İSTANBUL 2011

12/16 OCTOBRE

MOUVEMENT JEUNE NOTARIAT

42e CONGRÈS

RELATIONS PLURIELLES, PLURALITÉ D'ACTEURS ET RÔLE DU NOTAIRE

RELATIONS PLURIELLES, PLURALITÉ D'ACTEURS ET RÔLE DU NOTAIRE

42e Congrès
du Mouvement Jeune Notariat

12-16 octobre 2011

Co-présidents

Aliénor GUILLAUME
Notaire
Chargée d'enseignement auprès d'organismes
à vocation notariale

Eric COUPPE
Diplômé notaire
Master 2 de Gestion de patrimoine
Diplômé du CSEN

Rapporteur général

Xavier-Jacques MECHAIN
Notaire
Ancien professeur certifié de lettres modernes, chargé
d'enseignement au sein de formations notariales
Diplôme de l'Institut de la construction et de l'habitation
Master 2 de Communication / Sciences du langage
Master 2 de Management administratif et financier

« Nous remercions
tout particulièrement

l'Union notariale financière

sans laquelle ce rapport
n'aurait pu être édité… »

Introduction

Aliénor GUILLAUME

De la difficulté à penser notre droit

Jamais le droit ne fut si difficile à penser. Jamais le Code civil ne fut si difficile à comprendre. Le droit familial, le droit des contrats paraissent actuellement fondés sur des valeurs qui n'étaient pas celles du Code de 1804. La famille légitime n'est plus considérée comme primordiale, la liberté contractuelle est souvent restreinte par de multiples réglementations, la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle recourent moins au concept de faute. L'intérêt du plus faible (victime, exclu, consommateur) semble souvent l'emporter. Il y a là comme la conséquence juridique logique d'un Etat Providence encore omniprésent. Parfois jusqu'à l'absurde : un tribunal a ainsi récemment condamné une enseigne de distribution à payer 20 000 euros à une femme âgée qui s'était cassé le fémur en glissant sur une feuille de salade dans l'un de ses magasins [1].

Des évolutions profondes

Un Etat providentiel tentaculaire et maternel persuade les Français depuis des siècles qu'ils n'ont qu'à vivre et laisser les institutions s'occuper de leur bien-être. Toutefois, aujourd'hui, l'Etat providentiel, dans des circonstances financières difficiles, ne peut plus assumer toutes les difficultés de ses citoyens. L'austérité s'annonce, l'assistance recule. L'Etat est contraint désormais de traiter les citoyens en adultes et de leur laisser des responsabilités, de leur accorder de nouvelles autonomies. On assiste à un retournement de la vision de nos politiques, devenus plus modestes sous l'effet de graves contraintes économiques et financières, contraints de rendre du pouvoir aux citoyens – qu'il est temps de cesser de regarder comme des enfants ou des victimes.

Le droit à son tour hésite, entre un ordre juridique qui suppose une structure unifiée et hiérarchisée et le pluralisme qui implique l'autonomie des acteurs juridiques.

(1) http://lexpansion.lexpress.fr/entreprise/carrefour-est-il-victime-d-une-justice-a-l-americaine_245717.html

De nouveaux concepts émergent sous la plume des observateurs et des auteurs : régulation [2], droit pluriel [3], pluralisme ordonné [4], droit volontaire [5], droit négocié [6] etc. La production de la norme juridique et le pluralisme font l'objet d'un regain de réflexions et de travaux de recherches socio-juridiques [8].

Quelles valeurs animent le droit actuellement ?

Les valeurs sur lesquelles reposent notre législation actuelle semblent singulièrement contradictoires. Le droit familial actuel repose davantage, depuis la loi du 23 juin 2006, sur la liberté et la volonté, alors que ces valeurs, fondement des contrats et de la propriété, sont en déclin dans d'autres domaines : urbanisme, environnement, baux d'habitation, ventes d'immeubles etc.

Quel est donc l'esprit de nos lois en 2011 ?

La réflexion menée par notre Congrès sur les relations plurielles entretenues par nos concitoyens, sur l'individualisme, le pluralisme, le relativisme à l'œuvre dans notre société, sur leur traduction dans notre droit, et sur le rôle du notaire chargé par l'Etat de réguler ces relations sur le plan juridique, éclaireront, nous l'espérons, tous les acteurs de notre profession, ainsi que leurs partenaires, sur les mouvements de fond affectant actuellement la société et le droit français.

---

(2) Congrès 2007 du Mouvement Jeune Notariat (MJN), *L'économie et le droit*

(3) *Pour un droit pluriel*, Études offertes au professeur Jean-François Perrin, Bâle : Helbing & Lichtenham, 2002

(4) Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit IV - Vers une communauté de valeurs*, Le Seuil, février 2011.

(5) Philippe POTENTIER, La semaine juridique notariale et immobilière n° 23, *Le juge et le notaire*, 6 juin 2008, 1214.

(6) Bicheron F., *L'utilisation du mandat en droit de la famille* in *Le mandat, un contrat en crise?* sous la direction de Nicolas Dissaux, Economica, 2011

(8) Jacques Commaille, *L'esprit sociologique des lois*, Essai de sociologie politique du droit (Paris, PUF, 1994).

Présentation du Rapporteur général Introduction aux travaux du Congrès 2011

La philosophie ne consiste-t-elle pas, après tout, à faire semblant d'ignorer ce que l'on sait et de savoir ce que l'on ignore ?
Paul Valéry

Lorsque Aliénor GUILLAUME m'a fait part de son idée de retenir pour thème du 42e Congrès de notre association « *Relations plurielles, pluralité d'acteurs et rôle du notaire* », j'ai accueilli cette idée avec beaucoup d'enthousiasme mais aussi de perplexité en percevant aussitôt la nouveauté, l'actualité et la complexité associées à la pluralité en droit – « *Dès qu'un troisième personnage apparaît dans une situation juridique, les difficultés se multiplient. Passer de deux à trois […] c'est décupler les difficultés.* » [1]

Quand il m'a ensuite été proposé de devenir rapporteur général de ce Congrès, c'est le sentiment d'un très grand défi à relever que j'ai ressenti – avec également la fierté et la joie de participer à nouveau à cette aventure vivifiante que représente tout Congrès Jeune Notariat – au moment même où je croyais devoir réserver toute mon énergie à ma création d'office notarial.

Remerciements

Je tiens à remercier le travail de toute notre équipe de rapporteurs, Messieurs les Professeurs AULAGNIER, LE GUIDEC, GUENARD, MEKKI et TORCK, ainsi que Me PERSON pour leur aide ; chacun, dans son contexte familial et professionnel, a su dégager l'énergie et le temps nécessaires à la rédaction de ce rapport. Je rends hommage à leur enthousiasme, à leur passion pour le droit et pour notre profession – en soulignant tout particulièrement l'énergie déployée par celles et ceux qui au sein de l'équipe ont su faire face avec brio, pendant la préparation, à une prise de participation ou à une création d'office.

Ne rien admettre qui ne soit évident

Dans la mission qui m'avait été confiée, la première tâche à accomplir consistait tout d'abord à m'épurer de mes opinions antérieures sur ce que pouvait être un Congrès Jeune Notariat afin d'en découvrir la vraie nature – et prendre de la distance avec mon expérience de rapporteur lors du

(1) Rodière R., in Utudjian, *Location de véhicules pour le transfert routier de marchandises*, 1964

Congrès de Saint-Pétersbourg en 2008.

La règle d'évidence – précepte de la méthode cartésienne, ne rien admettre qui ne soit évident – m'a conduit à tout d'abord éviter la précipitation et la reproduction des opinions souvent entendues, et souvent contradictoires, sur ce que doit être un Congrès Jeune Notariat.

On juge l'arbre à ses fruits, et c'est donc la lecture – cursive bien entendu – des précédents rapports de Congrès qui m'a d'abord occupé au démarrage de nos travaux. En effet, il n'existe pas de manuel, de méthode, de cahier des charges du Congrès Jeune Notariat, et ce sont les rapports de Congrès qui guident le mieux vers la découverte de la vraie nature de cette manifestation.

Qu'est-ce qu'un Congrès Jeune Notariat ? Quelle est la visée – et accessoirement la rhétorique – d'un rapport de Congrès Jeune Notariat ?

Une dissertation juridique ?

Le but d'une dissertation juridique est d'offrir une construction ordonnée d'un développement explicatif traitant d'un sujet juridique donné. Il s'agit d'analyser la problématique d'un sujet juridique et de donner des pistes permettant de résoudre celle-ci. Elle doit permettre à l'auteur de la dissertation d'exposer ses connaissances personnelles à travers une réflexion ou une confrontation des règles ou principes juridiques. Contrairement à ce que l'on croit souvent, le but n'est donc pas seulement d'exposer des connaissances mais de présenter sa réflexion personnelle sur un sujet. L'attitude de celui qui disserte ne doit donc pas être seulement descriptive ; il doit manifester également réflexion et critique.

A ce titre, un rapport de Congrès pouvait effectivement être considéré comme une forme de dissertation juridique – avec un volume bien plus considérable et avec la particularité d'être rédigé à plusieurs mains. Le thème général du Congrès fournit bien une problématique voire une ramification de problématiques. Comme dans une dissertation juridique, le plan des rapports de Congrès se caractérise également par la cohérence et la logique. Une construction juridique symétrique ou bipartite caractérise la plupart des rapports, avec souvent deux parties – et deux commissions pour les traiter – même si certains Congrès ont pu toutefois s'affranchir de ces plans-types en empruntant des formes plus libres (38e Congrès à San-Francisco et 40e Congrès à Hammamet).

Comme dans une dissertation, passé le temps de l'exposé du droit positif, la réflexion et la critique prennent toujours le relais à travers tous les développements. Toutefois, une plus grande souplesse caractérise le rapport de Congrès Jeune Notariat et le distingue nettement du genre de la dissertation.

En effet, dans une dissertation, on ne doit pas avoir de répétitions ; le rai-

sonnement doit se poursuivre logiquement et de façon fluide, sans retour en arrière permis. Rien de tel dans la plupart des rapports de Congrès ; les connexions sont partout, entre tous les développements, afin de faire émerger quelques idées-forces et propositions de réforme.

Un essai

Un rapport de Congrès Jeune Notariat, c'est finalement une variété d'essai, c'est-à-dire un ouvrage de facture libre, traitant d'un sujet qu'il n'épuise pas, constitué d'une suite de réflexions et de méditations s'effectuant autour d'un thème, l'ensemble présentant un mélange savant de préparation élaborée et d'intuition. Le fil logique et démonstratif de la dissertation juridique ou philosophique, ou de l'article de revue ou d'encyclopédie, ne peut se comparer à celui, beaucoup plus libre, du rapport de Congrès Jeune Notariat. Néanmoins, rapport et dissertation ont pour objectif commun de poser une question, ou de choisir un thème posant problème, et de vouloir les résoudre – tout au moins, de s'efforcer de travailler à leur solution s'agissant d'un Congrès Jeune Notariat.

Une démarche exposé – diagnostic – proposition

Un rapport de Congrès Jeune Notariat diffère encore de la dissertation juridique par un mouvement, par un cheminement propres. Il veut d'abord créer un climat qui entraîne le lecteur, après l'exposé d'une notion, à partager son évaluation, son diagnostic, puis à adhérer aux propositions d'emploi/amélioration qu'il formule. L'approche n'est pas, comme dans la dissertation juridique, centrée sur le seul droit positif ; l'approche est résolument prospective, innovante.

Un exercice spirituel collectif

La préparation et la rédaction d'un rapport de Congrès Jeune Notariat sont proches, par certains aspects, d'un exercice spirituel. On veut désigner par là une activité de la pensée, un « *itinéraire réflexif* », qui plus est collectif, où l'ensemble de l'équipe du Congrès dialogue et, au terme de sa démarche, s'avère capable de préciser voire modifier ses points de vue. Le sel d'un travail de Congrès Jeune Notariat, c'est donc le gain dialectique – l'évolution et l'enrichissement de la pensée – ensuite partagé avec les lecteurs et participants.

Dans un champ de réflexion plus vaste que la seule matière juridique

Politiquement correct. Historiquement correct. Juridiquement correct ? Comment s'immuniser contre la pensée unique en matière juridique ? En rejoignant le Mouvement Jeune Notariat sans aucun doute. Jeune Notariat

est depuis l'origine un mouvement d'idées qui réunit toutes les personnes intéressées par le développement de la profession notariale en France. Le Congrès Jeune Notariat constitue un moment fort de réflexion pour adapter la profession notariale aux réalités de demain, avec notamment pour objectif de développer son rôle social et économique et se veut toujours porteur de confiance dans notre fonction. A ce titre, le Congrès Jeune Notariat a-t-il un champ de réflexions et de recherches plus vaste que le droit dans sa dimension technique – domaine réservé aux Congrès annuels des notaires – et se doit de porter prioritairement attention dans ses travaux aux grandes évolutions de la société française et du notariat – et à leur nécessaire traduction dans notre droit.

Procéder selon l'analyse

La méthode cartésienne nous dit que l'esprit doit diviser les notions complexes en éléments simples et en questions élémentaires et décomposer ainsi le tout. Face à un thème dont l'énoncé est difficile et complexe comme « *Relations plurielles, pluralité d'acteurs et rôle du notaire* », à quelle analyse pouvait-on procéder ?

Indubitablement, c'était un thème qui pouvait susciter la surprise. Nous avions pu « *tester* » ce thème sur plusieurs membres de l'association et avions pu nous rendre compte qu'il constituait bien une provocation pour la pensée. Dans la forme tout d'abord, car il renferme plusieurs notions – à la différence par exemple de « *la solitude* », thème du Congrès de 2008, qui n'en était pas moins complexe et actuel par ailleurs. Cet énoncé à plusieurs notions, cet énoncé conjonctif constituait donc un défi assez relevé pour l'analyse.

Traiter ce thème exigeait tout d'abord quelque obéissance. Le thème est un « *Maître* » auquel il fallait que je me soumette, comme toute l'équipe des rapporteurs ; il nous fallait nous mettre à son service pour dix-huit mois en suivant les contraintes de son énoncé, obéir à la logique de sa singularité, à sa lettre aussi bien qu'à son esprit.

Le premier travail consistait donc à identifier les notions, à les analyser pour elles-mêmes et à décrire l'étendue de leurs sens, préalablement au travail de réflexion des rapporteurs illustrant les tensions pouvant habiter ces notions.

Définition des notions (et notions analogues)

Relations/Obligations

Les relations – sous-entendues humaines – sont une partie importante des sciences humaines et du droit. Dans le champ de la psychologie sociale, le mot relation désigne les interactions et les rapports interpersonnels au sein d'un groupe humain ayant pour objet de diminuer la distance sociale.

Le mot obligation désigne pour sa part, on le sait, depuis l'époque romaine,

un rapport entre deux personnes, qui dans le droit primitif était un assujettissement physique et magique, et est devenu une valeur patrimoniale, qui s'est dématérialisé pour devenir un lien de droit unissant le créancier au débiteur. La théorie générale des obligations constitue aujourd'hui un corps de règles de toute première importance que met en œuvre quotidiennement notre profession. Le droit des obligations, droit des « *relations juridiques* », exerce une influence prépondérante sur l'ensemble du droit et irrigue de ses concepts et de ses régimes toutes les branches du droit.

Pluriel/Pluralité

L'usage du mot pluriel dépasse la seule tradition grammaticale et scolaire. Le mot tient également une place importante dans les sciences sociales. Est pluriel, nous dit le Trésor de la langue française, ce qui indique la pluralité, mais aussi, dans un sens plus moderne, une attitude faite de tolérance et de bienveillance pour les opinions et usages différents, c'est-à-dire le pluralisme :

> « Pluralité, subst. fém. : 1. Fait d'être plusieurs, d'exister en grand nombre et, p. ext., caractère de ce qui est multiple. 2. Grand nombre, multitude. »

Pluralisme

> « Pluralisme, subst. masc. : 1. Doctrine ou pratique qui admet la coexistence d'éléments culturels, économiques, politiques, religieux, sociaux différents au sein d'une collectivité organisée. Pluralisme juridique, politique, religieux, scolaire, syndical. »

Dans le champ des sciences sociales, beaucoup d'auteurs s'accordent pour reconnaître le pluralisme comme l'idée dominante du siècle actuel, comme le seul principe durable d'organisation sociale, dans lequel la société se définit notamment par la réciprocité entre l'initiative individuelle et la sauvegarde collective des valeurs, par un système juridique fort mais aussi respectueux de la responsabilité et de la liberté. Le pluralisme tient aussi au fondement même du droit qui, selon l'expression du doyen CARBONNIER est « *une science du contradictoire* » [2]. Dans le droit, tout problème comporte au moins deux solutions, solutions contractuelles ou solutions plaidables et dignes d'intérêt face au juge. Par conséquent, dans une conception démocratique et libérale de la vie sociale, le pluralisme est nécessaire et le « *droit signifie choix* ».

Libéralisme

Le libéralisme est un courant de pensée de philosophie politique qui affirme la primauté des principes de liberté et de responsabilité individuelle sur le pouvoir de l'Etat. Il repose sur l'idée que chaque être humain possède des droits fondamentaux qu'aucun pouvoir n'a le droit de violer. Le libéralisme repose sur un précepte moral qui s'oppose à l'assujettissement, d'où découlent

(2) *Analyses et réflexions sur le droit*, Ouvrage collectif, Ellipses, 1988

une philosophie et une organisation de la vie en société permettant à chaque individu de jouir d'un maximum de liberté. Au sens large, le libéralisme prône une société fondée sur la liberté d'expression des individus dans le respect du droit du pluralisme et du dialogue. La satisfaction et l'expression libre de l'intérêt de chacun permettent une société qui valorise les meilleures adaptations. Les limites à fixer à l'action de l'État, ainsi que les modalités de l'action publique (notamment les rôles respectifs de l'action administrative et de la loi), sont sujettes à débat au sein du libéralisme. La plupart des libéraux considèrent que l'action de l'État est nécessaire à la protection des libertés individuelles (comme Adam SMITH ou Raymond ARON. À l'opposé, les libertariens refusent à l'État toute légitimité dans quelque domaine que ce soit.

Individualisme

L'individualisme repose sur la conviction que l'humanité est composée non pas d'abord d'ensembles sociaux (nations, classes…) mais d'individus : d'êtres vivants indivisibles et irréductibles les uns aux autres, seuls à ressentir, agir et penser réellement. Cette conception qui nous est aujourd'hui familière constitue pourtant l'aboutissement d'une très longue évolution des idées. DURKHEIM a démontré dans ses travaux la marche des sociétés modernes à l'individualisme.

Dans les sociétés archaïques, écrit-il dans ses *Leçons de sociologie* :

> « ce qui avait du prix aux yeux de tous, c'étaient les croyances collectives, les aspirations collectives, les traditions communes et les symboles qui les exprimaient… Absorbé par la société, l'individu en suivait docilement les impulsions… Mais plus on avance dans l'histoire et plus on voit les choses changer. D'abord perdue au sein de la masse sociale, la personnalité individuelle s'en dégage. L'individu acquiert des droits de plus en plus étendus à disposer de lui-même, des choses qui lui sont attribuées, à se faire sur le monde les représentations qui lui paraissent les plus convenables, à développer librement sa nature… Toute entreprise pour asseoir les institutions sociales sur le principe opposé ne peut avoir que des succès d'un jour. Car on ne peut pas faire que l'individu ne soit pas devenu ce qu'il est, c'est-à-dire un foyer autonome d'activité, un système imposant des forces personnelles dont l'énergie ne peut pas plus être détruite que celle des forces cosmiques ».

Les premières traces de l'individualisme apparaissent avec les Grecs et le « *Connais-toi toi-même !* » de SOCRATE, puis avec la préoccupation du salut de l'âme personnelle chez les chrétiens. A la Renaissance, de nouvelles figures individualistes prennent leur essor : l'entrepreneur, le marchand, le banquier. En même temps, la Réforme individualise encore plus la religion, rendant chacun responsable des conséquences de ses actions, et en particulier de son propre salut. Les philosophes des Lumières s'emparent ensuite de l'individu

pour souligner son autonomie, son aptitude à la raison, sa position comme atome constitutif de la société, et finalement ses droits absolus et inaliénables face aux tyrans. Cette évolution débouche sur une multitude de variantes de l'individualisme au XIXe siècle. Pour TOCQUEVILLE, il s'agit d'« *un sentiment réfléchi et paisible qui dispose chaque citoyen à s'isoler de la masse de ses semblables et à se retirer à l'écart avec sa famille et ses amis* ». Pour GUIZOT, c'est une réponse à une question de philosophie politique : « *La société est-elle faite pour servir l'individu ou l'individu fait pour servir la société ?* » Le champ des activités soumises au libre choix de l'individu s'élargit. Ainsi en est-il de la religion pour en faire une affaire privée, du commerce qui doit laisser la place au libre-échange, ou des mœurs les plus anticonformistes – on songe en particulier à SCHOPENHAUER [3], et à sa célèbre fable des porcs-épics [4], à NIETZSCHE [5] ou à Georges PALANTE [6] parmi les auteurs les plus subversifs. Dans le même temps, l'émancipation de l'individu suscite autant de réactions d'hostilité. Ironiquement, ces dernières donnent naissance au terme d'« *individualisme* » qui est initialement péjoratif et utilisé par ses adversaires pour dénigrer une évolution qu'ils rejettent. C'est la possibilité même de l'individu qui est niée : seule existe la collectivité, l'humanité. De nouvelles

(3) Schopenhauer est celui qui enseigne qu'une vie heureuse est une contradiction dans les termes, que les grandes amours se réduisent à des leurres de l'instinct, que le monde se poursuit sans dessein intelligent, sans intention sensée, sans espoir d'amélioration. La nature ne livre pas ses secrets, la science est vaine, la religion ne répond à rien, la sensualité est éphémère, la vie familiale est insipide, le droit est un artifice, la raison est asservie au désir, la volonté individuelle est illusoire, l'art seul peut sauver mais n'apporte qu'un semblant de satisfaction. La pitié s'impose entre tous les vivants comme une solidarité éphémère dans une nuit sans fin. L'individualisme de Schopenhauer est métaphysique. L'individu est un microcosme de même que le monde est un ensemble qui ne prend de sens et n'existe qu'à travers le regard de l'être humain. L'individu est premier ; ce n'est pas une abeille dans la ruche, et la société ne doit pas l'asservir ni chercher à le moraliser.

(4) L'hiver, les porcs-épics sont ballottés entre deux souffrances. Ou bien ils restent éloignés les uns des autres, et ils souffrent du froid. Ou bien ils se serrent les uns contre les autres pour se tenir chaud, mais alors leurs piquants s'enfoncent dans leurs chairs. Ils cherchent alors une situation intermédiaire acceptable, entre la solitude glacée et la proximité mordante.

(5) Le résultat principal d'une lecture assidue de Nietzsche est d'améliorer la résistance à « *la moraline* », terme qu'il invente pour désigner la substance toxique produisant les préoccupations morales et leurs conséquences « *affaiblissantes* ». Comment agit l'antidote ? Le coup d'œil nietzschéen affirme diagnostiquer ce qui produit les valeurs. Il croit percer le secret des agencements de forces à l'œuvre dans la religion, l'écriture, la civilisation, les rapports des sexes, l'Etat. Sa question est toujours finalement de savoir pourquoi nous croyons, quels mobiles nous font adopter telle croyance plutôt que telle autre.

(6) Un penseur de l'individu, voilà ce qu'est Georges Palante. La source de toute création réside à ses yeux dans la singularité absolue de chacun d'entre nous. Ce primat de l'individu conduit Palante à une série d'analyses, souvent caustiques, des dispositifs de normalisation.

totalités transcendantes apparaissent au fil du temps avec la nation, la race, les corporations, et le paroxysme anti-individualiste sera atteint avec les socialismes et les totalitarismes du XXe siècle. Jusqu'à ce jour, le débat continue entre les libertariens américains, irréductibles défenseurs de l'autonomie de l'individu, et leurs adversaires partisans du sociologisme et de la massification [7], et de toutes les théories de la prédétermination de l'individu par son milieu familial, social ou économique. Avec Raymond ARON, on peut aujourd'hui se demander : « *Pourquoi le mot d'ordre de la liberté de l'individu, après des années de collectivisme rampant, ne retrouverait-il pas sa fraîcheur ?* » [8]

Un individualisme de façade diront certains, constatant que nous sommes devenus des citoyens gavés d'images et de messages médiatiques dont le but ultime est de supprimer avec allégresse notre être libre, nous retirer précisément le statut d'individu en tant qu'entité singulière. Le système démocratique et médiatique fonctionnerait aujourd'hui comme une musique d'ascenseur faite pour endormir et faire tout accepter. Dans le même temps, le sentiment social se serait peu à peu évaporé ces dernières années ; la société ne serait plus qu'un vague agrégat de milieux, d'institutions et de bulles individuelles ; la sociabilité serait faite maintenant de mille petites niches, de mille petits refuges où l'on se tient chaud. Beaucoup dénoncent l'individualisation de masse, le Moi de nos contemporains faible, déprimé, virtuel et indéfiniment adaptable que requiert une production fondée sur l'innovation permanente, l'obsolescence accélérée des technologies, le bouleversement constant des normes sociales, la flexibilité généralisée.

Notre Mouvement avait déjà pu observer ces phénomènes d'atomisation des individus et de nouvelles sociabilités lors d'un Congrès consacré à la solitude. La nouvelle sociabilité prend aujourd'hui la forme d'interactions faibles connues sous les noms de « *collègue* », « *contact* », « *pote* », « *relation* » ou « *d'aventure* ». La famille peine à revenir et, de flirt en divorce, de concubinage en recomposition, chacun observe la souffrance du couple aujourd'hui, passé l'étourdissement amoureux. Le présent rapport ne manquera pas de réfléchir à ces bouleversements dans les rapports sociaux existants.

Quoi qu'il en soit, le nouvel individualisme – qui est une bonne nouvelle,

---

(6 suite) Sa bête noire : le troupeau. Son combat : démonter les rouages des orthodoxies, conformismes et dogmatismes, démasquer les formes multiples du grégaire. Corporations, petites villes, familles, administrations… ces lieux clos dégagent « une asphyxiante odeur de moraline ». De tels réseaux d'assujettissement social perturbent la « gravitation sur soi » de l'individu.

(7) « *[…] nous avions choisi le cynisme morbide de ceux qui sont condamnés par la massification. Vilain mot qui commence par massicot et finit comme dissection […]* » in A.D.G, *Pour venger Pépère*, Folio Policier, 1980.

(8) Cité in Laurent A., *Histoire de l'individualisme*, Que sais-je ? 1993

s'il peut s'approfondir dans l'investissement intérieur de soi, par la quête de l'harmonie intime, bref par l'aventure intérieure de la création de soi par soi – remet fondamentalement en cause l'organisation de nos démocraties et de notre droit. Il conduit à accepter que la légitimité vienne d'en bas : des individus, pas des institutions.

Autonomie de la volonté

La théorie de l'autonomie de la volonté est fondée sur une analyse philosophique individualiste. Cette théorie s'est développée au XIXe siècle sous l'influence de la doctrine économique libérale. L'influence du christianisme a sans doute été déterminante, mais c'est chez GROTIUS (1583-1645) et ses successeurs qu'il faut trouver l'origine directe du principe de l'autonomie de la volonté. Dans cette conception, l'homme est conçu comme un être entièrement autonome, qu'aucune volonté, autre que la sienne propre, ne peut commander. Ainsi, la volonté individuelle est la seule source de toute obligation juridique.

Les philosophes du XVIIIe siècle ont affirmé à leur tour que les droits des individus doivent être sauvegardés, non seulement contre l'Etat mais aussi contre tout groupement susceptible de réduire la liberté individuelle. La société ne doit plus être constituée que d'individus entre lesquels les relations sociales ne peuvent être organisées que sur un fondement volontaire, c'est-à-dire contractuel. C'est à la même inspiration que se rattache, sur le plan des institutions politiques, la fameuse théorie du contrat social de HOBBES (1588-1679) et ROUSSEAU (1712-1778). Après ce dernier, KANT soutient que la volonté individuelle est la source unique de toute obligation juridique. Il déclare en même temps qu'elle est seule source de justice. C'est l'origine de la célèbre formule de FOUILLÉ (1838-1912) « *Qui dit contractuel dit juste* ».

Le principe de l'autonomie de la volonté représente le fondement de la force obligatoire du contrat dans la mesure où, à partir du moment où l'on considère que l'homme est libre, l'obligation qu'il assume à la suite d'un contrat ne peut venir que de lui-même. La loi ne fait donc que garantir l'exécution de l'obligation contractuelle et en assure la sanction. Quand on dit que la volonté est autonome, cela signifie que l'on considère que la volonté humaine tire d'elle-même toute sa force créatrice d'obligations. La force obligatoire s'impose non seulement aux parties mais aussi au juge. Le juge n'a qu'une mission : dégager clairement le sens du contrat pour mieux en assurer l'exécution – d'ailleurs, on dit souvent qu'en matière contractuelle le juge n'est que « *le ministre de la volonté des particuliers* ».

Relativisme

Le relativisme est un mouvement de pensée qui traverse les siècles depuis l'Antiquité pour désigner un ensemble de doctrines variées qui ont pour point commun de défendre la thèse selon laquelle le sens et la valeur des

croyances et des comportements humains n'ont pas de références absolues qui seraient transcendantes. Parmi les grands auteurs de ce courant de pensée, on cite Auguste COMTE qui, dans la France encore rurale et catholique de 1850, avait saisi, entre autres, que le monde était désormais transnational et que les révélations sacrées avaient fait leur temps. Il entrevoyait aussi que les formes anciennes de la politique s'estompaient au profit d'une vie sociale et culturelle où le pouvoir allait s'exercer autrement, de manière diffuse et continuelle. Il entendait fonder la religion future sur le triomphe des sciences. La réussite des disciplines scientifiques consistait d'abord, à ses yeux, dans l'acceptation du relatif. Le relatif, selon une formule devenue célèbre, « *est désormais le seul absolu* ». Vision prophétique puisque, le relativisme du « *point de vue* », la protestation contre tout ce qui est assez bête ou primitif pour croire encore à quelque chose, pour affirmer quoi que ce soit est aujourd'hui un trait de l'époque.

Notre pays vit effectivement à l'heure du dogmatisme du questionnement dans toute l'intelligentsia universitaire, littéraire et médiatique. Le scandale, il y a un siècle, résidait dans toute négation un peu tapageuse ; elle réside aujourd'hui dans toute affirmation qui ne tremble pas. Contenir sans fin toutes les affirmations, désactiver pas à pas toutes les certitudes, tel semble le mouvement de la pensée occidentale ces dernières années, qui nous confronte aux autres civilisations et produit hors de l'Occident un sentiment d'incompréhension et de méfiance face à ce nouvel impérialisme du « *relatif* ».

Origine du thème

Les notions définies, les sens multiples explicités, on perçoit l'actualité et l'on devine les enjeux possibles de ce thème « *Relations plurielles, pluralité d'acteurs et rôle du notaire* ». Des enjeux que le rapport du Congrès des notaires qui s'est tenu à Bordeaux en 2010 a pu dévoiler dans le champ de réflexion sur le droit de la famille et des couples qui était le sien :

> « Différents modes d'organisation des unions conjugales sont désormais proposés par la loi. Ce pluralisme est le reflet d'une évolution récente de notre société. Plus qu'auparavant, l'individualisme s'affirme et chacun veut pouvoir déterminer sa vie, en être un acteur volontaire. »
>
> « La pluralité des formes d'union correspond d'abord à un pluralisme des mœurs. »
>
> « Le pluralisme traduit un rapport différent entre la loi et les mœurs, le refus d'une loi unique et pédagogique qui prétend dresser les mœurs »
>
> « Le couple est aujourd'hui pluriel. Cette diversité de statuts reflète notre société, comme le souligne la formule de Jean Carbonnier « *A chacun sa famille, à chacun son droit* »

Dans le paysage de la pluralité dessiné par le thème, deux massifs à gravir s'offraient à notre cordée de rapporteurs :

– la pluralité appréhendée d'un point de vue **technique** (figures et mécanismes juridiques faisant intervenir plusieurs acteurs, plusieurs rapports d'obligations tels le mandat, les libéralités graduelles et résiduelles, le contrat d'assurance-vie etc),
– la pluralité appréhendée d'un point de vue **socio-juridique** (réflexions à mener sur la tension existant entre le dirigisme législatif et la volonté des acteurs).

