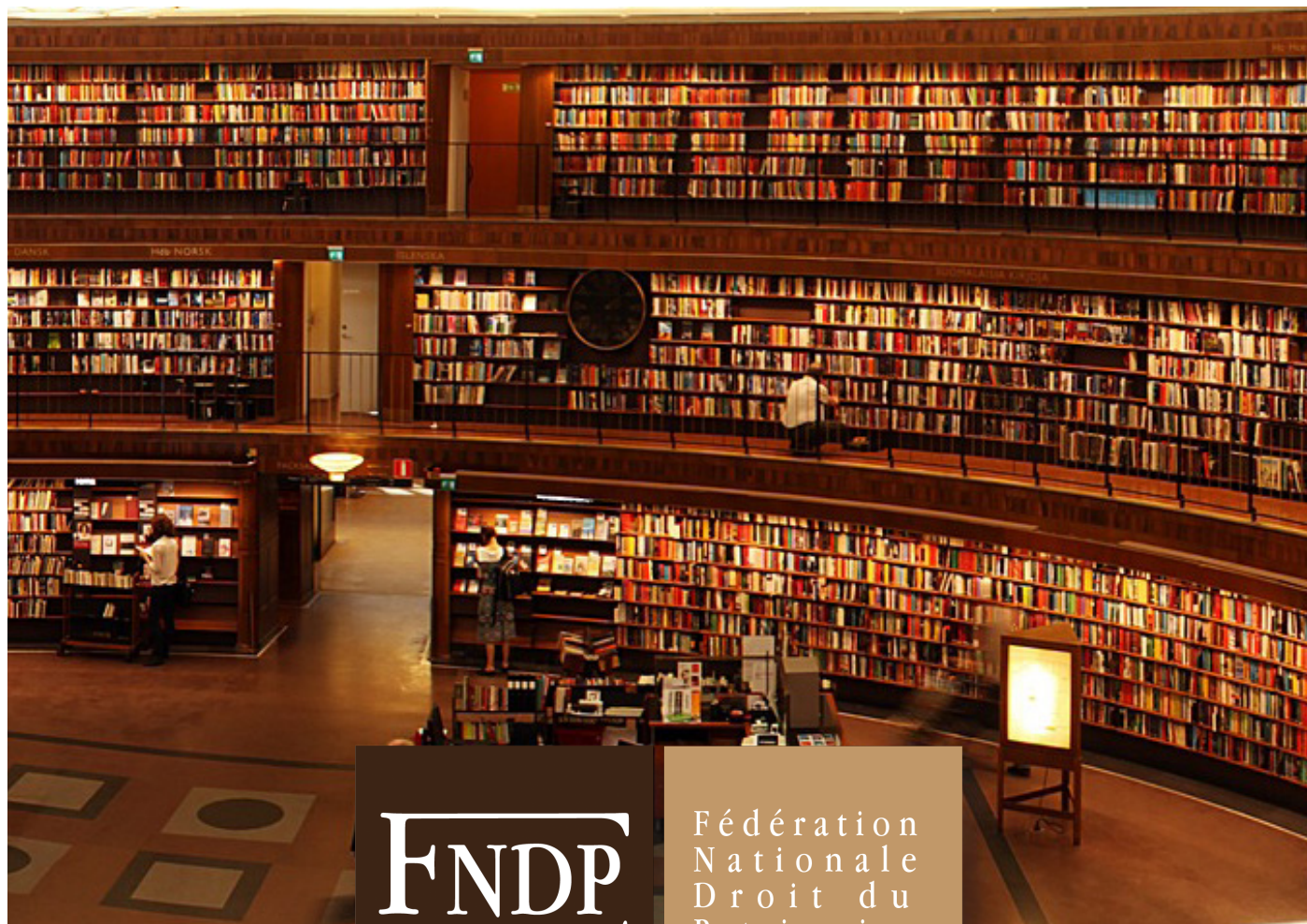




FNDP

Fédération
Nationale
Droit du
Patrimoine

La Lettre de la FNDP

Numéro 27 - Décembre 2022

Numéro 27

Édito

Un jour que l'on demandait à Cocteau ce qu'il emporterait si sa maison venait à brûler, il répondit avec malice : le feu. Repartie brillante sans doute mais qui n'était alors que cela, l'élégante pirouette d'un fin dandy. Voici aujourd'hui que cette répartie résonne d'une autre manière, alors que nos sociétés approchent leur moment de vérité et que, pour la plupart, nous ne voulons pas comprendre ce que cela peut signifier.

En particulier, cette saillie qui ne fut pour Cocteau qu'un trait, parmi mille autres, jailli de son esprit fécond, illustre aujourd'hui parfaitement le cadre de pensée des élites dirigeantes.

Car, il y a pour un observateur naïf un gouffre entre les faits ⁽¹⁾ et les réactions qu'ils suscitent, maintenant qu'il n'est plus possible de les nier. À la vue de tous, même des plus récalcitrants, notre maison commune se délite à une vitesse de plus en plus élevée. Mais nous espérons conserver la bâtisse dans ce qui lui reste de fondations en bénéficiant toujours de la lumière et la chaleur du feu qui pourtant la consume ⁽²⁾. Souhaitant en quelque sorte guérir en chérissant le mal qui nous emporte petit à petit.

Les changements vont avoir lieu, ils ne pourront être financés, compte tenu du niveau de l'endettement des états, pour l'essentiel, que par l'impôt ou par la réorientation de l'épargne vers des supports permettant ces investissements durables.

Les gestionnaires de patrimoine que nous formons aujourd'hui seront nécessairement confrontés à ces évolutions. Leur sensibilisation à ces questions essentielles est indispensable.

Nous vous souhaitons de passer d'excellentes fêtes de fin d'année.

Michel LEROY

1 La Terre aurait vu disparaître près de 68% de ses populations de vertébrés entre 1970 et 2016, un rythme estimé 100 à 1 000 fois supérieur au taux naturel d'extinction par le Fonds mondial pour la nature (WWF). Établi à partir de données paléontologiques, le taux naturel d'extinction des espèces détermine que la durée d'existence des espèces serait en moyenne de 5 millions d'années (<https://www.vie-publique.fr/eclairage/271780-erosion-de-la-biodiversite-un-constat-alarquant#:~:text=La%20derni%C3%A8re%20%C3%A9dition%20de%20la,extinction%20%C3%A0%20l%27%C3%A9chelle%20mondiale.>).

2 Sur le papier cependant, les états s'organisent pour lutter contre cette perte de biodiversité. Ainsi, l'Union Européenne s'est engagée à mettre en place un « vaste réseau de zones protégées, sur terre et en mer ». (https://environment.ec.europa.eu/strategy/biodiversity-strategy-2030_fr#:~:text=La%20strat%C3%A9gie%20de%20l%27UE,r%C3%A9tablissement%20d%27ici%20%C3%A0%202030.). Au niveau mondial, la mise en place de cet « objectif de 30 % d'aires protégées et autres mesures de conservation d'ici 2030 » (https://www.iddri.org/fr/publications-et-evenements/billet-de-blog/quelles-attentes-pour-la-cop-15#footnoteref1_r12lcyg) à cependant un coût colossal : les estimations oscillent entre 103 et 178 milliards de dollars US par an pour les plus basses, basées seulement sur les investissements pour atteindre 30 % d'aires protégées terrestres et marines en 2030, et entre 599 et 823 milliards par an pour les plus hautes. Les états paieront-ils des sommes aussi élevées alors que d'autres priorités exigent également des réponses et donc des investissements ? L'avenir nous le dira...

Sommaire

* Assurance-Vie	4
* Droit fiscal patrimonial	5
* Responsabilité Patrimoniale	6
* Réglementation	7
* Droit international privé	9
* Droit des sociétés	10
* Droit des biens	15



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) - 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.

Un notaire intéressé ne fait pas un bon tuteur...

Doit être cassé l'arrêt qui rejette la demande d'indemnisation diligentée contre le tuteur qui a fait modifier des clauses bénéficiaires au profit de ses enfants au motif que ceux-ci n'avaient pas été appelés à la cause pour être condamnés à restitution.

Cass. 1ère civ. 09 nov. 2022 n° 20-18.920

Le notaire de famille est une institution à laquelle chacun souhaite pouvoir se fier, en particulier dans les périodes délicates de l'existence.

Que son parent vulnérable soit représenté par un tel professionnel dans les dernières années de son existence, voilà ce qui a dû rassurer les descendants de la personne, persuadés peut-être que leur ascendant était entre de bonnes mains.

Et pourtant... Dans cette affaire, après la mise sous tutelle, le notaire fit modifier la clause bénéficiaire des contrats d'assurance vie souscrits par la personne vulnérable au profit de personnes désignées par testament.

Au décès de l'assuré, le notaire produisit à la succession l'existence d'un testament, olographe bien évidemment, désignant en qualité de bénéficiaire... ses propres enfants.

Les héritiers de l'assuré ne l'entendirent pas de cette oreille et l'assignèrent en responsabilité et en nullité des actes, mais en commettant une erreur de procédure. Ils n'appelèrent en effet pas à la cause les bénéficiaires des garanties décès. Pour cette raison, la demande en nullité des actes modificatifs fut rejetée en appel.

