code civil** : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ». Implicitement, la chambre attache la qualité d'associé à la propriété des parts (ou actions). On ne peut que l'en approuver : pour qui sait lire, le texte, hérité des Institutes de Justinien (« Usus fructus est jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia »), **désigne l'usufruitier comme n'étant pas propriétaire**, « un autre [, et lui seul, ayant] la propriété [le nu-propriétaire] ». Pothier écrivait à juste titre : « Quoique je n'ai pas l'usufruit, je n'en suis pas moins propriétaire pour le total ; l'usufruit que je n'ai pas étant une servitude, une charge plutôt qu'une partie de la chose » (cité par Th. Revet, Rapport de synthèse des Journées nationales de l'Association Henri Capitant, L'usufruit : D. 2020, p. 103). On ne détient pas un bien et donc des titres sociaux en usufruit ; on détient un usufruit sur le bien et donc sur les titres sociaux.

Dès lors que l'usufruitier jouit au sens de la loi de droits sociaux dont « un autre a la propriété », cet autre étant le nu-propriétaire, **la qualité d'associé, qui se fonde sur la propriété et non sur un droit de jouissance, revient naturellement au propriétaire (nu-propriétaire), à l'exclusion de l'usufruitier**. Comme on a pu l'écrire, « l'unique et véritable propriétaire de la chose grevée d'usufruit est le nu-propriétaire [...]. La solution, s'agissant de l'usufruit sur des titres sociaux est inéluctable : la qualité d'associé revient au seul nu-propriétaire, à l'exclusion de l'usufruitier » (J.-P. Chazal, L'usufruitier et l'associé : Defrénois 2000, art. 37191. – V. déjà en ce sens Fr. Zénati : RTD civ. 1994, p. 644).

**Nous ne pouvons qu'approuver** une analyse que nous avons fermement défendue (R. Mortier, La jouissance de la qualité d'associé, in Mél. J.-J. Daigre : éd. Joly-Lextenso, p. 223), dans le sillage de grands maîtres (F. Zénati et Th. Revet, Les biens : PUF, coll. Dr. fondamental, 3e éd., 2008, n° 344. – F. Zénati, Pour une rénovation de la théorie de la propriété : RTD civ. 1993, p. 313. – Th. Revet, Rapport de synthèse des Journées nationales de l'Association Henri Capitant, L'usufruit : D. 2020, p. 103), en ce qu'elle tend à tenir l'usufruit pour ce qu'il est : non un démembrement de la propriété, mais une charge réelle la grevant.

Soulignons au demeurant que la solution rejoint celle consacrée par **le droit allemand** (où l'usufruit figure parmi les servitudes et hors le droit de propriété : Livre 3 intitulé « Droit des biens », Titre 2 « Usufruit » de la section 4 intitulée « Servitudes ». – BGB, § 1030 et s.), ainsi que par la CJCE (devenue CJUE) qui, interprétant l'article 578 du Code civil belge, repris mot pour mot du même texte du Code civil français, a jugé que seule a la qualité de société mère, éligible comme telle au régime fiscal de faveur mère-fille, la société (nue-)propriétaire des titres de la fille, à l'exclusion de la société usufruitière des mêmes titres (CJCE, 22 déc. 2008, aff. C-48/07 : « Il résulte des observations du gouvernement belge que, conformément à l'article 578 du code civil belge, l'usufruit confère à son titulaire le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété. Il s'ensuit que l'usufruit constitue un rapport de droit entre l'usufruitier et le propriétaire dont la propriété est diminuée de l'usufruit (§ 32). Ainsi, dans l'affaire au principal, VVT n'étant pas propriétaire des parts de NARDA, le rapport juridique qu'elle a avec cette dernière découle non d'un statut d'associé, mais de l'usufruit dont elle est titulaire »).

La portée de l'avis rendu nous semble **générale**, et **valoir tant pour l'usufruit de parts sociales que pour l'usufruit d'actions, et ce quelle que soit la société concernée**. De l'avis rendu le 1er décembre 2021, on retiendra que l'usufruitier n'est pas associé, et non pas seulement que l'usufruitier de parts de société civile n'a pas cette qualité.

Le refus de la qualité d'associé à l'usufruitier pourrait avoir des **conséquences innombrables** (pour un inventaire : R. Mortier et H. Hovasse, L'usufruit de droits sociaux : Actes prat. ing. sociétaire 2009, n° 105). **Signalons seulement** : l'exclusion en toute hypothèse de l'usufruitier du champ de **l'obligation aux dettes sociales** (cas de l'usufruitier de parts de société civile ou de SNC) ; **l'exclusion de l'usufruitier du décompte des associés**, s'agissant notamment de savoir si la société est unipersonnelle, ou encore si elle est dotée d'un nombre suffisant d'associés (exemples de la société civile ou de la société anonyme non cotée, dotée obligatoirement de deux associés au moins) ; **le refus à l'usufruitier de tout droit reconnu à l'associé ou toute action en justice attitrée à l'associé**, sachant qu'il ne faut pas s'emballer et rester prudent : le principe est assorti par la Cour de cassation d'un **important tempérament**, dont il appartiendra de mesurer l'exacte ampleur, et qu'il nous appartient maintenant d'évoquer.