L'analyse nous a rapidement conduit à réunir ces deux approches. Nous avons en effet remarqué que notre droit met de plus en plus souvent en présence une pluralité d'acteurs dans de nouveaux contrats, à travers de nouvelles figures juridiques ou financières. Si les grands contrats du Code civil de 1804 mettaient traditionnellement face à face deux cocontractants (vente, bail, prêt, louage d'ouvrage etc), il faut compter aujourd'hui de plus en plus souvent avec plusieurs parties (approche **technique**). Les opérations à plusieurs personnes se font toujours plus nombreuses et semblent favorisées par un législateur désireux de redonner du pouvoir aux acteurs juridiques (approche **socio-juridique**) : assurance-vie, multiplication des mandats nommés (mandat à titre posthume, mandat de protection future), substitutions nouvellement permises (libéralités graduelles ou résiduelles), fiducie, etc. D'un droit « *singulier* » et prescripteur, on est passé ces dernières années à un droit « *pluriel* », extensif et volontaire, à un droit « *à choix et à parties multiples* ».

La pluralité est par ailleurs au cœur de la spécificité du phénomène juridique et au cœur de l'activité notariale car, comme le soutient KOJÈVE [9], celui-ci implique nécessairement, lors d'une interaction entre deux êtres humains, l'intervention d'un tiers impartial et désintéressé. Le nombre trois serait d'ailleurs le « *chiffre de base* » [10] de la science juridique, en ce qu'il symbolise tout à la fois le juge, la justice, la procédure, et bien entendu le notaire.

Comment expliquer cette multiplication des parties, des acteurs, des conseils ? Comment expliquer l'émergence de ce droit « *pluriel* » et « *volontaire* » ?

• Par la revivification des valeurs traditionnelles d'autonomie de la volonté,

(9) Kojève A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard (1943), 1981

(10) « *Vous trouverez ce terrible nombre trois en toute chose humaine, il domine les religions, les sciences et les lois* » (Balzac H., La recherche de l'absolu)

de confiance, de probité ? Par l'attachement renouvelé à une conception humaine de la société et du droit ? Par le recul de l'interventionnisme du législateur ? Par le progrès de l'individualisme, du pluralisme, dans le but de rendre aux acteurs plus de responsabilités dans la vie sociale et dans la vie économique ? Par la déjudiciarisation du droit ?

Qu'est-ce qui caractérise l'esprit de ce droit « *pluriel* » et « *volontaire* » ?

• Le souci d'efficacité ? L'utilitarisme ? L'esprit d'affaires ? Le souci de protection des plus vulnérables ? Les valeurs sur lesquelles repose ce droit « *pluriel* » sont-elles cohérentes ou contradictoires ? Ces changements favorisent-ils la régulation notariale ?

Les travaux de notre Congrès tenteront d'apporter des réponses à toutes ces questions. En effet, en contact permanent avec les citoyens, les notaires sont les témoins privilégiés des évolutions de la société, des modes de vie et de leur traduction dans notre droit. Les notaires doivent répondre aux nouveaux besoins suscités par ces changements. Tout en laissant au pouvoir politique la responsabilité d'établir ce « *droit pluriel* » et « *volontaire* » régissant la famille, le contrat, l'entreprise, les notaires doivent accompagner l'évolution du droit et s'en faire les « *déchiffreurs* » auprès de leurs clients.

En outre, le droit doit être en permanence évalué relativement à son potentiel général de régulation. L'effectivité de la norme est une condition de son efficacité. Il en découle que l'étude des conditions de l'effectivité du droit doit être aussi une tâche essentielle pour ceux, les notaires, qui sont chargés d'en faire application. C'est dans le cadre de cette mission de « *déchiffrement* » et « *d'évaluation* » que l'équipe du Congrès, organisée en deux commissions, a relevé le défi de décrire et mesurer l'effectivité de certains de ces nouveaux modes « *pluralisés* » et « *volontaires* » d'organisation et de gestion de la famille, de l'entreprise et du patrimoine.

Réfléchir aux relations plurielles obligeait en premier lieu à rappeler brièvement comment notre droit, à travers différentes notions, mécanismes ou contrats traditionnels, prend en compte la pluralité des rapports d'obligations ou la pluralité des acteurs.

Relativité/opposabilité des conventions

Les personnes sur lesquelles le contrat produit ses effets sont déterminées par le principe de l'effet relatif des contrats qu'énonce le célèbre article 1165 du Code civil :

> « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».

Ce principe qui fait considérer que chacun doit s'occuper de ses propres affaires, qui entraîne que l'on ne devient créancier ou débiteur que si on y a consenti, est la manifestation juridique patente d'une société et d'une civilisation individualistes.

La loi pose trois principes :

– **la relativité de la convention elle-même**.
  Les parties ne peuvent convenir que d'un objet dont elles ont la maîtrise : on ne peut ainsi vendre le bien d'autrui.
– **la relativité des effets obligatoires.**
  Les effets obligatoires sont relatifs, ils n'atteignent que ceux qui ont consenti aux obligations : par exemple, seul le vendeur est tenu à garantie envers l'acquéreur.
– l'opposabilité des autres effets.
  Seules les obligations nées d'un contrat sont relatives au sens de l'article 1165 du Code civil : elles ne pèsent que sur les parties contractantes qui se sont volontairement engagées. A l'inverse, l'existence du contrat et ses effets non obligatoires (constitution ou transfert d'un droit réel, création d'un groupement, attribution d'un pouvoir de représentation) s'imposent à tous et peuvent être invoqués par tous. Ainsi le locataire peut-il engager la responsabilité du constructeur de l'immeuble en tant que victime invoquant une faute. Ainsi l'effet translatif de la vente est opposable aux tiers qui doivent respecter le droit de propriété de l'acquéreur. De la même façon, l'attribution d'un pouvoir de représentation produit effet sur tous ceux qui traiteront avec le représentant – c'est la finalité du mandat [11]. On parle alors d'opposabilité, notion étrangère à l'article 1165.

Parties/Tiers

Les qualités de partie et de tiers à un contrat forment classiquement une *summa divisio*. Le terme « *tiers* » désigne néanmoins une des notions les plus difficiles à saisir de notre droit. La loi y fait souvent référence mais ne désigne pas toujours les mêmes personnes. La doctrine distingue les tiers absolus, c'est-à-dire ceux qui sont totalement étrangers à la convention et aux parties – les tiers visés par l'article 1165 qui s'opposent aux parties contractantes – des créanciers chirographaires qui ont sur le patrimoine des parties un droit

(11) Si ces effets étaient relatifs, le mandat serait inefficace. Les pouvoirs du mandataire s'imposent à tous ceux qui traitent avec lui, agissant en cette qualité. Ils sont directement liés au mandant, mais seul le mandataire est tenu d'exécuter la mission et de rendre compte.

de gage général, des ayants cause universels, à titre universel ou particulier qui ont une relation avec les parties, des cessionnaires du contrat qui prennent leur succession dans le rapport contractuel ou enfin des représentés par l'une des parties.

Représentés

Les tiers (représentés) deviennent parties bien qu'elles n'aient pas échangé leur consentement avec l'une des parties lorsque la convention a été conclue en leur nom et pour leur compte (par exemple dans le cadre d'un mandat).

Ayants cause universels

Le terme ayant cause désigne une personne qui tient un droit d'un autre appelé auteur – le terme ayant droit est synonyme d'ayant cause. Les ayants cause universels (ou à titre universel) sont les successeurs d'une des parties défunte ou dissoute qui ont vocation à recueillir l'ensemble ou partie de son patrimoine. Les ayants cause sont assimilés aux parties qu'ils continuent.

Ayants cause à titre particulier

Sont désignés par le terme d'ayant cause à titre particulier ceux qui bénéficient de la transmission d'un bien, qu'ils soient acquéreurs, donataires, légataires ou cessionnaires d'un droit personnel. Quand on évoque l'ayant cause à titre particulier, se pose classiquement la question du bénéfice ou de la charge des conventions relatives au bien transmis. Quand la transmission a pour objet un droit personnel, l'ayant cause à titre particulier, par l'effet de la cession, se voit transmettre l'obligation contractuelle. Le cessionnaire se trouve alors dans la même situation que le cédant, ce qui se traduit par la règle de l'opposabilité des exceptions – notamment dans la cession de créance ou dans la subrogation personnelle. S'agissant de la transmission d'un droit réel, l'acquéreur se voit conférer un pouvoir s'exerçant directement sur une chose, ce qui n'entraîne pas normalement de transfert de droits ou d'obligations conventionnelles de son auteur. La jurisprudence exige que la transmission du droit personnel – voire d'une dette – s'accompagne d'une cession spéciale de la créance ou d'une subrogation personnelle – ou d'une reprise de dette. Toutefois, la loi prévoit, comme chacun sait, diverses cessions légales de contrat qui sont autant d'exceptions au principe de la relativité contractuelle car l'acquéreur devient partie au contrat et cesse d'être un tiers : poursuite du contrat de bail en cas de vente (article 1743 du Code civil), ou du contrat d'assurance (article L. 121-10 du Code des assurances), ou des contrats de travail en cours s'agissant d'une cession d'entreprise (article L 1 224-1 du Code du travail).

Intermédiaire

« *[…] La notion d'intermédiaire suscite un indéniable sentiment d'insatisfaction ; sa présence dans le discours juridique semble aussi diffuse que confuse.* » [12] Il est exact que les définitions de cette notion varient considérablement selon les auteurs. Pour l'économiste, l'intermédiation représente le fait de s'entremettre entre deux personnes dans la circulation des produits [13] et des services. Pour le juriste, le concept est plus restreint – et l'on s'interroge sur le contenu juridique de la notion elle-même [14]. La notion d'intermédiaire peut réunir tous ceux qui participent activement à la conclusion ou à l'exécution d'une relation contractuelle. Dans une autre approche, on peut désigner ainsi tous ceux qui s'intercalent dans une succession de plusieurs contrats. La diversité des acteurs est perturbante : mandataires, courtiers, agents immobiliers, notaires, voire les juges eux-mêmes. La notion se trouve d'ailleurs souvent employée par les auteurs et les rédacteurs de contrats sans paraître en tirer la moindre conséquence juridique ni même en problématiser l'occurrence. Selon une conception restrictive de la notion d'intermédiaire (les intermédiaires sont parties à la procédure d'un contrat pour autrui qui ont pour mission d'en favoriser la conclusion), les notaires dont l'intervention est nécessaire à la validité des contrats solennels ne sont pas des intermédiaires car l'accord que le notaire a pour but de solenniser préexiste logiquement. La réalité de la régularisation des actes conduit à nuancer cette assertion :

> « Le rédacteur d'un acte authentique ou sous seings privés est en effet souvent amené, par ses propositions, à des tentatives de conciliation entre les négociateurs. Son intervention n'est plus alors confinée à l'enregistrement de l'accord des parties mais, plus active, se glisse au sein du processus d'échange des consentements. […] de même que la rédaction d'un acte peut donner lieu à l'exercice d'une véritable activité d'intermédiation, cette dernière se prolonge souvent par la rédaction de l'acte. Ainsi retrouve-t-on la célèbre formule de Victor Hugo : la forme, c'est le fond qui émerge. » [15]

Auxiliaire

On désigne par le terme auxiliaire de justice le professionnel dont la mission est destinée à faciliter la marche de l'instance et la bonne administration de la

---

(12) Nicolas Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, Bibliothèque de droit privé*, Tome 485, LGDJ, 2007

(13) La notion d'intermédiaire est au cœur de la construction de la théorie de la commercialité.

(14) Nicolas Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Bibliothèque de droit privé, Tome 485, LGDJ, 2007

(15) Nicolas Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Bibliothèque de droit privé, Tome 485, LGDJ, 2007

justice. Le notaire se trouve investi d'un tel rôle pour divers actes qu'il dresse en vertu d'une commission de justice – partages, adjudications judiciaires, projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager.

Représentation

La représentation est un procédé au moyen duquel une personne agit au nom et pour le compte d'autrui. Elle représente un moyen de développer l'activité juridique en permettant à une personne physique absente (au sens courant) de faire un acte juridique. Ce procédé dépasse toutes les applications et illustrations prévues par le Code civil : représentation des incapables, des absents, des époux et bien entendu le mandat conventionnel. On distingue traditionnellement la représentation parfaite ou imparfaite suivant la connaissance donnée par le représentant au cocontractant de ce qu'il agit pour le compte et au nom du représenté. Lorsque la représentation est parfaite, le contrat régularisé par le représentant produit aussitôt et directement tous ses effets sur la personne du représenté. De façon symétrique, le représentant n'acquiert aucun droit et ne sera tenu d'aucune obligation envers celui avec lequel il a contracté.

Stipulation pour autrui

Le contrat contenant stipulation pour autrui confère un droit à une personne qui ne se trouve ni partie ni représentée au contrat. Dans un tel contrat, le stipulant et le promettant conviennent de ce que le promettant s'engage au profit, non du stipulant mais d'un tiers, appelé tiers bénéficiaire. Le tiers bénéficiaire devient directement créancier du promettant. Bien que contraire au principe de la relativité des contrats, sauf les exceptions prévues par l'article 1121 [16] du Code civil, la stipulation pour autrui a connu un vif essor – notamment avec le développement de l'assurance-vie.

Promesse pour autrui/Promesse de porte-fort

L'article 1119 [17] du Code civil édicte une prohibition de la promesse pour autrui. Nul ne peut devenir débiteur par l'effet d'un contrat auquel il n'a pas consenti. Cette règle comporte toutefois trois exceptions : la représentation, la transmission d'obligations liée à la qualité d'ayant cause et enfin la promesse de porte-fort. Par la promesse de porte-fort (article 1120 [18] du Code civil), le

(16) *On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter.*

(17) *On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même.*

promettant promet à son cocontractant que le tiers ratifiera un engagement pris pour lui : il s'engage alors personnellement, mais non la personne (le tiers) pour laquelle il s'est porté fort. La promesse de porte-fort ne peut remplacer le consentement d'une personne lorsqu'il est exigé par la loi (par exemple pour l'application de l'article 215 al. 3 du Code civil).

Deux commissions

Il eut été illusoire de vouloir traiter l'ensemble des figures plurielles de notre droit. Ainsi avons-nous dû, avec regret, renoncer à traiter dans ce rapport, autrement que de façon incidente, du cautionnement, de l'indivision, du partage, du contrat d'assurance-vie, du crédit bail, de la cession de contrat, des obligations à sujets multiples, de la solidarité, de la subrogation personnelle, de la cession de créance et de dette, de la novation, de la délégation etc.

• La première commission s'est intéressée aux outils juridiques «*pluriels*» mis au service de la famille et à leur arrière-plan sociologique. En effet, le souci de protection des plus faibles et des plus vulnérables (les personnes âgées, les enfants, les handicapés), mais aussi le souci d'efficacité et de performance semblent avoir conduit le législateur à promouvoir le «*droit pluriel*» au service de la famille. Le droit familial actuel repose donc davantage qu'autrefois sur la liberté en permettant les opérations à trois personnes pour la protection des incapables (nouveaux mandats de protection ou de gestion), pour la prévoyance (recours à l'assurance-vie) ou pour planifier une succession (libéralités graduelles ou résiduelles). Les développements professionnels du thème ne sont pas oubliés avec une réflexion conduite notamment sur les missions du notaire, en particulier son rôle renouvelé en matière de divorce.

• La seconde commission s'est attachée à décrire différents outils juridiques «*pluriels*» mis au service de l'organisation, du financement et de la gestion des entreprises, et à leur justification économique. En effet, plus que jamais en période de crise, le droit se met au service de l'économique : les acteurs économiques se trouvent dans la nécessité de mettre quotidiennement en oeuvre des opérations à plusieurs personnes (sociétés, pactes d'associés) pour la réalisation de leurs financements/investissements. La seconde commission a passé en revue les nouvelles figures (y compris l'EIRL) que le «*droit pluriel*» met à disposition du chef d'entreprise.

---

(18) *Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement.*

En introduction aux travaux des deux commissions, des développements sont consacrés au notariat lui-même et à l'environnement concurrentiel dans lequel il a évolué ces dernières années.

Récit des travaux de préparation du rapport

Le pluralisme était au cœur de nos travaux. Il l'a été également dans nos méthodes de travail. S'inspirant du modèle de société pluraliste, nous avons ressenti très tôt qu'une des ressources capitales dont nous disposions était sans conteste les individus composant notre équipe et les processus au travers desquels ils interagissent. Une structure statique et formelle n'était pas appropriée, et nous avons favorisé le plus possible une organisation faite de contacts informels, d'expérimentations, de débats et d'engagements ponctuels, selon les contraintes personnelles, familiales et professionnelles de chacun(e).

Présentation du rapport

« *Les longs ouvrages me font peur* » écrit La Fontaine dans *l'Epilogue du Livre VI de ses Fables*. A l'imitation de la Fontaine, loin de prétendre épuiser notre sujet, nous avons souhaité dans ce rapport apporter des éclairages sur quelques aspects pragmatiques pour notre profession de ce « *droit à choix et parties multiples* ». Il fallut donc renoncer à tout dire, en considérant tous les avantages de la brièveté : être bref permet de tout voir, vite et d'un seul regard, exigence impérieuse pour le lecteur moderne toujours pressé, et plus encore pour les notaires, eux qui connaissent tout le prix du temps et de la concision.

Dans le prolongement de ce parti-pris réflexif, renonçant à une présentation traditionnelle, celle de la dissertation, nous avons fait le choix, pour la présentation de ce rapport, d'une collection ordonnée et aérée d'études qui, nous l'espérons, augmentera l'intérêt et le plaisir de la lecture.

Je vous remercie par avance pour l'attention que vous porterez aux travaux de notre congrès.

Xavier-Jacques MECHAIN

Entretien avec M. Florent GUENARD

Maître de conférences
au département de philosophie
de l'Université de Nantes
Secrétaire général de la *République des Idées*
Rédacteur en chef de la revue la *Vie des Idées*

Propos recueillis par Xavier-Jacques Méchain au Collège de France, le 20 juillet 2011

Le thème de notre prochain Congrès est « Relations plurielles, pluralité d'acteurs et rôle du notaire ». Ce thème nous fait nous intéresser à la production de la norme juridique, à la liberté contractuelle, au pluralisme, au libéralisme, à un Etat qui rend aujourd'hui du pouvoir aux acteurs pour organiser leurs relations au sein de la famille, du couple, dans les entreprises, sous l'effet en particulier d'importantes contraintes budgétaires. Quelle est votre compréhension de ce thème général ?

C'est vrai, l'Etat confie effectivement aux acteurs davantage de responsabilités. La question qui se pose, c'est de savoir s'il le fait parce qu'il y a un problème de finances publiques ou parce que cela rejoint profondément des demandes et des valeurs de notre société contemporaine. Je crois qu'on ne peut pas nier qu'on assiste à un phénomène d'individualisation des comportements depuis la fin des Trente Glorieuses, c'est-à-dire depuis la fin de ce que Robert CASTEL appelle la condition salariale : le fait que l'on soit à l'intérieur d'une condition, protégé par un certain nombre de droits, de conventions etc. Vous avez évoqué le libéralisme : c'est vraiment ce que l'on appelle le libéralisme moral. Il ne s'agit pas d'un libéralisme politique, c'est-à-dire d'une demande de libertés contre l'Etat, de dégager une sphère privée contre l'Etat, il ne s'agit pas d'un libéralisme économique, mais d'une demande de libéralisme moral, c'est-à-dire une demande d'autonomie de

l'individu qui souhaite être responsable et dessiner lui-même son avenir, donc prendre en charge son autonomisation.

• **Qu'est-ce que l'individualisme ?**

Il faut préciser que ce ne sont pas les individus qui sont individualistes, ce sont les sociétés qui sont individualistes. Les individus ne sont pas individualistes. Un individu est un individu.

C'est Louis DUMONT qui disait cela, quand il distinguait holisme et individualisme. Les sociétés sont individualistes ou les sociétés sont holistes. Cela veut dire quoi ? Cela veut dire qu'une société est individualiste quand elle considère que la valeur en son sein – c'est un problème de représentation – c'est-à-dire ce qui est porteur de la valeur, c'est l'individu, et non pas le tout (société holiste). On peut ensuite dire que l'individu est individualiste, mais on bascule alors dans un autre sens – on dit qu'il est égoïste, etc. – qui est un sens moral (donc fondé sur la distinction entre ce qui est bien et ce qui est mal). Mais pris en un sens politique, individualiste qualifie les sociétés, et non les individus.

• **Quelles sont alors les caractéristiques d'une société individualiste ?**

Avec la société individualiste, on n'est plus dans des histoires de groupe, on n'est plus dans un devenir collectif : on construit la représentation de soi-même comme un individu responsable de sa trajectoire. C'est aussi ce qui fait qu'aujourd'hui on n'a que très peu de représentations de classe. C'est pour cela qu'on dit que le modèle des classes sociales n'est plus valide, qu'on ne peut plus représenter la société française en distinguant des classes sociales. On pourrait dire qu'il y a quand même bien des regroupements catégoriels. Oui, mais un regroupement catégoriel, ce n'est pas une classe sociale. Ce qui fait une classe sociale, c'est le sentiment d'appartenance à une classe sociale. C'est de se dire : « *Je vais avoir le destin de ma classe* ».

Or, là, nous avons des trajectoires singulières. Donc cet individualisme moral, c'est aussi une singularisation des trajectoires. Je trouve cela très intéressant parce que la production de normes a évidemment à composer avec cette réalité sociale. Toutefois, quand on est dans une production de trajectoire individuelle, cela ne veut pas dire que l'on n'est plus en demande de protection de la part de l'Etat. C'est ça tout l'ambiguïté de notre société, c'est qu'il y a des trajectoires individuelles – on peut parler d'individualisme moral, de libéralisme moral – et en même temps il y a quand même une demande de protection. Et la protection passe nécessairement par l'édiction de normes, me semble t-il. Donc, comment retrouver une protection à l'intérieur d'un individualisme dont on voit qu'il est un processus qui va vers une plus grande singularisation ? Il me semble que c'est une question extrêmement importante aujourd'hui.

• Il y a un idéal de l'individualisme – le modèle socratique, le fameux « *Connais-toi toi-même* » – qui semble bien loin de l'individualisme angoissé de beaucoup de nos contemporains…

TOCQUEVILLE a été le premier à théoriser l'individualisme, le premier à identifier ce phénomène comme étant une caractéristique des sociétés modernes. La modernité, c'est l'individualisme. Alors, qu'est ce que cela veut dire ? Cela veut dire que nous ne sommes plus dans une société où l'on doit se penser par rapport au tout, mais que nous considérons que nous sommes nous-mêmes, que l'individu est lui-même, source de valeur. Alors, il y a plusieurs formes d'individualismes : il y a l'être d'exception, et il y a l'individualisme du semblable. TOCQUEVILLE dit que l'individualisme des sociétés modernes, c'est l'individualisme de la masse.

Quelle est la particularité de cet individualisme de masse ? C'est qu'il est producteur de similitudes. C'est-à-dire que les individus vont se reconnaître comme étant eux-mêmes individus. Ils vont se reconnaître mutuellement comme étant des individus. Ce qui est un point extrêmement important notamment pour savoir comment on peut recréer de la sociabilité à partir de cela. Et puis à coté, vous avez l'individualisme de l'exceptionnel. C'est le génie. Le génie ne ressemble à rien ; SOCRATE ne ressemble à rien. C'est autre chose, c'est l'individu d'exception. Il faut vraiment distinguer les deux choses. Ce sont deux exceptions de l'individualisme d'une certaine manière, mais en un sens radicalement opposé. D'une certaine manière, SOCRATE, l'individu d'exception, ne ressemble à personne. Tous ceux qui ont commenté, tous les philosophes politiques qui ont étudié la figure de SOCRATE, à un moment ou à un autre l'ont dit : il est tout seul. SOCRATE est seul, il n'a pas de patrie, SOCRATE n'a plus de concitoyens – qu'il critique. C'est une figure de l'exceptionnalité, et c'est aussi une figure de la solitude. Un des dialogues que je trouve le plus poignant et le plus politiquement intéressant, c'est le *Gorgias*. Car dans *Gorgias*, le dialogue se transforme en un monologue ; SOCRATE finit par monologuer. A qui s'adresse SOCRATE ? Il ne s'adresse pas à ces concitoyens. On peut dire qu'il s'adresse au genre humain, il s'adresse à l'humanité, à celle qui viendra, ou à celle qui n'a jamais été là : on peut faire après tout un tas d'hypothèses sur l'interprétation. Mais l'exceptionnalité, ici, non seulement n'est pas productrice de sociabilité, mais elle est, on pourrait dire, productrice de solitude.

• Peut-on en dire plus sur cet individualisme de masse qui caractérise nos sociétés modernes ?

Ce qui est intéressant quand on observe l'individualisme de masse, qui repose sur un fort sentiment de similitudes, c'est qu'il y a de la sociabilité. C'est ce que l'on ne voit pas suffisamment quand on parle de l'individualisme.

On a tort de condamner l'individualisme de masse au motif qu'il casse tout lien social. TOCQUEVILLE a dit des choses extraordinaires à propos de la société moderne.

La société moderne, qu'est-ce que c'est ? C'est ce qu'on appelle une société démocratique, par distinction avec la société aristocratique. Qu'est-ce qu'une société aristocratique ? Comment se figurer ce type de société ?

On la figure par une longue chaîne où tous les anneaux sont liés. Dans une société aristocratique, vous êtes dans un système hiérarchique qui fait que vous n'avez absolument pas à vous poser la question de savoir quelle est votre place. Votre place est assignée. Dans une société démocratique, l'individu doit lui-même s'assigner sa propre place. Dans une société démocratique, l'individu doit se situer. Et que voit-il ? Il voit des individus comme lui, il les reconnaît comme étant des individus et il en voit une masse immense : c'est l'individualisme de masse. Et quel est le sentiment qu'il ressent à ce moment-là ? C'est un sentiment extrêmement pascalien – à la fois misère et grandeur – d'une certaine manière : il est à la fois orgueilleux, il est content, content de faire partie de cette masse, content d'être un individu comme les autres individus, c'est le sentiment de similitude etc.

Et en même temps un sentiment de misère, « *je ne suis que cela* », « *je suis un individu dans la masse* », « *je suis accablé par ma propre faiblesse* » : c'est un sentiment que nous avons tous, celui d'être noyés dans la masse.

Nous ne sommes pas justement des SOCRATE. Pour avoir des SOCRATE, il faut des figures aristocratiques. SOCRATE est une figure aristocratique, tandis que nous sommes des démocrates – *homo democraticus*. Que se passe-t-il alors ? « *Je suis alors en demande de sociabilité* » ; « *Je suis en demande de protection parce que je ne suis qu'un individu* ». Cette demande de protection, je peux la demander à l'Etat bien sûr, mais je la demande d'abord aux autres. Je la demande d'abord dans des relations de sociabilité. L'individualisme est donc producteur de sociabilité.

La sociabilité vient précisément de la demande de l'individu, c'est ce qui rend cette sociabilité passionnante par rapport à la société aristocratique et hiérarchique, par rapport à la sociabilité donnée. TOCQUEVILLE reprend la métaphore de la chaîne pour dire que si les anneaux sont à part les uns des autres, si les individus sont à part et accablés par leurs sentiments de misère il leur faut alors absolument se lier entre eux. Et TOCQUEVILLE de dire et constater qu'en Amérique, ce qui est formidable, c'est que les américains passent leur temps à s'associer. Ils créent des associations, ils ont envie de travailler ensemble, et que par conséquent de l'activité commune se reforme sur la base de l'individualisme.

Il n'y a donc aucune part pour la nostalgie d'un âge d'or de la vie sociale ?

On peut demander à ce que tout revienne comme avant. On peut appeler au renforcement des valeurs. On peut dire : «*Attention, il faut redonner un statut à la famille*», puis au sein de la famille, penser le couple comme un lien indissoluble etc.

On peut formuler tous ces vœux-là. Toutefois, s'ils ne s'ancrent pas sur un processus social, ce sont des vieux pieux. Je pense qu'il faut partir d'une évolution. Qui souhaiterait revenir sur la possibilité que nous avons de choisir pour nous-mêmes, de choisir notre trajectoire ? Personne aujourd'hui. Il faut quand même, bien entendu, préserver un certain nombre de valeurs. Mais qu'est ce que ça veut dire préserver un certain nombre de valeurs ? Quand on pense aux normes, on est obligé de penser leur adéquation aux mœurs. ROUSSEAU explique qu'il faut que les lois conviennent aux mœurs. Il y a un rapport extrêmement compliqué entre la loi et les mœurs. Il ne faut pas que les lois soient calquées sur les mœurs parce que ce ne sont plus alors des lois. Les lois sont bien là pour corriger les mœurs et en même temps il ne faut pas qu'elles soient trop éloignées des mœurs sinon la loi devient une proposition abstraite sans effet sur la réalité sociale qu'elle entend normer. C'est ce difficile équilibre entre les lois et les mœurs que doit trouver toute démocratie.

Toute démocratie a sans cesse à réfléchir à cet écart, plus ou moins grand, cet écart que j'appelle un écart de convenance, entre les lois et les mœurs. Nous sommes bien obligés de constater qu'il y a une évolution des mœurs. Cette évolution on peut la condamner moralement, mais il faut faire attention à ne pas la condamner globalement si dans cette globalité on condamne ce dans quoi on se reconnait également, ce qu'on appelle l'individualisme, qu'il faut vraiment prendre en son sens le plus sérieux. Je pense que vous êtes constamment confrontés à ces problématiques dans votre fonction de notaire. Comment votre fonction et les règles que vous mettez enœuvre s'adaptent-t-elles à l'évolution de l'organisation sociale, à l'ordre social, comment peuvent-elles suivre cette évolution ? Réfléchir à ces questions est passionnant.

• Roule-t-on alors vers un abîme sans lois ?

Le droit doit reposer sur un socle, sur un socle de valeurs, pour qu'il soit encore droit. La question est de savoir sur quel type de valeurs. Est-ce la morale qui doit dicter ces valeurs ? Attendons-nous du droit qu'il nous dise ce qui est bien ou ce qui est mal ? Je ne le crois pas. C'est pour cette raison que le modèle républicain a des problèmes, parce que le modèle républicain est fondé sur l'idée qu'il y a un bien commun, et que le droit est là pour poser des jalons entre ce qui est bien et ce qui est mal, alors que le modèle

démocrate – plus libéral au sens politique du terme – lui n'affirme pas, ne se préoccupe pas du bien mais du juste. Or, le bien nous entraîne vers des questions qui sont singulières, qui sont personnelles.

Quand les individus vivent aujourd'hui avec des valeurs plurielles, de quel droit viendrait-on à prescrire à ces individus qui ne vivent plus la même réalité qu'ils doivent vivre selon tel modèle de couple ou de famille ? Ce modèle tenait quand on avait un certain nombre de liens moraux communs, issus de la religion au sens propre, ou de la religion civile : républicanisme fort où la laïcité, la reconnaissance dans la patrie sont des formes de biens moraux. Que ce soient des valeurs morales séculières ou des valeurs morales religieuses, il y avait quelque chose comme un ciment communautaire et le droit pouvait s'ancrer dessus. On est obligé de constater aujourd'hui que si on veut rétablir ce ciment à tout prix, on sera dans l'ordre du commandement et non dans l'ordre de la norme. Par exemple, le patriotisme n'a plus le même sens aujourd'hui. Il suffit de voir les commémorations autour de nos soldats aujourd'hui, pour voir que le patriotisme n'a plus la même valeur. L'Etat se sent aujourd'hui obligé de reconnaître d'une certaine manière le soldat, et d'affirmer à toute force le sacrifice du soldat pour sa patrie, alors que c'est quand même la vocation première du soldat.

• Quelles évolutions nouvelles à prévoir ?

Tocqueville montre bien que l'individualisme va toujours créer du lien social, parce qu'il y a toujours un moment ou un autre où nous demanderons de la protection. Si on oublie cela, on tombe dans la fiction et on peut se permettre de dire : « *le tissu social va se déchirer parce que nous n'aurons plus de couple, nous n'aurons plus de famille, nous n'aurons plus de village, plus de quartier etc.* » Nous n'allons pas vivre les uns les autres sans se côtoyer ! Il y aura toujours une demande de relation, mais cela va se recréer autrement. Oui, les couples se déchirent, mais ils se recomposent.