Plus surprenant, la demande en indemnisation fut également rejetée par la même cour au motif que le notaire « *ne pourra pas être condamné solidairement avec ses enfants au paiement des sommes investies sur les contrats d'assurance sur la vie, tant qu'il n'est pas établi que (ses enfants) sont tenus de la même obligation, ce qui suppose, au préalable, l'annulation du testament, () et des modifications des clauses désignant les bénéficiaires.* » ;

En d'autres termes, la Cour d'appel liait entre elles la recevabilité des deux actions et ce point était en droit plus que contestable. Sans surprise, l'arrêt fut cassé : « *l'annulation du testament () et des modifications des clauses .. n'était pas un préalable nécessaire à la recevabilité de l'action en responsabilité* » (cass. 1re civ., 15 juin 2017, n° 16-20446.).

Curieusement, les demandeurs n'obtinrent pas gain de cause devant la Cour de renvoi au motif que les demandeurs ne pouvaient pas demander la condamnation solidaire du notaire et de ses enfants alors que les bénéficiaires n'avaient pas été appelés à la cause.

Les enfants intentèrent à nouveau un pourvoi en cassation et obtinrent gain de cause : *en statuant ainsi, alors que, dans leurs conclusions, (les demandeurs) demandaient la condamnation (du notaire) à leur payer, à titre de dommages-intérêts, une somme équivalente à celle figurant sur les contrats d'assurance vie, en réparation des fautes par lui commises en qualités de notaire et de tuteur, la cour d'appel, qui a dénaturé ces écritures, a*

violé le principe susvisé.

La cassation était inévitable tant la Cour d'appel avait méconnu l'objet de la demande des enfants de l'assurée. En effet, la restitution éventuelle des fonds par les bénéficiaires des garanties, ne constitue pas une indemnisation mais un effet de l'annulation. Le juge aurait par conséquent dû prononcer la condamnation du tuteur et fixer le montant de l'indemnisation au regard des préjudices que la restitution des fonds ne faisait pas disparaître.



Michel Leroy

Maître de conférences HDR
Responsable Mention Droit
du patrimoine
Université de Toulouse

Appréciation de la notion de prépondérance : mode d'emploi

La cour d'appel de Paris a rendu le 24 octobre dernier un intéressant arrêt relatif à l'appréciation de la prépondérance de l'activité d'animation (CA Paris, 24 octobre 2022, n° 21/00555).

On se souvient que la Cour de cassation, dans une récente décision de principe relative à l'application de l'article 787 B du CGI, avait jugé que le caractère principal de l'activité d'animation d'une holding doit être retenu **notamment** lorsque la valeur vénale des titres des filiales opérationnelles qu'elle anime représente plus de la moitié de son actif total réévalué (cass. com. 14 octobre 2020, n° 18/17.955).

Saisie de cette affaire sur renvoi après cassation, et appliquant à cette occasion les lignes directrices dégagées par la Haute juridiction, la Cour d'appel de Paris fournit d'utiles indications sur la méthode devant être appliquée en pratique pour conduire l'analyse du ratio de prépondérance.

Deux étapes doivent être successivement suivies. Dans un premier temps, il convient d'identifier au sein des différentes filiales et sous-filiales de la holding celles qui exercent une activité éligible et qui sont effectivement animées. Puis, le cas échéant, d'autres actifs de la holding peuvent également être retenus au numérateur du ratio de la prépondérance dans la mesure où ils sont affectés à l'activité d'animation.

Première étape : identification des filiales pouvant être retenues. La cour d'appel commence par identifier les filiales opérationnelles effectivement animées par la holding au jour du fait générateur (la donation), et exerçant à cette date une activité industrielle ou commerciale. Elle considère que seules celles-ci peuvent être retenues dans le ratio de la prépondérance. La cour d'appel exclut en revanche toutes les participations que détenait la holding dans d'autres sociétés qui à cette date n'avaient pas encore commencé leur activité, ou y avaient déjà mis fin pour cause de liquidation, ainsi que celles dans des fonds communs de placement à risque qui ne sont pas susceptibles d'être animés.

Seconde étape : identification des autres actifs affectés à l'animation. La valeur des titres des filiales animées exerçant une activité éligible n'atteignant pas à elle seule au moins 50 % de l'actif brut total de la holding, la cour d'appel indique que d'autres actifs de la holding peuvent également être pris en compte pour apprécier la prépondérance s'ils sont affectés à l'animation des filiales éligibles ayant été identifiées au terme de l'étape précédente.

A ce titre sont retenus, en l'espèce :

- **un immeuble** détenu par la holding et donné à bail par elle à une filiale opérationnelle animée, « dont il constitue le site d'exploitation ». La cour relève que ce bail « caractérise le service immobilier fourni par la holding animatrice à sa filiale exerçant une activité commerciale », ce qui fait clairement référence à la notion de prestations de services figurant dans la définition de la holding animatrice ;

- **les créances** de la holding rattachées aux titres de participation ayant été retenus dans le ratio de prépondérance au terme de la première étape. A l'inverse les créances de la holding relatives à d'autres filiales, non animées, ou n'exerçant pas une activité éligible,

sont rejetées.

La cour exclut aussi du ratio de la prépondérance des **bons de souscription d'actions** détenus par la holding animatrice lui donnant accès au capital d'une sous-holding, elle-même détentrice d'une filiale opérationnelle éligible, en considérant qu'il s'agit par nature d'une activité patrimoniale.

Enfin, la cour examine l'affectation des **valeurs mobilières de placement** détenues par la holding, qui représentaient en l'espèce un montant important (près de 48 % de la valeur de l'actif réévalué). La cour n'exclut pas par principe qu'elles puissent être retenues au numérateur du ratio de la prépondérance, mais juge en l'espèce qu'il n'était pas démontré qu'elles étaient affectées « aux besoins de [l'] activité d'animation ». Les contribuables n'avaient en effet produit « aucune pièce de nature à démontrer l'utilisation de cet actif circulant à des fins de trésorerie ou de garantie » au profit de la holding animatrice, ni de ses filiales opérationnelles. La cour relève que ces dernières disposaient « de liquidités suffisantes pour financer leur propre activité (...) ce qui, en dépit de leur endettement (...) ne permet pas de présumer un besoin de financement au moyen du portefeuille de valeurs mobilières de placement [de la holding] ». De même, l'argument invoqué par le redevable relatif à un besoin de financement de nouveaux investissements opérationnels n'a pas convaincu la cour, qui, d'une part, relève qu'il n'était pas démontré que les valeurs mobilières de la holding « devaient être utilisées afin de les financer » et, d'autre part, constate qu'aucun de ces projets n'avait été réalisé à la date de la donation.

Au terme de cette analyse détaillée des différents postes d'actif, la cour d'appel constate que la valeur vénale des actifs affectés à l'animation ne représentait pas une part prépondérante de l'actif brut total de la holding, et refuse en conséquence au redevable le bénéfice de l'article 787 B du CGI.

Cette décision d'appel devra encore être confirmée par d'autres, ou consacrée par la Cour de cassation. Mais elle ouvre d'intéressantes perspectives, d'une part, en définissant une méthodologie d'analyse devant être mise en œuvre pour établir le caractère prépondérant ou non de l'activité d'animation des holdings, et, d'autre part, en reconnaissant que tous les actifs que ces dernières peuvent détenir (immeubles, créances, trésorerie, valeurs mobilières) sont susceptibles d'être pris en compte sous réserve que soit démontrée leur affectation à l'activité d'animation.



Jean-François Desbuquois

Avocat associé, cabinet Fidal

Divorce de l'entrepreneur individuel et insaisissabilité de la résidence principale

Cass. com. 18 mai 2022, no 20-22768, F-B

L'insaisissabilité légale de la résidence principale est un dispositif qui n'a pas été supprimé par la loi n°2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité indépendante créant le nouveau statut de l'entrepreneur individuel. Le régime de l'insaisissabilité a été l'objet d'une construction jurisprudentielle importante, notamment en présence d'une procédure collective.

Si son opposabilité à la procédure collective fut rapidement consacrée, la question du maintien de la protection en présence d'une procédure de divorce n'avait jamais été réglée.

Dans un arrêt rendu le 18 mai 2022 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, il s'agissait plus spécialement de savoir si l'insaisissabilité s'appliquait au bien qui n'était plus occupé par l'entrepreneur individuel au moment de l'ouverture de la procédure collective à son encontre. La réponse négative qui est exprimée par la chambre commerciale est opportune et justifiée.

Les faits étaient les suivants. Un coiffeur entrepreneur individuel avait été placé en redressement puis en liquidation judiciaires. Dans le cadre de la procédure, le liquidateur avait été autorisé par le juge-commissaire à procéder à la vente d'un bien immobilier qui appartenait au débiteur et son épouse, cette dernière en ayant la jouissance exclusive depuis une ordonnance de non-conciliation des époux rendue plusieurs années avant l'ouverture de la procédure collective. L'épouse avait formé appel de cette ordonnance et la Cour d'appel de Lyon avait jugé que la demande du liquidateur tendant à la réalisation de l'immeuble au titre des opérations de liquidation était irrecevable, au motif que la décision judiciaire attribuant la jouissance exclusive de la résidence de la famille à l'épouse était sans effet sur les droits de l'époux sur son insaisissabilité légale. Le liquidateur a formé un pourvoi en cassation, au motif que le bien ne constituait plus la résidence du débiteur depuis l'ordonnance de non-conciliation ordonnant la résidence séparée des époux et la jouissance exclusive de ce bien à l'épouse. Cette argumentation a convaincu la chambre commerciale qui, au double visa des articles L. 526-1 du Code de commerce et 255, 3° et 4°, du Code civil, casse cet arrêt et juge qu'« il résulte de la combinaison de ces textes que, lorsque, au cours de la procédure de divorce de deux époux dont l'un exerce une activité indépendante, le juge aux affaires familiales a ordonné leur résidence séparée et attribué au conjoint de l'entrepreneur la jouissance du logement familial, la résidence principale de l'entrepreneur, à l'égard duquel a été ouverte postérieurement une procédure collective, n'est plus située dans l'immeuble appartenant aux deux époux dans lequel se trouvait le logement du ménage. Les droits qu'il détient sur ce bien ne sont donc plus des droits insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de son activité professionnelle ».