Après avoir contesté à l'usufruitier la qualité d'associé, la chambre commerciale tempère ce principe : « mais [l'usufruitier] doit pouvoir provoquer une délibération des associés sur une question susceptible d'avoir une **incidence directe sur son droit de jouissance** ». L'ouverture du droit de jouissance de l'usufruitier aux prérogatives que la loi réserve à l'associé obéit à la logique implacable de **l'article 578 du Code civil**, par lequel l'usufruitier jouit **« comme le propriétaire lui-même »**. Dès lors qu'est acquise l'idée que le propriétaire est associé, alors l'usufruitier doit jouir comme l'associé lui-même. Toujours sous la restriction, posée par l'article 578, interdisant à l'usufruitier de porter atteinte à la substance des parts ou actions grevées d'usufruit. Ainsi devrait-on de manière générale reconnaître à l'usufruitier tous les droits accordés à l'associé (en ce sens, R. Mortier, La jouissance de la qualité d'associé, art. préc.). **Cependant**, aussitôt l'idée admise, la chambre commerciale l'affuble d'un filtre tiré de **« l'incidence directe »** sur le droit de jouissance des parts, afin de faire le tri entre les droits de l'associé qui devraient être accordés à l'usufruitier, et ceux qui devraient lui être déniés. La restriction ainsi posée **n'existe nulle part dans la loi**, les textes ne conditionnant ni de près, ni même de très loin, le droit de jouissance de l'usufruitier à la nécessité d'une « incidence directe » des prérogatives sollicitées sur ce droit de jouissance. Un avis qui pose plus de questions qu'il n'en résout ne satisfera pas son objectif. **Loin de tarir le contentieux, la formulation proposée devrait en faire le lit**. Du fait même de l'interposition de la personnalité morale de la société, l'incidence devrait très rarement être considérée comme directe dès lors qu'elle ne se manifesterait le plus souvent que par ricochet, ce qui n'est pas sans rappeler la jurisprudence refusant d'indemniser l'associé du chef d'un préjudice subi par la société, dès lors que le préjudice subi n'est pas pour lui distinct de celui subi par la société, et n'est pas ainsi « personnel », en ce qu'il n'est « que le corollaire du préjudice social » (V. not. Cass. com., 26 janv. 1970, n° 67-14.787. – [Cass. com., 25 janv. 2017, n° 14-29.726, F-D](#)). On sait qu'une telle exigence est la source d'un contentieux intarissable, réduisant considérablement le droit à indemnisation de l'associé (pour une illustration où une telle indemnisation a été reconnue, v. [Cass. 3e civ., 12 mai 2021, n° 19-13.942, FS-P ; Dr. sociétés 2021, comm. 101](#), note R. Mortier : caractérisation d'un préjudice personnel indemnisable de l'associé du chef d'un redressement fiscal d'une société de personnes).



Renaud Mortier

## Une donation-partage publiée permet de se protéger de ses créanciers

En matière patrimoniale, le droit des sociétés est souvent utilisé pour protéger un patrimoine contre des créanciers. De multiples sociétés civiles sont la preuve. L'exploitant individuel crée également très fréquemment une structure à responsabilité limitée afin d'ériger le mur de protection de la personne morale entre ses créanciers professionnels et son patrimoine professionnel. C'est au contraire une organisation posant une responsabilité élargie qui est à l'origine de l'arrêt du 8 décembre 2021 (Cass. Civ. 3ème, 8 déc. 2021, n°20-18.432, pub. au bull.). Mme G, associée d'une société en nom collectif, déjà donc indéfiniment et solidairement responsable des dettes sociales, s'était portée caution solidaire de cette société le 10 mars 2009 au profit de la caisse régionale du Crédit agricole de Normandie (CRCAM). Deux ans et demi plus tard, le 7 septembre 2011, elle publie la donation-partage de la nue-propriété d'un immeuble d'habitation, consentie 12 juillet 2011, au profit de ses deux enfants. La société est liquidée et la CRCAM demande l'inopposabilité de la donation-partage pour fraude paulienne. La cour d'appel déclare l'action irrecevable car prescrite et la CPAM conteste cette décision en expliquant que le délai de prescription n'a commencé à courir non pas forcément à la date de la publication mais à celle où le créancier connaissait réellement l'existence de l'acte. La troisième chambre civile rejette le pourvoi en affirmant clairement que « la cour d'appel a exactement retenu que l'action paulienne, qui vise à rendre inopposable à un créancier l'acte fait par l'un de ses débiteurs en fraude de ses droits, était une action de nature personnelle soumise à la prescription de droit commun de l'article 2224 du code civil, courant à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Il rappelle que « ce n'est que lorsque la fraude du débiteur a empêché le créancier d'exercer son action que le point de départ en est reporté au jour où il a effectivement connu l'existence de l'acte fait en fraude de ses droits » et conclue que « l'acte de donation-partage ayant été régulièrement porté à la connaissance des tiers du fait de sa publication au service de la publicité foncière le 7 septembre 2011, la banque était réputée avoir connaissance de son existence dès cette date, la cour d'appel en a déduit, à bon droit, que l'action qu'elle avait engagée plus de cinq ans après était prescrite ».