Voilà maintenant qu'on travaille sociologiquement sur les familles recomposées. La recomposition des familles, c'est étonnant en termes de sociabilité : l'un va amener trois enfants, l'autre va en amener quatre et on reforme une famille, et cela fonctionne. Ce n'est pas du lien qui se recréé ? Il faut quand même avoir confiance en la possibilité pour l'individu de se recréer lui-même des protections et pas seulement des protections, mais aussi de l'attention, de la réciprocité, de la mutualité parce que c'est quand même là que se construit véritablement son humanité.

A l'Etat social d'être attentif ensuite aux nouvelles formes que justement ces solidarités peuvent prendre, et aux formes plurielles de la famille. La famille d'ailleurs, c'est quoi ? C'est un homme et une femme ? C'est un

couple, un homme, une femme, qui ont des enfants et qui restent ensemble toute leur vie ? « *Ils sont pas obligés de se marier mais quand même c'est mieux* » ? La vie sociale est beaucoup plus riche. Ce que nous montre justement le devenir contemporain, c'est qu'une famille ça peut être des enfants, qui ne viennent pas du même couple, ça peut donc être des familles recomposées, ça peut être des familles monoparentales qui tiennent, ça peut être une famille homosexuelle. La vie sociale est productrice, elle est créatrice. Les relations sont plurielles et l'Etat, dans sa dimension sociale, c'est-à-dire dans sa dimension de production des normes, notamment des normes de protection, car c'est ce que l'on attend de lui, doit être d'une certaine manière attentif à cette pluralité – et malheureusement on peut rater tout ce qui est création dans la société si on se fige dans ce qu'on pense être véritablement une société. Ces gens aux discours alarmistes qui disent qu'il n'y a plus de famille, plus de couple, plus d'armée, plus de village, plus d'issue sociale, mais ces gens, où vivent-ils ? J'ai enseigné un certain temps dans les banlieues : j'ai découvert une grande vitalité sociale dans les banlieues, dans les quartiers. On présente toujours les quartiers, comme les cités, comme des lieux où les gens ont peur etc. Oui il y a cela, mais il n'y a pas que cela : il y aussi des vies de quartiers, il y a aussi des immeubles où les gens se connaissent, où les gens se parlent. Cela se recrée parfois de manière totalement différenciée. Il y a des liens ethniques qui jouent, d'origine, de culture etc. Il y en a qui se regroupent comme ça - les auvergnats à Paris étaient pareillement contents de se retrouver. Mais il n'y a pas que cela : à l'école, dans les classes, c'est transethnique et cela fonctionne, il n'y aucun raison de penser que cela ira de pire en pire.

Il me semble qu'il y a quelque chose d'autre extrêmement intéressant à penser. C'est, plus que la pluralité de la norme, la souplesse de la norme. Comment penser la souplesse de la norme qui pourrait accompagner la vie sociale ? Il y a toujours un petit retard des lois par rapport aux mœurs. Mais si ce retard devait être un décalage, la loi n'est plus une loi. La question est de savoir si le législateur se met en état d'apprécier la situation sociale. Et quelles sont les conditions pour que le législateur se mette en état d'apprécier cette situation sociale ? C'est une question extrêmement compliquée. Cela veut dire déjà qu'il faut séparer le droit et la morale.

Notariat et culture stratégique

Xavier-Jacques MECHAIN

Toutes les organisations doivent gérer leur développement stratégique. Le notariat dans son ensemble n'échappe à cette règle.

Ces dernières années ont été éprouvantes pour le notariat ; contestée dans ses fondements, durement frappée par la crise économique, notre profession a subi d'incessantes attaques et a dû relever de nombreux défis stratégiques.

« *Oui ! Qu'elles furent longues ces dernières années, où le notariat, ballotté entre rapports et autres consultations, se voyait accusé de tous les maux* » pouvait bien légitimement déclarer Benoit RENAUD, Président du Conseil supérieur du notariat, lors de la séance inaugurale du 107e Congrès des notaires.

La réflexion stratégique, à l'échelle de la profession, est plus qu'auparavant au cœur des préoccupations de chacun d'entre nous, notaires en exercice [1] et plus encore futurs notaires. En effet, chaque futur notaire, cessionnaire ou créateur, avant de démarrer son activité, doit nécessairement s'interroger sur la stratégie de la profession, en se posant notamment les questions suivantes :

Le notariat, au moment où je crée/reprends un office, est-il en position de conquête ? Traverse-t-il au contraire une crise ? L'intensité concurrentielle permet-elle d'espérer dégager des profits acceptables ?

Le créateur/cessionnaire d'office ne peut ignorer ces questions qui conditionneront la prise de décision, de façon lucide, de créer et de développer son office. Il est donc essentiel pour le créateur/cessionnaire d'office notarial, bien que d'abord légitimement préoccupé par les nombreux aspects pragmatiques d'une création/reprise d'entreprise notariale, de s'interroger aussi sur « *l'orientation à long terme du notariat* », et de disposer à cet effet de cadres rationnels de pensée – par-delà les opinions, les peurs et les stéréotypes courants.

Qu'est-ce que la stratégie appliquée au notariat ?

Les réflexions stratégiques sur le notariat concernent les orientations à long terme de la profession, le périmètre de ses activités, l'avantage concurrentiel dont elle dispose par rapport à ses concurrents, l'environnement concurrentiel dans lequel elle évolue et son positionnement au sein de cet environnement, sa capacité stratégique à maintenir son succès et enfin les attentes et les valeurs des hommes qui l'animent dans son ensemble (est-elle expansionniste

(1) *Véritable chef d'entreprise, le notaire est-il suffisamment formé à la pratique managériale ?* Solutions Notaires EFL n° 1, juin 2011

ou cherche-t-elle plutôt à consolider ses positions ?). Au total, Ces interrogations doivent en particulier porter sur l'environnement global (1) et l'intensité concurrentielle du secteur d'activités de la profession qu'il rejoint (2).

1 – Le macroenvironnement

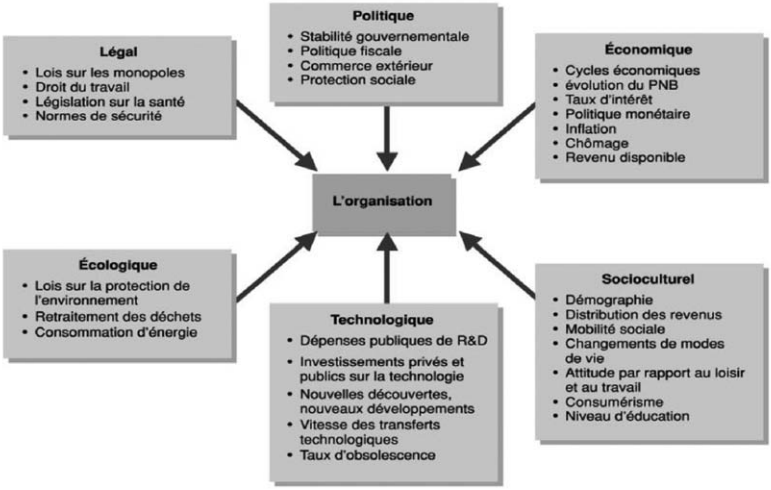
L'environnement est ce qui donne aux organisations les moyens de leur survie. Le notariat interagit au quotidien avec des clients qu'il s'efforce de satisfaire pour rester en activité et pour satisfaire également ses autorités de tutelle. Toutefois, l'environnement est également une source de menaces : irruption de nouveaux concurrents, nouvelles exigences réglementaires, apparitions d'innovations technologiques etc. Les évolutions réglementaires peuvent même être fatales s'agissant de professions réglementées. C'est l'expérience vécue par les 444 avoués de France lorsque la Chancellerie a annoncé le 10 juin 2008 que « *le gouvernement a décidé de ne plus rendre obligatoire le recours à un avoué pour défendre les dossiers en appel et d'unifier les professions d'avoué et d'avocat* » [2]. Il semble donc vital d'analyser l'environnement afin d'anticiper – si possible – ses évolutions.

Le macroenvironnement constitue la strate environnementale la plus globale. Il s'agit des facteurs globaux qui – dans une plus ou moins large mesure – ont un impact sur pratiquement toutes les organisations, dont le notariat. Le modèle PESTEL peut aider à déterminer quelles variantes politiques, économiques, sociologiques, technologiques, écologiques et légales peuvent affecter les organisations. Cette analyse a pour objectif d'identifier les variables pivots, de façon à bâtir des scénarios, autrement dit la manière dont la stratégie devrait évoluer en fonction des évolutions envisageables de l'environnement. Grâce au modèle PESTEL, les influences environnementales qui pèsent sur les organisations peuvent être rassemblées en six catégories. Pour le créateur/repreneur d'office notarial, il semble important d'analyser comment ces différents facteurs évoluent et quel sera leur impact sur la profession. Le modèle doit être considéré comme une liste de contrôle, c'est-à-dire que l'essentiel est de n'oublier aucune influence majeure, d'identifier les bonnes variables susceptibles d'affecter significativement la structure du secteur d'activités concerné, le notariat en l'occurrence.

Les influences politiques soulignent le rôle des pouvoirs publics. Les influences économiques correspondent à des facteurs macroéconomiques tels que les taux de change, les taux d'intérêt, les différentiels de taux de croissance ou encore les cycles d'activité. Les influences sociologiques incluent les

(2) AFP, Paris, 2008 : Consulté en juillet 2009 : http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/avoue-profession-en-voie-de-disparition_513021.html

évolutions culturelles et démographiques comme par exemple le vieillissement. Les influences technologiques correspondent – selon l'environnement étudié – à l'impact d'innovations telles qu'internet, les nanotechnologies, l'oralisation de la relation à l'ordinateur etc. Les influences environnementales recensent les préoccupations écologiques : pollution, risques naturels et technologiques etc. Les influences légales synthétisent les contraintes juridiques, les évolutions réglementaires, les normes de sécurité. Pour le notariat, parmi les variables pivots, on peut recenser les suivantes :



Politiques

Libéralisation sous l'influence de l'Europe

Entre les notaires et l'Europe, l'histoire ne fait que commencer. La libre circulation des marchandises, des personnes et des capitaux que réalise l'élargissement du marché commercial s'accompagne d'un élargissement du marché juridique qui a attiré l'attention des autorités européennes de Bruxelles. Depuis 2003, les notaires européens sont représentés à Bruxelles par un organisme professionnel, le Conseil des notariats de l'Union européenne (CNUE) qui défend les intérêts de notre profession – mais est également reconnue par les institutions comme une force de proposition. Les échanges entre le notariat et la Direction générale ressemblent toutefois souvent à un dialogue de sourds. La DG5 réplique en effet invariablement que « *toutes les professions nous disent être différentes des autres* » et que cela ne saurait justifier les atteintes à la concurrence. Le CNUE tâche alors d'expliquer pourquoi la profession de notaire, gardienne de la sécurité des actes juridiques, doit échapper à la déréglementation.

Début 2008 [3], la Commission européenne a publié une étude sur les marchés des services juridiques – ceux liés à la vente de biens immobiliers et fonciers dans l'Union européenne. Cette étude a cherché à démontrer, sans emporter une grande adhésion, que les consommateurs bénéficient d'un plus grand choix et que les services concernés sont globalement moins onéreux sur les marchés déréglementés, à qualité équivalente.

Début 2008 [3] a également commencé une grande offensive de la Commission de Bruxelles devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) pour demander la condamnation des Etats qui, comme la France, ne respecteraient pas le traité UE s'agissant de l'accès à la profession de notaires, en exigeant une condition de nationalité pour l'accès à cette fonction. En effet, selon la Commission européenne, l'activité de notaire ne constitue pas, dans chacun des Etats membres où cette profession a été organisée et réglementée, une « *activité participant dans cet Etat, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique* » (art. 45 TCE), parce que l'acte authentique, à la différence de la décision judiciaire, ne constituerait pas une décision en dernier recours.

On croyait ce débat déjà tranché. Lors de la négociation de la directive sur la libéralisation des services, le fameux texte BOLKESTEIN, les notaires des pays concernés avaient exercé avec succès une pression sur les gouvernements et le Parlement européen pour exclure leur profession du texte pour la bonne et simple raison qu'elle relevait de la souveraineté de l'Etat. L'argumentation actuelle de la Commission consiste à dire que le notariat ne tranche pas un conflit et n'impose pas une solution aux parties. Dès lors qu'il n'exercerait pas cette fonction d'autorité, le notariat ne pourrait donc pas dépendre de l'article 45 du traité de l'Union qui réserve aux seuls Etats le droit de régir le statut de ces professionnels, dont la question de la nationalité. La véritable question posée n'est donc pas celle de la nationalité, mais celle de savoir si le notariat est une fonction d'autorité, dont le statut, par application de l'article 45 TCE, ne peut être défini que par les autorités nationales. La crainte exprimée par le notariat était que la CJUE n'approuve intégralement la thèse défendue par la Commission, ou, cherchant un compromis, n'aille dans le sens d'une forme de reconnaissance de la notion d'activités détachables, c'est-à-dire considérer que dans certaines missions, le notaire n'exerce pas une fonction d'autorité, par exemple lorsque le notaire fournit des conseils, ou encore lorsque le notaire procède à une négociation pour le compte de ses clients.

(3) http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/studies/studies.html

On attendait donc avec impatience le verdict de la CJUE. La décision fut rendue le 24 mai 2011 [4], condamnant la France et jugeant discriminatoire l'accès à la profession de notaire réservée aux seuls ressortissants. Pour arriver à cette conclusion, les juges européens ont évoqué successivement, avant de les écarter, plusieurs arguments habituellement avancés au soutien de la participation par le notaire à l'exercice de l'autorité publique :

• Argument portant sur la mission d'authentification :

Après avoir relevé que le notaire, en tant qu'officier public, a pour principale fonction d'authentifier les actes juridiques, la CJUE a souligné que cette intervention du notaire suppose l'existence préalable d'un accord de volonté des parties sur le contenu d'une convention que le notaire ne peut modifier unilatéralement. Les juges en ont déduit que « *l'activité d'authentification confiée aux notaires ne comporte donc pas une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique* » (le fait que certains actes doivent obligatoirement faire l'objet d'une authentification à peine de nullité étant ici jugé inopérant).

• Argument portant sur la légalité et la sécurité juridique :

La prise en considération du rôle du notaire en sa qualité de garant de la légalité et de la sécurité juridique a, pareillement, été jugée en soi insuffisant à permettre de considérer cette activité comme participant « *directement et spécifiquement* » à l'exercice de l'autorité publique.

• Argument portant sur la force probante ou exécutoire :

Ces deux caractéristiques spécifiques et emblématiques de l'acte authentique ont été considérées par la Cour comme sans incidence sur la qualification de l'activité notariale liée à l'établissement de ces actes.

• Autres missions du notaire :

La Cour a examiné, au-delà des missions d'authentification, d'autres activités notariales (telles que l'intervention en matière de droit successoral) pour juger que, de la même manière, elles n'impliquent pas l'exercice de l'autorité publique.

Au-delà, la CJUE a relevé que l'exercice de l'autorité publique par le notaire ne pouvait être caractérisé en raison même des « *conditions de concurrence* » dans lesquelles la profession est exercée, ou parce qu'à la différence des autorités publiques, les notaires sont directement et personnellement responsables, à l'égard de leurs clients, des dommages résultant de toute faute commise dans l'exercice de leurs activités.

Le Conseil supérieur du notariat a relevé la Cour n'a statué que sur la condition de nationalité : sa décision ne portait pas sur l'organisation du notariat en tant que telle. Pour le Conseil supérieur du notariat, « *la disparition*

(4) http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=FR&Submit=Submit&numaff=C-50/08

de la condition de nationalité sera sans effet sur la qualité du service notarial». Pour sa part, le Conseil des notariats de l'Union européenne a fait paraître un communiqué [5] indiquant que «*la condition de nationalité est abandonnée, mais les spécificités de la fonction notariale restent inchangées*» et que par ailleurs «*les notaires d'Europe considèrent comme un enrichissement la possibilité d'accueillir des non nationaux dans leurs rangs, sachant qu'ils seront soumis aux mêmes contrôles et mêmes règles d'exercice de la profession fixées par les Etats membres.*» Enfin, le Ministre de la Justice, par un communiqué [6] du 25 mai 2011 «*prend acte de cette décision qui a pour effet d'autoriser un citoyen européen à exercer l'activité de notaire sur le territoire national dès lors qu'il satisfait aux autres conditions d'accès à la profession. La suppression de la condition de la nationalité ne modifiera en rien le statut du notariat et n'affectera pas la qualité des services rendus aux familles et aux entreprises par les notaires qui continueront de contribuer à la garantie de la sécurité juridique.*»

Lors de son intervention à la séance inaugurale du 107e Congrès des notaires, le Premier Ministre François FILLON a pour sa part déclaré:

> «Je veux dire, tout d'abord, que la Cour de justice de l'Union européenne a de la notion d'autorité publique une interprétation particulière, restrictive, qui ne remet pas en cause le statut d'officiers publics et ministériels qui est le vôtre dans notre droit.
>
> Je veux dire ensuite que, dans ses termes mêmes, l'arrêt nous donne les moyens de défendre les caractères essentiels du notariat et les structures de son organisation.
>
> La Cour reconnaît la raison impérieuse d'intérêt général qui régit l'exercice de vos missions.
>
> Je veux vous assurer que nous utiliserons toutes les armes que cet arrêt nous donne pour préserver notre organisation notariale.»

La décision de la CJUE pourrait néanmoins avoir d'importantes conséquences sur l'avenir de notre profession et notamment sur les conditions d'accès à celle-ci. Les règles actuelles ou les modifications que les pouvoirs publics voudraient y apporter devront être en effet conformes aux règles du droit européen – on notera toutefois, s'agissant du statut, que la Cour a indiqué expressément que notre mission «*constitue une raison impérieuse*», laquelle «*permet de justifier d'éventuelles restrictions à l'article 43 CE découlant des spécificités propres à l'activité notariale*», citant «*les procédures de recrutement*

(5) http://www.netvoice.be/cnue-2009/pdf/pdf_fr_20110524065520-80.pdf

(6) http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-communiques-10095/archives-des-communiques-de-2011-12159/consequences-de-larret-du-24-mai-de-la-cjue-22336.html

des notaires, la limitation de leur nombre et de leur compétence territoriale ou encore le régime de rémunération».

Réforme de l'Etat

La France participe à la construction d'un ensemble européen et doit à ce titre définir et négocier avec ses voisins de plus en plus de règles communes, ainsi qu'on a pu le voir ci-dessus. Ces éléments peuvent être considérés comme des contraintes excessives ou comme des opportunités pour l'avenir. N'ayant pas nécessairement pris conscience des implications de cette interdépendance avec ce monde en constante évolution et de la place forte mais toujours à consolider qu'elle y occupe, les Français ne savent plus s'il vaut mieux résister en espérant convaincre les autres d'adopter leur modèle ou accepter de le réformer pour éviter d'être marginalisés.

Le modèle français date de la fin de la dernière guerre mondiale. Son originalité a permis d'assurer une excellente croissance durant les *Trente Glorieuses* et jusqu'au début des années soixante-dix, mais depuis, il peine à évoluer pour s'ajuster aux modifications de l'environnement de la France. En particulier, la taille de l'État et le poids du secteur public qui l'illustre ne constituent plus aujourd'hui des atouts, notamment s'ils détournent des ressources de l'investissement productif ou s'ils alourdissent la vie économique et la production de richesses (procédures, réglementation excessive…).

L'État est aujourd'hui dans une situation de forte contrainte financière conjuguée à une perte de certaines de ses prérogatives avec le développement de l'Europe et de ses marges de manœuvre avec la mondialisation. Il doit retrouver de nouvelles ambitions, de nouvelles forces et repartir. Autrement, il risque le discrédit et l'impuissance. La volonté de réduire le «*périmètre*» de l'État et de réduire sa «*voilure*» ne doit pas faire oublier qu'il participe néanmoins à nos avantages comparatifs. La réforme de l'État doit aussi comporter une réforme de sa gouvernance. La réduction des effectifs est une bonne chose, si et seulement si elle s'accompagne de réformes du management public.

Economiques

Taux de croissance de l'économie

Les prévisions du Fonds monétaire international et du Centre d'observation économique et de Recherche pour l'expansion de l'économie et le développement des entreprises permettent de tracer, au plan mondial et au plan national, les perspectives macroéconomiques suivantes. L'économie mondiale a commencé en 2009 à sortir d'une récession sans précédent depuis la fin de la seconde guerre mondiale, survenue avec la crise des *subprimes* et les bouleversements qui s'en sont suivis dans le secteur bancaire et financier aux Etats-Unis.

Au niveau mondial, en juin 2011, on observe que l'expansion mondiale reste déséquilibrée. Dans beaucoup de pays avancés, la croissance reste faible, compte tenu de la gravité de la récession. En outre, le léger ralentissement observé au deuxième trimestre de 2011 n'est pas rassurant. Dans la plupart des pays émergents et des pays en développement, la croissance demeure vigoureuse. En 2011-2012 la croissance économique mondiale resterait forte, mais son rythme plus modéré. Les économies émergentes verraient leur rythme de croissance ralentir à 6,6 % en 2011 puis à 6,3 % en 2012. La croissance américaine s'inscrirait sur un rythme proche de sa tendance longue, aux environs de 3 % en 2011 et 2012. La croissance dans la zone euro serait plus faible (1,7 % en 2011 puis 1,6 % en 2012). Cependant, la faiblesse plus marquée que prévu de l'activité aux États-Unis et le regain de volatilité sur les marchés financiers, en raison des craintes concernant la gravité des problèmes budgétaires dans la périphérie de la zone euro, représentent des risques plus importants.

La persistance de déséquilibres dans les secteurs budgétaires et financiers de nombreux pays avancés constitue aussi un risque, tandis que des signes de surchauffe deviennent de plus en plus manifestes dans de nombreux pays émergents et pays en développement. Pour garantir la croissance et la création d'emplois à moyen terme, il sera essentiel pour nombre d'Etats d'opérer des ajustements vigoureux : rééquilibrage budgétaire crédible et équilibré, réparation et réforme du secteur financier dans de nombreux pays avancés, resserrement plus rapide de la politique macroéconomique et rééquilibrage de la demande dans de nombreux pays émergents et pays en développement.

Même si certains chiffres ont été inférieurs aux prévisions, la croissance mondiale a atteint 4,3 % en taux annualisé au premier trimestre de 2011. De nombreux facteurs imprévus de sens contraire ont conduit à ce résultat. Parmi les imprévus négatifs, le principal a été l'effet dévastateur du tremblement de terre et du tsunami sur l'économie japonaise, les perturbations de l'offre pesant lourdement sur la production industrielle, ainsi que sur la confiance des consommateurs et leurs dépenses. La croissance a été inférieure aux prévisions aussi aux États-Unis, en partie à cause de facteurs transitoires, tels que la hausse des cours des matières premières, les mauvaises conditions climatiques et les effets perturbateurs du tremblement de terre au Japon sur la chaîne de l'offre et l'industrie manufacturière américaine. Par contre, la croissance a été supérieure aux prévisions dans la zone euro, portée par un investissement plus dynamique en Allemagne et en France.

Les grandes tendances mondiales augurent d'une continuation du développement des nouveaux pays émergents et notamment Brésil, Russie, Inde et Chine. Ceux-ci sont à la fois des concurrents mais aussi des marchés à

gagner. À ce titre, ils constituent des moteurs de la croissance mondiale. On pourrait donc tabler sur un maintien de la croissance mondiale. Des facteurs d'incertitude demeurent. La croissance se réalise sur des déséquilibres macroéconomiques qui devront être surmontés. Les déséquilibres financiers qui existent sur la balance des paiements américaine peuvent encore continuer quelques années tout comme peut se déclencher brutalement une crise sur leur financement. Il est peu probable que les créanciers des États-Unis y trouvent leur intérêt. Une première réponse est en train de se jouer à la suite de la crise économique et financière actuelle. Un ralentissement de la croissance, notamment aux États-Unis, pourrait également constituer un facteur déstabilisant conduisant à un retour de réflexes protectionnistes qui plomberaient plus durablement la croissance mondiale.

Les tensions sur les matières premières du fait d'une forte demande mondiale peuvent faire craindre des risques de rareté qui se porteront notamment sur les prix. Ceci concernerait principalement le prix des énergies fossiles pour lesquelles la rareté aux horizons envisagés découlerait plus d'un investissement insuffisant sur de nouveaux gisements que d'un épuisement. De plus, selon l'intensité de la prise de conscience de la forte production de CO^2, les États les plus concernés pourront moduler leur rythme ou leur mode de développement. Les énergies alternatives auront toute leur place.

La croissance serait un peu plus faible en France en 2012 (1,8 %) qu'en 2011 (1,9 %). Un rythme suffisant pour favoriser les créations d'emplois et un recul progressif du chômage, et qui permettrait de poursuivre l'effort de maîtrise des comptes publics. Il serait cependant insuffisant pour restaurer les marges des entreprises et faire progresser le pouvoir d'achat des ménages.

La France dispose d'atouts qui en font une économie prospère. Elle devra néanmoins veiller à ne pas rater les opportunités technologiques qui s'ouvrent pour les années prochaines car ses spécialités économiques sont et seront de plus en plus contestées par les nouveaux entrants dans l'échange international. Les scénarios différeront principalement sur la capacité à mettre ses réformes en œuvre du fait de l'attachement au modèle socio-économique hérité du passé en termes de modes de régulation ou de place du secteur public.

L'avenir des entreprises françaises résulte de leur aptitude à éviter de rester dans des marchés objectivement destinés à être investis par les nouveaux pays industriels. Mais ces nouveaux concurrents ne pourront pas tout faire et il y a de forts potentiels dans des secteurs nouveaux à condition d'être à l'affût puis d'y mettre les moyens d'innovation et de prospection. L'exemple allemand montre que cet effort doit également reposer sur les PME françaises qui ont la souplesse et l'agilité nécessaires pour cibler de nouveaux besoins et les satisfaire. Encore faut-il les encourager à investir dans la recherche,

leur donner les moyens financiers de leur développement et améliorer leur environnement institutionnel et juridique.

Situation du marché immobilier

L'adage populaire dit que « *quand le bâtiment va, tout va* ». La réalité économique est toute autre car le secteur du bâtiment et le marché de l'immobilier profitent en général des surplus dégagés par les autres secteurs économiques. Les cycles immobiliers sont généralement corrélés aux cycles économiques majeurs. La récession qui affecte l'économie mondiale et nationale a donc frappé durement tous les marchés immobiliers. En France, en immobilier d'habitation, en juillet 2009, les transactions étaient tombées à 592 100 dans l'ancien (contre 670 000 en 2008) avant de se redresser à 792 000 en 2010. Il fallait remonter à 1992 pour trouver des volumes aussi bas. Entre 2000 et 2007, les transactions dans l'ancien évoluaient entre 800 000 et 850 000 par an. Ces données économiques ont évidemment pesé lourdement sur l'activité récente du notariat[7].

Une dynamique des volumes et des prix immobiliers s'est mise en place depuis 2010. Selon la note de conjoncture du Conseil supérieur du notariat d'avril 2011, le marché immobilier dans l'ancien est toutefois en train d'atterrir, tant en termes de volumes que de prix. Une baisse des prix est désormais le scénario central pour la province, hors grandes métropoles, mais dans un marché immobilier caractérisé par l'hétérogénéité :

> « Quelle sera l'évolution au cours du second semestre ?
>
> Il est bien entendu encore trop tôt pour en effectuer une analyse sur des données précises. Mais les données économiques nationales et internationales ne semblent pas être de nature à rassurer le consommateur immobilier notamment à cause de la remontée des taux à laquelle nous assistons depuis plusieurs mois et qui cumulée à l'augmentation des prix des derniers mois va rendre le parcours résidentiel des Français encore plus difficile.
>
> L'immobilier restant pour beaucoup d'acquéreurs une valeur refuge, cet investissement devrait continuer à bénéficier aux zones immobilières traditionnellement privilégiées comme Paris. Nous devrions voir les écarts de prix se creuser entre ces zones et celles économiquement moins favorisées dans lesquelles une baisse a déjà été engagée. Ainsi 2011 devrait connaître une contraction des volumes mais rien ne permet à ce jour de pronostiquer une chute généralisée des prix. »

A plus long terme, parmi les défis à venir pour notre pays, on trouve l'augmentation de l'offre de logement. Les difficultés à moyen long terme

(7) Durant-Parenti C., *Le Point*, 28 mai 2009. Consulté en juillet 2009 : http://www.lepoint.fr/actualites-societe/2009-05-28/crise-immobiliere-les-notaires-dans-la-tourmente/920/0/347518

ne sont pas tant quantitatives que qualitatives, en tenant compte des besoins changeants de la population (choc sociologique du vieillissement, des séparations, de la recomposition familiale), de ses moyens (accès à la propriété, logement du plus grand nombre, solvabilisation sur le long terme) et de ses contraintes, notamment environnementales. Cela suppose une rénovation du parc existant et la construction d'un parc aux nouvelles normes. Cela doit être l'occasion de redensifier les villes et de lutter contre l'étalement et la pollution.

Sociologiques

Rénovation du contrat social

Le contrat social porte sur les comportements et les normes sociales. Son évolution dépendra à la fois de l'environnement extérieur et de la capacité de la société française à faire évoluer ses structures internes. Entre développement de l'individualisme encouragé par la société de consommation, différentiation des talents, maintien du contrat social ancien mais contesté et construction d'un nouveau contrat social, trois scénarios sont concevables.

• L'immobilisme : scénario tendanciel avec ses risques de marginalisation, d'appauvrissement, de tensions sociales.

• Le repli : une réaction anti-globalisation, anti-inégalités, anti-réformes : identité nationale réaffirmée.

• La réforme : un changement générationnel, un désir profond de changement, un nouvel esprit plus entrepreneurial.

Le dernier scénario valorise la prise de risque, l'entrepreneuriat, mais suppose un État plus modeste – notamment dans les transferts qui visent à corriger des inégalités de richesse. Ce scénario reconsidère la vocation des acteurs privés dans la définition des règles, notamment dans le domaine juridique et économique, valorise la flexibilité (ou la flexisécurité) et consent à des inégalités s'il existe des mécanismes de promotion sociale ouverts à ceux qui le veulent. Le problème est de savoir s'il sera possible d'inventer des instruments permettant la mobilité sociale ascendante et de rendre de ce fait « *plus acceptable* » l'existence d'inégalités.

La judiciarisation des rapports sociaux

Il est commun aujourd'hui de mettre en cause le libéralisme qui caractérise la société actuelle en considérant ce dernier comme la cause de tous les sentiments contemporains d'injustice. Le libéralisme rêverait d'assurer la pacification de l'*insociable sociabilité* des hommes par le droit, donc par la judiciarisation progressive de l'ensemble des rapports sociaux, par l'articulation progressive de règles procédurales de justice à tous les lieux du social où se manifeste un *sentiment* d'injustice. La société française dans son ensemble est touchée par cette judiciarisation des rapports. Le phénomène

touche en particulier les entreprises, avec une multiplication des mises en cause de leurs dirigeants pour des fautes supposées : erreur de gestion, infractions, harcèlement. L'augmentation régulière des plaintes et des actions en justice dirigées contre les professionels libéraux illustre également cette judiciarisation de la société. Cette judiciarisation peut aussi être regardée comme l'effet d'évolutions spécifiques à la sphère des professions réglementées et de la justice (plus grande information des usagers, développement des assurances juridiques, quasi-gratuité des frais de justice dans certains cas, garantie collective des professions réglementées).

Augmentation des besoins de services juridiques aux personnes et aux patrimoines

Lors des derniers mois écoulés, les pouvoirs publics ont commencé à se préoccuper véritablement de l'augmentation du nombre de personnes âgées en France (Plan Alzheimer, Loi Handicap, Plan Solidarité-Grand Age, Plan des métiers de la dépendance), phénomène démographique majeur des années à venir – les plus de 75 ans vont représenter 13,3 % de la population en 2015, contre 8 % aujourd'hui. Le vieillissement de la population constitue un paramètre incontournable de l'évolution des quinze, voire des trente ans à venir. Cette tendance influe sur la plupart des autres évolutions de la société française. On assiste à une réelle augmentation des besoins de services juridiques personnels, liée notamment à ce phénomène de vieillissement de la population (problématiques juridiques de la protection de la personne et de la transmission de son patrimoine), mais aussi à la multiplication du nombre de divorces et plus largement à la diversification des formes d'organisation familiales et patrimoniales, autant d'influences sociologiques majeures en faveur de l'augmentation des services juridiques.