Par cette solution, la chambre commerciale conditionne la protection de la résidence principale à son effectivité. Ainsi, lors d'une procédure de divorce, la résidence principale de l'entrepreneur est insaisissable si l'entrepreneur l'occupe toujours lors de l'ouverture de la procédure collective. Mais à l'inverse, si l'époux débiteur n'occupe plus effectivement le logement lors de l'ouverture, l'insaisissabilité prend fin. Le fait que le débiteur soit resté propriétaire du

bien n'assure donc pas le maintien de la protection.

Par conséquent, cet immeuble devenu saisissable fait partie des actifs attraités à la procédure, par le jeu de son effet réel. Le bien pourra donc être appréhendé par le liquidateur en vue de sa vente, sans que le conjoint ne puisse s'y opposer. Prévisible et techniquement fondée du point de vue de l'insaisissabilité légale, la solution ne demeure pas moins sévère à l'égard du conjoint.



Cécile Lisanti

Professeur des universités
Université de Montpellier (UM)

Gestion de patrimoine 2023 : contexte et perspectives

Au tout début de l'année 2022, il semblait se confirmer une sortie de crise, elle était accompagnée d'un retour des introductions en bourse, de niveaux des valorisations d'actifs record, et on retrouvait une persistance du regain d'appétit des particuliers pour l'investissement en bourse ainsi qu'un dynamisme renouvelé de la gestion collective. L'inflation était alors contenue, elle maintenait des taux réels à des niveaux négatifs, et soutenait le financement des États et des entreprises.

Pourtant, l'environnement des marchés financiers s'est dégradé sous l'effet conjugué de l'invasion de l'Ukraine par la Russie le 24 février 2022, et de la résurgence du risque sanitaire et de la nouvelle orientation économique de la Chine. Tout ceci détériore donc les perspectives de croissance et accentuent les tensions inflationnistes.

L'inflation, l'augmentation générale et durable des prix, induit la perte du pouvoir d'achat de la monnaie et atteint désormais des niveaux records. En France pour rappel, l'inflation était en 2020 à 0,5 %, en 2021 à 2,1 %, et aujourd'hui en décembre 2022 + 6,2%. Laissant donc craindre une évolution durable substantiellement très nettement au-dessus de l'objectif des 2% dont les politiques ont beaucoup parlé ces dernières années;

Pour autant, il faut bien comprendre que leur présentation est la conséquence d'un mode de mesure restrictif choisi par les institutions. En effet ils excluent la hausse des prix affectant les valeurs patrimoniales (capitaux, actifs financiers, immobilier), et les banques centrales dans leurs objectifs de politique monétaire excluent notamment l'inflation des actifs (asset price targeting).

Dès lors il y a eu cette année 2022 et il y a désormais une réaction des banques centrales qui vise à accélérer la mise en œuvre d'un retour à la normalisation monétaire. Cela acterait donc la fin des mesures d'assouplissement quantitatif (quantitative easing) c'est-à-dire une fin des achats nets d'actifs, et surtout la fin de la politique de taux extrêmement bas.

Nous vivons donc la fin d'une période de presque 15 années très favorables notamment sur les taux d'emprunt, puisque cette politique de « quantitative easing » était présente jusqu'alors en Europe depuis 2008 lorsqu'il a s'agit de faire face aux conséquences de la crise financière et économique des subprimes venues des États-Unis.

Au regard des niveaux de prix sur certains marchés et des excès d'endettement, le risque de correction abrupte des marchés demeure la principale vulnérabilité. Les prix d'actifs ont connu une correction sensible depuis le début d'année 2022. Fin juin 2022, le CAC 40 (dividendes réinvestis) a perdu près de 15 % par rapport à son niveau de fin 2021, mais les prix restent volatils et les valorisations demeurent élevées sur certains segments.

Par ailleurs des corrections ont éminemment affecté les marchés de crypto-actifs, qui ont connu de fortes turbulences durant cette année 2022. Le Bitcoin, a perdu plus de 50% de sa valeur ces derniers mois, il reste néanmoins valorisé à 17 000 dollars actuellement à (16 382,52 euros au 1er décembre) avec un record qui était à plus de 68 000 dollars. Certains ont cru à une meilleure sécurité

financière avec le stable coin, un actif numérique qui comme son nom l'indique se veut être stable, car en termes de sous-jacents il est arrimé à une monnaie fiduciaire comme l'euro ou le dollar, ou bien adossé à d'autres actifs (comme par l'exemple l'or). Et pourtant nous pouvons évoquer la disparition du stable coin « Terra Luna », où Do Kwon, co-fondateur de TerraUSD, sud-coréen de 31 ans a fait perdre 40 milliards de dollars aux investisseurs, et plus de 500 milliards sur le marché des cryptomonnaies. Nous pouvons aussi évoquer les plateformes de crypto-actifs et notamment la plus connue FTX, avec un jeune trentenaire à sa tête aussi, une star, un modèle de la réussite, SBF (Sam Bankman-Fried) fils de deux professeurs de Droit de Stanford, qui a étudié au MIT puis s'est orienté vers les « Cryptomonnaies » en 2018, et s'est installé à Honk Kong en 2019, il pesait 35 Milliards en moins de 2 ans en 2021, et ce dernier mois c'est une perte de 99%, cette chute vertigineuse le conduit à placer son empire sous protection de la loi américaine sur les faillites en ce mois de novembre 2022. Il a entraîné dans sa chute une autre société (service de lending crypto) BlockFi qui vient aussi de placer sous la protection du chapitre 11 de la loi américaine sur les faillites, elle va licencier une grande partie de son personnel dans la manœuvre. Elle avait emprunté 250 Millions à FTX.

L'Europe a décidé de réagir et le règlement européen sur les marchés de crypto-actifs (« Markets in Crypto-Assets ») dit « MiCA » visera prochainement à aller plus loin que les premières règles déjà introduites par la loi PACTE du 22 mai 2019 pour protéger les investisseurs.

Sur le plan de l'environnement macro-financier il y a donc une détérioration et les excès de dette se sont de nouveau accrus cette année. Néanmoins les émissions obligataires sont restées très dynamiques et ont fait preuve d'une bonne résistance durant les premiers mois de 2022, une crainte néanmoins apparaît pour les chiffres consolidés de cette fin d'année.

Ces excès s'observent sur le segment des dettes souveraines. Les États ont, de fait, pu financer des politiques budgétaires et fiscales atténuant les effets de l'inflation. Par exemple le bouclier tarifaire, déjà prolongé jusqu'en décembre 2022 pour le gaz, et jusqu'au 1er février 2023 pour l'électricité, sera reconduit en 2023. Avec une augmentation moyenne des factures de l'ordre de 25 € par mois pour les ménages qui se chauffent au gaz, alors qu'elle aurait été d'environ 200 € par mois sans bouclier tarifaire, et une augmentation moyenne de l'ordre de 20 € par mois pour les ménages se chauffant à l'électricité, alors qu'elle aurait été de 180 € sans bouclier tarifaire.

Le bouclier tarifaire limitant la hausse du prix du gaz et de l'électricité à 15 % est intégrée dans le projet de loi de finances pour 2023.

La hausse des taux d'intérêt qui s'annonce, aura nécessairement un impact sur la valorisation des titres en portefeuilles et pourrait donner lieu à des réallocations importantes.

Néanmoins, les infrastructures de marché se sont révélées résilientes malgré les turbulences de cette d'année par exemple lors du flash crash du 2 mai 2022, provoqué par une simple erreur de saisie d'un ordre par un participant au marché.

De fait, l'événement est apparu consécutif à une erreur opérationnelle de type «fat finger» d'un trader de la banque à Londres : initiant la vente d'un panier d'actions européennes, il a fixé la quantité à vendre en millions de lots au lieu d'un montant en millions de dollars, générant une violente chute de cours et une perte estimée à plusieurs centaines de millions de dollars. Mais qui a pu être contenue et stabilisée. Cet incident aurait aussi coûté près de 50 millions de dollars au groupe qui le salarié.

Enfin, depuis le début de la crise sanitaire, le marché des obligations durables était apparu très bien orienté. En 2021, le doublement des émissions d'obligations vertes et l'émergence de nouveaux produits financiers ont permis de lever, au niveau mondial, près de 950 milliards d'euros. Mais désormais la hausse des taux d'intérêt pourrait nettement freiner ces développements. En effet, la transition énergétique exige des investissements significatifs sur des horizons très longs, pour une rentabilité financière souvent faible.