Des actes critiqués au motif qu'ils organiseraient l'insolvabilité sont fréquents. En reprenant une solution de principe posée par l'article 1167, le nouvel article 1341-2 du Code civil dispose que le créancier peut agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard, les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude. Traditionnellement, plusieurs éléments doivent être réunis. Certains sont relatifs à la créance qui doit exister, être antérieure à l'acte attaqué, au moins en germe. D'autres sont relatifs aux actes du débiteur. Ne sont attaquables que les actes d'appauvrissement, qui ont donc diminué le patrimoine du débiteur, à condition qu'ils aient causé un préjudice du créancier qui a alors un intérêt à agir. La fraude de la caution, comme c'est le cas dans l'arrêt du 8 décembre a déjà été retenue. En effet, il a été admis que le créancier est fondé, en

exerçant l'action paulienne, à demander l'annulation de la cession frauduleuse d'un immeuble par la caution dans le seul but de faire échapper celui-ci à une saisie du créancier (Cass. 1ère civ., 6 juill. 2016, n°15-21.821).

Lorsque le créancier découvre les actes d'appauvrissement, un délai conséquent s'est souvent écoulé. Il est alors essentiel de savoir si l'action est prescrite ce qui suppose de connaître non seulement la durée du délai, mais aussi le point de départ de ce délai. En application des articles 1341-2 et 2224 du code civil, l'article 52 du décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 et du principe selon lequel la fraude corrompt tout, la Cour de cassation a jugé que l'action des bénéficiaires de reconnaissances de dette contre le débiteur, qui a procédé à la cession de parts sociales qu'il détenait au profit d'un tiers, quand bien même elle aurait fait l'objet d'une mesure de publicité, n'était pas prescrite. La cour d'appel aurait dû rechercher si le fait que le débiteur ait tout fait pour dissimuler son adresse et l'existence de biens, tout au long de la procédure, aurait eu pour effet d'empêcher les bénéficiaires des reconnaissances de dette d'exercer l'action paulienne avant d'avoir effectivement eu connaissance de l'acte de cession de parts (Cass. 3ème civ., 12 nov. 2020, n°19-17.156, P+B+I). Cet arrêt est d'ailleurs cité par celui du 8 décembre qui confirme la solution. C'est donc la publication, même si on n'établit pas que le créancier en avait connaissance, qui fera démarrer le délai de prescription de cinq ans.



Sophie Schiller

## De l'application de la garantie d'éviction dans les cessions de droits sociaux

Cass. com. 10 novembre 2021, n°21-11975

« Si la liberté du commerce et la liberté d'entreprendre peuvent être restreintes par l'effet de la garantie d'éviction à laquelle le vendeur est tenu envers l'acquéreur, c'est à la condition que l'interdiction pour le vendeur de se rétablir soit proportionnée aux intérêts légitimes à protéger »

Opération usuelle de la vie économique, la cession de droits sociaux est traditionnellement analysée comme une vente à laquelle les juges appliquent les garanties spécifiques du droit de la vente : la garantie des vices cachés (Cass. com. 12 décembre 1995, Rev. sociétés 1996, p. 55, note D. Bureau) et la garantie d'éviction (Cass. com. 6 juin 1972, Rev. sociétés 1973, p. 506, note B. Oppetit ; Cass. com. 15 décembre 2019, n°08-20522). Prévue aux articles 1626 à 1640 du Code civil, cette dernière a pour objet d'assurer à l'acquéreur la possession paisible de la chose vendue après la délivrance de celle-ci. Il s'agit d'une garantie de droit. Bien qu'aucune stipulation expresse ne l'ait prévue au moment de la vente, elle est due par le vendeur. Celui-ci est obligé de garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il pourrait souffrir dans la totalité ou partie de l'objet vendu. Au titre de cette garantie, le vendeur est tenu de garantir l'acquéreur non seulement de l'éviction qui lui est personnellement imputable, mais également de celle qui résulte du fait des tiers. Dans les cessions de droits sociaux, le contentieux relatif à la garantie du fait personnel porte principalement sur l'un des aspects particuliers que peut revêtir dans certains contrats, l'entrave subie par l'acquéreur dans son droit : la concurrence exercée par le cédant.