Internationalisation des échanges

La logique d'intégration qui a présidé à la construction européenne a fait de la mobilité des personnes un des fondements de l'édifice européen, qui a entraîné l'installation aujourd'hui en France d'une population de plus d'un million de ressortissants originaires d'un pays de l'Union. Quelles que soient ses répercussions sociologiques, cette immigration européenne s'ajoute à une immigration plus traditionnelle, l'immigration économique et politique venue majoritairement des pays en voie de développement depuis le siècle dernier. Le temps nécessaire à l'intégration des nouveaux venus, cette immigration oblige le notariat [8] à gérer le plurilinguisme et les problématiques de droit international mises en jeu par ces clients – il y a là un défi de formation à

(8) *Les familles sans frontières en Europe - Mythe ou réalité?* 101e Congrès notaires de France, Nantes, 1er-4 mai 2005, Litec - Editions du JurisClasseur

relever pour la profession. En effet, pour ces nouveaux sujets du droit national, souvent accédants à la propriété, le passage devant un notaire français s'impose. Outre cette clientèle familiale, le notariat, qui évolue dans une économie nationale aujourd'hui très largement ouverte sur le monde, instrumente couramment pour des investisseurs institutionnels étrangers. En 2006, en France, les intervenants étrangers ont financé près de 30 % des investissements réalisés dans le secteur de l'immobilier. Ils provenaient pour 56 % des Etats-Unis, 38 % d'Europe et 6 % du Moyen-Orient.

Technologiques

Montée en puissance des technologies de l'information et de la communication (TIC)

Certes, le notariat n'est pas une industrie de pointe et son appartenance au secteur du conseil et des services peut laisser penser qu'il n'est que peu sensible aux influences technologiques. Toutefois, son histoire contredit ce préjugé. L'histoire de notre profession nous rappelle que le notariat a partie liée avec la technique. En remontant à l'antiquité, chez tous les peuples on trouve des hommes qui consacrent leur activité à l'établissement des conventions passées par leurs concitoyens, ce sous des appellations diverses : *scribae, tabelliones, notarii*, etc. Les matériaux et les techniques varient : le scribe égyptien utilisait un rouleau de papyrus, le *notarius* une tablette de cire. Au cours des siècles qui vont suivre, les progrès techniques vont avoir une répercussion directe sur le notariat. Au Moyen-Age, la généralisation d'un nouveau support, le parchemin, va ainsi modifier complètement l'art d'écrire et de lire. L'apparition du parchemin apporte des progrès décisifs. Il permet l'utilisation de la plume d'oie, qui offrait des possibilités infiniment plus variées au notaire que le fruste pinceau de roseau. D'autre part, les feuillets pouvant se plier et se coudre, cela aboutit à la généralisation des *codex*, ancêtres des livres et de l'acte notarié. La découverte de l'imprimerie à la fin du XVe siècle n'eut pas, quant à elle, une répercussion directe sur le notariat, qui continuera longtemps encore à avoir recours à l'écriture manuscrite – ultime domaine de l'écriture manuscrite avec la correspondance privée.

En revanche, la diffusion du papier, invention des chinois, importée en Europe par les musulmans via l'Espagne, qui commence à se répandre au XVIe siècle, aura des répercussions sur l'activité notariale. L'utilisation du papier va abaisser le coût matériel de l'acte et permettre une plus grande ampleur du discours. A partir du XIXe siècle, les instruments de la *main à plume* se perfectionnent et se sophistiquent : plus de précision, plus de rapidité, c'est à cela que tendent les inventions de la plume d'acier, du stylographe et du crayon à bille. Enfin, la machine à écrire commence à être commercialisée à grande échelle à partir de 1870. Elle sera largement utili-

sée par la profession pendant plus d'un siècle. Le téléphone fait son apparition au début du xxe siècle. En 1969, alors que ce nouveau moyen de communication n'en était qu'à ses débuts, la plupart des offices ont été dotés de photocopieurs (et de télécopieurs). Les possibilités de ce moyen technique sont considérables, en particulier dans une utilisation couplée avec l'informatique, qui s'est répandu dans la profession dès les années 80, d'abord pour la comptabilité puis rapidement pour le traitement de texte. L'usage de l'informatique et de la reprographie ont transformé le notariat en industrie lourde du papier.

La micro-informatique s'est fortement développée dans la profession au cours des dernières années, tant en raison de la montée en puissance des microprocesseurs (Loi de Moore) qu'en raison d'une plus grande facilitation de la programmation (programmation assistée par ordinateur ou PAO). L'informatique notariale est aujourd'hui en pleine évolution. Elle est devenue aujourd'hui un serviteur intelligent, et ne se cantonne plus au seul traitement des textes. L'émergence de la rédaction assistée par ordinateur (RAO) a contribué à cet objectif, en modifiant la manière de rédiger les actes. La RAO apporte de la sécurité juridique au contrat en contrôlant les informations, en choisissant telle ou telle clause automatiquement à partir des renseignements donnés par le rédacteur et en vérifiant la cohérence juridique ou informatique. Elle permet de rédiger un acte sans commettre d'erreur, à la seule condition de répondre correctement aux questions qui lui sont posées. Les logiciels actuels représentent des outils explicatifs, impliquant un raisonnement par les questions qu'ils posent (la clause est ensuite choisie par l'ordinateur en fonction d'une situation). Ils devraient encore évoluer à l'avenir pour assurer bientôt le contrôle total des informations, la déduction des clauses ou des régimes fiscaux, traitant toutes les situations juridiques propres à l'acte. Ce développement a apporté de nombreux avantages à la profession : la standardisation de certaines prestations dont le coût de production était défavorable, une plus grande rapidité de satisfaction des attentes de la clientèle, l'amélioration de la fiabilité et de la sécurité, et enfin une prodigieuse élévation de la productivité et de la diffusion de nos services.

La dématérialisation de l'acte notarié, la signature électronique et la vente notariale interactive ont constitué ces derniers mois la réponse du notariat aux influences technologiques de l'environnement global. Engagée par le législateur dès 2000 mais pour laquelle de nombreuses réponses technologiques et réglementaires ont du être apportées, la mise en place de l'acte authentique sur support électronique présente de nombreux avantages pour le notaire et son client, parmi lesquels on peut citer une consultation facilitée et une mise à disposition accélérée. La mise en place de l'acte authentique

électronique répond à un enjeu majeur : garantir la sécurité, l'authenticité et la conservation des actes authentiques sur support électronique. C'est la « *clé REAL* », sorte de clé USB sécurisée, qui garantit l'authenticité de la signature électronique du notaire. Elle est personnelle à chaque notaire et son accès est sécurisé grâce à un code PIN. Elle contient l'ensemble des éléments d'identification du notaire ainsi que sa signature numérique. Les actes authentiques sur support électronique sont stockés dans un minutier central électronique (Micen) qui est capable de stocker des milliers d'actes authentiques sur support électronique (AASE) quotidiennement et de les conserver au moins soixante-quinze ans avant de les verser aux archives départementales.

La profession tend maintenant vers la dématérialisation de l'ensemble des flux notariés (échanges avec l'administration, la Caisse des dépôts, avec les institutions financières dans le cadre des prêts immobiliers, mais aussi avec les collectivités locales pour ce qui est de l'information liée à l'urbanisme et l'état civil). Est à l'étude la conception d'un ensemble de services en extranet permettant aux études de notaire de disposer d'un espace fiable et sécurisé pour l'échange d'informations confidentielles avec la clientèle. La profession souhaite développer aussi une infrastructure de télésauvegarde destinée à garantir aux notaires leur continuité d'activité, ainsi que des solutions d'archivage électronique, pour le stockage par exemple de leurs e-mails, la messagerie électronique s'étant progressivement ajoutée aux courriers papiers dans les échanges avec la clientèle. Enfin, de façon plus prospective, on peut penser que la prochaine grande évolution sera l'oralisation de la relation à l'ordinateur, qui aura sans doute, à son tour, des répercussions sur le notariat.

Légales et réglementaires

Consumérisme

Le consumérisme désigne l'ensemble des doctrines, actions et organisations ayant pour objectif la défense des intérêts des consommateurs. La forme la plus fréquente du consumérisme est l'association de consommateurs. Ses actions couvrent les domaines de la protection, de l'information, de l'éducation et le respect des droits des consommateurs. Bien qu'il soit apparu au XXe siècle, le consumérisme ne s'est réellement développé que dans les années 1970. En France, les mouvements associatifs de défense des consommateurs regroupent près de 5 millions de membres. L'activité notariale n'échappe pas aux interventions du consumérisme actuel. Les associations de consommateurs font ponctuellement part de critiques concernant certains aspects des services rendus par le notariat – notamment la complication du discours notarial.

L'avènement du droit de la consommation qui a suivi la montée en puissance du consumérisme, suscité par le développement des contrats d'adhésion, a bouleversé la tradition de liberté de l'activité notariale. Sous le triple

effet du droit de la consommation, de la normalisation informatique et de la rationalisation des relations avec les institutions, une certaine standardisation du notariat est donc en marche. C'est ainsi que, l'administration ayant décidé d'informatiser le Fichier immobilier, des critères rédactionnels s'imposent désormais au notaire pour la production des actes. Le service Télé@cte offre aux notaires la possibilité de dématérialiser tous les échanges des études pour la conservation des hypothèques. Cela se fait via une plate-forme d'échange qui communique directement avec la plate-forme du Ministère des Finances grâce à la sécurisation par carte à puce (REAL vue ci-dessus).

Dans le même mouvement de standardisation et de réponse à l'influence du consumérisme, le management de la qualité a également fait son apparition dans de nombreuses sociétés, tous secteurs confondus. Désormais produire vite ne suffit plus, un degré d'exigence supplémentaire a été introduit : il faut produire vite et bien car la qualité s'entend au sens plus large de satisfaction client. Dans le notariat, on assiste ces dernières années à la diffusion d'une démarche qualité. L'adoption d'une telle démarche se traduit par le renforcement de la communication avec le client, par exemple dans le développement pour certains clients d'un accès via internet à leurs dossiers, la mise à disposition de services de veille et d'informations juridiques, la mise en place de procédures rigoureuses dans le traitement des dossiers intégrant un suivi des délais de traitement définis, la prise en compte d'observations de la part du client, etc.

2 – Le secteur d'activités

Nous nous sommes concentrés dans les développements qui précèdent sur la compréhension des aspects globaux de l'environnement et esquissé leurs répercussions sur le notariat. L'impact de ces influences générales transparaît dans l'environnement immédiat du notariat au travers des évolutions des forces concurrentielles qui façonnent son secteur d'activité – compris comme un groupe d'organisations ou de professions proposant la même offre de services ou étroitement substituables. Il semble essentiel que le créateur/repreneur d'office notarial comprenne quelles sont les forces concurrentielles à l'œuvre. Celles-ci déterminent en effet l'attractivité de son secteur d'activités, globalement le conseil juridique et la rédaction d'actes, et conditionnent par conséquent le succès et le développement futurs de sa création/reprise.

Au 1er janvier 2010 [9], l'état des professions du droit est le suivant :

• Les notaires

On compte 9 101 notaires, répartis dans 4 555 offices, dont 1 758 offices individuels et 2 611 sociétés civiles professionnelles (SCP) et 174 sociétés d'exercice libéral (SEL). Les notaires représentent ainsi 12,2 % de l'ensemble des professionnels du droit, ce qui ne tient toutefois pas compte du personnel constitué par les collaborateurs de notaire (près de 50 000 salariés).

• Les avocats

Au 1er janvier 2010, les avocats étaient 51 758, répartis dans 179 barreaux (le barreau de Paris comptant 22 186 inscrits). Un tiers exerçait individuellement, un tiers en qualité d'associé et un dernier tiers en qualité de collaborateur ou de salarié. Ils représentent ainsi près de 70 % de l'ensemble des professions judiciaires et juridiques (hors magistrats, mais les juristes d'entreprise compris).

• Les huissiers de justice

On dénombre 3 234 huissiers de justice, dans 1 907 études, dont 745 en exercice individuel, 1 060 en SCP et 96 en SEL. Les huissiers représentent ainsi 4,3 % de l'ensemble des professions du droit.

• Les juristes d'entreprise

Le nombre exact de ces professionnels n'est pas connu. Le rapport de la commission présidée par Maître Jean-Michel DARROIS les évalue à 8 000, soit 10,8 % de l'ensemble de la profession.

• Les autres professions

Même si leur rôle dans la pratique juridique et judiciaire est essentiel, chacune des autres professions du droit représente numériquement moins de 1 % de l'ensemble de la profession.

On dénombre ainsi 99 avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, 113 administrateurs judiciaires et 310 mandataires judiciaires, 429 avoués près les cours d'appel (chiffres de 2008), 404 commissaires-priseurs judiciaires, 680 conseils en propriété industrielle (chiffres de 2008) et 233 greffiers des tribunaux de commerce.

La notion de concurrence est inhérente à celle de stratégie. Une organisation qui n'a aucun concurrent n'a pas besoin de stratégie. De même, la pertinence d'une stratégie ne se juge jamais dans l'absolu, mais en termes relatifs. Le modèle des cinq forces de la concurrence, défini par Michaël PORTER permet d'évaluer l'attractivité d'un secteur d'activités en termes d'intensité concurrentielle.

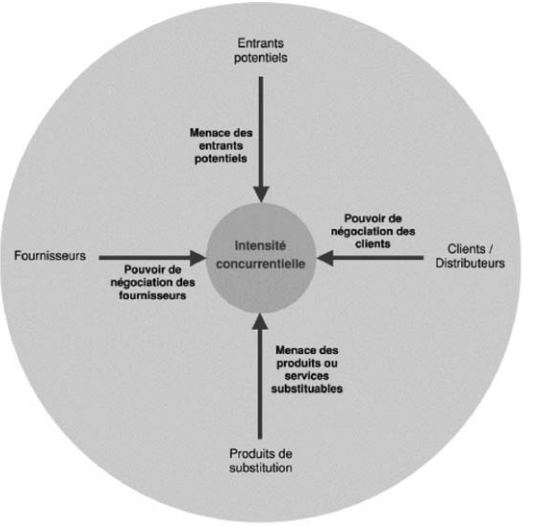
Le postulat de départ de PORTER est que l'objectif fondamental d'une organisation est l'obtention d'un avantage concurrentiel, qui, appliqué au notariat, se mesure en dernier ressort par sa capacité à générer du profit (pour

(9) Source : http://www.senat.fr/rap/l10-131/l10-131.html

la dimension libérale de son activité) ou à capter de nouvelles compétences réglementaires (pour la dimension publique de son activité). Il découle de ce postulat que la notion de concurrence doit être élargie : sera considéré comme concurrent tout ce qui peut réduire la capacité du notariat à générer du profit et accroître ses compétences et plus largement tout ce qui peut l'empêcher de constituer un avantage concurrentiel en limitant son degré de liberté stratégique.

PORTER a identifié cinq types de forces qui ont cette capacité : la menace d'entrants potentiels, la menace des substituts, le pouvoir de négociation des acheteurs, le pouvoir de négociation des fournisseurs et l'intensité de la concurrence entre les acteurs déjà en place. La détermination de la structure concurrentielle du secteur d'activité du notariat, le conseil juridique et la rédaction d'actes, passe donc par la mesure et la hiérarchisation de ces cinq forces de la concurrence, chacune pouvant capter une partie du profit généré globalement et déstabiliser ainsi l'équilibre du secteur.

Même si PORTER ne l'a pas incluse dans son modèle original, une sixième force a été ajoutée ultérieurement à ce schéma : le rôle de l'Etat. Par leur pouvoir de réglementation, de subvention ou de taxation, les pouvoirs publics sont en effet capables de réduire ou d'accroître l'avantage concurrentiel des organisations. S'agissant d'une profession réglementée telle que le notariat, le rôle de l'Etat se révèle tout à fait considérable.



© Pearson Education France

La menace des entrants

La plus ou moins grande facilité d'accès à un secteur d'activité détermine nécessairement l'intensité de la concurrence. La menace de nouveaux entrants est fonction du niveau des barrières à l'entrée, c'est-à-dire des facteurs que les entrants potentiels doivent surmonter pour pouvoir concurrencer les organisations déjà en place. Appliquées au notariat, ces barrières relèvent de trois grandes catégories : les barrières financières, les barrières commerciales et les barrières de ressources et compétences.

Barrières financières

L'intensité capitalistique – ou ticket d'entrée – correspond au capital qu'il est nécessaire d'investir pour pénétrer dans un secteur d'activités ou dans une industrie. Elle se mesure généralement en années de chiffre d'affaires. Elle varie en fonction de l'échelle requise (investir totalement ou non le secteur). En raisonnant sur le secteur d'activités du notariat, le conseil juridique et la rédaction d'actes, métiers de services, on se rend compte rapidement de la faible intensité capitalistique qui caractérise ce secteur – par rapport à d'autres secteurs d'activités, notamment industriels, comme la pétrochimie, l'énergie ou la sidérurgie. Certes, celui qui voudrait acquérir en totalité « *l'entreprise notariat* » devrait s'acquitter d'un prix conséquent – les notaires reçoivent chaque année 20 millions de personnes, traitent des capitaux d'un montant annuel d'environ 600 milliards d'euros, établissent 4 millions d'actes authentiques et réalisent un chiffre d'affaires de 6 milliards d'euros annuel.

La menace n'est toutefois pas aussi frontale. Elle vient plutôt d'autres professions de services et du conseil (experts-comptables, avocats, banques) qui, en réalisant des investissements minimes, sont susceptibles d'investir le domaine d'activité du notariat. S'agissant des banques en particulier, le rapport de force financier est d'ailleurs très défavorable au notariat.

Enfin, c'est par la finance et la technique sociétaire que les entrants pourraient, en « *saucissonnant* » la profession, pénétrer le secteur d'activités notariales depuis la loi du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires et juridiques (JO du 29 mars 2011), adoptée pour réformer, moderniser et renforcer les structures d'exercice de l'ensemble des professions libérales réglementées afin de faciliter leur développement économique. Cette loi ouvre la voie au développement de l'inter-professionnalité capitalistique entre les professions du droit. La loi permettait déjà, on le sait, la constitution de sociétés civiles interprofessionnelles, mais les décrets d'application nécessaires n'avaient jamais vu le jour. Il existait des structures de mise en commun de moyens entre des personnes appartenant à des professions libérales différentes, ainsi que la possibilité de créer des GIE, mais ces structures ne rencontraient pas un grand succès. Est désormais permise la constitution

de sociétés de participations financières de professions libérales (SPFPL) ayant pour objet la détention des parts ou d'actions de sociétés d'exercice libéral (SEL) de deux ou plusieurs des professions d'avocat, de notaire, d'huissier de justice ou de commissaire-priseur judiciaire. Cet élargissement de l'objet social des SPFPL met fin à la logique d'uni-professionnalité.

Barrières commerciales

Sur certains marchés, la notoriété est essentielle. C'est évidemment le cas s'agissant du notariat. Dans des domaines aussi sensibles que le droit de la famille (contrats de mariage, donations entre époux, donations-partages, testaments, successions) ou le droit immobilier, mouvementant des fonds qui représentent souvent la plus grande partie de l'épargne des individus et des familles, la clientèle est très attachée à la sécurité qu'apporte la « *marque* » notariale, sous ses différentes formes : certitude de la propriété du bien par la recherche systématique de l'origine de propriété, authenticité (force probante, force exécutoire et date certaine), garanties attachées à la qualité d'office ministériel. Toutefois, les concurrents du notariat que sont les autres professions de services et du conseil (experts-comptables, avocats, banques) bénéficient également d'une bonne notoriété et effectuent régulièrement des dépenses de communication très importantes pour la renforcer.

Barrières de ressources et compétences

Pour intervenir sur certains marchés, il est essentiel de maîtriser certaines technologies qui peuvent être protégées soit par des brevets, soit par des procédés tenus secrets. Dès lors, tout nouvel entrant devra mettre au point une technologie susceptible de se substituer à celle des concurrents établis. De ce point de vue, le notariat, répondant aux influences technologiques de son environnement, a su élever, de façon opportune, des barrières technologiques pour protéger le cœur de son activité, savoir l'authentification des transactions immobilières, par la mise au point, conjointement avec l'administration, d'outils et de procédures numériques de transmission d'informations, d'actes et de paiements (Télé@cte) difficilement imitables ou substituables.

Ressources rares

L'accès à certains marchés peut aussi nécessiter la possession de ressources rares qu'un nouvel entrant aura beaucoup de difficultés à acquérir. Ces ressources peuvent être une main-d'œuvre extrêmement spécialisée, comme c'est le cas pour le personnel employé par le notariat, qui excelle dans certains domaines du droit et du conseil (droit de la famille et du patrimoine, droit immobilier et de l'urbanisme). Toutefois, cette main-d'œuvre est aisément captable par les autres professions concurrentes, comme le mouvement s'en est déjà amorcé depuis longtemps, notamment par la surenchère salariale à

laquelle peuvent se livrer, du fait de leur force de frappe financière, les banques et les plus puissants réseaux d'avocats. Au final, la barrière technologique exceptée, les autres barrières entretenues par le notariat pour protéger son secteur d'activités ne semblent pas dissuasives pour les entrants déterminés que pourraient devenir d'autres professions du conseil.

Le pouvoir de négociation des acheteurs et des fournisseurs

Acheteurs

Les clients sont indispensables à la survie de toute entreprise. Cependant, les « *acheteurs* » peuvent détenir un tel pouvoir de négociation qu'ils seront capables de capter une part significative du profit. Cela concerne certes plus spécifiquement l'industrie que les services. Certains industriels – notamment dans l'automobile – ont pu exercer leur pouvoir pour exiger de leurs fournisseurs des réductions de prix considérables, ce qui s'est traduit par la disparition de bon nombre d'entre eux. Ceux qui ont survécu y ont gagné des volumes de commande plus importants, mais ils ont dû se soumettre à des critères de coût et de qualité extrêmement stricts. S'agissant du notariat, le pouvoir de négociation des « *acheteurs* » s'exerce plutôt à l'échelle des divisions, c'est-à-dire de chaque office : un client important d'une étude, tel qu'un institutionnel, une grande enseigne, un aménageur ou un promoteur, voire une personne physique disposant d'un important patrimoine, qui fait une grande partie du chiffre d'affaires de l'étude, dispose d'un pouvoir de négociation important – tout en notant l'encadrement réglementaire stricte des remises dans la profession. La démarche qualité notariale représente un dispositif qui permet d'accroître la capacité d'adaptation et de réactivité du notariat vis-à-vis de ce type de clientèle souvent très sensible à un système d'organisation basé sur l'efficacité – jusqu'à exiger parfois un système de management de la qualité certifié selon la Norme ISO 9001.

Fournisseurs

Les fournisseurs approvisionnent l'organisation avec ce dont elle a besoin pour produire biens ou services. Le pouvoir des fournisseurs peut être important lorsqu'il y a une forte concentration. La concentration caractérise en particulier la fourniture de solutions informatiques et logicielles au notariat. Le nombre restreint de sociétés informatiques sur le marché des logiciels notariaux, dominé principalement par trois sociétés, est susceptible de déséquilibrer la relation contractuelle en faveur des fournisseurs. Dans la foulée de ce constat, certains s'inquiètent aussi du risque d'une migration d'une partie de la valeur ajoutée du notariat vers l'amont. Avec le recul constant de la personnalisation des clauses des formules voire l'externalisation complète de leur rédaction, ce ne serait plus le notaire qui, dans le calme de son étude, met patiemment à jour, corrige et améliore son formulaire, mais des équipes de juristes, collaborateurs

et professeurs, qui rédigent désormais au sein des sociétés informatiques les clauses et les formules des logiciels de rédaction, dont l'utilisation est ensuite accordée aux études notariales par licence. Une vigilance s'impose à ce titre – par la formation continue et par l'exigence de chaque notaire de conserver à tout moment la maîtrise de son formulaire et de ses évolutions.

La menace des substituts et le rôle des pouvoirs publics

Les substituts sont des produits ou des services qui offrent un bénéfice équivalent aux clients, mais selon une approche différente. L'acte «*contresigné par avocat*» qui a été introduit récemment par la loi du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et de certaines professions réglementées, constitue-t-il un tel substitut?

En effet, on sait que la loi du 28 mars 2011 intègre de nouvelles dispositions dans la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 réglementant la profession d'avocat en créant un nouveau chapitre 1er bis au sein de celle-ci:

- Art. 66-3-1. – En contresignant un acte sous seing privé, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte.
- Art. 66-3-2. – L'acte sous seing privé contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties fait pleine foi de l'écriture et de la signature de celles-ci tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause. La procédure de faux prévue par le Code de procédure civile lui est applicable.
- Art. 66-3-3. – L'acte contresigné par avocat est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi.

En vertu de ces nouveaux textes, la signature de l'avocat sur l'acte attestera donc que les personnes qu'il aura conseillées auront reçu l'assistance juridique d'un avocat. S'agissant de leur signature et de leur écriture, il aura une force probante renforcée.

Ces nouvelles dispositions sont le résultat de l'offensive menée par les avocats auprès de l'Etat afin qu'il exerce son pouvoir régulateur dans un sens favorable à leurs intérêts, offensive dont le point de départ fut la mise en place la Commission ATTALI.

Commission Attali

En 2007, Le Président de la République Nicolas SARKOZY confie à Jacques ATTALI la présidence d'une commission ayant pour but de rédiger un rapport fournissant des recommandations et des propositions afin de relancer la croissance économique de la France. Cette commission, composée de 43 personnes, a pour objectif de «*chercher ce qui marche dans les pays voisins, pour éviter le déclin de la France*», selon les propres mots de Jacques ATTALI. Le

23 janvier 2008, le rapport [10] est remis au président de la république. Pour « *remettre la France sur la voie de la croissance* », Jacques ATTALI articule ses 316 idées autour de trois axes majeurs : la recherche des talents (conservation mais également développement des potentiels, depuis la maternelle jusqu'au niveau de la recherche, en mettant l'accent sur les potentiels des quartiers et cités), la mobilité (sociale, géographique, compétitive, professionnelle, et internationale) et enfin la gouvernance (réduction des dépenses, réductions du nombre d'institutions économiques et administratives à tous les niveaux).

Les activités de conseil juridique et de rédaction d'acte, à travers l'analyse de la situation de différentes professions réglementées, sont concernées par les préconisations qui sont faites. En effet, la Commission Attali estime dans son rapport qu'il faut mieux réglementer les conditions de diplôme ou d'expérience pour l'exercice de certaines des professions, supprimer le *numerus clausus* et le régime d'autorisation administrative en nombre limité, la vénalité des charges, les restrictions à la détention du capital. Les enjeux sont notamment l'exportation du droit et des professionnels français, l'augmentation de l'offre de service et l'innovation.

Elle propose donc d'« *ouvrir très largement les professions réglementées à la concurrence sans nuire à la qualité des services rendus.* » Le rapprochement des professions juridiques correspond à une logique de survie tant du droit français – en citant les attaques de la Banque mondiale contre notre droit civil en 2004 [11] à l'occasion du rapport intitulé « *Doing Business* » [12], qui plaçait la France au 79e rang des pays dans le classement de la « *facilité de faire des affaires* » – que de ceux qui l'exercent et de ceux qui en bénéficient. Constatant notamment que la profession d'avocat aurait « *su évoluer* », et dans l'optique de moderniser l'offre de services afin de valoriser le droit et les juristes français, la Commission Attali justifie la réforme des professions juridiques réglementées par quatre raisons :

- le maintien de l'égal accès au droit et à la justice ;
- la nécessaire évolution de modes d'organisation économiques désormais inefficaces et sans lien avec le contrôle légitime de la compétence des professionnels et la surveillance de leurs activités ;
- une meilleure efficacité du système judiciaire ;
- la fin des mécanismes de restriction de l'offre qui freinent dans certaines professions juridiques le développement de l'innovation et de l'emploi.

(10) http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000041/0000.pdf

(11) Voir les développements consacrés à ce rapport par le 38e Congrès du Mouvement Jeune Notariat – *Droit et Economie*

(12) http://francais.doingbusiness.org/reports

Au titre des propositions concrètes de réforme des professions juridiques, la commission préconise l'ouverture des activités de notaire à de nouveaux professionnels afin notamment de répondre à l'augmentation des besoins de services juridiques personnels (décision 216) ; le rapport souligne « *qu'au moment où il est envisagé de confier aux notaires des compétences très étendues en matière de divorce par consentement mutuel, il est devenu obsolète de maintenir des restrictions à l'offre de services notariés* ».

Le Conseil national des barreaux va s'emparer rapidement de ces préconisations pour relancer le débat sur la fusion des deux professions :

> « L'idée d'une grande profession du droit, à laquelle la profession réfléchit depuis 40 ans, n'a pas été abordée directement par le Rapport Attali, mais est une conclusion qui doit être tirée de ses travaux. La profession d'avocat a su s'adapter et évoluer, notamment lors des fusions de 1971 et de 1990. La grande profession du droit doit regrouper tous ceux qui conseillent, rédigent des actes, défendent, dans une formation et une éthique uniques. Passe-t-elle par une profession d'avocat élargie, c'est-à-dire une agrégation des différentes professions voisines dans une même profession avec le maintien de particularismes ? Faut-il se limiter, dans un premier temps, aux professions qui sont le plus proches, c'est-à-dire les avoués et les avocats aux conseils ? Quelles orientations faut-il adopter en matière d'intégration ou d'inter-professionnalité, de formation, de mentions de spécialisation ? En toute hypothèse, les préconisations du Rapport Attali ne peuvent que nous amener à envisager l'intégration des avoués et des avocats aux conseils, professions les plus proches. En ce qui concerne la profession de notaire et ses activités, la question est plus complexe. Doit être envisagé un cumul d'activités tel que le connaissent les avocats notaires allemands ».

Au terme de ses débats, l'Assemblée générale du Conseil national des barreaux [13] adoptera une délibération « *en faveur de la constitution d'une grande profession du droit avec les avoués, les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et les notaires dans le respect des valeurs essentielles communes soit par la voie de l'unification, soit par la voie du cumul d'activités* ». En réponse, le Conseil supérieur du notariat va chercher à se sauvegarder de toute forme d'absorption en appelant à une ouverture maîtrisée de la profession, contrôlée par l'Etat – notamment par une augmentation contingentée du nombre de notaires. Les notaires s'engagent alors à augmenter les effectifs des notaires de 20 % pour atteindre 10 500 notaires en 2012. En mai 2008, le Ministère

(13) http://cnb.avocat.fr/Vers-une-grande-profession-du-droit-Les-conclusions-du-rapport-Attali_a177.html

de la Justice va rassurer les notaires en renouvelant son attachement au développement de la profession de notaire, et en saluant l'accroissement du nombre de notaires prévu à l'horizon 2012. Cette augmentation « *était une nécessité* », selon le Garde des Sceaux.

Commission Darrois

Le débat est toutefois loin d'être clos. Le 30 juin 2008 le Président de la République confie à l'un de ses anciens confrères, Maître Jean-Michel DARROIS, la mission de présider une « *Commission de réflexion tendant à réformer la profession d'avocat* », avec, comme objectif, la création d'une grande profession du droit. La mise en place de la Commission DARROIS déclenche une guerre ouverte entre avocats et notaires. La remise du rapport [14] au Chef de l'Etat le 8 avril 2009 devait mettre fin aux hostilités, chaque camp gardant peu ou prou ses prérogatives respectives, le Président de la République approuvant les propositions du rapport et demandant au Garde des Sceaux d'aboutir à une loi dans les meilleurs délais. Aux avocats est reconnue la possibilité d'élargir leur périmètre d'activité avec la mise en place d'un « *acte d'avocat* » ou contreseing qui garantira la réalité du consentement des parties, sans pour autant se substituer à l'acte authentique qui reste l'apanage des notaires.

S'agissant de la mise en place de cet « *acte d'avocat* » ou contreseing, parties des conclusions du rapport [15] sont ci-après reproduites :

> « Contreseing de l'avocat sur les actes sous seing privé
>
> De nombreux actes sous seing privé sont conclus sans que les parties, et notamment celles qui souscrivent les obligations les plus lourdes, n'aient reçu le conseil de professionnels du droit.
>
> Cette façon de procéder, de plus en plus répandue en France notamment par l'utilisation de formulaires pré-imprimés ou disponibles sur internet, présente deux risques principaux.
>
> Il peut arriver, en premier lieu, que les conséquences de cet acte ne soient pas celles que les parties attendaient, soit parce que le but recherché en commun n'est pas atteint (le bail n'est pas valable par exemple), soit parce que la convention est illicite.
>
> En second lieu, l'une des parties peut être tentée de contester ultérieurement l'existence du contrat ou l'un de ses éléments. Les autres parties se heurtent alors à un problème de preuve. L'assistance d'un avocat est insuffisante pour parer complètement à ces risques : les parties pourront éprouver des difficultés à établir que l'acte est le produit de ses conseils et aucune force probante particulière n'en résultera.