Pour conclure sur les perspectives 2023 et selon nos régulateurs :

Avec le relèvement des primes de risque, qui fragilisent les acteurs endettés ou ayant des actifs dont les prix pourraient être brutalement corrigés, mais aussi le manque de coordination internationale des politiques, ou encore le risque de crédit, les trajectoires de dette insoutenables, et les prêts non performants : En matière de Stabilité financière les risques 2023 sont donc très élevés

Avec la volatilité, les variations brutales des conditions de la liquidité, les mouvements de grande ampleur des investisseurs d'une classe d'actifs à l'autre et le fonctionnement néanmoins résilient des infrastructures de marché et post-marché : le risque concernant l'organisation et fonctionnement des marchés reste élevé.

Enfin avec la profitabilité des institutions financières qui est confrontée à un environnement qui remet en cause leur modèle économique, l'accès aux financements (notamment des PME) qui devient difficile pour les entreprises, le financement devenu complexe de la transition énergétique et le manque de protection des épargnants en cas de mauvaise information sur les risques associés à certains placements ou certains canaux de distribution (arnaques, cryptos, neo-brokers) : le risque concernant le financement de l'économie reste élevé pour 2023.

L'année 2023 devrait donc connaître un contexte économique tumultueux où la qualité du conseil patrimonial sera prépondérante.



Nicolas Esplan

Docteur en droit,
Directeur JurisCampus
Co-directeur du Master 2
Ingénierie du patrimoine
Université de Toulouse

Le divorce prononcé par un officier d'état civil (italien) est une décision au sens du règlement Bruxelles II bis (CJUE, 15 novembre 2022, aff. C-646/20)

Droit international privé – divorce – règlement UE « Bruxelles II bis » – Divorce par consentements mutuels – Officier d'état civil – notion de « décision »

L'arrêt rapporté se prononce sur la notion de « décision » au sens du règlement Bruxelles II bis et énonce un critère de qualification. L'apport de cet arrêt nous semble mériter l'attention, d'autant plus qu'il soulève un certain nombre de questions. Les faits de l'espèce étaient les suivants : un binational italo-allemand et un ressortissant italien se sont mariés en 2013 à Berlin. En 2017, ils ont entrepris, devant l'officier d'état civil de la ville de Parme, une procédure extrajudiciaire de divorce en application du droit italien, lequel a délivré le 2 juillet 2018 le certificat visé à l'article 39 du règlement Bruxelles II bis, attestant du divorce. L'ex-époux italo-allemand a ensuite souhaité obtenir la retranscription de ce divorce sur les registres allemands. Un tribunal d'outre-Rhin a rejeté cette demande, par ordonnance du 1er juillet 2019, au motif que l'inscription du divorce par voie extrajudiciaire dans le registre des mariages n'était possible qu'après une procédure de reconnaissance. Sur recours de l'ex-époux, le tribunal régional supérieur de Berlin a réformé cette ordonnance. L'autorité de surveillance de l'état civil a saisi le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) d'un pourvoi contre cette décision.

La question préjudicielle posée alors par la Cour allemande consistait à savoir si, au regard de la notion de « décision » visée à l'article 21 du règlement Bruxelles II bis, les règles prévues par ledit règlement en matière de reconnaissance des décisions de divorce trouvent à s'appliquer dans le cas d'un divorce résultant d'un accord conclu par les époux et prononcé par un officier de l'état civil d'un État membre. La réponse de la Cour de justice est positive. La décision de l'officier d'état civil italien doit être qualifiée de « décision » au sens du règlement Bruxelles II bis. On sait cet apport limité d'un point de vue temporel dans la mesure où le règlement Bruxelles II ter (n°2019/1111 du 25 juin 2019) est venu clarifier ce point. Néanmoins, des enseignements utiles à plus longs termes semblent pouvoir être tirés du présent arrêt dans la mesure où la Cour de justice manifeste un attachement certain à la cohérence des textes issus de l'UE de sorte que l'interprétation de l'un peut largement nourrir celle d'un autre (ou, au contraire, brouiller les pistes...).

En l'espèce, deux considérations ont guidé l'interprétation de la Cour européenne : d'abord, l'arrêt vise les principes de confiance mutuelle et de reconnaissance mutuelle qui participent de la création d'un espace sans frontière intérieures et qui s'appliquent aux actes judiciaires comme extrajudiciaires. Le principe de confiance mutuelle, rappelle la Cour, est la « pierre angulaire » (pt.44) de l'espace judiciaire européen, composante de l'espace de liberté, de sécurité et de justice dont l'Union européenne a pris en charge la création et le fonctionnement. La référence à ces principes trouve son explication dans le fait que la question posée à la Cour portait précisément sur la reconnaissance d'une décision de divorce. Il n'est pas certain pour autant que cette première considération ait véritablement fondé la décision, à la différence de la seconde.

La Cour s'attache en effet, ensuite, au rôle qu'occupe l'organe décisionnaire. Et c'est ce rôle qui semble plus sûrement guider la qualification de décision. Plus précisément, affirme la Cour, la

notion de « décision » suppose que son auteur conserve « le contrôle du prononcé du divorce, ce qui implique, dans le cadre des divorces par consentement mutuel, qu'elle procède à un examen des conditions du divorce au regard du droit national ainsi que de la réalité et de la validité du consentement des époux à divorcer » (pt. 54). Ce n'est donc ni un critère formel (la simple existence d'une décision, quelle que soit son appellation), ni un critère organique (l'auteur de la décision) qui dicte la qualification mais uniquement le « degré de contrôle » (pt.52) que l'auteur de la décision a exercé. Et en l'espèce, l'officier d'état civil italien, relève la CJUE, « a procédé à un examen du contenu de l'accord de divorce au regard des dispositions légales en vigueur » (pt.65), il s'est également assuré « de ce que cet accord porte uniquement sur la dissolution ou la cessation des effets civils du mariage, à l'exclusion de toute transmission de patrimoine, et de ce que les époux n'avaient pas d'enfants mineurs ou d'enfants majeurs incapables, gravement handicapés ou économiquement non indépendants, de telle sorte que l'accord ne port[ait] pas sur de tels enfants ». L'ensemble de ces vérifications caractérisait pour la Cour de justice un pouvoir de contrôle, justifiant la qualification de décision.

À rebours de la lecture extensive du règlement que retient la Cour de justice dans cet arrêt, plusieurs interrogations peuvent émerger de sa lecture : d'une part, on avait fait état dans une précédente lettre (n°17 – Décembre 2020) d'un arrêt du 16 juillet 2020 (aff. C-80/19) lequel avait affirmé que la notion de décision au sens du règlement « successions » du 4 juillet 2012 tenait uniquement à un critère organique : « la seule condition prévue par ce règlement pour qu'un acte puisse être qualifié de "décision" est qu'il soit rendu par une "juridiction" » (pt.59) au sens du règlement « succession ». La Cour avait eu par ailleurs à juger, avec un certain nombre de précautions, qu'un notaire n'était pas une « juridiction » au sens du même texte, dans la mesure où une « autorité exerce des fonctions juridictionnelles lorsqu'elle est susceptible d'être compétente en cas de contestation » (pt.51). On le constate donc sans mal, le critère retenu ne semble pas être le même dans un cas (l'aptitude d'une juridiction à trancher une contestation) et dans l'autre (l'exercice par une autorité quelconque d'un contrôle). Certes, les deux règlements concernés ne portent pas sur les mêmes questions, mais la qualification de décision et le régime juridique qui en découle – notamment du point de vue de la circulation transfrontière des actes – mériterait sans doute une harmonisation générale. D'autre part, la raison essentielle avancée par l'arrêt ici rapporté pour définir la notion de décision, rappelons-le, tient à ce que l'autorité saisie a exercé un contrôle sur les conditions du divorce. On peut alors se demander si certains jugements ne seraient pas susceptibles d'être retirés de la catégorie des « décisions » à l'aune de cette analyse : quid par exemple d'un jugement d'homologation d'une convention de divorce dont on sait qu'il se caractérise justement en droit français par un contrôle « de surface » qui ne dit pas grand-chose de la bonne application des règles de droit à l'accord en question ?

En conclusions, on le voit, cette notion de décision est sans doute appelée à nourrir à nouveau la jurisprudence... À suivre, donc.



Benjamin Mathieu

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

Cession de parts d'une SCI pour un euro validée

Faits à l'origine de l'affaire. Des associés d'une SCI concluent une convention pour organiser la sortie de certains. Les cédants transmettent leurs parts pour un euro en faisant reprendre leur compte courant d'un montant de 189.711 euros par les cessionnaires. L'un des repreneurs du compte courant donne par la suite un appartement à ses enfants avec réserve d'usufruit au profit de son épouse. Il s'avère ensuite incapable d'assumer le compte courant. Les cédants avancent alors toute une série de contestations qui donnent l'occasion à la Cour de cassation d'apporter plusieurs réponses intéressantes sur le caractère lésionnaire de l'opération et la fraude (Cass. Civ. 1ère, 14 sept. 2022, n°17-15.388).