En l'espèce, deux associés avaient fondé, en 1997, une société A, spécialisée dans l'édition de « solutions de messagerie et de travail collaboratif ». Dix ans plus tard, ils cèdent leurs actions à une société B, intervenant sur le marché des prestations de services informatiques. À cette occasion, les associés cédants deviennent actionnaires de la société B, cessionnaire, et salariés de la société A, cédée. En 2010, ils démissionnent de cette dernière et l'année suivante, ils se font racheter les actions qu'ils possédaient dans la société B. En parallèle, le 12 octobre 2010, ils créent et développent la société C. Invoquant la garantie légale contre l'éviction, la société B, cessionnaire, assigne les deux associés cédants en restitution partielle de la valeur des droits sociaux cédés et en réparation de son préjudice. Dans un arrêt en date du 1er décembre 2020, la Cour d'appel de Paris juge que les cédants ont manqué à leur obligation née de la garantie légale d'éviction. Les juges du fond constatent que les cédants se sont rétablis, par l'intermédiaire d'une nouvelle société « dans le même secteur d'activité que la société cédée, pour proposer au marché un produit concurrent ». Ils relèvent qu'ils se sont réappropriés une partie du code source du logiciel, qu'ils ont débauché le personnel de la société cédée et que les clients se sont détournés de cette dernière afin de contracter avec la société C, par eux créée. Les juges du fond estiment que les agissements des cédants aboutissent à un détournement de la clientèle attachée aux produits et services vendus par la société cédée, empêchant celle-ci de poursuivre pleinement son activité. Ils condamnent les cédants à restituer à la société une partie du prix de cession des parts cédées et à l'indemniser, au titre non seulement de la perte de chiffre d'affaires mais également, d'une perte de chance. Contestant cette décision, les cédants se pourvoient en cassation en faisant valoir que l'atteinte à la liberté d'entreprendre n'est admissible que si elle est limitée dans le temps et proportionnée à l'objectif visé de protection du droit de propriété du cessionnaire sur les droits sociaux cédés. Or, en l'espèce, les associés fondateurs n'ont créé leur société C que plusieurs années après la cession des actions de la société A. Dès lors, ils n'auraient commis aucun acte de concurrence déloyale, aucun manquement ni à leurs obligations contractuelles

de non-concurrence, ni à leur obligation de loyauté en tant qu'actionnaires de la société B. La chambre commerciale de la Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel, pour défaut de base légale, en se fondant tant sur la garantie d'éviction que sur les principes de la liberté d'entreprendre et de la liberté du commerce et de l'industrie. Elle affirme que « si la liberté d'entreprendre peut être restreinte par l'effet de la garantie d'éviction, (...) c'est à la condition que l'interdiction pour le vendeur se rétablir soit proportionnée aux intérêts légitimes à protéger ». La Cour d'appel a privé sa décision de base légale en n'ayant pas cherché « concrètement » si, au regard de l'activité de la société sont les parts ont été cédées et du marché concerné, l'interdiction de se rétablir se justifiait encore au moment des faits reprochés.

Appliquée à la cession de droits sociaux, la garantie d'éviction met à la charge du cédant une obligation de non-rétablissement. Bien que cette obligation existe de plein droit et qu'elle relève de l'ordre public (C. civ., art. 1628), la chambre commerciale rappelle ici qu'elle ne soumet pas le cédant à une obligation générale de non-concurrence lui interdisant, de manière définitive, de se réinstaller ou de tirer profit d'une activité similaire. La Cour de cassation précise que cette obligation obéit au principe de proportionnalité. De la sorte, la garantie légale d'éviction du fait personnel du vendeur n'entraîne pour le cédant de parts sociales l'interdiction de se rétablir que si ce rétablissement est de nature à empêcher les acquéreurs des actions de « poursuivre l'activité économique de la société et de réaliser l'objet social » (Cass. com. 21 janv. 1997, n° 94-15.207 ; Cass. com. 15 déc. 2009, n° 08-20.522), notamment par une captation de la clientèle du cessionnaire vidant de son objet la cession de parts (Cass. civ. 1re, 24 janv. 2006, n° 03-12.736). Un simple obstacle au développement de l'activité est insuffisant (Com. 17 déc. 2002, n° 00-19.684). C'est pourquoi, les juges du fond auraient dû, en l'espèce, exercer un contrôle de proportionnalité circonstancié afin de déterminer si, au regard de l'activité de la société cédée et du marché concerné, « l'interdiction de se rétablir se justifiait encore au moment des faits reprochés ». En effet, la société concurrente avait été créée quatre ans après la cession des actions de la société A.