(14) http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rap_com_darrois_20090408.pdf

(15) Consulté en juillet 2009 : http://www.latribune.fr/static/pdf/commissionDarrois%20.pdf

Le législateur a cherché par le passé à remédier à cette situation mais les solutions imaginées sont insuffisantes : elles ne tiennent pas lieu de conseil juridique et ne concernent pas certains actes pourtant importants (tels la location ou la vente de meubles, les investissements financiers).
Certes, les parties peuvent s'adresser à un notaire, l'acte authentique reçu par celui-ci engage sa responsabilité et fera foi jusqu'à inscription de faux des faits qu'il y aura énoncés comme les ayant accomplis lui-même ou comme s'étant passés en sa présence.
En outre cet acte bénéficiera d'une caractéristique exceptionnelle attachée à la qualité d'officier public du notaire : la force exécutoire, qui permettra dans certaines circonstances d'en assurer la réalisation sans avoir besoin au préalable de recourir à une décision de justice.
Mais, s'il est admis sans difficulté que cette force exécutoire ne peut être attachée qu'à l'acte authentique, il est en revanche souhaitable que l'implication d'un avocat dans la réalisation d'un acte juridique emporte des effets plus significatifs que ceux qui lui sont reconnus aujourd'hui.
Dans une perspective d'accès au droit, de protection de l'acte juridique et de sécurité des individus comme des entreprises, il est apparu à la commission utile d'encourager le recours aux conseils de l'avocat à l'occasion de la négociation, de la rédaction et de la conclusion des actes sous seing privé.
Il est donc proposé de permettre aux parties de renforcer la valeur de l'acte sous seing privé qu'elles concluent en demandant à un avocat, pouvant ou non être commun à plusieurs d'entre elles, de le contresigner.
Ce contreseing – qui existe déjà pour le mandat de protection future entraînerait deux conséquences. L'avocat l'ayant contresigné sera présumé de manière irréfragable avoir examiné cet acte, s'il ne l'a rédigé lui-même, et avoir conseillé son client et assumerait pleinement la responsabilité qui en découle.
L'avocat attestera après vérification de l'identité et de la qualité à agir de son client, que celui-ci a signé l'acte et en connaissance de cause, ce qui empêcherait celui-ci de contester ultérieurement sa signature : l'acte sous seing privé serait légalement tenu pour reconnu au sens de l'article 1322 du Code civil. L'acte contresigné par un avocat aurait alors, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique. »

Le rapport évoque également la possibilité de partager les émoluments entre avocats et notaires pour un acte immobilier si les parties parviennent à s'entendre. Selon le rapport, avocats et notaires doivent également pouvoir travailler pour une société commune, tout en gardant des déontologies distinctes, propres à l'exercice de leur profession, et sans fusionner leur activité. Autant d'opportunités offertes aux avocats pour diversifier leurs activités au-delà des seules plaidoiries et boucler, pour certains, des fins de mois difficiles.

Des formations communes, y compris avec les magistrats, sont également recommandées. Même logique avec la mise en place d'un « *haut conseil des professions du droit* » chargé de régler les litiges entre les différentes professions du droit et qui obligera surtout les acteurs à se parler autrement que par tribunes interposées.

Dans le prolongement des recommandations formulées par la commission qu'il préside, Maître DARROIS est auditionné [16] par la Commission des lois du Sénat le 27 mai 2009 :

> « **Concernant la réflexion sur une fusion des professions de notaires et d'avocats**
>
> Me Jean-Michel Darrois a indiqué que, bien que la lettre de mission l'ait engagée à réfléchir à la constitution d'une grande profession unifiée du droit, la proposition de fusion des professions de notaires et d'avocats avait été écartée, en raison des différences irréductibles qui les distinguent.
>
> Il a ainsi relevé que, tandis que les avocats interviennent au bénéfice exclusif d'une partie, les notaires mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique et prennent en charge des missions de service public.
>
> Par ailleurs, il a souligné la spécificité juridique de l'acte authentique que les seconds établissent, l'effort de modernisation de leurs pratiques auquel ils avaient déjà consenti ainsi que l'attachement des citoyens à leur notaire.
>
> Constatant cependant que les notaires semblaient recroquevillés sur leur monopole, il a rappelé que, comme les huissiers, ils restaient sous la menace du droit communautaire dans la double mesure où ils ne sont exclus du champ d'application de la directive Services qu'en raison de dispositions spécifiques et non du simple fait qu'ils mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique, et où la condition de nationalité qui les protège fait l'objet d'un contentieux juridique qui n'a pas encore été tranché.
>
> Concernant le champ d'activité des avocats
>
> Souhaitant expliquer pourquoi les avocats avaient choisi d'élargir leurs activités, Me Jean-Michel Darrois a fait valoir que, compte tenu de l'absence de numerus clausus, la seule activité judiciaire n'était plus à même de permettre à cette profession d'assurer son équilibre économique.
>
> Il a considéré en effet que, contrairement à une idée reçue, la judiciarisation croissante des sociétés modernes s'était accompagnée d'une réduction du nombre de procès, soit que les parties recourent plus, en raison des incertitudes et des coûts liés à l'action judiciaire, au règlement précontentieux des conflits, dont la gamme avait été étoffée, soit que la

(16) Consulté en juillet 2009 : http://www.cnb.avocat.fr/commission_darrois/Creation-d-une-grande-profession-du-droit-Me-Jean-Michel-Darrois-auditionne-par-la-Commission-des-lois-du-Senat-le-27_a57.html

législation ait apporté, comme ce fut le cas pour les accidents automobiles relevant aujourd'hui des assurances, une solution à des situations qui généraient un important contentieux judiciaire.

Rappelant que la fusion des professions d'avocat et de conseil juridique intervenue en 1992 s'inscrivait dans cette perspective, il a déploré qu'elle n'ait pas été suffisamment effective, chaque professionnel se cantonnant à sa pratique, de conseil ou d'action judiciaire, d'origine. Il a émis le vœu que cette réforme soit prolongée.

Par ailleurs, il lui a semblé que les avocats souhaitant sortir de leurs missions judiciaires traditionnelles se heurtaient non seulement à l'opposition des notaires mais aussi à celle des experts comptables, avec lesquels ils pouvaient être en concurrence pour conseiller les entreprises.

Concernant la création d'un contreseing d'avocat

Présentant la proposition de la commission sur la création d'un contreseing d'avocat, Me Jean-Michel Darrois a estimé qu'elle permettrait d'accroître la sécurité juridique, qu'elle favoriserait le travail en commun des différents professionnels du droit et qu'elle offrirait aux avocats une meilleure visibilité en droit des affaires, tout en répondant au problème que pose actuellement la multiplication d'actes très importants signés par les seules parties et établis sur la base de formulaires types, sans qu'aucun professionnel du droit ne les examine. Il a indiqué que, en revanche, la commission s'était opposée à la création, demandée par les avocats, d'un acte sous signature juridique qui aurait eu la même force probante qu'un acte authentique.

Rappelant que, d'ores et déjà, l'article 1322 du Code civil prévoit que l'acte sous seing privé, s'il est reconnu par les parties ou légalement tenu pour tel, a la même foi que l'acte authentique, Me Jean-Michel Darrois a expliqué que la proposition de la commission visait seulement à considérer que l'acte signé par les parties et contresigné par un avocat devait être légalement tenu pour reconnu par les parties au sens de l'article 1322 précité.

Il a estimé qu'une telle mesure, qui pourrait être introduite dans la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ne créait aucune concurrence avec l'acte authentique établi par les notaires, qu'elle inciterait les parties à davantage consulter leurs avocats, leur apporterait une plus grande sécurité juridique, l'avocat engageant sa responsabilité par son contreseing, et qu'elle limiterait les contestations abusives.

Me Jean-Michel Darrois, a estimé que, dans le cadre d'une collaboration ponctuelle, l'avocat pouvait préparer un acte qui serait ensuite soumis à un notaire aux fins d'authentification, chacun des deux professionnels percevant alors une rémunération.

Un tel procédé ne présenterait pas de difficulté dans le cadre d'une opération importante, les parties prenantes étant en mesure de financer l'intervention

d'un avocat et d'un notaire. Son utilisation paraîtrait cependant plus difficile pour les opérations d'un montant moindre, les notaires ne pouvant, en application d'un décret de 1978, accorder de remise sur leurs émoluments lorsque le tarif les limite à 80 000 euros.
Me Jean-Michel Darrois, a indiqué que la commission proposait par conséquent de permettre en toute hypothèse une remise partielle des émoluments du notaire lorsqu'un avocat a contribué à la préparation de l'acte, ce dernier étant alors rémunéré sans surcoût pour le client. Cette remise ne serait possible qu'en vertu d'un accord préalable à la réception de l'acte. Si l'acte élaboré par l'avocat ne satisfaisait pas le notaire, celui-ci percevrait la totalité des honoraires et l'avocat devrait alors s'adresser au Haut Conseil des professions du droit qui serait chargé de rendre un arbitrage.

Concernant l'interprofessionnalité
Il a expliqué que la commission dont il avait assuré la présidence recommandait ainsi que soit autorisée la création de structures interprofessionnelles rassemblant des professionnels du droit ou des professionnels du droit et du chiffre, qui détiendraient des participations dans les sociétés d'exercice propres à l'une de ces professions.
Me Jean-Michel Darrois, a relevé que ces structures interprofessionnelles ne devaient cependant pas s'apparenter à des supermarchés du droit selon le modèle anglo-américain, qui pratiquaient la sous-traitance des dossiers à des juristes exerçant dans des pays émergents.
M. Jean-Jacques Hyest, président, a souligné que nombre d'opérations faisaient déjà intervenir plusieurs notaires ou plusieurs avocats, chacune des parties recourant à un professionnel.
Me Jean-Michel Darrois, a estimé que l'intervention du notaire dans la rédaction d'un contrat pouvait paraître apporter davantage de garanties d'impartialité que celle d'un avocat, attaché à la défense de son client, et que la collaboration entre les deux professions devait être développée et structurée.
En conclusion
En conclusion, il a souligné que la commission dont il avait assuré la présidence préconisait un effort de modernisation des professions du droit afin de les inciter à travailler ensemble, à se développer à l'étranger et afin de garantir une plus grande sécurité juridique aux justiciables.
[…]
Me Jean-Michel Darrois a considéré que les récents propos de Mme Rachida Dati concernant les notaires avaient été un peu déformés par la presse. Le contexte était désormais, selon lui, propice au changement : d'une part, les notaires n'étaient hostiles ni à l'interdisciplinarité, ni même à l'acte d'avocat, dès lors que celui-ci s'inscrivait dans un cadre rigoureux. »

Jusqu'en octobre 2009 la profession manifeste fortement son opposition à

certaines propositions du rapport (ouverture de l'accès au fichier immobilier à l'acte sous seing privé, cantonnement du notaire à l'établissement des actes pour lesquels le recours à l'acte authentique est obligatoire entre autres) qui condamnaient à brève échéance le notariat et remettaient en cause la qualité du service rendu aux clients. La Ministre de la Justice met un terme à l'opposition avocats notaires en faisant préparer par la Chancellerie un projet reposant sur un principe d'équilibre : renforcer la profession d'avocat sans que cela soit fait au détriment du notariat.

La loi du 28 mars 2011, qui représente l'aboutissement de cette longue lutte, réaffirme ainsi le principe de la nécessité de dresser un acte authentique pour pouvoir procéder aux formalités de publicité foncière. Ce rappel s'imposait afin de consacrer ce principe. Le recours à l'acte authentique, garant de la sécurité juridique et de la fiabilité des registres de la publicité foncière, résultait déjà du décret de 1955 portant réforme de la publicité foncière. La profession réussit à obtenir que soient insérées dans le Code civil des dispositions afin de consacrer ce principe, d'en améliorer la lisibilité et de faire apparaître le caractère législatif de l'obligation du recours à un acte authentique pour procéder aux formalités de publicité foncière.

Par ailleurs, la loi s'est intéressée à nos bases immobilières qui permettent de suivre l'évolution des prix de l'immobilier. La diffusion d'une information pertinente sur l'évolution du marché immobilier est de nature à le fluidifier et à favoriser l'accès à la propriété. Des bases de données avaient été créées de notre propre initiative pour mieux connaître les marchés immobiliers, dans les années quatre-vingt pour l'Ile-de-France et dans les années quatre-vingt-dix pour les autres régions. Les indices de prix élaborés en partenariat avec l'Insee sont régulièrement diffusés afin de favoriser la transparence du marché immobilier.

La loi du 28 mars 2011 apporte un fondement législatif à nos bases de données de façon à en rendre l'alimentation de ces bases obligatoire et ainsi en assurer l'exhaustivité. En reconnaissant la mission de service public des notaires et du Conseil supérieur du notariat dans la collecte et la diffusion de l'information, loi du 28 mars 2011 valorise également le travail accompli spontanément par la profession. La loi confie également aux notaires de nouveaux champs de compétence. Citons parmi ces nouvelles compétences l'enregistrement des Pacs. Alors que par an, environ 15 000 Pacs sont à la demande des partenaires rédigés par des notaires, il n'était pas possible de procéder auparavant à leur enregistrement. Les partenaires devaient alors se déplacer aux greffes du tribunal d'instance pour procéder à cette formalité. En permettant aux notaires d'enregistrer les Pacs qu'ils auront rédigés, la loi du 28 mars 2011 simplifie le parcours des usagers. Au final, la profession notariale se trouve-t-elle depuis la loi du 28 mars 2011 exposée à une menace

de substitut à l'authenticité qui caractérise son activité?

En rappelant que, pour l'analyse stratégique, les substituts sont des produits ou des services qui offrent un bénéfice équivalent aux clients, mais selon une approche différente, on doit écarter le risque de substitut représenté par l'acte «*contresigné par avocat*».

L'approche est certes différente, mais le bénéfice n'est pas équivalent. De nombreux auteurs [17], dans de savants articles, ont pu démontrer les insuffisances de l'acte «*contresigné par avocat*» comparé aux vertus de l'acte authentique.

Par l'adoption de la loi du 28 mars 2011, le vœu du législateur était finalement d'encourager un recours plus fréquent à des professionnels du droit tenus d'informer les parties à un contrat sur les conséquences de leur engagement. Le but n'est pas de donner aux avocats les moyens d'accéder aux domaines que la loi réserve à l'acte authentique, domaines où le besoin de sécurité est déjà garanti, mais de leur permettre de se développer en proposant de la sécurité là où elle est le plus nécessaire – dans l'espace infra-juridique ou auto-juridique où l'on croise les formulaires pré-imprimés ou disponibles sur internet – et de répondre aux soucis financiers créés par l'insuffisante maîtrise de leur démographie.

Un risque de substitut demeure toutefois, c'est celui «*du détournement de la lettre et de l'esprit de la loi, qui consisterait à prétendre que le contreseing confère à l'acte sous seing privé des effets équivalents à ceux de l'acte authentique*» [18].

Pour Maître DE LAFFOREST [19]

> «[…] certes, il reste un acte sous seing privé, mais il emprunte largement l'une des qualités essentielles de l'acte authentique, à savoir la force probante. L'acte fera foi de l'identité des signataires et du fait que les parties ont bel et bien exprimé leur consentement. "N'est-ce pas déjà trop?" comme s'interroge Michel Grimaldi. C'est à coup sûr suffisant pour semer la confusion dans l'esprit des usagers et permettre à ce contreseing de venir concurrencer l'acte authentique.»

Lors de son intervention à la séance inaugurale du 107e Congrès des notaires, le Premier Ministre François FILLON a sur ce point souhaité rappeler que l'Etat se montrera vigilant face à toute tentative de détournement de la loi du 28 mars 2011:

> «L'acte contresigné par avocat est un acte sous seing privé investi d'une

(17) Jean-François Humbert, *Libres propos autour d'une «modernisation» des professions juridiques*, La Semaine juridique notariale et immobilière n° 14, 8 avril 2011, 1119

(18) Interview de Jean-Pierre Ferret, *Deux ans à batailler pour convaincre*, Notaires vie professionnelle, n° 283, sept.-oct. 2010

(19) Regis de Lafforest, *Argumentaire pour les parlementaires*, Ventôse, décembre 2010.

sécurité nouvelle, mais qui ne se situe pas au même degré que l'authentification. [...] Et seule l'authentification peut recevoir le Sceau de la République ! C'est pourquoi nous ne saurions encourager les avocats [...] à entretenir l'idée que l'acte contresigné pourrait tenir lieu d'acte authentique, et encore moins à l'entourer par mimétisme de formes qui doivent rester réservées à l'authentification. [...] La loi de modernisation des professions juridiques réaffirme d'ailleurs cette confiance dans votre profession et dans l'acte authentique qui en est la marque [...] »

Conclusion

Le point crucial consiste à comprendre de quelle manière chacun des facteurs – ou leurs différentes combinaisons – peut entraîner le succès ou l'échec d'une stratégie, c'est-à-dire en quoi ils constituent des opportunités ou des menaces. Toutes les forces identifiées ci-dessus influent sur l'intensité concurrentielle entre le notariat et les autres professions du conseil. On a pu noter que l'intensité concurrentielle a été extrême ces derniers mois, du fait de la faiblesse constatée des barrières à l'entrée et de la réelle menace d'absorption ou de substitut qu'a pu représenter l'offensive des avocats pour tenter une fusion avec le notariat, arracher une parcelle d'authenticité ou accéder au fichier immobilier. La prise en compte de l'équilibre des forces est déterminante. A ce titre, des inquiétudes doivent s'exprimer au sujet du poids du notariat dans le marché juridique aujourd'hui. Les 60 000 membres de la profession notariale, notaires compris, font face à des effectifs toujours grandissants des membres du barreau. La part du notariat dans le marché juridique global doit focaliser l'attention de nos dirigeants, et la libération des énergies au sein de la profession (augmentation du nombre de notaires, modification des conditions d'accès à la fonction, formation) représente un enjeu majeur pour accroître notre part dans ce marché.

L'activité immobilière des dernières années a pu soutenir la croissance de la profession. Mais c'est un peu l'arbre qui cache la forêt, et il convient également de déployer le service notarial vers de nouvelles directions. En effet, l'esprit humain a souvent tendance à se focaliser sur les menaces et à ne pas repérer les opportunités [20]. A l'échelle de l'entreprise, ce phénomène est aussi lié au fait que les forces externes qui ont un impact sur l'organisation, qu'elle ne maîtrise pas, sont spontanément considérées comme des menaces. Même un outil d'analyse comme le modèle des cinq forces de la concurrence part du postulat implicite que l'environnement est hostile (on y parle de menaces

(20) Nicolaides N., *Commission Attali, Commission Darrois, risques ou opportunités ?*, Revue du Mouvement Jeune Notariat, numéro 3, 2008.

et de pouvoirs antagonistes) et non qu'il constitue une source d'opportunités. La capacité à exploiter les espaces stratégiques permet de tirer parti des opportunités de l'environnement. On identifie habituellement six types d'opportunités : investir les secteurs de substitutions, repérer de nouveaux groupes stratégiques, identifier des clientèles stratégiques, enrichir les offres complémentaires, renverser les valeurs établies et anticiper les évolutions.

Pour le notariat, repérer de nouveaux groupes stratégiques correspond sans doute à l'extension ou au renforcement de son activité en direction, pêle-mêle, de la gestion de patrimoine, du conseil aux entreprises, du secrétariat et de l'audit juridiques des sociétés, du conseil à la fonction immobilière des entreprises, de la négociation sur les segments peu investis aujourd'hui (bureaux, commerces, bâtiments logistiques) etc.

Proposition

On a raisonné à l'échelle de l'ensemble du notariat, en lui appliquant les raisonnements et les enseignements de la stratégie des organisations et des entreprises. Toutefois, le notariat, du fait de son statut, est une organisation qui échappe en grande partie à la logique entrepreneuriale. Le notariat, chacun le sait, se caractérise par sa nature hybride : l'exercice d'une mission de service public dans un cadre libéral.

Lors de son intervention à la séance inaugurale du 107e Congrès des notaires, le Premier Ministre François Fillon rappelait ainsi : « *Ma conviction est que la belle fonction de notaire est un centre de gravité, un point de rencontre et d'équilibre, à la croisée entre le public et le privé […]* »

C'est ce qu'affirme également, d'une autre manière, un très bel article du Règlement national des notaires obligeant à ce que « *l'intérêt du client prime toujours [l'intérêt du notaire]* ».

Dans cet esprit, celui de placer les usagers du droit, le client consommateur au centre du système juridique et judiciaire, par-delà les intérêts corporatistes, esprit qui devrait animer l'ensemble des professions du droit, on ne peut que condamner et regretter la stratégie d'*Océan rouge* (image qui décrit à la fois l'affrontement sanglant et la couleur des comptes qui en résulte) toujours à l'œuvre actuellement dans d'autres professions.

Nous pensons que l'intérêt des usagers du droit est que les professionnels du droit se tournent résolument vers une stratégie d'Océan bleu[21] : conquérir des demandes nouvelles, rendre la compétition concurrentielle non pertinente entre eux, tirer profit de

(21) http://www.blueoceanstrategy.com/

leurs différenciations, s'allier dans des structures préservant l'indépendance de chaque profession, permettre l'européanisation des professions du droit, selon les voies tracées désormais par la loi du 28 mars 2011, « pas à pas » [22] comme le préconisait déjà notre Mouvement lors d'un précédent Congrès.

Gageons, à la suite du Président de notre Mouvement, que « *le citoyen consommateur saura faire la différence, car en définitive lui seul a véritablement quelque chose à gagner, ou à perdre.* » [23]

Cette stratégie d'*Océan bleu* ne doit pas faire perdre de vue la relative faiblesse tactique qu'a pu manifester au cours des derniers débats le notariat. Son défaut d'agressivité – en particulier face à l'agressivité manifestée par la profession d'avocat – peut passer pour un aveu de faiblesse ou comme l'incompréhension de l'interaction dynamique entre concurrents et entrants potentiels qui a naturellement lieu dans tout espace stratégique.

Nous pensons qu'il n'est plus question de supporter la satire aigre – dans la presse, à la télévision, en librairie, sur les sites internet, sur des blogs – de nos détracteurs sans réagir. Tous les discours consistant à dévaluer le notariat comme s'il était un corps parasite et une profession abusive devraient faire systématiquement l'objet de réponses ou, s'il y a lieu, de poursuites de la part de nos instances.

Quelle est d'ailleurs l'institution ou la profession qui, ayant duré (la nôtre est multiséculaire) ne s'est mêlée d'impuretés ou de rigidités ?

Et si nous regardions à notre tour du côté de nos détracteurs – en citoyens avant toutes choses – pour examiner les dysfonctionnements, les coûts, la satisfaction de la clientèle, les problèmes de statut et de déontologie ?

Nous souscrivons pleinement aux déclarations du Président RENAUD :
« *Etre notaire, ça se mérite ; être notaire, ça se respecte* ».

---

(22) *Avenir Notaire : L'installation du notaire*, 40e Congrès Jeune Notariat, page 351

(23) Nicolaides N., *Commission Attali, Commission Darrois, risques ou opportunités ?*, Revue du Mouvement Jeune Notariat, numéro 3, 2008

Première commission

Relations plurielles, pluralité d'acteurs et rôle du notaire

Famille et Patrimoine

Rapporteurs

Natahalie DUGAUD
Diplômée notaire

Eric LEBRUN
Diplômé notaire

Matthieu PERON
Diplômé notaire

Professeurs

Jean AULAGNIER
Doyen honoraire
Université d'Auvergne
Président d'AUREP

Raymond LE GUIDEC
Agrégé des Facultés de droit
Professeur à l'Université de Nantes

Introduction aux travaux de la première commission

Relations plurielles et famille

De nombreuses réformes ont renouvelé ces dernières années le droit de la famille pour l'adapter à notre société animée par des aspirations et des volontés plurielles. Le Professeur Raymond LE GUIDEC commente ces récentes réformes et fait le point sur la contractualisation du droit de la famille et le recul de l'ordre public familial qui en résultent.

Relations plurielles et divorce

Avec la loi du 26 mai 2004, le droit du divorce a franchi une nouvelle étape. La loi nouvelle a libéralisé et modernisé la procédure de divorce, et invite désormais tous les acteurs du divorce à collaborer ensemble. Nathalie DUGAUD commente ces nouveaux textes et leur application dans deux articles décrivant et analysant les nouvelles missions qui ont été confiées au notaire dans l'avant et l'après-divorce.

Relations plurielles et mandat

> « Le mandat existe-t-il ? L'interrogation est brutale. Mais quand on observe la difficulté du droit français à le définir [...] on ne peut s'empêcher de se demander s'il n'aurait pas été plus sage de laisser le mandat dans l'oubli où l'effondrement de l'empire romain l'avait jeté et d'où l'ont tiré les glossateurs au XIIIe siècle. » [1]

La plupart des auteurs enseignent que le mandat est un contrat par lequel une personne, appelée mandant, donne à une autre, appelée mandataire, le pouvoir d'accomplir en son nom un ou plusieurs actes juridiques.

Le mandat serait en crise [2] actuellement. En réalité, « *le mandat est un moribond qui se porte bien* » [3] La multiplication des mandats spéciaux, la professionnalisation du mandat, sa diffusion dans toutes les branches du droit privé ont bousculé les repères ces dernières années et invitent à s'interroger sur sa définition et ses applications les plus actuelles.

Des contrats qu'il est traditionnel d'associer au mandat doivent être dissociés de celui-ci : ce sont la commission et le prête-nom. En effet, le commissionnaire et le prête-nom n'agissent pas au nom d'autrui : le premier ne révèle pas l'identité de la personne pour le compte de laquelle il agit tandis

(1) Nicolas Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Bibliothèque de droit privé, Tome 485, LGDJ, 2007

(2) *Le mandat, un contrat en crise ?*,sous la direction de Nicolas Dissaux, Economica, 2011

(3) Nicolas Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Bibliothèque de droit privé, Tome 485, LGDJ, 2007

que le second ne précise même pas qu'il agit pour le compte d'autrui. En revanche, la qualification de mandat sans représentation convient au courtier. Celui-ci négocie un acte juridique au nom de son client mais sans aller jusqu'à pouvoir le conclure en son nom. A ce titre, de nombreux agents immobiliers et commerciaux sont parés de la qualité de mandataire alors qu'ils se bornent le plus souvent à négocier sans aller jusqu'à la conclusion d'un contrat pour autrui. L'étiquette du courtage leur conviendrait mieux, mais suivant les prescriptions du législateur, la Cour de cassation maintient résolument la qualification de mandat.

Le mandat se rencontre particulièrement en droit des personnes et en droit de la famille, entre famille et contrat. Ce service d'ami qu'il constituait à l'origine, ce contrat de bienfaisance trouve tout naturellement sa place en droit de la famille. L'utilisation et le recours au mandat, en particulier après la loi du 23 juin 2006, illustrent parfaitement la tendance actuelle à la contractualisation des relations familiales. Le droit contractuel, le droit négocié reprend de la vigueur grâce à ce petit contrat qui veut devenir «*grand*» [4].

S'intéressant aux évolutions de ce contrat, Matthieu PERON expose les règles régissant le mandat conventionnel en cas d'indivision successorale et le mandat de protection future, et s'intéresse également à deux mandats mis à la disposition du de cujus pour imposer sa volonté au-delà de la mort : l'exécution testamentaire, en soulignant l'extension des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire permise par la loi du 23 juin 2006, et le mandat à effet posthume, variété nouvelle de mandat forcé autorisant le de cujus à imposer aux héritiers un mandataire.

Relations plurielles et libéralités

Le Professeur Jean AULAGNIER propose une rénovation de nos habitudes en matière de planification successorale, en préconisant, à côté de la voie successorale traditionnelle, d'emprunter d'autres voies possibles, faisant découvrir la «*pluralité*» des voies de la transmission au conjoint.

Eric LEBRUN s'est intéressé pour sa part aux donations avec délivrance à terme, aux libéralités graduelles et résiduelles (C. Civ. Art. 1048 à 1061, issus de la loi du 23 juin 2006) permettant d'organiser la transmission successive de ses biens en choisissant les attributaires, ainsi qu'au cantonnement des libéralités (C. Civ. Art. 1002.1, art. 1094.1, loi 23 juin 2006) par lequel la personne gratifiée, conjoint ou légataire, réduit volontairement son émolument au titre de la libéralité, source d'arrangement de famille pour la liquidation et le partage de la succession.

---

(4) Le Tourneau Ph., *De l'évolution du mandat*, D. 1992, Chron. 157.

Le notaire et la protection du conjoint survivant

Jean AULAGNIER

La protection du conjoint survivant est une préoccupation largement partagée. Préoccupation d'apparence altruiste, elle dissimule de fait quelque « *égoïsme légitime* » dans la mesure où chacun des époux peut espérer secrètement être le survivant. Les dispositions prises en faveur de son conjoint pourraient, s'il survivait, lui être profitables dans la mesure où assez fréquemment ce qui est fait par l'un l'est également par l'autre.

Les réalités démographiques sont là pour rappeler que le bénéficiaire le plus fréquent des dispositions prises sera l'épouse dont l'espérance de durée de vie probable reste toujours sensiblement supérieure à celle de l'époux. Il y a cinq fois plus de veuves que de veufs en France.

Les spécialistes de la gestion de patrimoine, et plus particulièrement les notaires, sont très fréquemment interrogés sur les dispositions à prendre pour optimiser la protection du survivant des époux.

Les dispositions protectrices se sont multipliées. On s'intéressera à celles concernant les voies et les modalités de la transmission du patrimoine du pré-mourant au survivant.

Les époux partagent en général cette idée que le patrimoine propre à l'époux pré-décédé d'une part, comme le patrimoine commun d'autre part, sont d'abord destinés à assurer une bonne qualité de vie au survivant. Plus ils avancent ensemble en âge, plus cette idée s'affirme. Le temps de la générosité au profit des enfants s'estompe progressivement. Egoïsme légitime des époux justifié et entretenu par la peur de manquer. Aurons-nous suffisamment pour vivre ensemble, et plus encore, survivant aurai-je suffisamment pour conserver une bonne qualité de vie ?

Le notaire, spécialiste incontesté de la transmission du patrimoine et de la protection du survivant, dispose aujourd'hui de plusieurs voies pour optimiser la transmission du patrimoine au « *plus vivant des époux* », pour reprendre cette explicite expression populaire.

La transmission du patrimoine, propre ou commun, au survivant a, pendant longtemps, utilisé principalement pour ne pas dire exclusivement la **voie successorale** traditionnelle, voit légale ou conventionnelle alors qu'existaient

d'autres voies possibles, nous permettant de parler de « *pluralité* » des voies de la transmission au conjoint.

Nous voudrions insister sur les deux autres voies suivantes : **la voie matrimoniale**, utilisant les conventions de mariage d'une part, la **voie bénéficiaire**, utilisant les contrats de prévoyance vie d'autre part. Ces voies sont restées longtemps marginales dans leur utilisation. Elles connaissent et vont connaître, encore davantage demain, un usage croissant sous réserve cependant que les utilisateurs aient été parfaitement informés de leur pertinence et de leur mode opératoire.

Face à la variété des voies « *transmissives* », la voix du notaire est indispensable pour en assurer une utilisation optimale. Faut-il encore que le notaire veuille bien « *donner de la voix* » et que cette voix ait pris de la hauteur.

Il s'agit de dépasser le poids des habitudes dans lesquelles se complaisent, parfois, des professionnels trop sollicités par le quotidien et qui ont du mal à prendre le temps nécessaire à la réflexion et à l'actualisation de leurs pratiques.

Nous posons pour principe que la protection optimale du conjoint, par l'une ou l'autre des voies transmissives, repose sur la co-existence de deux droits complémentaires :

1° – D'une part, le droit pour le survivant à la propriété de tous les biens du premier mourant

2° – D'autre part, le droit pour le survivant de ne pas tout prendre et de ne retenir du tout que ce qui lui sera effectivement utile.

Tout lui attribuer, dans le souci de lui assurer « *une belle fin de vie* », mais en lui donnant la possibilité de « *limiter* », s'il le juge préférable, les libéralités à une partie du tout.

Nous constaterons que les voies de la transmission peuvent parfaitement satisfaire à cette stratégie partagée. Chacune d'entre elles peuvent en effet par une mise en œuvre adaptée :

- faire du conjoint l'attributaire exclusif des biens transmis ;
- lui donner le droit de limiter l'étendue de cette attribution tant en propriété qu'en usufruit.