Caractère lésionnaire. Bien que la transaction ait été homologuée par le juge, les juges rappellent que ce n'est pas un obstacle de principe à une action en nullité et ils s'expriment donc sur le caractère lésionnaire. Dans l'exacte continuité de la jurisprudence antérieure, la Cour de cassation écarte cependant cette cause de nullité eu égard à l'important passif de la SCI pris en charge par les seuls cessionnaires. Néanmoins, vu que la transaction est un contrat et qu'elle peut être contestée en dépit de son homologation, elle est soumise aux principes fondamentaux applicables à cette catégorie d'actes, notamment l'interdiction de tout contrôle économique de l'accord conclu. En effet, puisque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit (C. civ., art. 1108, al. 1er), le juge n'a pas à apprécier l'équilibre économique de la transaction ou la valeur des concessions réciproques. Ce principe fonde de nombreuses règles telles que l'exclusion de la nullité pour cause d'erreur sur la valeur (C. civ., art. 1136) ou de lésion (C. civ., art. 1168 et anc. art. 2052, al. 2), ce que les juges confirment en l'espèce. On comprend donc que la Cour n'avait pas à apprécier si les cessions des parts et du compte courant avaient une valeur équivalente au prix versé. L'existence d'une contrepartie illusoire ou dérisoire (C. civ., art. 1169) ou d'un vice du consentement auraient aussi pu être invoqués pour invalider la transaction, mais les faits ne semblaient pas le permettre.

Fraude. La validité de la transaction homologuée était également contestée pour cause de fraude imputable au cédant et cet argument est écarté faute de preuve. C'est une application très classique de cette difficulté qui rend la contestation pour fraude presque impossible. En revanche, la validité de la transaction ayant été clairement affirmée, plus rien ne s'opposait à ce que l'action paulienne soit engagée contre les débiteurs récalcitrants ayant organisé leur insolvabilité qui cherchait manifestement à échapper au paiement de sa dette (C. civ., art. 1341-2). En l'occurrence, cette action aboutit à l'inopposabilité de la donation d'un appartement, avec réserve de propriété, consentie par le débiteur au profit de sa famille. Gare donc à la fraude paulienne beaucoup plus efficace que sa grande sœur fraude à la loi.



Sophie Schiller

Co-présidente de la FNDP

Clauses d'exclusion de SAS : la possible adoption et modification à la MAJORITÉ des associés vaut quelle que soit la date de constitution de la société ! Mais est-elle conforme à la Constitution ?

Cass. com., QPC, 12 oct. 2022, n°22-40.013, FS-B

La Chambre commerciale de la Cour de cassation vient de transmettre au Conseil constitutionnel quatre questions prioritaires de constitutionnalité posées par le tribunal de commerce de Paris (jugement du 8 juillet 2022), concernant les clauses d'exclusion dans les SAS (C. com., art. L. 227-16 et L. 227-19). Ces questions sont ainsi rédigées :

« 1°/ L'article L. 227-16 du code de commerce est-il conforme aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme [et du citoyen de 1789] alors qu'il porte atteinte au droit de propriété sans nécessité publique ?

2°/ L'article L. 227-16 du code de commerce est-il conforme aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme [et du citoyen de 1789] alors qu'il porte atteinte de façon disproportionnée aux droits de propriété sans que cette atteinte soit justifiée par un motif d'intérêt général ?

3°/ L'article L. 227-16 du code de commerce est-il conforme aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme [et du citoyen de 1789] alors qu'il permet, combiné à l'article L. 227-19 du même code, la cession forcée par l'associé de ses actions sans qu'il ait consenti à l'adoption de la clause statutaire d'exclusion l'autorisant ?

Les dispositions ainsi contestées sont le premier alinéa de l'article L. 227-16 du code de commerce, qui dispose que, dans les sociétés par actions simplifiées, « [d]ans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions », et le second alinéa de l'article L. 227-19 du même code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019, qui dispose que « [l]es clauses statutaires mentionnées aux articles L. 227-14 et L. 227-16 ne peuvent être adoptées ou modifiées que par une décision prise collectivement par les associés dans les conditions et formes prévues par les statuts ».

Dans le litige concerné par ces QPC, l'application de ces dispositions est en jeu, la décision d'exclusion de M. [N] ayant été prise en application d'une clause d'exclusion stipulée dans les statuts de la société LT capital, laquelle a été adoptée sur le fondement de l'article L. 227-16 du code de commerce et modifiée à la majorité prévue par les statuts, ainsi que le permet désormais l'article L. 227-19 du même code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019. En effet, la Cour de cassation affirme dans sa décision de renvoi que « ces dernières dispositions, qui suppriment l'exigence d'unanimité pour l'adoption ou la modification d'une clause statutaire d'exclusion dans les sociétés par actions simplifiées, ont pour objet et pour effet de régir les effets légaux du contrat de société. Elles sont, par suite, applicables aux sociétés par actions simplifiées créées antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 ».

Pour renvoyer les questions au Conseil, la Cour relève par ailleurs que les questions sont **nouvelles**, puisque « les articles L. 227-16 et L. 227-19 du code de commerce n'ont pas déjà été déclarés conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ».

Enfin, la Cour relève que les questions posées présentent un caractère **sérieux** en ce que, d'une part, l'article L. 227-16, alinéa

1er, du code de commerce a pour conséquence de permettre à une société par actions simplifiée de **priver, en exécution d'une clause statutaire d'exclusion, un associé de la propriété de ses droits sociaux sans que cette privation repose sur une cause d'utilité publique**, et en ce que, d'autre part, il résulte de la combinaison de ce texte avec l'article L. 227-19, alinéa 2, de ce code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019, qu'une société par actions simplifiée **peut désormais, par une décision non prise à l'unanimité de ses membres, priver un associé de la propriété de ses droits sociaux sans qu'il ait consenti par avance à sa possible exclusion dans de telles conditions, de sorte que ces dispositions seraient de nature à porter atteinte au droit de propriété et à ses conditions d'exercice**, garantis par les articles 17 et 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

A NOTER :

La présente décision renvoie au Conseil constitutionnel quatre QPC portant sur la conformité à la Constitution des textes régissant les clauses statutaires d'exclusion dans les SAS (C. com., art. L. 227-16 et L. 227-19). Elle prend soin de caractériser la satisfaction des trois conditions de fond du renvoi : applicabilité de la loi au litige ; absence de déclaration préalable de conformité ; caractère sérieux de la question.

La décision de renvoi est importante à deux égards :

1° La Cour de cassation tranche pour la première fois la question très discutée de l'application dans le temps de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 en ce qu'elle a modifié l'article L. 227-19 du code de commerce. La Cour de cassation opte pour l'application immédiate à toutes les SAS, et non pas seulement à celles nouvellement constituées. Selon elles, « ces [...] dispositions, qui suppriment l'exigence d'unanimité pour l'adoption ou la modification d'une clause statutaire d'exclusion dans les sociétés par actions simplifiées, ont pour objet et pour effet de régir les effets légaux du contrat de société. Elles sont, par suite, applicables aux sociétés par actions simplifiées créées antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 ». Le concept jurisprudentiel d'effets légaux du contrat permet de faire produire à la loi des effets immédiats sur le contrat qu'elle entend régir, par dérogation à la règle de principe selon laquelle le contrat est régi par la loi en vigueur au moment de sa conclusion (pour une mise en œuvre en droit des sociétés, v. not. Cass. com., 18 nov. 2020, n° 19-13.402, P+B : JurisData n° 2020-018944 : « Les effets légaux d'un contrat étant régis par la loi en vigueur à la date où ils se produisent, l'article 1843-4 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014, est applicable aux expertises ordonnées à compter du 3 août 2014, date de son entrée en vigueur » ; v. également, à propos de la loi ALUR n° 2014-366 du 24 mars 2014, ajoutant à la liste des articles dont la loi avait prévu l'application immédiate sur fond d'effets légaux du contrat : Cass. avis, 16 févr. 2015, n° 14-70.011).

Cependant, un tel critère est d'application très imprévisible, et rend sa systématisation « difficile », « délicate » (J.-Cl. Code civil, Fasc. 20 : application de la loi dans le temps, n° 53), sinon impossible : toute loi, par définition, produit des « effets légaux », et il est tentant, dès lors que ces effets s'appliquent à un contrat, d'y voir les effets légaux du contrat ; puisque c'est bien le contrat qui produit ses effets, tels que la loi les encadre.

2° La Cour de cassation offre la possibilité au Conseil constitutionnel, qui devra en décider, de déclarer inconstitutionnel l'article L. 227-16 (clause statutaire d'exclusion) en ce qu'il priverait un associé de la propriété de ses droits sociaux sans que cette privation repose sur une cause d'utilité publique, mais également l'article L. 227-19 al. 2 dans sa rédaction issue de la loi précitée du 19 juillet 2019, en ce que combiné au premier texte, il autorise une société par actions simplifiée, par une décision non unanime de ses associés, à priver l'un d'entre eux de la propriété de ses droits sociaux sans qu'il ait consenti par avance à sa possible exclusion dans de telles conditions, de sorte que ces dispositions seraient de nature à porter atteinte au droit de propriété et à ses conditions d'exercice, garantis par les articles 17 et 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Si l'article L. 227-16 semble peu menacé (dire la disposition contraire à la Constitution aboutirait à condamner toutes les clauses d'exclusion), l'article L. 227-19 al. 2 paraît en revanche, en ce qu'il peut aboutir à l'exclusion d'un associé qui n'y aurait jamais consenti par anticipation, exposé sinon à l'abrogation, du moins à une modification de nature à en réduire la portée.

SAS : Article 1832-2 du Code civil : consécration de la renonciation tacite au droit de revendiquer la qualité s'associé.