Plus largement, la présente solution permet, une fois encore, d'illustrer l'inadéquation des garanties du droit de la vente à la cession de droits sociaux. C'est au prix d'une tolérance jurisprudentielle contestable et contestée que les juges acceptent d'appliquer la garantie d'éviction aux cessions de parts sociales et d'actions. La concurrence n'affecte pas directement la « chose vendue », c'est à dire les actions mais la société dont les titres sont cédés. C'est donc en niant l'écran de la personnalité morale que les juges font profiter les parties à la cession de droits sociaux des garanties du droit de la vente. Ce « bricolage » est en réalité peu satisfaisant tant d'un point de vue pratique que d'un point de vue théorique et il explique le succès indiscutable des garanties conventionnelles en la matière (S. Lacroix-De Sousa, La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat, LGDJ-Fondation Varenne, 2010, n° 19).



Sandie Lacroix-De Sousa

## Le « rapport spécial » des libéralités reçues par le conjoint survivant

A propos de Cass, 1ère civ, 12 janvier 2022, n° 20-12.232 et n° 19-25.158

Une protection efficace du conjoint survivant passe sans aucun doute par l'anticipation de sa situation. Mais encore faut-il ajuster la stratégie choisie au fil du temps, selon l'évolution de ses besoins et de notre droit, si mouvant.

Alors que le contrat de mariage a longtemps été l'outil privilégié pour protéger le conjoint, l'avantage matrimonial n'étant pas soumis par sa nature même aux droits de mutation à titre gratuit, l'exonération des droits de succession du conjoint survivant a permis de repenser un tel choix, ce d'autant que l'efficacité des clauses du contrat de mariage est bien mise à mal ces derniers temps. En atteste la qualification d'avantage matrimonial en matière de modalités de calcul de la créance de participation aux acquêts qui conduit, par une application mécanique de l'article 265 du code civil, à écarté les prévisions du couple en cas de divorce. En atteste encore la pratique irritante des services de l'administration fiscale appliquant un droit de partage à l'exercice des clauses de préciput.

Si les libéralités entre époux offrent alors bien des charmes, permettant aujourd'hui une certaine souplesse par la faculté de cantonnement, encore faut-il veiller à combiner la libéralité envisagée avec les droits légaux du conjoint survivant pour clarifier les droits de chacun. La question a évolué dans le temps, et l'article 758-6 du code civil dispose aujourd'hui que « les libéralités reçues du défunt par le conjoint survivant s'imputent sur les droits de celui-ci dans la succession. Lorsque les libéralités ainsi reçues sont inférieures aux droits définis aux articles 757 et 757-1, le conjoint survivant peut en réclamer le complément, sans jamais recevoir une portion des biens supérieure à la quotité définie à l'article 1094-1 ». Cette disposition issue de la loi du 23 juin 2006 était au cœur de deux arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 12 janvier 2022.

Dans un premier arrêt (pourvoi n° 20-12.232), était en cause un pacte tontinier conclu lors de l'acquisition d'un appartement, pacte qui a été requalifié par les juges du fond en donation déguisée. La cour d'appel de Colmar en avait alors ordonné le rapport à la succession du défunt. C'est ce point qui était au cœur du pourvoi, le conjoint n'étant pas soumis au rapport successoral des libéralités. Le pourvoi est néanmoins rejeté, les Hauts magistrats se livrant à un cours de droit tant à l'attention des juges du fond que des plaideurs, par une substitution de motifs.

Est ainsi rappelée, en premier lieu, la teneur de l'article 758-5 du code civil, lequel précise les modalités de calcul des droits légaux du conjoint survivant en définissant la composition de la masse de calcul permettant de déterminer les droits théoriques du conjoint, qui pourront ensuite être confrontés à une masse d'exercice pour délimiter les droits effectifs du conjoint.

La Cour rappelle ensuite la teneur de l'article 758-6 du code civil pour en déduire, par combinaison de ces deux textes, que « le conjoint survivant est tenu à un rapport spécial en moins prenant des libéralités reçues par lui du défunt dans les conditions définies à l'article 758-6 ». Les juges du fond ayant retenu la qualification de donation déguisée, cette libéralité était donc « soumise au rapport dans les limites et selon les modalités prévues à l'article 758-6 du code civil ».