Cette attribution exclusive au conjoint survivant suppose l'information des enfants qui disposent de droits susceptibles de contrarier, plus ou moins, la mise en place ou le bon dénouement d'une telle stratégie.

La voie successorale légale ne peut répondre à ses préoccupations. Seules les voies conventionnelles, c'est-à-dire choisies et organisées par les époux eux-mêmes sont à même d'y parvenir.

1 – La voie successorale légale

Il est certain que la voie légale, c'est-à-dire celle proposée par le législateur, par défaut de dispositions conventionnelles, même actualisée par la réforme du 3 décembre 2001, qui fait du conjoint, à son choix, l'usufruitier de la totalité du patrimoine ou le plein propriétaire du quart n'est pas suffisante pour assurer une protection optimale du survivant des époux [1] et ce d'autant plus qu'une partie non négligeable du patrimoine pourrait utiliser d'autres voies.

Les exigences de survie d'un conjoint, confronté à un allongement de sa durée de vie ne peuvent se satisfaire d'une transmission *a minima*. La volonté légitime du survivant de maintenir ses habitudes de vie, de conserver le niveau de vie auquel il s'est habitué, le coût élevé des dépenses subies en raison d'une santé parfois défaillante, exigent des revenus suffisants. La volonté de conserver son cadre de vie, le maintien d'une vie « *chez soi* », suppose la maîtrise du cadre de vie familier. Le patrimoine doit pouvoir répondre à ses besoins, soit par les revenus générés, soit par sa consommation. Le survivant ne doit pas avoir à craindre les réserves de descendants pouvant se lasser d'attendre une fin de vie qui tarde à arriver. Informer les descendants des dispositions envisagées, voir les associer aux décisions à prendre ou prises, est de nature à stabiliser les relations familiales indispensables à une bonne qualité de survie.

Les dispositions, insuffisantes et inadéquates, de la voie supplétive de la volonté des parties doivent être remplacées par les dispositions conventionnelles proposées aux époux et complétées par les dispositions propres aux voies matrimoniales et bénéficiaires. « *Pluralité des voies pour transmettre, variété des dispositions adoptées* ».

2 – La voie successorale conventionnelle

Cette voie est parfaitement connue des notaires. Elle prend appui sur les donations ou legs entre époux.

A Le conjoint, donataire ou légataire universel

Par testament, il est possible d'instituer son conjoint légataire universel des biens de la succession. La formulation notariale traditionnelle des donations entre époux fait également du survivant le donataire de l'intégralité des

(1) Article 757 : « *Si l'époux prédécédé laisse des enfants ou descendants, le conjoint survivant recueille, à son choix, l'usufruit de la totalité des biens existants ou la propriété du quart des biens lorsque tous les enfants sont issus des deux époux et la propriété du quart en présence d'un ou plusieurs enfants qui ne sont pas issus des deux époux* ».

biens composant la succession du premier mourant sans aucune exception ni réserve [2].

Cette voie successorale conventionnelle concerne tous les biens qui composeront sa succession, qu'il s'agisse des biens propres ou des droits qu'il détient dans les biens communs [3]. Nous pensons qu'elle a cependant vocation à concerner principalement les biens propres du défunt. L'usage de la voie matrimoniale, ci-après prévue, pourrait vider la succession de tout ou partie des biens communs.

Posons la question que devra se poser le survivant au jour de survenance du décès du premier mourant.

S'il est fait légataire ou donataire de toute la succession, aura-t-il besoin de tout ? Difficile d'y répondre aujourd'hui. Quels seront ses besoins ? De quoi sera faite la succession difficile de le dire maintenant ? En héritant plus tardivement, il est possible que la masse successorale se soit accrue, que les biens et droits possédés se soient diversifiés, que les besoins du survivant aient changé. Une interrogation, parmi d'autres, quelle sera l'utilité d'un appartement à la montagne pour une veuve de 85 ans ?

Le choix du survivant doit pouvoir s'effectuer au moment le plus juste, c'est-à-dire au lendemain du décès, alors qu'il connaîtra la consistance et l'étendue de la succession et pourra mieux appréhender la réalité de ses besoins.

B La faculté de cantonnement du conjoint

Le législateur a parfaitement compris que l'allongement de la durée de vie d'une part et les exigences de survie d'autre part justifiaient de donner au survivant la possibilité de choisir et d'exclure. Il convenait de lui permettre de faire son marché dans le patrimoine du défunt, de lui permettre de réaliser sa propre allocation parmi les actifs successoraux [4]. A quoi servirait d'hériter de biens sans réelle utilité pour lui ?

---

(2) « *Par-devant, Maître… a comparu, Mr… Lequel a par ces présentes fait donation à Mme…, née à… demeurant à… , son épouse, dans le cas de sa survie, de tous les biens qui composeront sa succession, sans exception ni réserve* ». Le conjoint donataire a droit à l'universalité de la succession sans limitation à la quotité disponible. La réduction à la quotité disponible n'est pas de droit en présence de descendants mais suppose qu'ils en fassent la demande : « *En cas d'existence d'héritiers à réserve et si ceux-ci en demandent la réduction, la donation sera de la quotité disponible entre époux en vigueur au jour du décès* ». V. J-F Pillebout, Jurisclasseur Notarial Formulaire, *Donation entre époux*, fascicule 25.

(3) Les biens communs seront d'autant moins concernés par cette voie successorale que la voie matrimoniale aura été organisée.

(4) D'où l'importance de l'inventaire (encore dénommé bilan patrimonial) que le législateur a fait d'Ordre public pour les enfants, selon l'article 1094-3 du Code civil.

Il a été répondu avec intelligence à ces différentes préoccupations. La voie successorale s'est enrichie, par l'effet de la loi du 23 juin 2006 [5], d'une disposition d'importance, encore trop méconnue par ceux à qui elle peut profiter: la faculté de cantonnement codifiée dans les articles 1002-1 [6] et 1094-1 [7] du Code civil.

Il est de la mission des notaires d'en porter d'abord connaissance aux époux au jour même ou ils prennent les dispositions l'un en faveur de l'autre, et de la faire figurer dans la traditionnelle donation entre époux [8]. Il sera également de sa mission d'en rappeler l'existence légale lors de l'ouverture de la succession.

Grâce à cette faculté de cantonnement, le conjoint légataire ou donataire, de tout (ou partie [9]) de la succession de tout ou partie des biens et droits du défunt, pourra parfaitement choisir de limiter ses droits sur les seuls biens adaptés alors à sa situation patrimoniale [10].

N'est-il pas légitime que ce choix appartienne «*au vivant*»? C'est à lui d'apprécier d'une part ce qui lui est nécessaire, d'autre part ce qui peut contribuer à une bonne entente familiale et au maintien d'une solidarité familiale indispensable. C'est à lui «*vivant*» de se faire plaisir et de faire éventuellement plaisir aux enfants en ne retenant pas tel ou tel bien non indispensable à sa qualité de survie qui alors reviendrait aux enfants en totalité pour les biens propres, pour moitié pour les biens communs [11].

C Le cantonnement à l'usufruit seulement

Si le cantonnement permet d'exclure tel ou tel bien, il permet également au survivant de limiter l'étendue de ses droits au seul usufruit. A lui de décider.

---

(5) La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006

(6) Article 1002-1: «*Sauf volonté contraire du disposant, lorsque la succession a été acceptée par au moins un héritier désigné par la loi, le légataire peut cantonner son émolument sur une partie des biens dont il a été disposé en sa faveur. Ce cantonnement ne constitue pas une libéralité faite par le légataire aux autres successibles*».

(7) Article 1094-1: «*Sauf stipulation contraire du disposant, le conjoint survivant peut cantonner son émolument sur une partie des biens dont il a été disposé en sa faveur. Cette limitation ne peut être considérée comme une libéralité faite aux autres successibles.*»

(8) Si les notaires sont «*les instituteurs de la loi*» pour reprendre la belle expression du Président du Conseil supérieur au 107e Congrès des notaires de Cannes, alors comme tout instituteur, Mesdames Messieurs les Notaires transmettez le savoir tant par la voie orale que par la voie écrite.

(9) Legs ou donation, limités de par la volonté du conjoint, aux seules quotités permises entre époux selon l'article 1094-1 du Code civil.

(10) Le cantonnement est facilité par la donation universelle, V. B. Pavy, *Présent et futur de la donation entre époux*, JCP, Ed. N, 2007, n° 19, 1174

(11) On imagine assez facilement que si le bien commun est jugé inutile par le survivant celui-ci pourra faire par la suite donation aux enfants de sa propre moitié.

Le cantonnement le lui permet. L'utilité patrimoniale pour le survivant de certains biens peut parfaitement résulter de la seule perception des fruits.

Les biens, consomptibles par le premier usage, composant le patrimoine de l'époux décédé, permettront au survivant de se prévaloir (sous réserve de la complaisance des enfants qui pourraient demander l'emploi des deniers en vertu des dispositions de l'article 1094-3 du Code civil) du quasi-usufruit de l'article 587 du Code civil et donc de disposer du capital comme un plein propriétaire [12]. Un acte de reconnaissance de quasi-usufruit permettra de préciser l'étendue de ses droits et l'étendue des biens sur lesquels ce droit s'exercera.

Il serait possible également au survivant de combiner cantonnement en propriété et cantonnement en usufruit.

D Les libéralités successorales exonérées

Non seulement le conjoint peut hériter de tous les biens successoraux, mais il en héritera sans avoir à supporter le moindre prélèvement fiscal, l'Etat ayant renoncé à imposer les libéralités successorales profitant au conjoint qui a largement bénéficié des largesses de la loi du 21 août 2007 [13] codifiées dans l'article 796-0 bis : « *Sont exonérés de droits de mutation par décès le conjoint survivant* ». L'Etat apporte ainsi une participation significative à la protection du conjoint survivant.

E Les descendants informés et protégés

La bonne fin des libéralités universelles nécessite la complaisance active des enfants, soit antérieurement au décès, soit postérieurement.

De leur vivant, les parents pourront informer les enfants de leur volonté de protéger le survivant. Information souhaitable, nécessaire mais non suffisante pour garantir la bonne fin de l'opération. Il pourrait leur être proposé de renoncer par anticipation à l'action en réduction telle que prévue par l'article 929 [14] du Code civil. Le voudront-ils ? Plus facile de les convaincre quand la demande est présentée par les deux parents. Les enfants peuvent limiter leur renonciation à un ou plusieurs biens parfaitement identifiés jugés particulièrement importants par les parents.

A défaut d'avoir été invité à renoncer et/ou d'avoir accepté de renoncer, les enfants au lendemain du décès seront alors appelés nécessairement à consentir

---

(12) Les nombreux livrets d'épargne, Codevi, PEL, CEL, etc. se dénouant par le décès, donnent naissance à un quasi-usufruit au profit du survivant.

(13) Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat

(14) Article 929 : « *Tout héritier réservataire présomptif peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte. Cette renonciation doit être faite au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées. La renonciation n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à hériter...* »

à l'exécution du legs ou de la donation. Ce consentement à exécution, totalement indispensable les protège, au moins en valeur sur le fondement de l'article 924 du Code civil : « *Lorsque la libéralité excède la quotité disponible, le gratifié, successible ou non successible, doit indemniser les héritiers réservataires à concurrence de la portion excessive de la libéralité, quel que soit cet excédent* ».

Il aura été précisé dans la donation ou dans le testament que les descendants pourront, s'ils en font la demande [15], limiter le legs ou la donation à l'usufruit de tous les biens, à la quotité en propriété, voire à un quart en propriété et trois quarts en usufruit. Disposition bien connue de tous, les enfants disposent du droit de limiter l'étendue des libéralités profitant au conjoint survivant aux seules quotités spéciales prévues entre époux par l'article 1094-1 [16] du Code civil. Le consentement à l'exécution du legs ou de la donation universels par les enfants, les garantit que rien ne pourra se faire sans leur accord au moment de la survenance du décès. Ils sont protégés par la réserve héréditaire.

Seuls les biens figurant dans la succession sont concernés par la voie successorale. Or les époux peuvent avoir convenu de ne pas laisser entrer dans cette voie tout ou partie des biens communs par un usage plus ou moins étendu de la voie matrimoniale. La voie successorale peut-être utilement ou habilement complétée par cette autre voie dont l'originalité consiste à placer les biens concernés hors succession au seul profit du survivant.

3 – La voie matrimoniale

La voie matrimoniale utilise les conventions de mariage dont les époux peuvent apprécier la variété telle que proposée par l'article 1497 du Code civil : « *Les époux peuvent dans leur contrat de mariage modifier la communauté légale par toute espèce de conventions…* ». L'imagination est la seule limite aux conventions de mariage capables d'organiser « *une protection sur mesure* ».

La voie matrimoniale est destinée, de droit, exclusivement au conjoint. Elle ne concerne que les biens communs ou devenus communs par ameublissement [17], par mise en communauté, universelle ou non.

Cette voie matrimoniale, visant les biens nés de l'industrie commune des époux, a fait l'objet des sollicitations du législateur qui pour en favoriser

(15) Il est vrai que souvent la rédaction de la donation entre époux proposée aux époux précise que la réduction sera de plein droit en présence d'enfant ou des descendants. Cette rédaction ne coïncide pas avec une vraie volonté de faire du conjoint le donataire universel.

(16) Article 1094-1 : « *Sauf stipulation contraire du disposant, le conjoint survivant peut cantonner son émolument sur une partie des biens dont il a été disposé en sa faveur. Cette limitation ne peut être considérée comme une libéralité faite aux autres successibles* ».

(17) Action de faire entrer en communauté des biens propres de l'un des époux.

l'usage en a grandement facilité la mise en œuvre. Frein à l'usage de ce mode d'attribution au conjoint, l'obligation de faire homologuer par le juge aux affaires matrimoniales tout acte portant modification des dispositions matrimoniales. Cette homologation obligeait les époux à se justifier [18] devant le juge de leur volonté d'adaptation de leur régime matrimonial d'une part, et à requérir les services de l'avocat ce qui renchérissait le coût de ce changement d'autre part. La loi du 23 juin 2006 a supprimé l'homologation de l'acte notarié portant modification ou changement de régime matrimonial, en absence de réserves des enfants.

Cette disposition favorable a fait débat [19]. Fallait-il ou non à l'occasion d'une modification du régime matrimonial procéder à la liquidation du régime [20], formalité probablement coûteuse, de nature à reposer le problème du coût de l'opération ? Invité à préciser la règle, le législateur dans l'article 11 de la loi du 5 mars 2007 a convenu que la liquidation du régime devait figurer dans l'acte si elle était « *nécessaire* » [21]. Une circulaire du 29 mai 2007 [22] est venue opportunément préciser que la liquidation du régime est nécessaire seulement lorsque le changement de régime a pour objet de faire passer d'un régime communautaire à un régime séparatiste. Ouf…! Certains notaires « *frileux* » dans la recommandation d'une adaptation du régime matrimonial ont été rassurés.

A Le conjoint, attributaire de la communauté entière

La voie matrimoniale, voie de plus en plus recommandée, pas encore suffisamment employée, utilise trop souvent, lorsque les époux y recourent, les dispositions de l'article 1520 qui permet aux époux de « *déroger au partage égal établi par la loi* » des biens communs et d'attribuer au survivant l'intégralité de la communauté. Cette disposition a pour effet de placer hors communauté et hors succession l'ensemble des biens communs.

Parfois cette attribution aura été précédée d'un bouleversement dans l'appropriation des biens des époux en faisant de tous leurs biens propres, biens meubles et immeubles, biens présents et à venir, des biens communs. On parle

(18) Comment admettre de devoir se justifier d'une adaptation envisagée du régime matrimonial aux âges avancés de la vie, alors qu'au jour du mariage les époux disposaient, heureusement, d'une totale liberté conventionnelle ?

(19) V. Jean Aulagnier, Pascal Pineau, *Solution à la dissolution,* newsletter Aurep, n° 23, mars 2007, également Jean Aulagnier, *La liquidation du régime : quand la séparation de biens remplace la communauté*, newsletter Aurep n° 31, décembre 2007, http://www.aurep.com

(20) Tel que le prévoyait l'article 1397 du Code civil « *A peine de nullité, l'acte notarié contient la liquidation du régime matrimonial modifié* ».

(21) Article 1397 nouveau : « *A peine de nullité, l'acte notarié contient la liquidation du régime matrimonial modifié si elle est nécessaire* ».

(22) Circulaire n° 73-07/CI/5-2/GS du 29 mai 2007

de communauté universelle, au sens de l'article 1526 du Code civil [23], avec attribution intégrale de la communauté au survivant par application de l'article 1520.

Se pose pour la voie matrimoniale la même question que celle posée pour la voie successorale. Le survivant des époux aura-t-il besoin de tous les biens communs ? Difficile d'en décider au jour de l'adaptation du régime matrimonial. Est-il souhaitable de donner au conjoint le droit de tout prélever sans lui donner en même temps la possibilité de limiter (cantonner) l'étendue de cette attribution aux seuls biens dont il pourrait avoir effectivement besoin ? La faculté de choisir pour le conjoint est possible sous réserve qu'elle ait été expressément prévue par les époux. Elle porte un nom parfaitement explicite : « *la faculté de prélèvement* ».

B La faculté de prélèvement du conjoint

En se fondant sur les dispositions de l'article 1515 du Code civil le survivant des époux peut avoir été autorisé à : «*... prélever sur la communauté, avant tout partage [24], soit une certaine somme, soit certains biens en nature, soit une certaine quantité d'une espèce déterminée de biens* ».

La mise en œuvre, de ce qui ressemble à la faculté de cantonnement de la voie successorale, supposera de la part des époux une désignation précise des biens susceptibles d'être prélevés à la seule volonté du survivant.

Cette désignation pourra lister l'intégralité des biens communs [25], meubles ou immeubles, de toute nature, permettant soit de tout prélever, soit de ne prélever que les seuls biens qui seront jugés utiles. Par exemple le survivant ne pourra prélever que les biens immobiliers constitutifs du cadre de vie familier ou les actifs monétaires ou financiers dont la gestion est aisée et dont le titre est à son nom.

La faculté de prélèvement pourra porter sur toute créance appartenant à la communauté. Par exemple, la créance due par le survivant au titre des récompenses qu'il devrait à la communauté, prévue par l'article 1437 [26] du Code civil pour les enrichissements dont il aura pu bénéficier.

---

(23) Article 1526 : « *Les époux peuvent établir par leur contrat de mariage une communauté universelle de leurs biens tant meubles qu'immeubles, présents et à venir.* »

(24) En pratique cette autorisation est limitée à la dissolution de la communauté par divorce.

(25) Evidemment entre le jour de l'adoption d'une convention de préciput et le jour du choix, le patrimoine aura probablement évolué dans sa composition et dans sa participation à la qualité de vie. Il sera donc parfois préférable de désigner le bien susceptible de prélèvement par sa fonction plutôt que par sa localisation. On préférera désigner par « *l'immeuble constituant la résidence secondaire au jour du décès* » plutôt que par la « *villa d'Arcachon, 18 rue Voltaire* ».

(26) Article 1437 : « *... toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense.* »

Autre exemple, tiré de l'actualité, le prélèvement de la créance détenue contre l'assureur au titre des contrats d'épargne-vie non dénoués, souscrits par lui en adhésion simple ou en co-adhésion avec dénouement au second décès.

Le prélèvement de l'article 1515, qualifié de «*préciput*» est une manière élégante et convaincante de tenir compte de la mise en cohérence du droit civil et droit fiscal issue des réponses ministérielles PRORIOL [27] et BACQUET [28] concernant le sort des contrats d'assurance non dénoués au décès de l'un des époux, c'est-à-dire des contrats de l'époux survivant [29]. La tolérance fiscale de Messieurs STRAUSS-KHAN/SAUTER, précisée dans une lettre autographiée du 29 juillet 1999 s'était accompagnée d'une dérive civile de mise hors communauté des contrats non dénoués. L'administration fiscale devait tirer les conséquences des déclarations civiles des parties, pour appliquer la mise hors communauté fiscale de ces contrats il convenait que les parties mettent hors communauté civilement ces mêmes contrats.

Cette mise hors communauté, outre qu'elle allait à l'encontre des positions de la Cour de cassation [30], qualifiant d'acquêts de communauté leur valeur de rachat, avait surtout pour effet de priver, hors des sentiers légaux, les descendants de tout droit sur cette créance. Ils étaient censés se consoler par la non fiscalisation de cette valeur de rachat. Prix à payer particulièrement lourd, pour ne rien payer il ne fallait hériter de rien.

Magnifique convention de préciput, qui permet de choisir. Disposition parfaitement adaptée à notre préoccupation : tout donner avec la faculté de ne prendre qu'une partie du tout. Convention bien préférable à la communauté universelle de l'article 1526 du Code civil et à l'attribution intégrale de cette communauté au survivant sur le fondement de l'article 1524.

C Le prélèvement du seul usufruit

De même que le cantonnement peut ne porter que sur l'usufruit des biens de la succession, le prélèvement de l'époux survivant peut sur le fondement de l'article 1524 du Code civil ne porter que sur l'usufruit des biens communs. «*Il peut être convenu, pour le cas de survie, que l'un des époux aura outre sa moitié, l'usufruit de la part du prédécédé…*». Le conjoint pourrait se satisfaire de ce seul droit.

Il lui sera également possible, comme dans la voie successorale, de combiner prélèvement en propriété et prélèvement en usufruit.

---

(27) RM Proriol du 10 novembre 2009, n° 27336

(28) RM Bacquet du 29 juin 2010, n° 7283

(29) V. Jean Aulagnier, *La fin d'une tolérance fiscale*, L'Argus de l'assurance, 15 octobre 2010, p. 70

(30) Cass. Civ 1re, 19 avril 2005, n° 02-10895

D Les conventions de mariage non imposées

L'exonération de tout droit de mutation dont bénéficient les avantages matrimoniaux du survivant ne résulte pas d'une règle fiscale particulière. C'est la règle civile qui s'impose, maintenant le Droit fiscal en l'état.

Les conventions de mariage qu'il s'agisse des conventions de préciput (article 1516 [31]), de la stipulation de parts inégales ou encore de la clause d'attribution intégrale de la communauté (article 1525 [32]), ou d'une manière plus générale tous les avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer d'une communauté conventionnelle (article 1527 [33]) ne sont points réputées des libéralités, mais simplement comme des conventions de mariage. La règle est claire, l'exonération fiscale est acquise par application du Droit civil.

E Les enfants informés et protégés

Lors de l'adaptation du régime matrimonial, l'accord préalable des enfants sera sollicité par le notaire, à défaut il faudra recourir à l'homologation par le juge. Les dispositions de l'article 1397 le prévoient : «... *les enfants majeurs de chaque époux sont informés personnellement de la modification envisagée. Chacun d'eux peut s'opposer à la modification dans le délai de trois mois*».

Toute opposition, même d'un seul des enfants, oblige l'homologation de l'acte notarié par le Tribunal de Grande Instance du lieu de domicile des époux. Le juge peut évidemment ignorer les réserves des enfants s'il lui apparaît que les modifications souhaitées vont bien dans le sens de l'intérêt de la famille. La recherche d'une protection suffisante du survivant est considérée comme susceptible de s'inscrire dans l'intérêt de la famille. Le juge sera d'autant plus enclin à homologuer que les époux auront prévu l'utilisation de dispositions de type préciputaires.

4 – La voie bénéficiaire

La voie bénéficiaire utilise pour instrument de protection du survivant les contrats de prévoyance vie (assurance-vie).

Le contrat d'assurance est d'abord un instrument d'accumulation et de détention d'un patrimoine épargné pour le stipulant et pour son conjoint. Instrument pertinent de détention d'une créance monétaire contre une

---

(31) Article 1516 : «*Le préciput n'est point regardé comme une donation, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais comme une convention de mariage et entre associés*».

(32) Article 1525 : «*La stipulation de parts inégales et la clause d'attribution intégrale ne sont point réputées des donations, ni quant au fond, ni quant à la forme, mais simplement des conventions de mariage et entre associés*».

(33) Article 1527 : «*Les avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle, … ne sont point regardés comme des donations*».

compagnie d'assurances. Cette créance est adossée (indexée) sur des actifs choisis, soit par la compagnie (contrats en euros), soit par le stipulant (contrats en unités de comptes diversifiés). Le stipulant tout en confiant ses capitaux à la compagnie peut décider du niveau de risque pris.

Sur le fondement de l'article L 132-21 [34] du Code des assurances cette créance monétaire reste totalement disponible, la compagnie devant répondre dans un délai maximum de deux mois à toute demande de rachat de l'assuré [35].

Les pouvoirs publics ont porté un grand intérêt au développement de l'assurance-vie, encourageant par des dispositions fiscales favorables ce mode de détention patrimoniale. Récemment encore Madame LAGARDE, Ministre de l'Economie et des Finances, dans une réponse ministérielle parue à Monsieur LOOS, député du Bas-Rhin au Journal Officiel du 14 juillet 2009 [36] a rappelé tout le bien qu'elle pensait de l'épargne-vie, affirmant qu'il n'existait ni limites d'âge et de montant pour alimenter son contrat :

> « La grande souplesse de fonctionnement des contrats d'assurance-vie est une des explications de leur large diffusion au sein des ménages. Sans préjudice de l'application, le cas échéant, des règles civiles de rapport à la succession pour les primes d'un montant exagéré eu égard aux facultés du souscripteur, cette souplesse se vérifie notamment en ce qui concerne les modalités de versement sur ces contrats. Ces versements sont en effet autorisés quel que soit l'âge du souscripteur ou l'encours du contrat. Il n'existe donc ni d'âge limite, ni de plafond de versements. Les personnes âgées de plus de soixante-dix ans sont donc libres de poursuivre leurs versements, sur leurs contrats d'assurance-vie. Elles ont ainsi la possibilité de continuer leur effort d'épargne ou, si elles en décident autrement, d'utiliser ces sommes pour leurs besoins personnels ».

Nous sommes de ceux qui pensent que la détention de 100 % de son patrimoine financier en assurance-vie est non seulement possible [37] mais

(34) Article L 132-21 : « .... *En cas de demande de rachat du contrat par le contractant, l'entreprise d'assurance ou de capitalisation lui verse la valeur de transfert du contrat dans un délai qui ne peut excéder deux mois...* ». On doit noter une erreur de rédaction il s'agit non pas de valeur de transfert mais de valeur de rachat. La valeur de transfert concerne les contrats d'épargne retraite populaire tel que défini par l'article 108 de la loi du 21 août 2003, visés par l'alinéa suivant de l'article L 132-21 : « *En cas de demande de transfert du contrat par l'adhérent, l'entreprise d'assurance verse à l'organisme d'assurance d'accueil la valeur de transfert du contrat dans un délai et selon des modalités fixées par décret* ».

(35) Les compagnies d'assurance ont parfaitement compris l'importance pour l'épargnant de cette disponibilité de l'épargne. Certaines s'engagent sur une disponibilité de l'épargne en 72 heures.

(36) RM Loos, n° 41944, JOAN 14 juillet 2009, p. 7049

(37) V. Jean Aulagnier, *L'assurance-vie sans limite*, à propos de la réponse ministérielle Lagarde du 14 juillet 2009, Newsletter n° 95, http://www.aurep,com

également parfaitement adaptée aux besoins de vie des époux et du survivant.

Si le contrat est d'abord une stipulation pour soi-même, il est également, mais secondairement, une stipulation pour autrui. Ce qui restera d'épargne accumulée, non utilisée pour cause de vie par le stipulant et son conjoint, reviendra aux bénéficiaires qu'il aura désignés. Cette épargne résiduelle sera probablement, d'autant plus importante, que les époux auront privilégié l'assurance comme instrument de vie.

Ces capitaux issus des contrats dénoués, constitués indistinctement de biens communs ou propres [38], devenus propriété des bénéficiaires vont se trouver placés hors la voie successorale. Ils deviennent des biens « *non successoraux* », réduisant d'autant la masse successorale.

Voie étonnante de transmission d'une créance monétaire ne provenant pas du patrimoine du défunt. En effet, les dispositions spécifiques du Code des assurances, codifiées dans l'article L 132-12, dispositions certainement pas conçues pour les contrats de prévoyance vie, mais bien davantage pour les contrats de prévoyance décès [39], précisent que le capital issu du contrat ne fait pas partie ni du patrimoine, ni de la succession de l'assuré.

Dans une logique, sans doute naïve, il nous semblait que l'on ne transmettait jamais que ce qui provenait du patrimoine du défunt. Faux pour la voie bénéficiaire, étonnant, surprenant, nous dirons même désarmant !

Mais, si la logique économique n'est pas au rendez-vous, pour autant s'applique la règle juridique, à tout le moins s'il s'agit d'un capital issu d'un contrat d'assurance-vie, identifié dans son existence juridique [40] par l'indétermination, pour le stipulant lors de la souscription du contrat, du bénéficiaire.

Si le capital ne provient pas du patrimoine du défunt, il va bien vers le patrimoine de celui à qui le défunt l'avait destiné, réalisant « *indirectement* » une vraie libéralité au profit du bénéficiaire.

---

(38) V. Jean Aulagnier, *L'utilité de la déclaration d'emploi ou de remploi en assurance-vie*, Newsletter n° 100, janvier 2011, http://www.aurep.com

(39) Dans les contrats de prévoyance décès le capital reçu par le bénéficiaire n'ayant effectivement jamais fait partie du patrimoine du souscripteur, (c'est d'ailleurs parce qu'il n'y figurait pas que le souscripteur s'est assuré) il est d'une parfaite cohérence qu'il ne fasse pas partie de sa succession. Ce capital est composé pour sa plus grande partie des bénéfices dits de survie, c'est-à-dire des primes payées à fonds perdu par les assurés qui n'ont pas eu « *la chance* » de décéder.

(40) Existence juridique qui se satisfait d'un aléa plus que mince découvert malicieusement par une Cour de cassation bien complaisante à l'égard des assureurs. Existence juridique que nous opposons à son existence économique qui répond de la couverture d'un risque. Sans risque à couvrir il n'y a pas d'assurance, du moins c'est ce qui était enseigné dans les Universités. Quel risque fait courir aux bénéficiaires, le décès d'une personne qui aura désigné pour bénéficiaire telle ou telle association, tel ou tel neveu ?

A Le conjoint, bénéficiaire de la totalité du capital

Le plus souvent, la voie bénéficiaire profite, de fait, exclusivement au conjoint. Un usage abusif et répétitif d'une clause bénéficiaire banale trop largement inspirée des contrats de prévoyance décès en est la cause. Clause type : « *mon conjoint, à défaut mes enfants, vivants ou représentés, à défaut mes héritiers* ».

Nous préconisons une attribution non pas « *subie* » parce que suggérée, non pas mécaniquement affectée au « *conjoint* » par l'apposition d'une croix dans une case face à une clause type pré-imprimée [41], mais une attribution totalement voulue, choisie, parfaitement comprise et admise Une attribution bénéficiaire aux conditions définies par le stipulant lui-même.

Une désignation consciente du stipulant avec un bénéficiaire parfaitement identifié par ses noms et prénoms, par les civilités traditionnelles.

Dans les voies successorales et matrimoniales on a toujours pris soin de dénommer le conjoint, en lui donnant sa véritable identité en plus de sa qualité. Rien ne peut justifier qu'une même désignation combinant qualité [42] et identité ne soit pas utilisée dans la voie bénéficiaire.

Les assureurs proposent une désignation exclusivement qualitative : « *mon conjoint* ». Argument avancé pour en justifier : le stipulant pensera-t-il à modifier sa clause bénéficiaire s'il a nominativement désigné son conjoint par ses noms prénoms dans le cas d'un divorce ? Le divorce s'accompagne d'une remise en cause de l'ensemble des libéralités entre époux, pourquoi devrait-il penser aux libéralités de la voie successorale ou matrimoniale et oublier les libéralités de la voie bénéficiaire ?

Une fois encore interrogeons-nous ? L'époux survivant aura-t-il besoin de l'intégralité des capitaux non utilisés au jour du dénouement du contrat. Peut-être, mais pas nécessairement. Mais n'est-ce pas à lui d'en décider.

Bénéficiaire du capital, à défaut de disposition spécifique, le bénéficiaire, conjoint ou non, n'a pas d'autre solution que d'accepter ou de refuser le tout. L'attribution bénéficiaire n'est pas divisible à la seule volonté du bénéficiaire.