Cass. com., 21 sept. 2022, 19-26.203, FS-B.

Faits et procédure. - M. [I] et Mme [B] étaient mariés sous le régime légal de la communauté réduite aux acquêts. Le 13 juin 2007, M. [I], revendiquant le bénéfice des dispositions de l'article 1832-2 du code civil, notifia à la SARL Transports [I], dont son épouse était la gérante, son intention d'être personnellement associé à hauteur de la moitié des parts sociales (125 sur un total de 500) correspondant à l'apport en numéraire que cette dernière avait effectué. Précision : les statuts non seulement étaient dépourvus de clause d'agrément visant le processus de revendication, mais encore incluaient un article 12 II aux termes duquel les parts sociales étaient librement cessibles entre associés et conjoints. Invoquant le refus de Mme [B] de lui communiquer les comptes de la société Transports [I], M. [I] l'assigna, ainsi que la société Transports [I], aux fins de voir constater qu'il avait la qualité d'associé depuis le 13 juin 2007 et d'obtenir la communication de certains documents sociaux.

CA Aix-en-Provence, 29 août 2019. - Dans un arrêt du 29 août 2019, la cour d'appel d'Aix-en-Provence reconnut à M. [I] la qualité d'associé depuis le 13 juin 2007 et ordonna à la société de lui communiquer les bilans, les comptes de résultats, les rapports de gestion et les procès-verbaux des assemblées générales ordinaires relatifs aux exercices 2014, 2015, 2016 et 2017 (CA Aix-en-Provence, 3ème et 4ème ch. Réunies, n° RG 18/16573 : JurisData n° 2019-014964).

Cassation. - L'arrêt est cassé au visa de l'article 1134 al. 1er du

Code civil en sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 (« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ») dans les termes suivants : « la renonciation à un droit peut être tacite dès lors que les circonstances établissent, de façon non équivoque, la volonté de renoncer » de sorte que la cour d'appel a violé ce texte en affirmant la nécessité d'une « renonciation [...] expresse et non équivoque » et en écartant toute possibilité de « renonciation tacite » au droit de revendication posé par l'article 1832-2 du Code civil. Signalons que l'arrêt affirme par ailleurs : 1° que la société est irrecevable à se prévaloir de l'atteinte que la revendication de la qualité d'associé par le mari serait susceptible de porter au droit de son épouse d'exercer une profession séparée (C. civ., art. 223 et 1421, al. 2) ; 2° que l'affectio societatis n'est pas une condition requise pour la revendication de la qualité d'associé sur le fondement de l'article 1832-2.

A NOTER :

Solution inédite. - Il est possible pour le conjoint bénéficiaire du droit à revendication, d'y renoncer purement et simplement, dans la seule mesure bien évidemment où ce droit aurait été acquis et serait ainsi devenu disponible, puisque l'article 1832-2 est d'ordre public. C'est la première fois que la Cour de cassation admet que cette renonciation puisse être tacite. La solution rejoint la jurisprudence plus générale selon laquelle, sauf lorsqu'elle concerne un acte solennel, où le parallélisme des formes s'impose (la renonciation à une donation par acte notarié doit ainsi être elle-même faite par acte notarié : Cass. 1re civ., 7 juin 2006, Bull. civ. I, n° 289), la renonciation peut être expresse ou tacite, ce qui requiert en ce dernier cas qu'elle résulte d'un comportement du créancier non équivoque, incompatible avec le maintien du droit (par ex., en payant son loyer au nouveau propriétaire, acquéreur du bien, le locataire renonce à faire jouer son droit de préemption : Cass. 3ème civ., 3 nov. 2011, n° 10-20.297). Un simple silence ou une abstention, même prolongée, ne manifeste ainsi qu'une tolérance (sur les clauses dites « de tolérance », excluant à l'avance la renonciation, v. Skrzypniak, D. 2016, p. 218), jamais une renonciation (jurisprudence constante en toutes matières depuis Cass. ch. Mixte 26 avril 1974, Bull. civ., CM, n° 1 ; v. not. Cass. civ., 2ème, 20 juin 2002, Bull. Civ., II, n° 138 : pour une prestation compensatoire non réclamée pendant 16 ans ; Cass. 3ème civ., 19 mars 2008, Bull. civ. III, n° 53 : inaction pendant 5 ans d'un bailleur impayé). Ainsi, plus que de renonciation « tacite », on devrait parler de renonciation « implicite ».

Circonstances établissant la renonciation « tacite » au droit de revendiquer la qualité d'associé. - Il reste à savoir ce que pourraient être les circonstances permettant d'établir une renonciation « tacite » (pour reprendre les termes employés par la jurisprudence) au droit de revendiquer la qualité d'associé. Un examen attentif de l'arrêt cassé (CA Aix-en-Provence, 3ème et 4ème ch. Réunies, n° RG 18/16573 : JurisData n° 2019-014964) fait ressortir qu'en l'espèce, l'épouse faisait valoir au soutien de sa demande une répartition avec son époux de deux types d'activités auparavant exploitées en commun : « qu'en effet, à l'origine, les époux Y exploitaient en commun l'entreprise garage Y, entreprise individuelle immatriculée au nom de M. [I] ; qu'au début de l'année 1990, ils [avaie]nt décidé de scinder en deux leur activité par la création d'une SARL ayant pour objet d'exploiter le garage, et d'une autre SARL exerçant une activité de transports routiers, et [étaie]nt alors convenus que M. [I] serait gérant de la SARL exploitant le garage, tandis qu'elle serait gérante de la SARL exploitant l'entreprise de transports routiers ». Il semblerait ainsi que caractériserait une renonciation tacite à l'article 1832-2 du Code civil l'opération globale par laquelle des époux associés, constituant chacun une société, se répartissent par là même des champs d'activités professionnelles de sorte que chacun puisse exercer la sienne séparément et sans immixtion quelconque de la part de l'autre. Il y aurait alors en quelque sorte renonciations réciproques et concomitantes à revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts sociales ainsi souscrites par chacun.

SAS : les modalités de révocation des dirigeants relèvent « d'une liberté contractuelle totale pouvant aller jusqu'à [leur] irrévocabilité ».

CA Paris, pôle 5, ch. 9, 31 mars 2022, n° 21/02463.

Le président et le directeur général fondateurs d'une célèbre SAS (Solendro) avaient été révoqués en assemblée sans inscription à l'ordre du jour, et sans l'approbation préalable du conseil d'administration au sein duquel ils disposaient d'une minorité de blocage, alors pourtant que ladite approbation préalable était imposée par les statuts (art. 15). Les associés ayant voté la révocation avaient justifié l'absence d'inscription à l'ordre du jour par la théorie des incidents de séance, pourtant non applicable à la SAS, et contestaient la nécessité d'un accord préalable du conseil d'administration en ce que par application combinée des statuts et du pacte elle avait pour effet de rendre les dirigeants irrévocables de leurs mandats sociaux. La cour d'appel de Paris a vu dans le procédé de révocation une fraude cause de nullité des révocations, et validé la combinaison discutée « la circonstance que ce conseil d'administration soit composé, aux termes du pacte, de 10 membres dont 6 sont nommés par les fondateurs, ce qui leur donne la majorité simple et leur permet de bloquer l'accord préalable du conseil d'administration, n'est pas de nature à entacher d'incohérence ces statuts, les parties disposant d'une liberté contractuelle totale pouvant aller jusqu'à l'irrévocabilité des dirigeants ».

A NOTER :

Cette solution inédite permet d'affirmer que les modalités de révocation des dirigeants d'une SAS relèvent « d'une liberté contractuelle totale pouvant aller jusqu'à l'irrévocabilité des dirigeants ». Cette liberté résulte de l'article L. 227-5 du code de commerce, lequel renvoie aux statuts le soin de fixer les conditions dans lesquelles la société est dirigée. Le principe de la libre révocabilité des mandataires sociaux, affirmé à propos de la société anonyme (Cass. Com., 14 mai 2013, n° 11-22.845 ; Cass. Com., 17 mars 2021, n° 19-10.350 : « le principe de la libre révocabilité des mandataires sociaux [...] s'applique aux directeurs et directeurs généraux délégués, sans préjudice de la nécessité que leur révocation repose sur un juste motif ») et qui interdit d'entraver, par une clause des statuts ou toute convention, l'adoption de la décision de révocation par l'organe compétent, ne trouve donc pas à s'appliquer dans la SAS. Dans la SAS, c'est au contraire la liberté contractuelle (statuts, et pacte d'actionnaires en complément) qui prévaut. Rappelons d'ailleurs que si un mandataire est toujours révocable, la Cour de cassation affirme que le dirigeant d'une société détient un pouvoir de représentation d'origine légale, de sorte que « les dispositions spécifiques du code civil régissant le mandat n'ont pas vocation à s'appliquer dans les rapports entre la société et son dirigeant » (Cass. com., 18 sept. 2019, n° 16-26.962, F-PB). La question qui peut être posée en ultime ressort est de savoir si l'on peut aller jusqu'à stipuler expressément dans les statuts de la SAS que « le président est irrévocable ». La cour d'appel de Paris semble l'admettre puisque selon elle les modalités de révocation des dirigeants d'une SAS relèvent « d'une liberté contractuelle totale pouvant aller jusqu'à l'irrévocabilité des dirigeants ».