Dans un second arrêt (pourvoi n° 19-25.158), était en cause un legs à titre particulier d'une maison d'habitation, des meubles s'y trouvant et d'une certaine somme d'argent. La cour d'appel de Toulouse avait procédé à l'imputation de cette libéralité sur les droits légaux du conjoint survivant, ce qu'a contesté le conjoint survivant auteur du pourvoi au motif que les dispositions de l'article 843 du code civil, selon lequel les legs sont réputés faits hors part successorale, devaient s'appliquer et conduire au cumul du legs avec les droits légaux.

La Cour de cassation va, une fois encore, écarté l'argument, avec la même motivation : le conjoint survivant est tenu à un rapport spécial en moins

prenant des libéralités reçues par lui du défunt dans les conditions de l'article 758-6. Elle ajoute que la présomption de dispense de rapport des legs prévue à l'article 843 du code civil était inapplicable au conjoint survivant.

Ces arrêts ne manquent pas de retenir l'attention, ce d'autant qu'ils seront publiés au Bulletin et au Rapport. Nul doute qu'ils feront certainement l'objet de nombreux commentaires, moins en raison des solutions retenues, attendues, que des termes employés par la Cour de cassation.

En voulant sans doute faire preuve de pédagogie, la règle d'imputation des libéralités sur les droits légaux du conjoint est en effet présentée comme « un rapport spécial en moins prenant ». La doctrine avait déjà, il est vrai, souligné la proximité de cette règle d'imputation avec le mécanisme du rapport (voir notamment : B. VAREILLE, « Réflexions sur l'imputation en droit des successions », RTDCiv. 2009 p. 1). Pour autant, des différences subsistent entre les deux mécanismes (nous renvoyons ici le lecteur pressé aux premières (et riches) observations de Q. GUIGUET-SCHIELE, Dalloz Actualités, 24 janvier 2022). Le Professeur Catala lui-même l'avait d'ailleurs souligné : « Il est vrai que l'imputation n'est pas un rapport puisqu'elle n'oblige pas le conjoint à remettre à la masse l'excédent de l'émolument reçu à titre gratuit sur ses droits successoraux. Mais à concurrence de ces droits, l'imputation opère bel et bien comme un rapport en moins prenant puisque celui-ci se réalise, précisément, par imputation sur les droits du gratifié » (Voir : J.Cl. notarial Répertoire, V° conjoint survivant, fasc. 10, n° 84)

La doctrine s'emparera certainement de cette qualification de « rapport spécial », qui n'a pas qu'une portée théorique. Il suffit de songer, par exemple, à la question de la prise en compte ou non des libéralités faites au conjoint au sein de la masse de calcul de ses droits légaux, laquelle vise les biens dont le défunt a disposé au profit de successibles sans dispense de rapport. Dès lors que les libéralités faites au conjoint sont soumises à un « rapport spécial », rien ne justifierait de les écarter de cette masse de calcul.

La pratique ne manquera pas de relever les circonstances qui ont conduit à porter ce contentieux jusque devant la Cour de cassation. Le legs que le conjoint souhaitait ne pas voir imputer sur ses droits légaux avait été consenti par un testament authentique en date du 20 août 2003. Les textes alors en vigueur (issus de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001) ne prévoyaient pas une imputation des libéralités sur les droits légaux, le cumul étant le principe, dans la limite de la quotité disponible spéciale offerte au conjoint survivant (Voir : Cass, avis 25 septembre 2006, n° 006 0009 P ; Cass, 1ère civ, 4 juin 2009, n° 08-15.799). Telle avait peut-être été la solution présentée à l'époque au couple, ce qui expliquerait une certaine ténacité du conjoint survivant dont le goût du contentieux pourrait trouver comme nouveau terrain la responsabilité de ses conseils. Au demeurant, la volonté du testateur, au regard de la date du testament, n'était-elle pas d'offrir un tel cumul ? A supposer cette démonstration faite (entreprise périlleuse s'il en est), encore faudrait-il que la règle de l'imputation des libéralités sur les droits légaux ne soit pas impérative, question qui fait encore débat.

En définitive, le suivi des préconisations patrimoniales reste une impérieuse nécessité pour éviter de fâcheuses déconvenues...