---

(41) Pour une analyse très critique de cette clause type, voir Jean Aulagnier, *Peut-on continuer à faire du conjoint le bénéficiaire exclusif du contrat d'assurance,* Droit et Patrimoine, n° 186, novembre 2009, p. 24 et s., ou encore Jean Aulagnier, *La réserve héréditaire peut-elle survivre à l'assurance-vie*, La Gazette du palais, n° du vendredi 28 et samedi 29 janvier 2011, p. 23 et s.

(42) Bénéficiaire : « *Mon conjoint, Mme B. Lafleur, née à .... le…, demeurant à .....* ». La qualité étant considérée comme la cause impulsive de la désignation, Mme X ne sera attributaire que sous réserve qu'il ait la qualité de conjoint. Il pourra même être précisé que Mme B sera attributaire sous condition suspensive que lors du décès du souscripteur aucune instance en divorce ou en séparation n'ai été engagée entre les époux, comme cela est parfois précisé dans les donations entre époux propre à la voie successorale.

Les compagnies d'assurance conscientes de la difficulté, à défaut de pouvoir diviser le capital au jour du dénouement du contrat, proposent de diviser les primes en souscrivant plusieurs contrats. Au décès du souscripteur le bénéficiaire pourra en accepter certains et éventuellement ne pas les accepter tous.

Il existe une solution plus simple et plus en harmonie avec les dispositions propres aux autres voies transmissives. Notre préconisation : qu'une faculté d'option soit ouverte au bénéficiaire par le stipulant lui-même.

B La faculté d'option du conjoint

Reconnaissons que certaines compagnies sont hésitantes face à cette proposition visant à inclure dans la clause bénéficiaire, rédigée par le stipulant une disposition de ce type :

> « Bénéficiaire : Mon épouse, Madame X… née à … le … demeurant à …, elle pourra à son choix, accepter soit la totalité, soit les trois quarts, soit la moitié, soit un quart [43], du capital dû par la compagnie d'assurance au jour de mon décès. Elle disposera d'un délai de trois mois pour faire connaître à la compagnie la fraction du capital acceptée.
> « Bénéficiaires de la fraction du capital non acceptée par mon épouse : mon fils M. … né à …, ma fille Mme … née à …, vivants ou représentés, par moitié chacun.

Probablement parce que cette formulation n'était pas dans leurs habitudes, (elle ne l'était parce qu'elle était inutile quand les capitaux en jeu étaient modestes), les compagnies ne l'ont pas prévue et ne la proposent toujours pas.

Les enjeux ont changé. Le montant des capitaux issus du contrat justifie que le survivant des époux s'interroge sur leur utilité future. En accepter une partie, laisser la partie jugée inutile aux enfants, bénéficiaires en second, oui mais sans faire de la partie inutile une libéralité aux enfants. S'il n'accepte pas la partie du capital jugée par lui inutile, il ne s'agit pas pour autant d'une renonciation *ad favorem*. Les enfants recevront ces capitaux directement du souscripteur.

Cette faculté d'option ne peut exister que par la volonté du stipulant. Liberté de disposition de l'assuré, reconnue et affirmée par la jurisprudence. La Cour de cassation a toujours mis en avant les volontés de l'assuré, sous réserve qu'elles aient été clairement exprimées. Récemment encore la Cour de cassation [44] respectant la volonté unilatérale du stipulant a validé une clause bénéficiaire qui obligeait le bénéficiaire à rapporter à la masse des biens à partager le capital reçu contrairement à l'article L 132-13 du Code des assurances qui normalement l'en dispense.

---

(43) Il s'agit d'un exemple, toute autre répartition décidée par le stipulant serait parfaitement valable.

(44) Cass.1re Civ. 8 juillet 2010, n° 09-12491

On s'étonne que les compagnies puissent exprimer quelques réserves à ce propos. Si le stipulant a utilisé pour désignation bénéficiaire, le terme « *mes héritiers* » et que parmi les héritiers figurent l'époux survivant, donataire de l'une ou l'autre des quotités permises par l'article 1094-1 du Code civil le conjoint en choisissant une des quotités prévues dans la voie successorale, disposera de la même quotité dans la voie bénéficiaire.

Il convient de prévoir et d'organiser explicitement et clairement ce droit comme nous l'avons suggéré.

C La faculté d'option au seul usufruit

Il serait parfaitement possible de prévoir parmi les options possibles, une option en usufruit par exemple sous la forme suivante :

Désignation bénéficiaire :

> « Bénéficiaire : Mon épouse, Madame X… née à … le … demeurant à …, elle pourra à son choix, accepter en pleine propriété ou en usufruit seulement, soit la totalité, soit les trois quarts, soit la moitié, soit un quart [45], du capital dû par la compagnie d'assurance au jour de mon décès. Elle disposera d'un délai de trois mois pour faire connaître à la compagnie la fraction du capital acceptée.
>
> « Bénéficiaires de la fraction du capital en pleine propriété ou de la nue-propriété de tout ou partie, non acceptée par mon épouse : mon fils M. … né à …, ma fille Mme …. née à …., vivant ou représenté par moitié chacun.

Charges et conditions :

Pour la partie du capital dont elle n'aurait accepté que l'usufruit, mon épouse sera dispensée de donner caution et dispensée de faire emploi au sens des articles 601 et 602 du Code civil.

Il est indispensable que le stipulant exprime sa volonté en la matière puisque l'usufruitier doit donner caution : « *s'il n'en a été dispensé dans l'acte constitutif de l'usufruit* » [46]. A défaut de pouvoir donner caution, « *… les sommes comprises dans l'usufruit sont placées …* » [47]. Si le stipulant a écarté l'emploi, le bénéficiaire disposera alors d'un quasi-usufruit en raison de la nature monétaire de la créance qui lui profite tel qu'il a été défini par l'article 587 du Code civil [48]. En raison de ce quasi-usufruit, le conjoint ayant

---

(45) Il s'agit d'un exemple, toute autre répartition décidée par le stipulant serait parfaitement valable

(46) Article 601 : « *ll donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit.....* ».

(47) Article 602 du Code civil.

(48) Comme il bénéficie du quasi-usufruit dans la voie successorale des capitaux issus des livrets d'épargne du conjoint décédé, voir ci-dessus.

opté pour un bénéfice en usufruit pourra disposer du capital comme un propriétaire mais avec l'obligation de rendre ce capital aux nus-propriétaires, créanciers de la restitution.

D L'exonération de tout droit de mutation

Comme pour les autres voies transmissives, le régime fiscal applicable au patrimoine transmis par la voie bénéficiaire est particulièrement favorable.

Le capital issu de la voie bénéficiaire profitant au conjoint échappe à toute imposition, conséquence de la loi TEPA du 21 août 2007 [49], sur le fondement de l'article 990 I « *Le bénéficiaire n'est pas assujetti au prélèvement visé au premier alinéa lorsqu'il est exonéré de droits de mutation à titre gratuit en application des dispositions ...* » de l'article 796-0 bis : « *Sont exonérés de droits de mutation par décès le conjoint survivant et le partenaire lié au défunt par un pacte civil de solidarité* ». Cette exonération est acquise au conjoint qu'il soit bénéficiaire en pleine propriété ou en usufruit seulement. Lorsqu'il y a bénéfice en usufruit l'administration fiscale considère qu'en raison du quasi-usufruit, le capital, restant entre les mains du survivant des époux, échappe à tout prélèvement [50]. Chanceux nus-propriétaires qui évitent, comme l'usufruitier tout droit de mutation [51].

La situation est un peu moins favorable lorsque s'applique l'article 757 B, c'est-à-dire lorsque les primes ont été versées après 70 ans. Si le conjoint est bénéficiaire en pleine propriété ou en usufruit il est concerné par les dispositions de la loi TEPA. Mais l'exonération ne profite qu'au seul conjoint. Les bénéficiaires en nue-propriété sont imposés sur la valeur fiscale de la nue-propriété pour le montant des primes supérieures à l'abattement de 30 500 €.

E Les descendants peu informés et mal protégés

La voie bénéficiaire se distingue des voies successorale et matrimoniale dans la place donnée aux descendants. Aucune disposition légale n'oblige à une quelconque information des descendants lors de la mise en œuvre de la stratégie bénéficiaire, pas davantage au jour du dénouement du contrat. Aux enfants, éventuellement exclus d'agir … mais avec bien peu de chance de succès.

Le Code des assurances a ouvert aux descendants un droit théoriquement « *protecteur* » en agissant sur le fondement des primes manifestement exagérées. Action destinée à obtenir que tout ou partie des primes soit rapportée par le conjoint bénéficiaire à la succession du stipulant. Selon l'article L. 132-13

(49) Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat.
(50) Instruction fiscale du 12 janvier 2006, BOI, 7-K-1-06
(51) V. Jean Aulagnier, *Les mystères du 990 I et de la clause démembrée*, Newsletter n° 68, juin 2009, v. site : http://www aurep.com

alinéa 2 : « *Ces règles (dispenses de rapport et de réduction) ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par le contractant à titre de primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés* ».

Nous avons expliqué et justifié notre scepticisme [52] quant à la capacité d'une action sur ce fondement, à protéger les descendants exclus par la place privilégiée du conjoint survivant.

La jurisprudence en fondant l'exagération principalement sur l'inutilité patrimoniale du contrat pour le souscripteur a fermé les voies du rapport ou de la réduction. Cette exigence, clairement affirmée par la Cour suprême, est devenue pour la jurisprudence l'élément déterminant que doit apprécier le juge.

Les juges du fonds doivent vérifier l'utilité [53] du contrat pour le souscripteur au jour du paiement de chaque prime. Pour ne pas avoir « *recherché l'utilité présentée par les contrats pour la souscriptrice, notamment en considération de son âge, et sans avoir égard à l'ensemble de sa situation patrimoniale et à sa situation familiale, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

Il n'est pas difficile de constater son inutilité lorsque le contrat d'assurance a été souscrit par un souscripteur dont le pronostic de survie était faible. Situation caricaturale où le décès survient très vite après la souscription du contrat [54].

Mais, l'essentiel des contrats d'assurance n'est pas souscrit par les époux dans ces circonstances et avec ses intentions. Ces contrats s'inscrivent dans des stratégies de long terme, traduisant à la fois un effort d'épargne et de prévoyance pour les époux d'abord et pour le survivant ensuite. Une épargne immédiate pour une consommation future.

Comment un juge du fond pourrait-il démontrer que des contrats d'assurance reposant sur la capitalisation des bénéfices financiers, souscrits par affectation ou arbitrage d'une épargne significative par des époux d'une soixantaine d'années, dont l'espérance de vie dépasse vingt années n'avaient pas d'utilité pour eux ?

Comment démontrer que la souscription de ces contrats a pu mettre en cause leur niveau de vie ? C'est exactement la démonstration inverse qui sera faite [55].

---

(52) V. Jean Aulagnier, *La réserve héréditaire peut-elle survivre à l'assurance-vie*, Gazette du Palais, article cité.

(53) Cass.1re Civ. 6 février 2007, n° 05-13803

(54) Cass. 2e Civ. 4 juillet 2007, n° 06-16382 : « *Un contrat d'assurance peut être requalifié en donation si les circonstances dans lesquelles son bénéficiaire a été désigné révèlent la volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable* ».

(55) CA Orléans, 10 janvier 2011, n° 09/02828, ss. Bernard Beignier, *Droit de la famille*, n° 5, mai 2011, p. 42 : « *Enfin, à supposer même qu'elle ait placé la quasi-totalité de ses économies sur les dits contrat, force est de constater que cela n'a pas porté atteinte à son train de vie…* ».

La souscription de ces contrats, non seulement ne les a pas appauvris mais bien au contraire enrichis [56]. Ils ont pu disposer de cette épargne, en exerçant des rachats, en fonction de leurs besoins. C'est pour se constituer une épargne parfaitement «*disponible et liquide*» qu'ils ont arbitré, par exemple, des actifs immobiliers pour investir en assurance-vie. Pour Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE : «*en présence de ce type d'assurance, il serait rare, voire surprenant, que le contrat n'ait pas d'utilité pour le souscripteur*» [57].

Protection illusoire des réservataires qui n'ont probablement rien à attendre de l'article L. 132-13 du Code des assurances.

Les descendants devraient être informés par les parents, de leur vivant, que la voie bénéficiaire est devenue de fait une voie de contournement de la réserve héréditaire.

L'absence d'obligation légale d'information pourrait être intelligemment compensée par une action volontaire des époux expliquant à leurs enfants dans quel esprit ils utilisent la voie bénéficiaire et selon quelles modalités.

1° – Informer les enfants de la souscription de contrats d'assurance comme mode de détention d'une partie significative du patrimoine aurait du sens en insistant sur l'utilité du contrat comme instrument de vie fondée sur une disponibilité garantit du capital accumulé.

2° – Informer les enfants que ce qui restera sur son contrat au jour du décès du premier mourant reviendra pour le tout au conjoint avec la faculté pour lui de décider s'il conservera le tout ou une partie du tout peut présenter une réelle utilité patrimoniale et familiale.

---

(56) Si le paiement des primes des contrats de prévoyance décès appauvrit le souscripteur (primes à fonds perdus), il n'en est absolument rien pour les primes des contrats de prévoyance vie qui laissent subsister dans le patrimoine assuré une créance contre la compagnie égale à la valeur de rachat du contrat.

(57) Ph. Delmas Saint Hilaire, Chron. *Assurance-vie*, Dr et patrimoine, 2006, n° 148, p. 115. Une décision de la Cour de cassation du 17 juin 2009 démontre cette impossibilité de juger exagérées des primes qui pourtant représentaient près de 2 millions d'euros lorsque le souscripteur a su utiliser son contrat. Dans cet arrêt, la Cour remarque que «*(…) compte tenu de son espérance de vie, de la nature de ses obligations familiales, de la possibilité de rachat en cas de difficultés de trésorerie, faculté dont il avait usé, l'opération de souscription présentait pour lui une utilité certaine, tout en lui permettant, à raison de sa situation de fortune et de ses revenus, d'assurer ses obligations à l'égard de son épouse*». Le contrat était utile et n'a pas mis en cause son niveau de vie. Il n'y a pas eu «*primes manifestement exagérées*».

Pour conclure : une information généralisée et partagée

Cette information préalable des enfants, devrait concerner chacune des voies transmissives. Elle participerait, de notre point de vue, d'une véritable optimisation de la protection du survivant.

Le notaire pourrait mettre autour d'une table, non seulement les parents, et mais également les enfants. Il expliquerait les stratégies possibles, leurs conséquences, leurs avantages et inconvénients, les droits présents et futurs de chacun. Une telle démarche faciliterait sans nul doute une acceptation partagée. De plus, les enfants informés ne sont-ils pas des prospects qui pourraient tirer profit pour eux-mêmes des informations données ?

Certes nous devons convenir qu'une telle rencontre n'est pas toujours réalisable. L'ambiance affective, nécessaire, est parfois insuffisante dans les familles recomposées ou non. On peut espérer cependant que les familles où elle est possible, sont plus nombreuses que les familles où elle ne le serait pas. On a droit de rêver de familles « *réunies* » lorsqu'il s'agit de protéger celui ou celle qui un jour se retrouvera seul(e).

Pour assurer au survivant une belle fin de vie, il lui faut certes un patrimoine adapté à la diversité de ses besoins, mais peut être plus encore il lui faut l'affection des siens. Pour avoir informé et associé les enfants, aux décisions à prendre, cette affection indispensable est probablement plus facile à espérer. Bel exemple de pacte de famille managé par le notaire.

En agissant dans cet esprit, le notaire fera bien la démonstration de son rôle majeur dans les « *relations plurielles à pluralité d'acteurs* ».

Famille, patrimoine, relations plurielles et rôle du notaire

Raymond LE GUIDEC

Pour son 42e Congrès, à Istanbul, du 12 au 16 octobre 2011, le Mouvement Jeune Notariat a choisi comme thème général « *Relations plurielles, pluralité d'acteurs, et rôle du notaire* » afin de découvrir et mesurer le pluralisme caractérisant, plus que jamais, la vie juridique pour les personnes, la famille, les entreprises et pour laquelle le notaire est constamment appelé à opérer. Un thème assurément moderne développé par le Jeune Notariat dont la vocation naturelle est d'innover.

Notre contribution aux travaux du Congrès est circonscrite à un domaine traditionnel et toujours activé par le Notariat : « *Famille, patrimoine, relations plurielles et rôle du notaire* ». Nous nous proposons d'observer le pluralisme dans notre droit patrimonial de la famille et, en conséquence, de situer le rôle du notaire dans cet espace profondément renouvelé.

Au cours de la dernière décennie, il n'est pas exagéré de dire que le couple Famille et Patrimoine a opéré une véritable métamorphose. Elle résulte de nombreuses réformes, en la matière, toutes substantielles, elles-mêmes précédées par d'autres également novatrices, depuis quelque 50 ans. Pour se limiter aux étapes principales concernant notre domaine, on peut partir de la loi du 3 décembre 2001 établissant définitivement l'égalité successorale des enfants, mais aussi, ce qui en fait sa célébrité, promouvant largement le conjoint survivant héritier, de diverses manières. Pour notre sujet, on doit souligner l'importance de la loi du 26 mai 2004 réformant le divorce favorisant, dans toute la mesure du possible, la contractualisation de la liquidation et du partage au titre du régime matrimonial. La réforme la plus profonde est faite par la loi du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités, mais aussi du Pacs, du changement de régime matrimonial… Également la loi du 5 mars 2007 réformant la protection des majeurs comporte de nombreuses dispositions impliquant famille et patrimoine de la personne vulnérable. Ce n'est d'ailleurs pas seulement le droit patrimonial de la famille qui a été reconstruit, mais aussi le droit de la famille, spécialement pour l'enfant par la suppression de la distinction enfant légitime/enfant naturel, au titre

de l'autorité parentale (lois 4 mars 2002) de la dévolution du nom de famille (lois 4 mars 2002 plusieurs fois modifiée) de l'établissement de la filiation, biologique, (Ordonnance 4 juillet 2005 ratifiée par la loi du 16 janvier 2009)…

C'est la **LIBERTÉ**, valeur fondamentale pour la personne, qui a inspiré et déterminé ces réformes du droit de la famille, du droit patrimonial de la famille. Liberté pour le choix de son mode de conjugalité, mariage, pacte civil de solidarité, concubinage, union libre. Le mariage demeure dominant malgré une baisse sensible depuis quelques années, relevant que les couples homosexuels n'y ont pas, encore, accès. L'essor du Pacs est certain pour différentes raisons, dont sa réforme bienvenue par la loi du 23 juin 2006 (C. civ. art. 515-1 à 515-7) mais aussi l'incidence de la loi TEPA du 21 août 2007qui assimile le partenaire survivant au conjoint survivant pour les exonérer, définitivement semble-t-il, de toute fiscalité pour la transmission par décès dont ils peuvent bénéficier. Le Pacs paraît ainsi, de plus en plus, une alternative au mariage que préfèrent de nombreux couples pouvant se marier. Les concubinages, simples, unions de fait (C. civ. art. 515-8) sont aussi nombreux, constitutifs de véritables familles, remarquant que depuis 2006, plus de la moitié des enfants naissent hors mariage. Cette diversité de conjugalités, légalement admise, fait apparaître socialement une famille plurielle, que le droit reconnaît et accueille de manière différente pour les couples eux mêmes, l'égalité étant accomplie du côté des enfants.

La liberté de rompre la vie commune, familiale, est aussi admise avec le divorce des époux sous différentes formes, reconduites et simplifiées par la loi du 26 mai 2004 après la loi du 11 juillet 1975 qui avait déjà introduit le pluralisme en la matière ; la dissolution volontaire du Pacs, par accord des partenaires ou décision unilatérale de l'un d'eux ; et, bien entendu la liberté de rompre un concubinage, l'union libre impliquant la possibilité de désunion libre. L'instabilité des couples, quels qu'ils soient, est avérée depuis longtemps (en 2009, près de 135 000 divorces ont été prononcés !). Ce sont alors des familles éclatées que le droit doit régir autrement. La scission de la famille première, fréquente, est aussi souvent, suivie d'une reconstruction familiale, une nouvelle conjugalité succédant à la première. Le phénomène des familles dites recomposées paraît de plus en plus répandu, près de 800 000 a-t-on indiqué récemment. La recomposition familiale ajoute au pluralisme familial.

La liberté est aussi au cœur de la réforme du droit de la transmission du patrimoine familial, tel que l'a transformé la loi du 23 juin 2006. Fondamentalement, la liberté de disposer de ses biens en établissant des libéralités, donations, legs, a toujours existé, mais dans une certaine mesure seulement quand figurent à la succession des héritiers protégés, à qui la loi

entend assure la transmission d'une partie de ce patrimoine. C'est tout le sens de la réserve héréditaire qui apparaît ainsi comme un devoir de famille impératif. Cette conception d'origine n'est pas abandonnée par la réforme. Mais elle se trouve assez largement remise en cause pour faire valoir une plus grande liberté pour l'organisation volontaire de la transmission du patrimoine. Ainsi, la réserve héréditaire des ascendants, pourtant créanciers alimentaires, est supprimée (C. civ. art. 914 anc.). D'autre part, la réserve, bénéficiant aux enfants principalement, sauf le cas particulier de la réserve du conjoint survivant (C. civ. art. 914,1) n'est plus conçue qu'en valeur, la réduction en nature n'ayant plus lieu généralement. Le pouvoir d'attribuer ses biens aux personnes choisies en sort renforcé.

Afin d'épanouir cette transmission volontaire libéralisée, la réforme a introduit de nouvelles libéralités, moyens de contractualisation de la transmission, libéralités graduelles, résiduelles, donations-partages désormais d'application générale, innovation remarquable de la donation partage « *transgénérationnelle* » (C. civ. art. 1078-4 à 1078-10). On doit y ajouter le pacte de famille que constitue la renonciation anticipée à l'action en réduction (C. civ. art.929 à 930,5), la RAAR. Ces nouveaux moyens de transmission volontaires, d'essence contractuelle, qui pourront d'ailleurs être conjugués, sont délibérément offerts dans une perspective recherchée d'anticipation successorale. La réforme intègre l'incidence de l'allongement de vie (en 2008, âge moyen, femmes 84 ans, hommes 78 ans) pour inviter le plus possible à procéder par anticipation afin que la transmission patrimoniale conserve son utilité la plus efficiente : établir l'héritier présomptif au moment le plus opportun.

On voit ainsi que d'un côté, les familles, comme de l'autre, la transmission, le pluralisme est général, significatif d'un droit moderne adapté à une société animée par des aspirations et des volontés naturellement plurielles. Il en résulte une contractualisation accentuée du droit de la famille, et certainement un recul de l'ordre public familial. En quelque sorte, le droit de la famille se privatise spécialement au titre de sa sphère patrimoniale.

Il y a lieu d'explorer précisément ce nouveau paysage pour éclairer le rôle du notaire, dans la modernité.

1 – Famille et patrimoine sous le signe du pluralisme

Par les réformes récentes, le pluralisme caractérise désormais le droit patrimonial de la famille, elle-même plurielle. En tout cas, les moyens de le réaliser sont ouverts, tant pour pour l'organisation du patrimoine que pour sa transmission.

A Couples et patrimoine

Comme il a été constaté, la diversité des conjugalités est aujourd'hui bien ancrée, dérivant de la liberté de choix du mode juridique de vie ensemble. L'établissement du couple se traduit naturellement par la constitution de son patrimoine, matérialisant la vie à deux. Au pluralisme conjugal correspond un pluralisme patrimonial. A cet égard, les possibilités ouvertes ne sont pas égales selon les couples. En toute hypothèse cependant, elles nécessitent la convention, le contrat, source naturelle de la pluralité.

En mariage, la définition et l'organisation du patrimoine des époux sont fixées par le régime matrimonial. Comme il est toujours énoncé par 'article 1387 du Code civil, ce régime matrimonial est librement choisi par les époux, « *comme ils le jugent à propos* », devant néanmoins respecter obligatoirement les droits et devoirs du mariage (C. civ. art. 212 à 226). C'est le grand principe en la matière de la liberté des conventions matrimoniales donnant lieu à l'établissement d'un contrat de mariage. Aujourd'hui encore, on relève que ce libre choix n'est pas souvent opéré par les intéressés au moment du mariage (moins de 15 %) Cela conduit alors à appliquer à ces nombreux époux, de manière ainsi supplétive, le régime matrimonial légal, la communauté d'acquêts (C. civ. art. 1400 à 1491) institué par la loi du 13 juillet 1965 elle-même modifiée par la loi du 23 décembre 1985. On peut regretter que ce libre choix ne soit pas plus effectif, tant la pluralité de régimes matrimoniaux conventionnels est étendue, riche. En cultivant et adaptant la typologie des régimes matrimoniaux, on pourrait diversifier à l'infini ou presque les choix des époux. Ainsi l'adoption d'un régime communautaire conventionnel le rend modulable à souhait. Il en est ainsi pour la composition de la communauté de biens, l'élargissant ou, rarement, la restreignant : apports à la communauté, communauté de meubles et acquêts, communauté universelle elle-même modulable…

De même pour la liquidation, le partage, la convention des époux est puissante. C'est sur ce plan que les conventions matrimoniales sont souvent utilisées pour cultiver de manière diverse les avantages matrimoniaux : préciput, stipulation de parts inégales, attribution intégrale de communauté, permettant ainsi d'organiser la transmission d'un patrimoine plus ou moins étendu au conjoint survivant. L'adoption du régime de séparation de biens (C. civ. art. 1536 à 1543) relève, dans le principe, d'un tout autre esprit, séparation des patrimoines respectifs, activement, passivement, l'association conjugale devenant alors minimale. Mais il a toujours été admis que, au titre de la liberté des conventions, peut être adjointe à la séparation une société d'acquêts, dont la composition, la liquidation et l'attribution sont aussi librement définies par les époux.

Et l'adoption d'un régime de participation aux acquêts (C. civ. art. 1569 à 1581), avec la spécificité qui est la sienne, à la dissolution/liquidation et règlement de la créance de participation, peut aussi être accompagnée d'aménagements quant aux patrimoines à considérer, quant à l'attribution des acquêts… etc. Il n'y pas de doute, le régime matrimonial conventionnel est un genre pluriel par définition.

Et cette liberté, initiale, des conventions matrimoniales est d'autant plus précieuse qu'elle demeure au cours du mariage. A cet égard, il faut souligner l'accentuation de la liberté contractuelle par le changement de régime matrimonial, ou sa modification, au cours du mariage. (C. civ. art. 1397). Suite à des vœux répétés du notariat, la loi du 23 juin 2006 a supprimé, en principe, l'ancienne homologation judiciaire nécessaire pour valider le changement de régime matrimonial au cours du mariage, sauf quand il y a des enfants mineurs. Depuis 2007, les époux peuvent changer leur régime matrimonial, dans l'intérêt de la famille, par l'établissement d'un acte notarié. Cette liberté est néanmoins quelque peu surveillée. Ils doivent informer du changement ainsi opéré leurs enfants majeurs et leurs créanciers qui peuvent formuler leur opposition, cas dans lequel l'efficacité du changement de régime est subordonnée à l'homologation judiciaire. Il ne semble pas que de telles oppositions aient été souvent manifestées, le notaire évaluant les risques selon les situations lors de l'établissement de l'acte. Le changement purement conventionnel est donc entré dans les pratiques, outil performant de gestion patrimoniale au cours du mariage. Il apparaît deux variétés dominantes de changements de régime matrimonial, adaptation du régime au regard des activités professionnelles des époux, et surtout prévision de la transmission du patrimoine au conjoint survivant, les fameuses communautés universelles destinées au conjoint qui survivra à l'autre. Au fond, le pluralisme offert au moment du mariage demeure, plus que jamais accessible pendant le mariage.

Au passage, on peut aussi relever que la variété, très étendue, des régimes matrimoniaux conventionnels s'est encore enrichie par un autre apport de la loi du 23 juin 2006. C'est la validation législative de la clause de reprise des apports à la communauté en cas de dissolution du mariage par divorce. Selon le nouvel alinéa 3 de l'article 265 du Code civil, ayant pour objet général le sort des avantages matrimoniaux en cas de divorce, depuis la loi du 26 mai 2004, « *Toutefois, si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté* ». Il s'agit de la consécration par la loi de la clause dite de liquidation alternative, souvent appelée aussi clause alsacienne en égard à son origine de pratique notariale. L'exemple type est celui de la communauté universelle attribuée au conjoint survivant en cas de dissolution du mariage par décès, la convention énonçant

qu'en cas de dissolution par divorce, chacun des époux reprendra les biens qu'il a apportés à la communauté en cause, limitant par conséquent la liquidation et la partage à la seule communauté d'acquêts. En quelque sorte, une géométrie variable selon la cause de dissolution du mariage. Aujourd'hui le notaire doit informer les époux du contrat de mariage ou lors du changement de régime matrimonial. Ainsi, plus que jamais, la panoplie des régimes matrimoniaux est plurielle. La contractualisation de l'organisation du patrimoine dans le mariage peut être totale.

Dans le cadre d'un Pacs, la liberté contractuelle pour déterminer le « *régime patrimonial* » des partenaires, relativement aux biens qu'ils acquièrent pendant leur vie commune, existe aussi, mais dans une moindre mesure. Depuis la loi du 23 juin 2006, le Pacs, qui demeure un contrat ayant pour objet l'organisation de la vie commune des partenaires, peut être établi par acte authentique ou par acte sous seing privé (C. civ. art. 515-3). En conséquence, il est avéré que le notaire est de plus en plus sollicité pour la rédaction d'un Pacs, remarquant que bientôt, par application d'une disposition de la loi du 28 mars 2011 il pourra lui-même procéder à l'enregistrement et à sa publicité (C. civ. art. 515-3).

Pour déterminer leur régime patrimonial, les partenaires ont le choix entre un régime légal tel qu'énoncé à l'article 515-5 du Code civil et qui s'apparente au régime de la séparation de biens, pure et simple, que peuvent adopter les époux, et un régime conventionnel d'indivision, dont la définition par l'article 515-5.1 du Code civil rappelle au moins pour le principe, le régime de la communauté d'acquêts : « *choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent, ensemble ou séparément, à compter de l'enregistrement de ces conventions. Ces biens sont alors réputés indivis par moitié, sans recours de l'un des partenaires contre l'autre au titre d'une contribution inégale.* »

Le choix de l'un ou de l'autre dépendra naturellement du degré d'association patrimoniale que les partenaires entendront établir, renseignements pris. En tout cas, le choix est bien ouvert. Il y a lieu d'ajouter que la convention de Pacs peut aussi être librement modifiée pendant la vie commune, suivant les mêmes formes autorisées pour l'établissement de la convention initiale. En l'état, supposant l'adoption déclarée de l'indivision conventionnelle par les partenaires, plusieurs questions se posent quant à son étendue, quant à son partage. Au titre de son étendue, après la définition de principe, l'article 515-5.2 énonce quelques restrictions pour considérer les biens cités comme demeurant la propriété exclusive de chaque partenaire : deniers perçus, non employés à l'acquisition d'un bien, biens créés et leurs accessoires, biens à caractère personnel… Ces restrictions légales doivent-elles être considérées comme impératives, d'ordre public, ou au contraire, sur le

fondement de la liberté contractuelle inhérente au Pacs les partenaires peuvent-ils choisir en le déclarant de faire entrer ces biens dans leur indivision ? Nous serions plutôt enclins de faire valoir la liberté contractuelle. L'extension de l'indivision conventionnelle pourrait alors être constitutive d'« *avantages pacsimoniaux* ». En revanche, au titre du partage de l'indivision convenue, il ne semble pas possible, en l'état, de stipuler des attributions avantageuses pour la partenaire survivant, comme peuvent le faire les époux pour leurs biens communs. Le régime patrimonial conventionnel n'est pas encore assimilable au régime matrimonial conventionnel ! Il n'empêche que la réforme du Pacs a bel et bien introduit un facteur de pluralité pour l'organisation du patrimoine des partenaires.

En concubinage, l'organisation du patrimoine, qui pourra être bien diverse, ne peut venir que des concubins eux mêmes, mettant en œuvre la liberté contractuelle dont ils disposent comme les autres couples. En effet, s'agissant d'une union de fait, libre, aucun lien de droit, personnel, patrimonial, ne se déduit du seul fait de la vie commune. Il est fréquemment considéré qu'à cause de cela, sur le plan patrimonial, les concubins doivent être compris, a priori, comme totalement séparés de biens. Le concubinage peut être compris comme un « *terrain à construire* » sur lequel peut s'édifier non pas un patrimoine proprement dit mais plus ou moins de biens qui demeurent particuliers : acquisition de biens indivis, constitution de sociétés civiles ou commerciales, etc. Les patrimoines respectifs demeurent distincts même si les concubins se réunissent pour réaliser ensemble certaines opérations patrimoniales. C'est aussi une faiblesse du concubinage de ne pas voir de régime juridique, et donc de régime patrimonial.