Renaud Mortier

Co-président de la FNDP

Le gérant d'une société civile peut-il vendre l'un des biens immeubles de la société lorsque la clause d'objet social vise la propriété et l'administration de biens immeubles ?

Cass. 3ème Civ., 11 mai 2022, n° 21-15.387 Cass. 3ème Civ., 11 mai 2022, n° 21-15.387

L'interprétation des clauses des statuts d'une société civile peut être source de nombreux contentieux comme le démontre une fois encore l'arrêt du 11 mai 2022.

En l'espèce, un père et ses deux fils avaient créé une société civile immobilière en 1998. Ils détenaient respectivement 40 %, 30 % et 30 % des parts sociales. Lors de deux assemblées générales, la SCI avait voté le principe de la vente de l'immeuble, fixé une fourchette de prix et donné pouvoir aux gérants de procéder à la vente. Une seconde société, une SAS constituée par le père et un des fils, s'était alors portée acquéreur de l'immeuble. Quelque temps plus tard, l'assemblée générale de la SCI avait voté la dissolution anticipée et désigné un liquidateur amiable. Le second fils avait alors assigné la SAS, la SCI, le liquidateur, ainsi que son père et son frère en annulation de la vente et des assemblées générales de la SCI et en indemnisation de son préjudice. Il estimait d'abord que la vente de l'immeuble par le gérant n'était pas possible en raison de la rédaction de la clause d'objet social. Il estimait ensuite que les décisions d'assemblée générale constituaient des abus de majorité et devaient par conséquent être annulées. Les juges d'appel ayant rejeté ces demandes il avait formé un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation rejette le pourvoi. La haute juridiction estime tout d'abord que la présence du terme propriété dans la clause d'objet social a valablement permis à la cour d'appel d'en déduire que la vente de l'immeuble était incluse dans cet objet. Puis, la Cour estime que la demande de nullité des décisions sociales pour abus de majorité n'est pas fondée, faute pour ces décisions de remplir les deux conditions cumulatives posées par la jurisprudence, à savoir la contrariété à l'intérêt social et la réalisation de l'opération dans l'unique dessin de favoriser les associés majoritaires au détriment de l'autre associé.

Si la solution est on ne peut plus classique sur le terrain de l'abus du droit de vote, l'interprétation de la clause d'objet social retenue par les juges appelle quelques précisions.

Ces dernières années, à plusieurs reprises, la Cour de cassation a eu à déterminer le sens du terme « propriété » présent dans la clause d'objet social des statuts d'une société civile. Ainsi, parfois, la Cour a-t-elle refusé de voir dans ce terme autre chose qu'une référence à l'acquisition et la gestion des biens immeubles (*Cass. 3e civ., 31 mars 1999, n° 97-12.921 : RJD 6/99, n° 674. – Cass. 3e civ., 6 sept. 2011, n° 10-21.815 : RJD 1/12, n° 66 ; JCP N 2011, n° 48, 1309, note J.-P. Garçon ; BJS 2011, § 501, p. 982, obs. D. Poracchia. – Cass. 3e civ., 5 nov. 2020, n° 19-21.214 : BJS 2021, p. 41, note Th. De Ravel d'Esclapon ; Dr. sociétés 2021, comm. 19, obs. N. Jullian ; JCP E 2021, 1384, n° 8, obs. J.-Ch. Pagnucco*). Cependant, dans l'arrêt rapporté et dans d'autres, les magistrats ont retenu que « la notion juridique de propriété implique le droit de disposer » (en ce sens : *Cass. 3e civ., 18 déc. 2001, n° 00-16.530 et 00-16.692 : BJS 2002, § 94, p. 434, note B. Saintourens. – Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-21.744 et 06-22.151 : Dr. sociétés 2008, n° 149, obs. R. Mortier*).

Les incertitudes quant à l'interprétation du terme « propriété

» doivent selon nous conduire les rédacteurs de statut à la plus grande prudence. À ce titre, il est préférable lors de la rédaction de la clause d'objet social de mentionner expressément la possibilité pour les gérants de réaliser la vente d'un bien immeuble, seul ou avec l'autorisation des associés, ou encore d'interdire cette cession au gérant. L'enjeu est d'autant plus décisif en présence d'une société civile que si les dirigeants peuvent accomplir tous les actes de gestion commandés par l'intérêt de la société dans l'ordre interne, il en va autrement dans l'ordre externe, le gérant n'engageant la société qu'à la condition que l'acte entre dans l'objet social.



Nadège Jullian

Professeur UT1 Capitole

L'acquisition d'un droit de superficie

Cass. 3ème civ., 9 novembre 2022 n°21-17.259

Droit de propriété – Droit de superficie – Acquisition dérivée – Transfert de propriété

L'article 711 du Code civil présente les différentes manifestations de l'acquisition de propriété par transfert autrement appelée l'acquisition dérivée. L'article 712 qui suit, s'intéresse aux modalités d'acquisition sans transfert, les acquisitions originaires que sont la prescription ou l'accession. Pour résumer : deux modalités d'acquisition de la propriété existent en droit français, l'acquisition réalisée grâce à une transmission mettant en scène un auteur et un ayant-droit et l'acquisition obtenue sans transfert, sans référence à un lien d'appropriation transmis.

L'arrêt rendu le 9 novembre 2022 par la Troisième chambre civile de la Cour de cassation pose la question des modalités d'acquisition du droit de superficie. En l'espèce, le propriétaire d'un terrain avait autorisé son cousin à bâtir et à habiter la construction édifiée ; il avait même supporté ce projet immobilier en se portant caution du prêt ayant permis de financer les travaux. Suite à son décès, ses héritiers assignent le cousin « *en évaluation du prix de la portion de terrain occupée, en indemnisation de la privation de jouissance subie et en expulsion* ». Ils estiment que son occupation doit cesser et qu'il doit leur restituer la chose. Suite à une décision de première instance, la Cour d'appel de Basse-Terre du 22 mars 2021 rejette leurs demandes. Un pourvoi en cassation est formé pour défaut « *de base légale au regard des articles 552 et 553 du code civil* » et pour violation du principe selon lequel « *le juge l'obligation de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis* ».

La Troisième chambre civile de la Cour de cassation dans l'arrêt du 9 novembre 2022 rejette les arguments du pourvoi expliquant que « (...) »

5. *Sans dénaturation, la cour d'appel a, d'une part, souverainement retenu que, par une stipulation introduite dans l'acte de garantie hypothécaire du 11 août 1982, [K] [B] avait consenti à son cousin l'autorisation de construire, sur la parcelle lui appartenant, une maison d'habitation que M. [M] avait édifiée pour son propre compte et à ses frais au moyen d'un prêt qui lui avait été accordé sous le bénéfice de cette sûreté.*

6. *Elle a, d'autre part, constaté, qu'à compter de cette date et jusqu'au décès de [K] [B], M. [M] avait toujours occupé cette maison, justifiant ainsi d'une possession paisible conforme à l'accord.*

7. *Ayant souverainement déduit de ces constatations que [K] [B] avait cédé à son cousin un droit de superficie et renoncé au bénéfice de l'accession, elle a ainsi légalement justifié sa décision. (...) ».*

Comment s'acquiert un droit de superficie ? Le pourvoi rappelle que si la prescription acquisitive constitue bien une modalité d'acquisition originaires du droit de superficie, en l'espèce, on se situerait plus dans l'hypothèse d'une acquisition dérivée. Or, il insiste sur le fait que la simple autorisation donnée par le propriétaire ne saurait constituer un titre permettant d'expliquer le maintien du cousin dans les lieux. La Cour de cassation reprenant l'analyse de la Cour d'appel s'intéresse uniquement à la stipulation contractuelle autorisant l'occupation du terrain et la construction sur celui-ci d'une maison d'habitation au profit de l'occupant seul. Ces points - autorisation d'occupation, de construire, d'habiter la construction - sont déterminants de l'analyse juridique développée (§5). Le §7 en tire les conséquences : le propriétaire « (...) *avait cédé à son cousin un droit de superficie et renoncé au bénéfice de l'accession* (...) ». Le droit de superficie a ainsi été « *cédé* », transmis du propriétaire initial, plein

propriétaire d'une chose immobilière sous toutes ses dimensions à un propriétaire dont l'assiette porte exclusivement sur la surface du sol et les constructions et plantations reposant sur cette surface. On se situe dans une relation d'auteur à ayant-droit qui s'est installée et s'est poursuivie jusqu'à décès du propriétaire initial comme le relève l'arrêt dans son §6 : « (...) *à compter de cette date et jusqu'au décès de [K] [B], M. [M] avait toujours occupé cette maison, justifiant ainsi d'une possession paisible conforme à l'accord* ». La référence à « une possession paisible conforme à l'accord » montre le consentement et le respect par les parties de leur qualité respective pendant cette période : un cédant, propriétaire dont l'assiette originaires est amputée de la partie surface et un cessionnaire qui est le seul à pouvoir disposer et jouir de cette dimension du bien immobilier, bien immobilier désormais dissocié pour ne pas dire démembré...