Estelle Naudin

## Cass. 1ère civ., 2 février 2022 n° de pourvoi :20-11.793

### Indivision – article 815-17 du Code civil – passif de l’indivision – privilège du prêteur de deniers – indivisibilité – responsabilité du notaire

Afin de financer sa participation à l’acquisition d’un bien immobilier, l’un des deux acquéreurs a recours à un prêt bancaire. Le notaire inscrit le privilège du prêteur de deniers de la banque sur la quote-part ainsi financée et non sur le bien dans son intégralité. Suite à la liquidation judiciaire de l’emprunteur, la banque se trouve dans l’impossibilité de provoquer le partage de l’indivision, seule solution pour être désintéressé lorsque l’on est un créancier personnel d’un des indivisaires. Elle assigne donc le notaire en responsabilité et en indemnisation. En effet, le notaire tenu d’assurer l’efficacité juridique des actes qu’il instrumente, aurait dû inscrire le privilège sur l’intégralité du bien financé par le prêt. Une telle inscription aurait permis à la banque d’être qualifiée de créancier de l’indivision et non de créancier personnel de l’un des indivisaires. L’article 815-17 du Code civil distingue les deux hypothèses et permet au seul créancier de l’indivision de saisir directement un bien indivis sans avoir à provoquer le partage. L’inscription uniquement sur la quote-part constitue une faute du notaire qui engage alors sa responsabilité à l’égard de la banque comme le retient l’arrêt rendu le 2 février 2022 par la Première chambre de la Cour de cassation : « Vu les articles 1382, devenu 1240, et 815-17 du code civil :

**6. Il résulte de ces textes que, dans l’hypothèse où un prêt est souscrit par l’un seulement des acquéreurs d’un bien immobilier, pour financer sa part, l’assiette du privilège de prêteur de deniers est constituée par la totalité de l’immeuble et le prêteur, titulaire d’une sûreté légale née antérieurement à l’indivision, peut se prévaloir des dispositions de l’article 815-17, alinéa 1er, du code civil, mais que, si la sûreté a été inscrite, non pas sur l’immeuble, mais sur la quote-part appartenant à l’indivisaire, le créancier n’a la qualité, à l’égard des tiers, que de créancier personnel de l’indivisaire sans droit de poursuite directe sur le bien indivis, de sorte qu’il ne dispose que de la faculté de provoquer le partage au nom de son débiteur ou d’intervenir dans le partage provoqué par lui. (...)**

**8. En statuant ainsi, alors qu’il résultait de ses constatations qu’à la suite de cette faute, la banque, ayant à l’égard des tiers la qualité de créancier personnel du coïndivisaire emprunteur, ne pouvait exercer son droit de poursuite sur les biens indivis et ne disposait que de la seule faculté de provoquer le partage, qu’elle avait perdue en raison de la liquidation judiciaire de l’emprunteur, la cour d’appel a violé les textes susvisés. (...)** ».