L'arrêt confirme que le droit de superficie peut s'acquérir par transfert, on n'est pas surpris sur ce point. La dimension « surface » d'un bien immobilier et son aptitude à supporter des constructions et/ou des plantations constituent l'objet de l'opération translatrice. Ainsi « dans certaines hypothèses, le propriétaire cède définitivement son droit de construire. Il le « vend » et la superposition des propriétés devient définitive » (C. Saint-Alary-Houin, Dossier 290 - Le droit de superficie, in Droit de la construction, Dalloz action, dir. Ph. Malinvaud, Dalloz, 2018-2019, n°290-21) comme l'a admis la Jurisprudence (Cass. 3ème civ., 6 nov. 1970, n°69-11.900). Cette décision de la Troisième chambre civile du 9 novembre 2022 le confirme.

On saisit l'angoisse, pour ne pas dire autre chose, des héritiers du cédant devenus les heureux propriétaires de la dimension sous-sol de cette parcelle...



Céline Kuhn

Maître de conférences
Université de la Réunion

Executive Master Droit et Gestion Internationale du Patrimoine (EMDGIP), nouveau Master Fédéré de la FNDP

Chers adhérents,

L'Université PARIS DAUPHINE, en partenariat avec l'institut JURISCAMPUS, vient de créer un nouveau diplôme, l'EXECUTIVE MASTER DROIT ET GESTION INTERNATIONALE DU PATRIMOINE (EMDGIP), dont la première promotion s'ouvrira à la rentrée de septembre.

Convaincu que les enseignements dispensés dans l'EMDGIP, tant en distanciel qu'en présentiel, à Paris et à Londres, peuvent intéresser certains de vos contacts, je vous invite, si vous le souhaitez, à diffuser les informations relatives à cette formation au sein de vos réseaux par les moyens que vous jugerez opportuns,

étant précisé que le dépôt des dossiers devra intervenir pour le 1er juillet prochain.

A cette fin, vous trouverez, en pièce jointe, la plaquette du diplôme, et, ci-dessous, l'adresse du site internet qui lui est dédié.

www.emdgip.fr

Avec toutes mes amitiés,



Eric Fongaro

DESCRIPTION ET OBJECTIFS DE LA FORMATION

Le développement de la mondialisation a conduit à une augmentation progressive du nombre de Français à l'étranger. Fin 2019, le nombre de Français à l'étranger était estimé à plus de 2,5 millions de personnes dont 1 200 000 retraités avec leur propre problématique juridique et fiscale. On peut y ajouter les 400 000 Français traversant une frontière pour travailler dans un pays voisin et soumis à des règles fiscales et sociales spécifiques.

Dans le même temps, la population étrangère vivant en France s'élevait à 5,1 millions de personnes, soit 7,6 % de la population totale.

Cette situation a pour conséquence une activité très soutenue pour les flux et patrimoines de ces personnes. Cette activité est soumise à des règles juridiques, fiscales et de maîtrise des risques spécifiques.

Pour accompagner ces personnes et leur patrimoine, les experts de la gestion de

patrimoine doivent conforter et consolider leurs compétences sur cette dimension internationale.

Il s'avère que les spécificités que cela engendre nécessitent une expertise qui est rare dans le cadre des formations de ce métier, pourtant essentiel comme les chiffres précédents le révèlent.

Ce diplôme a pour objectif de former des spécialistes du conseil de l'ingénierie patrimoniale en les amenant à intégrer les aspects internationaux dans leur démarche en développant leurs connaissances spécifiques (droit international privé, conventions fiscales ...).

Cette formation vise l'acquisition de compétences permettant :

- De développer et consolider une culture juridique, fiscale et financière.
- D'élaborer un diagnostic de la situation patrimoniale d'un client présentant des éléments d'extranéité.

- D'identifier et comprendre les contraintes et les objectifs patrimoniaux d'un client dans un contexte international.

- De recommander des stratégies patrimoniales en tenant compte de cette orientation internationale et des régimes spécifiques des pays concernés.

- De savoir expliquer les résultats attendus ainsi que les implications des stratégies recommandées en tenant compte des contextes spécifiques de chaque pays.

- De réaliser une veille en intégrant à chaque étape les aspects internationaux.

- De maîtriser la fiscalité des particuliers et du patrimoine en contexte international.

- De comprendre le fonctionnement des conventions fiscales bilatérales.

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Le comité juridique international de la FNDP pilote le conseil scientifique du diplôme, il assure le suivi du diplôme et ses évolutions.

A QUI S'ADRESSE CETTE FORMATION

Ce diplôme a pour objectif de former les :

- Gestionnaires de patrimoine
- Gestionnaires de fortune
- Banquiers privés et ingénieurs patrimoniaux
- Gestionnaires de family office
- Experts-comptables
- Notaires
- Avocats

PRÉREQUIS

- Être titulaire d'un MASTER 1 en droit, gestion, AES, du DSCG ou du DEC
- Ou être titulaire d'un diplôme inscrit au RNCP de Niveau 7 dans la catégorie NSF 313 ou NSF 128
- Ou de tout autre diplôme considéré comme équivalent par le Comité de sélection
- Ou pouvoir attester dans un domaine en lien avec la gestion de patrimoine, d'une expérience professionnelle jugée suffisante par le Comité de sélection

PROGRAMME

FONDAMENTAUX

- Le régime primaire et le régime légal
- Les principaux régimes conventionnels
- L'impôt sur le revenu et sur la fortune immobilière (IR-IFI)
- L'environnement du chef d'entreprise
- La dimension patrimoniale du chef d'entreprise
- Les fondamentaux de la protection sociale
- Les régimes obligatoires de prévoyance
- Les solutions de prévoyance facultatives
- L'indivision et le démembrement
- Les libéralités et la dévolution successorale

PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL DU PATRIMOINE

- Principes généraux de droit international privé
- La localisation des biens et des personnes : les principes fondamentaux en fiscalité internationale

EXPERTISE

- Les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés en droit international privé
- Les successions et les libéralités en droit international privé
- Les personnes vulnérables en droit international privé
- Common law et droit patrimonial
- Les TRUSTS et leur réception en droit français
- L'assurance-vie luxembourgeoise
- L'assurance-vie en matière internationale : aspects juridiques et fiscaux
- Les régimes sociaux et la mobilité des personnes
- Le statut fiscal et social des frontaliers
- Les investissements immobiliers en France par les non-résidents
- Contrôle fiscal et lutte contre l'évasion fiscale en matière internationale

CAS PRATIQUES DE SYNTHÈSE

CONFÉRENCES

- Mondialisation et délocalisation des entreprises et des personnes – approche économique
- Les investissements verts
- Lutte contre le blanchiment
- Impatriation et Expatriation
- Les principes de la finance islamique
- L'audit patrimonial international : méthodologie et réflexes

SÉJOUR A LONDRES

Une session de formation de 3 journées se déroulera sur le Campus de Dauphine-PSL Londres

CERTIFICAT AMF - Optionnel

Une formation Juriscampus en e-learning sera proposée aux apprenants souhaitant se préparer et passer l'examen AMF (sans supplément au coût de la formation)

STATUTS ACCESSIBLES AUX DIPLÔMÉS

- Compétence Juridique Appropriée (CJA)
- Conseiller en Investissements Financiers (CIF)
- sous réserve de justifier en plus de la certification AMF
- Intermédiaire en Opérations de Banque et Services de Paiement (IOBSP Niveau I)
- Intermédiaire en Financements Participatifs (IFP)
- Intermédiaire en Assurances (IAS Niveau I)
- Professions Immobilières (Carte T)



PLANNING

Ouverture E-learning et sessions présentielles

Début de la formation

Octobre 2022

Date limite de dépôt des candidatures :

1er Juillet 2022

Jury d'admission :

6 Juillet 2022



FONDAMENTAUX

150 heures E-learning

Les 150 heures de fondamentaux sont dispensées sur une plateforme pédagogique en ligne administrée par JurisCampus, leader dans la formation à distance en Gestion de Patrimoine.



PRINCIPES - EXPERTISE

21 journées en présentiel

dont 3 sur le Campus Dauphine-PSL Londres

Le diplôme comporte 18 journées qui se dérouleront à l'Université Paris Dauphine - PSL, complétées par 3 journées sur le Campus de Dauphine-PSL Londres et 6 conférences.

ÉVALUATION DES CONNAISSANCES

- Contrôle continu
- Épreuves écrites sur table
- Rapport écrit et soutenance orale

Le diplôme est validé par l'obtention d'une moyenne générale supérieure ou égale à 10/20.*

* cf. règlement d'examen

COÛT ET FINANCEMENT

TARIF

9 500 €*

Quel que soit votre profil et votre situation professionnelle, il existe des solutions pour vous aider à financer votre formation. JurisCampus met à votre disposition une équipe d'experts qui vous accompagne dans vos démarches de financement et vous aide à orienter au mieux vos demandes : profitez-en !

* Frais de transport (eurostar), hébergement et restauration compris pour le séjour à Londres

DIPLÔMES



DIPLÔMES

- Executive Master de l'Université Paris Dauphine-PSL Droit et Gestion Internationale du Patrimoine
- Titre RNCP de niveau 7 de l'Institut de Formation JurisCampus - Expert en Optimisation et Transmission du Patrimoine

Les titulaires de l'EMDGIP pourront accéder à la formation post-executive master du

Diplôme Fédéral de Juriste du Patrimoine

En savoir plus :

www.fndp.eu/dfjp/



FNDP

Fédération
Nationale
Droit du
Patrimoine

La Lettre de la FNDP

Numéro 27 - Décembre 2022

Numéro 27