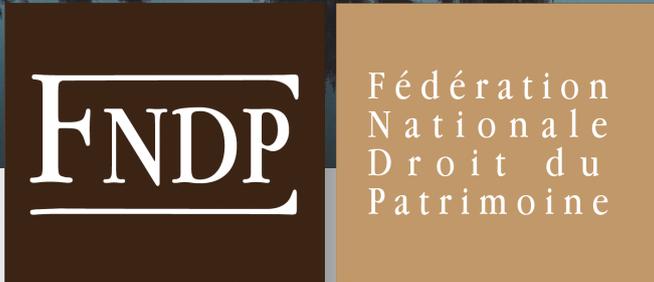
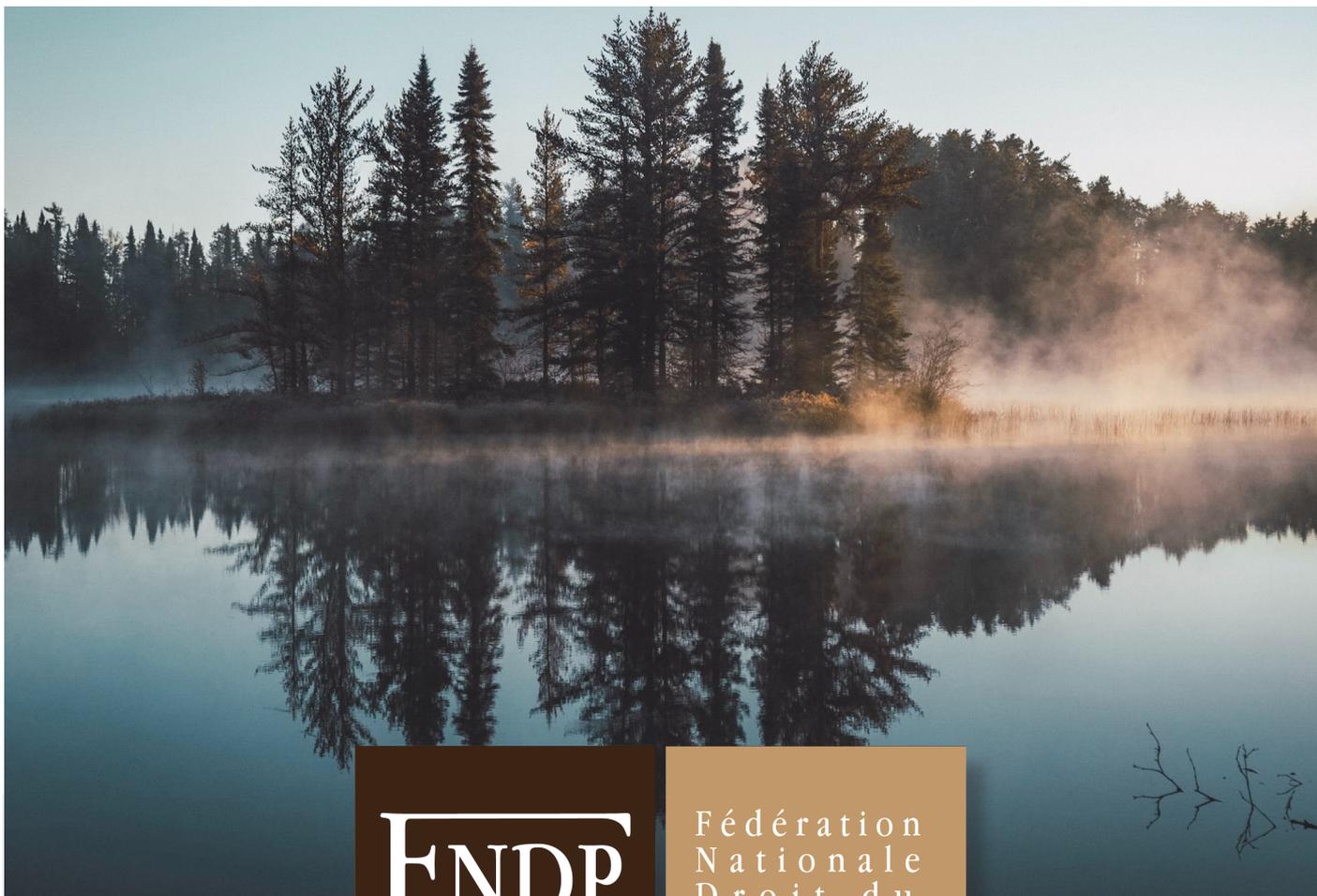
Cette décision réaffirme le principe de l’indivisibilité du privilège du prêteur de deniers lors d’une acquisition collective. Ce principe défendu par le Professeur Philippe Théry (« Du recours au privilège de prêteur de deniers en cas d’acquisition par deux personnes », Defrénois 1990. 844) avait déjà été retenu par la Jurisprudence dans un arrêt de la Première chambre civile du 9 janvier 2019 (n°17-27.411 : D. 2019. 1428, note Théry et Gijssbers ; RTD civ. 2019. 155, obs. Crocq ; JCP N 2019, 1131, note Simon-Michel) et est confirmé par notre arrêt du 2 février 2022.

Dans le contexte d’une acquisition collective dont le financement a nécessité pour au moins l’un des acquéreurs le recours à un prêt, le prêteur de deniers doit être qualifié de créancier de l’indivision et non de créancier personnel d’un coïndivisaire. Cela s’explique par le fait que sa créance est liée au transfert de propriété de l’immeuble dont elle permet la réalisation entre le vendeur et les acquéreurs : elle est donc chronologiquement antérieure à la création de l’indivision entre les acquéreurs. La qualité de créancier de l’indivision lui assure le bénéfice de l’alinéa 1er de l’article 815-17 du Code civil, « **Les créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu’il y eût indivision, et ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis, seront payés par prélèvement sur l’actif avant le partage. Ils peuvent en outre poursuivre la saisie et la vente des biens indivis** » : il n’a pas besoin de provoquer le partage de l’indivision pour se désintéresser. Par conséquent, et dans le respect du principe d’indivisibilité des sûretés réelles, comme le relève l’arrêt reprenant in extenso la solution dégagée en 2019 : « *l’assiette du privilège de prêteur de deniers est constituée par la totalité de l’immeuble et le prêteur, titulaire d’une sûreté légale née antérieurement à l’indivision, peut se prévaloir des dispositions de l’article 815-17, alinéa 1er, du code civil (...)* ». Le notaire qui n’aurait pas inscrit le privilège sur l’intégralité du bien, engage sa responsabilité et peut alors être condamné à verser des dommages et intérêts au prêteur.

Cette analyse jurisprudentielle devrait perdurer malgré le changement de qualification du privilège du prêteur de deniers en hypothèque légale spéciale, issu de l’ordonnance n°21-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.



Céline Kuhn



# La Lettre de la FNDP

Numéro 23 - Février 2022

# Numéro 23