B Transmission du patrimoine

Le pluralisme pénètre aussi sensiblement le droit des successions et des libéralités. Recomposant le paysage d'ensemble, la loi du 23 juin 2006 a élargi les espaces de liberté, avec une reconfiguration de la réserve et de la quotité disponible, en invitant fortement à procéder par anticipation et ainsi contractualiser le plus possible la transmission du patrimoine. Cette incitation est d'ailleurs appuyée par un accompagnement fiscal adapté. Dans cette perspective, sont proposées de nouvelles libéralités, les libéralités graduelles et résiduelles, les donations partages diversifiées, qui, mises en œuvre devraient contribuer à pluraliser la transmission volontaire du patrimoine pour répondre aux différentes situations familiales. Dans le même sens, la loi de réforme propose aussi l'élaboration d'arrangements de famille, préparés ou réalisés au titre de la succession. C'est ainsi que l'on peut comprendre la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR) et les facultés de cantonnement à

la disposition de certains successibles, bénéficiaires de libéralités. Ces nouveautés méritent d'être observées, autant de moyens de pluralisme pour la transmission du patrimoine.

• **Les libéralités graduelles et résiduelles** sont assurément innovantes, situées généralement dans le nouveau droit des libéralités (C. civ. art. 1048 à 1061). Les premières correspondent quelques peu aux anciennes substitutions qui n'étaient admises que dans un cadre limité. Les secondes apparaissent comme une consécration de la reconnaissance jurisprudentielle des legs, sinon des donations, de résiduo. Pour les présenter, nous raisonnerons en termes de donation graduelle, de donation résiduelle, pour garder la perspective d'une anticipation successorale véritable.

• **La donation graduelle** se définit par sa structure originale (C. civ. art.1048 à 1056), recouvrant deux donations successives que consent le même donateur. Il donne un ou plusieurs de ses biens à un premier donataire qui en bénéficie immédiatement, à charge pour lui de conserver les biens, afin qu'ils soient transmis à son décès à un second donataire qui les recevra alors pour les tenir du même disposant. S'agissant de donations successives, elles supposent l'acceptation de l'un et l'autre donataires, le second pouvant n'accepter qu'après le décès du donateur. L'organisation d'ensemble de la libéralité graduelle est bien élaborée par la loi, spécialement quand le premier donataire est héritier réservataire présomptif du donateur (C. civ. art. 1054). D'une manière générale, la donation graduelle permettrait ainsi au disposant de fixer à plus ou moins long terme l'attribution de ses biens, dans un cadre familial, ou autre, et qu'il détermine lui-même. L'exemple invoqué lors de la discussion de la réforme est celui de l'enfant handicapé dont les besoins particuliers appellent une protection adaptée, tout en conservant la perspective de la conservation des biens dans la famille. Mais le système est d'application générale pour répondre à des situations familiales, ou personnelles, les plus diverses. L'opportunité d'un tel procédé peut être convaincante en situation, transmissions intergénérationnelles, familles recomposées etc. La charge de conserver les biens imposée au premier donataire doit cependant être bien comprise dans toutes ses conséquences. Par comparaison, la donation résiduelle paraît beaucoup plus souple puisqu'alors il n'y a plus d'obligation de conserver les biens donnés pour le premier donataire, seulement ce qui subsistera des biens donnés à son décès, étant dévolu au second donataire (C. civ. art. 1057). En conséquence, la donation résiduelle pourra être plus souvent préconisée pour mieux concilier les intérêts en présence, tout en donnant au disposant un pouvoir accru pour organiser la transmission de son patrimoine.

• **La donation partage** paraît véritablement élue par le législateur réformateur pour mettre en œuvre l'anticipation successorale, tellement espérée pour satisfaire les besoins économiques de notre temps, spécialement pour la transmission adaptée des entreprises. Elle est mise en scène par la loi pour être désormais d'application générale, la loi innovant aussi fortement en introduisant la donation partage transgénérationnelle. On connaît depuis longtemps les vertus de la donation partage, pour réaliser le règlement anticipé de la succession des parents entre leurs enfants, bénéficiant immédiatement d'allotissements par donation, en pleine propriété, en nue-propriété… Particulièrement depuis la loi du 3 juillet 1971, une grande souplesse caractérise l'établissement de la donation partage, pour la composition des lots, pour l'incorporation de donations antérieurement faites, avec, source de stabilité, l'application de l'article 1078 du code civil permettant, à certaines conditions, d'arrêter l'évaluation des biens donnés et partagés à la date de la donation partage, prévenant d'autant le risque d'action en réduction de la donation partage au titre de la succession dévolue aux donataires, héritiers réservataires.

La loi du 23 juin 2006 généralise et diversifie l'utilisation de la donation partage comme mode de règlement anticipé de succession future. (C. civ. art. 1075 s). Elle est désormais accessible à toute personne « *Toute personne peut faire, entre ses héritiers présomptifs, la distribution et le partage de ses biens et de ses droits. Cet acte peut se faire sous forme de donation partage…* » Potentiellement, la nouveauté est grande, quitte à la vérifier en pratique. Aux donations partages traditionnelles entre parents et enfants, qui demeurent évidemment, pourront s'ajouter les donations partages dans les fratries, dans les parentés plus éloignées.

De plus, la loi a aussi ouvert la donation partage conjonctive aux familles dites recomposées, l'enfant non commun pouvant être alloti par des biens, propres à son parent mais aussi des biens de communauté, supposant l'acceptation du conjoint non parent, sans que celui-ci soit donateur (C. civ. art. 1076-1).

Encore, et seulement pour la transmission d'une entreprise, individuelle ou sociétaire, la donation partage peut associer outre les héritiers présomptifs du donateur, d'autres personnes, parents ou non, nécessairement alors attributaires de l'entreprise transmise de la sorte (C. civ. art. 1075-2). L'éventail des donations partages est ainsi largement ouvert. Nouvellement, la donation partage devient un genre pluriel.

Plus, elle se transforme avec l'institution de la donation partage transgénérationnelle (C. civ. art. 1078-4 à 1078-10) Quoique limitée au partage d'ascendant, il est désormais envisageable que « *lorsque l'ascendant procède à une donation partage, ses enfants peuvent consentir à ce que leurs propres*

descendants y soient allotis en leur lieu et place, en tout en partie. Les descendants d'un degré subséquent peuvent, dans le partage anticipé, être allotis séparément ou conjointement entre eux».

La donation partage amenant ainsi le grand parent à donner ses biens à ses petites enfants, avec nécessairement le consentement du parent cédant la place, accomplit un saut de génération pour la transmission anticipée du patrimoine. Elle apparaît ainsi comme un arrangement de famille idéal pour doter les nouvelles générations et asseoir de manière très contemporaine la transmission du patrimoine familial. L'élaboration de la donation partage transgénérationnelle est bien précisée et complète par la loi, pour convaincre de la pertinence du procédé. En particulier, on s'attachera aux effets à comprendre de la donation partage transgénérationnelle tant au titre de la succession du parent donateur qu'à celui de la succession du parent ayant cédé la place, exemple de perfectionnement technique et juridique qui doit rassurer. La donation partage transgénérationnelle mérite considération pour ajouter ainsi à la galaxie des libéralités-partages.

Une autre innovation spectaculaire de la réforme est la Renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR, C. civ. art.929 à 930-5). Elle est souvent présentée comme l'introduction dans notre droit du pacte de famille, quelque peu imité du droit suisse et du droit allemand. En tout cas, elle ajoute encore au pluralisme de la transmission du patrimoine. Aux termes de l'article 929 du Code civil :

> « Tout héritier réservataire présomptif peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte. Cette renonciation doit être faite au profit d'une ou plusieurs personnes déterminées. La renonciation n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à hériter. La renonciation peut viser une atteinte portant sur la totalité de la réserve ou sur une fraction seulement. Elle peut également ne viser que la réduction d'une libéralité portant sur un bien déterminé… ».

Fondamentalement, il s'agit d'un nouveau pacte sur succession future autorisé, par lequel l'héritier réservataire s'engage à ne pas demander la réduction d'une libéralité consentie par son auteur qui porterait atteinte à sa réserve héréditaire. Figure d'exception, son établissement, ses effets, ont été entourés de précautions par le législateur, énoncées par les textes qui l'encadrent sensiblement. L'idée originaire est de pouvoir élaborer un arrangement entre le parent et ses héritiers réservataires présomptifs pour donner au premier plus de pouvoirs pour disposer de son patrimoine au profit d'une personne, désignée, qu'il souhaite particulièrement protéger ou avantager (solidarité familiale pour l'enfant handicapé, faveur pour le conjoint survivant, ou le partenaire, ou le concubin, éventuellement allègement des charges de

l'attributaire de l'entreprise familiale…) Naturellement, l'héritier réservataire pressenti pour une telle renonciation décide librement. Tout est mis en place, particulièrement par le notaire, pour respecter cette liberté. Au fond, il y a ainsi un moyen nouveau pour renforcer la transmission volontaire du patrimoine, à utiliser de manière circonstanciée, et qui il est vrai repousse d'autant l'ordre public successoral. L'institution traditionnelle de la réserve héréditaire se relativise par volonté consentie.

Une dernière modalité nouvelle promue par la réforme peut être relevée pour être source d'arrangements entre successibles dans la liquidation et le partage de la succession, la faculté de **cantonnement** par la personne gratifiée. Elle est principalement énoncée pour le conjoint survivant gratifié de la quotité disponible entre époux à l'alinéa 3 de l'article 1094.1 du Code civil, « *Sauf stipulation contraire du disposant, le conjoint survivant peut cantonner son émolument sur une partie des biens dont il a été disposé en sa faveur. Cette limitation ne peut être considérée comme une libéralité faite aux autres successibles* ». Elle se retrouve presque à l'identique pour les légataires dans le nouvel article 1002-1 « *(...) lorsque la succession a été acceptée par au moins un héritier désigné par la loi, le légataire peut cantonner son émolument sur une partie des biens dont il a été disposé en sa faveur (...)* »

Par donation entre époux, le conjoint survivant est souvent ayant cause universel, particulièrement en usufruit, comme le légataire universel a vocation à recevoir l'ensemble de la succession. En présence d'héritiers réservataires, l'un et l'autre doivent composer avec eux. Il est possible que tous les biens ne les intéressent pas malgré le titre qui les institue. Ils proposent alors de réduire leur émolument à certains biens ou certains droits seulement, libérant les autres au profit des autres successibles. Un tel cantonnement sera souvent bienvenu pour apaiser les rapports entre le conjoint survivant, usufruitier universel, et les enfants héritiers réservataires issus d'une première union du défunt par exemple. De même le légataire universel, en présence d'héritiers réservataires, évitera ainsi d'avoir à supporter de trop lourdes indemnités de réduction… Cette faculté de cantonnement a d'ailleurs été suggérée par la pratique notariale qui l'a initiée avant que la loi ne l'officialise pour proposer de tels règlements conventionnels de successions.

Ainsi le simple rappel de toutes les possibilités existantes pour l'organisation et la transmission du patrimoine, en familles d'aujourd'hui, nous permet de mesurer l'extrême diversité de moyens pour cultiver le pluralisme. Au lieu d'un droit monolithique, construit sur des fondements impératifs et exclusifs, nous avons désormais après la réforme d'ensemble un droit pluriel, adaptable au gré des situations et des volontés communes. Pour reprendre une formule célèbre, à chaque famille son droit patrimonial, tissé par des volonté libres.

2 – Mise en œuvre notariale du pluralisme

C'est le notaire qui est toujours appelé par la loi, sinon exclusivement, pour mettre en œuvre les modes pluriels d'organisation et de transmission volontaire du patrimoine, le rendant ainsi acteur du pluralisme dans l'espace famille et patrimoine. Les cas sont nombreux recouvrant la quasi totalité des actes nécessaires, le contrat de mariage, le changement de régime matrimonial, le pacte civil de solidarité, les donations, donations graduelles et résiduelles, toutes les différentes donations partages, la renonciation anticipée à l'action en réduction… et aussi par ailleurs le mandat de protection future ou encore le mandat posthume. Le choix du législateur est inspiré : les actes authentiques que le notaire établit en qualité sont les moyens d'une sécurité juridique certaine. S'agissant ici du patrimoine familial, conjugal, successoral, il se voit ainsi confier un rôle traditionnel et constant en la matière : conseil et rédacteur.

A Notaire, conseil

La première fonction assignée au notaire, en amont de la rédaction des actes est celle de conseil comprenant l'information et la proposition pour éclairer en tous points le choix des parties. Ce qui suppose une connaissance complète du droit applicable, la loi elle même bien entendu, dans tous ses aspects, mais aussi la jurisprudence qu'il faut actualiser sans cesse. S'agissant de patrimoine familial, la connaissance de la matière doit être double, en droit civil naturellement mais aussi en droit fiscal. Sur ce point, il n'en a guère été question dans l'exposé précédent, limitant l'observation des modes pluriels à leurs aspects civils. Mais la dimension fiscale de toute opération patrimoniale est aussi incontournable et doit être intégrée dans la réflexion, la proposition pour la réalisation du projet.

Développant ainsi son rôle de conseil, le notaire doit veiller à tenir compte de deux paramètres élémentaires pour la situation qui est présentée et pour laquelle il est sollicité, sa connaissance complète et son inscription dans la durée.

En premier lieu, le conseil avisé du notaire ne sera pertinent que s'il dispose préalablement d'une connaissance complète de la situation des intéressés, personnelle, familiale, patrimoniale, présente et à venir. Banalement, le choix d'un régime matrimonial, comme d'ailleurs un changement de régime, ne sont jamais abstraits mais au contraire situés. Il en est de même pour choisir entre le mariage et le pacte civil de solidarité. Et que dire de l'établissement d'une donation partage, ordinaire ou transgénérationnelle, la connaissance de la situation des donateurs, des donataires, des relations entre eux, est absolument indispensable. En second lieu, toute proposition formulée par le notaire doit être inscrite dans la durée, construisant l'avenir.

Toute organisation patrimoniale est naturellement prévisionnelle. Cet aspect est constant et fait vraiment partie de la mission de conseil du notaire. Ainsi pour un contrat de mariage comportant des avantages matrimoniaux, le sort de ces avantages doit être envisagé selon les causes de dissolution du mariage pouvant survenir, décès mais aussi divorce éventuel. Une donation consentie aujourd'hui doit être projetée dans la succession future du donateur, spécialement pour définir le rapport ou envisager l'éventualité d'une réduction, (selon quelles modalités etc.). Cette prévision doit être particulièrement affinée pour une donation partage, amenant à préciser de quelle manière elle sera, le moment venu, inscrite dans la succession du donateur. Et ce travail prévisionnel sera d'autant plus important s'il s'agit d'une donation partage transgénérationnelle, pour laquelle il y a lieu d'envisager son inscription et dans la succession du donateur et dans la succession du parent ayant cédé la place à ses enfants, pour recevoir. On remarquera dans ce sens de la révision que l'acte établissant la renonciation anticipée à l'action en réduction « *mentionne précisément ses conséquences juridiques futures pour chaque renonçant* » (C. civ. art.930). Ce travail prévisionnel dans le conseil donné par le notaire enrichira la rédaction de l'acte.

B Notaire, redacteur

Par fonction attitrée, le notaire rédige l'acte établissant juridiquement la volonté de la personne, des parties, qui décident ainsi de l'organisation de la gestion patrimoniale qu'elle entendent réaliser. L'authenticité de l'acte notarié lui donne une autorité supérieure, fondant des exigences caractéristiques pour sa rédaction. Le notaire doit être orfèvre en la matière. Cultivant le pluralisme tellement diversifié aujourd'hui, la rédaction des actes doit être toujours personnalisé, adaptée, circonstanciée.

Il faut se garder d'utiliser des formules toutes faites mais au contraire formuler juridiquement les volontés émises au regard de la situation traitée. En ce sens, le particularisme de la rédaction par le notaire peut être infini, en tout cas sans cesse recommencé. Au pluralisme des relations juridiques mis en œuvre doit correspondre un pluralisme rédactionnel.

De nombreux exemples peuvent être évoqués pour amener à cette rédaction personnalisée : ainsi la définition précise de la composition d'une société d'acquêts, adjointe au régime de séparation de biens, l'exclusion des biens professionnels pour la liquidation de la créance de participation aux acquêts, la désignation des biens, des droits dans une donation entre époux, l'énoncé de l'application de l'article 1078 du Code civil dans une donation partage, encore la définition de l'indivision conventionnelle adoptée par les partenaires dans leur Pacs, la rédaction complète et personnalisée d'une renonciation

anticipée à l'action en réduction, la formulation précise d'un rapport forfaitaire de donation…

Cette rédaction est exigeante mais nécessaire. Bien accomplie, de manière plurielle par conséquent, elle préviendra les contentieux, et d'autant l'éventuelle responsabilité du notaire. Il a ainsi un beau rôle à jouer pour mettre en œuvre le pluralisme tel qu'il imprègne aujourd'hui les rapports *Famille et Patrimoine*.

Les relations plurielles dans le droit du divorce

L'avant-divorce et les mesures d'expertise

Nathalie DUGAUD

Les chiffres sur l'évolution du nombre de divorces sont là et révèlent des réalités sociologiques incontestables. Depuis une quarantaine d'années, entre 1970 et 2002, le nombre de divorces a doublé passant de 40 000 à 55 000 en 1975 puis à 81 000 en 1980 (avec notamment « *l'effet* » de la grande loi sur le divorce par consentement mutuel de 1975) pour atteindre environ 120 000 divorces par an entre 1980 et 2002 (dont 45 % de divorces sur requête conjointe).

Rapporté au nombre de mariages sur les mêmes années 2000, cela laisse apparaître un taux de divorcialité d'environ 40 % [1].

Le législateur de 2004, à défaut de pouvoir empêcher ce phénomène, a plutôt pensé à améliorer la procédure de divorce. A défaut de moins divorcer, était-il possible de mieux divorcer ?

La loi du 26 mai 2004 a développé plusieurs axes d'amélioration :

• La procédure du divorce pour faute après l'adoption de la loi de 1975, restait largement utilisée pour de mauvaises raisons : contraindre l'autre à divorcer si les conditions du divorce pour rupture de la vie commune n'étaient pas remplies, ou pour obtenir d'importantes contreparties financières.

Or cette situation a eu notamment pour effet : « *d'aiguiser les conflits par la recherche et la justification de faits fautifs qui impliquent l'entourage du couple et qui lient le sort des effets pécuniaires du divorce à l'attribution des torts sans prendre en compte les conséquences excessives ou néfastes pour un époux qui peuvent en résulter.* [2] »

• Le deuxième axe d'amélioration est né du constat que la durée des procédures était toujours excessive, environ deux années pour un divorce pour faute sans que pour autant les problèmes de liquidation du régime matrimonial n'aient été abordés ou tout au moins anticipés, même lors de la fixation par le juge de la prestation compensatoire.

---

(1) P. Courbe, *Droit de la famille*, Sirey 5e édition 2008 ; Dalloz référence édition 2010–2011, *Droit et pratique du divorce*.

(2) P. Courbe, *Droit de la famille*, Sirey 5e édition 2008

La loi du 26 mai 2004 a donc cherché à favoriser à tous les stades de la procédure la négociation de la séparation entre les époux :

– en accordant une primauté à l'accord global dans les divorces par consentement mutuel avant toute procédure,
– en instaurant des possibilités de conclusions d'accords (partiels ou non) pour les divorces contentieux en cours de procédure,
– en accordant des moyens et des espaces temps nécessaires à la reprise du dialogue entre les parties avant le prononcé du divorce,
– en améliorant la prise en compte de la liquidation du régime matrimonial dès le début de la procédure, voire en anticipant les problèmes liquidatifs pour l'après divorce.

L'objectif était de consensualiser au maximum le divorce et d'aboutir à lier partage et divorce soit au jour du prononcé du divorce idéalement, soit dans un délai raccourci après le divorce.

Ces tendances se retrouvent dans les droits européens de la famille. Partout le nombre des divorces augmente et les réponses que les législateurs des pays européens – qui ont tous également légiféré au cours des trente dernières années – ont adoptées sont diverses mais elles reflètent dans leur ensemble les mêmes préoccupations : dédramatisation, pacification, objectivation, contractualisation et déjudiciarisation.

C'est ici la prise en compte des aspects psychologiques de la rupture, même dans les divorces par consentement mutuel qui peuvent être sujets à la loi du plus fort, avec l'instauration de la médiation familiale pour le Québec, la Suède, les pays du nord de l'Amérique. C'est là l'élargissement de l'accès même au divorce en Finlande, en Suède et en Norvège où le divorce est un droit pour les époux sans indication de motifs, et sans délai dans certaines situations en Suède (ex-séparation de fait depuis deux ans). C'est encore la prise en considération de l'échec du mariage caractérisé par la désunion durable des époux qui suffit à justifier le divorce pour l'Allemagne, les Pays-Bas ou la Grande Bretagne. C'est aussi un pluralisme des cas de divorce à côté du divorce sanction, avec l'existence du divorce par consentement mutuel comme en Belgique, en Grèce, en Italie, au Portugal, placé ou non sous le contrôle du juge. Au Danemark, en Norvège, dans certains cas au Portugal, le divorce est réglé par voie administrative, voire avec cette particularité au Danemark que si les époux ne sont pas parvenus en cours de procédure à un accord sur les problèmes majeurs garde des enfants, pension après divorce, le divorce n'est pas prononcé [3].

---

(3) *Perspectives de réformes en Droit de la Famille*, Edition du Juris-classeur, *Droit de la famille*, n° 12 bis, décembre 2000

L'évolution des législations va donc dans le sens d'une libéralisation du divorce. L'évolution des sociétés, des modes de vie, les aspirations de la société civile obligent les législateurs non pas à interdire ou restreindre les divorces mais à encadrer leur mise en œuvre, à garantir le respect des droits de chacun des époux, à pacifier les relations des époux dans ces procédures en responsabilisant, contractualisant, déjudiciarisant autant que faire se peut.

Le législateur français n'a pas échappé à ces tendances et ces réflexions.

C'est ainsi qu'après la loi du 26 mai 2004 le rôle des professionnels intervenant dans le divorce a évolué et la place accordée au notaire a été profondément rénovée car il a été placé au cœur de la réforme très en amont de la procédure dès le stade des mesures provisoires, ce qui est le révélateur de la volonté d'en faire un acteur de premier plan, la philosophie du nouveau droit du divorce étant d'anticiper et d'appréhender les difficultés le plus en amont possible pour tenter soit de les régler au moment du divorce, soit d'en régler une grande part au moment du prononcé du divorce.

Stéphane DAVID et Pierre Jean CLAUX ont souligné ces transformations dans l'introduction de leur ouvrage consacré au divorce [4], dans lequel ils constatent :

> [...] « autrefois lorsque le divorce ne pouvait intervenir que dans des cas déterminés le rôle du Juge se limitait à déterminer si les faits qui lui étaient exposés entraient dans le cadre de la loi et si tel n'était pas le cas, la demande en divorce était rejetée.
>
> Devant le juge, seul intervenait l'avocat qui suivant le client qu'il avait à défendre, devait prouver que les faits étaient ou non constitutifs d'une faute. Quant au notaire, qui est l'*homo volumptatis*, il était exclu de la procédure de divorce en raison de l'absence de pouvoir conférée à la volonté des époux et se contentait d'intervenir après le prononcé du divorce pour régler le régime matrimonial.
>
> Au rebours, depuis 1975, et l'évolution s'est accentuée avec la loi du 26 mai 2004, le juge se trouve de plus en plus souvent confronté à des accords. En pareil cas, il n'a plus à s'intéresser aux causes de la séparation souvent tenues secrètes ; il doit seulement s'assurer que la volonté des parties est libre et éclairée et que les décisions prises par les époux ne sont pas contraires à l'intérêt de l'un d'entre eux ou des enfants. En d'autres termes, le juge ne tranche plus mais analyse une situation, il se situe dans une perspective que l'on peut qualifier de plus juridique que judiciaire.
>
> Pour leur part, l'avocat, dont le rôle traditionnel est de conseiller son client et d'en assurer la défense sans s'intéresser à la situation de l'adversaire a tendance aujourd'hui à privilégier dans la mesure du possible, l'élaboration

(4) Dalloz référence édition 2010-2011, *Droit et pratique du divorce*.

de solutions raisonnées qui soient viables et qui respectent les intérêts et les besoins de chacun. Dans cette perspective, nombreux sont ceux qui réfléchissent à la mise en place de modes alternatifs de règlements des conflits et préconisent le développement en France notamment en matière de divorce, de la pratique nord américaine dite de "*droit collaboratif*".

Enfin le notaire traditionnellement voué à diriger les opérations de liquidation et de partage après le prononcé du divorce, est désormais appelé à intervenir au cours de la procédure de divorce.

Il peut agir alors soit en qualité de simple conseil aux fins d'établir un projet d'état liquidatif, soit en sa qualité de rédacteur d'acte lorsque les époux s'accordent pour régler à l'amiable leur régime matrimonial en cours d'instance, soit en qualité d'expert à la demande du juge aux affaires familiales. Il en résulte que le notaire dont le rôle traditionnel est de faire du juridique a acquis aujourd'hui un rôle judiciaire.

Au final, les uns et les autres sont aujourd'hui appelés de plus en plus fréquemment à travailler de concert aux fins de promouvoir des solutions négociées et réalistes dans l'intérêt bien compris des justiciables. »

Cette volonté de déjudiciarisation a été poursuivie et la réflexion a été approfondie lors notamment des travaux de la commission GUINCHARD, réflexion d'ensemble et philosophique. Il ne s'agit pas de limiter le recours au juge ou de supprimer son intervention, c'est encore un objectif qualitatif qui est recherché : il s'agit de remettre le juge au cœur de son activité juridictionnelle. C'est la raison pour laquelle l'intervention de différents acteurs a été repensée, créée ou développée, pour assister le juge dans les périmètres accessoires à son intervention juridictionnelle, ou pour éviter la phase juridictionnelle et alléger le contentieux mais sous son contrôle : il s'agit notamment du notaire expert, des experts, des médiateurs, conciliateurs. Voici donc le temps des relations plurielles dans le divorce : nouveaux acteurs judiciaires, nouveaux rôles, nouvelles approches, nouvelles collaborations.

Il est difficile d'avoir des chiffres sur une appréciation qualitative des effets de la loi du 26 mai 2004, mais une étude demandée à la sous-direction de la statistique et des études par la direction des affaires civiles et du Sceau a été demandée en 2008 et rendue publique par le Ministère de la Justice le 22 juillet 2009 faisant ressortir les statistiques suivantes :

Le nombre de divorces est passé à 134 000 en 2007 et n'a donc pas diminué, après un pic en 2005 (155 000), c'est la répartition des cas de divorce qui a évolué :

– le nombre de divorces par consentement mutuel est passé de 47,5 % en 2004 à 54,1 % en 2007,
– celui pour acceptation du principe de la rupture du mariage a augmenté de 9 %,

– parallèlement le nombre de divorces pour faute entre 2004 et 2007 a diminué de 59 %,
– parmi les demandes de divorces contentieux formées en 2005 et terminées en 2007, 6 % ont abouti à un divorce par consentement mutuel par utilisation de la passerelle prévue par la loi.

L'objectif d'objectivation des causes de divorce et de sa pacification a donc été atteint. L'augmentation du nombre de divorces par consentement mutuel permet d'affirmer que la volonté du législateur de contractualiser le divorce a eu des effets concrets.

Il faut prendre acte de cette évolution, et il paraît incontestable que la nouvelle approche que peuvent avoir les professionnels du divorce a dû contribuer à ces évolutions. Certes, certains dénoncent la facilitation du divorce et l'affaiblissement corrélatif de l'institution du mariage, base de la famille et de la cohésion sociale. Ce sont souvent les mêmes qui pointent également la menace que représente le « *non-mariage* », c'est-à-dire le concubinage, le Pacs – dans lesquels ils englobent également la séparation et le divorce. Cette fragilisation des familles se traduit sans doute par une charge morale et un coût social pour les individus et pour la société toute entière (isolement, équilibre des enfants, souffrance morale, gâchis patrimonial, coûts, sous-fécondité) qu'a pu souligner le Congrès Jeune Notariat de Saint-Pétersbourg. Toutefois, le législateur, comme chacun sait, ne façonne pas les mœurs.

1 – Le notaire, acteur dans le divorce…

Depuis la réforme du divorce par la **loi du 26 mai 2004**, le notaire peut être désigné dès l'ordonnance de non-conciliation sur le fondement des articles **255-10 et 255-9 du Code civil** pour soit élaborer un projet d'état liquidatif, soit dresser un inventaire estimatif ou faire des propositions quant aux règlements des intérêts pécuniaires des époux. Dans l'accomplissement de ces missions, les relations que le notaire entretient sont plurielles du fait de la présence d'acteurs pluriels existant dans les procédures de divorce : avocats, magistrats, époux en instance de divorce, confrères, professionnels qualifiés. Cette réunion d'acteurs et le statut spécifique conféré au notaire intervenant dans ces cadres procéduraux se traduisent pour lui par l'application de règles particulières et nouvelles qui l'astreignent à de nouvelles obligations mais qui lui attribuent également des pouvoirs spécifiques.

Ces points seront évoqués dans les développements ci-après relatifs à ces nouvelles missions pour mettre en évidence les implications concrètes de ces règles, les objectifs légaux qui ont justifié l'octroi de ce statut particulier au notaire, et ce afin de mieux comprendre la nature du nouveau rôle judiciaire

du notaire. Dans un second temps sera abordé le contenu de ces nouvelles missions confiées au notaire, sous un angle pratique et professionnel.

A Le notaire, l'auxiliaire du juge

L'objectif de la réforme a été notamment de permettre au juge de disposer d'éléments concrets et pratiques pour l'éclairer sur la décision qu'il doit prendre sur des demandes éventuelles de prestation compensatoire. Cette fin a des conséquences très concrètes pour le notaire.

A-1 Objectifs des missions des articles 255-9 et 10 du Code civil

L'on pourrait résumer les choses ainsi dans ce type de dossier : le notaire « *n'a qu'un client, c'est le juge* ».

En effet, le notaire doit permettre au juge d'être parfaitement éclairé sur la situation patrimoniale et financière des époux et de statuer de manière efficace et plus juste sur les conséquences pécuniaires du divorce, notamment sur la prestation compensatoire.

Ce nouvel acteur judiciaire qu'est le notaire doit donc notamment se conformer aux règles et principes suivants :

• il doit avoir toujours présent à l'esprit que son travail doit aider à la prise de décision du juge en lui fournissant des évaluations, en listant précisément les points d'accord ou de désaccord, en apportant un avis juridique, en relatant les dires des parties et leurs positions respectives, en mettant en exergue les difficultés techniques et juridiques du dossier, en relatant aussi l'inertie ou la mauvaise volonté d'une partie, en émettant les réserves qu'il juge nécessaires sur les éléments qui lui ont été communiqués s'il les juge insuffisants ou incomplets ou inexistants de manière à ce que le juge puisse parfaitement appréhender le contexte matériel et psychologique de l'affaire ;

• il ne tranche pas ;

• il peut donner un avis juridique ;

• il doit rendre compte au juge du respect ou de la prorogation du délai imparti pour sa mission, des difficultés rencontrées liées à l'obtention de pièces, voire des difficultés techniques autres (problème d'évaluation d'un bien particulier) ;

• il peut contribuer (indirectement) au service public de la justice en aidant les parties à trouver des accords.

Si le notaire a toujours à l'esprit le fondement de son intervention, il pourra contribuer à une application efficace de la loi. En effet, si le travail du notaire tient compte de cette finalité et est précis, il contribuera à l'efficacité du fonctionnement de la justice soucieuse de déjudiciariser les conflits sur le divorce à tout moment. En effet, grâce au travail d'expertise :

• Le juge pourra d'ores et déjà trancher certaines difficultés avant d'attendre la liquidation après divorce (article 267-4 du Code civil revu après).

• Le juge aura en mains les éléments pour statuer sur une prestation compensatoire et éviter des débats ultérieurs sur celle-ci ou d'autres recours : éviter, par exemple, qu'une prestation compensatoire ne soit anéantie par la révélation après le divorce de créances entre époux ou de récompenses dans un état liquidatif dues par l'époux au profit duquel elle est prononcée et dont la compensation des droits en valeur reviendrait à annihiler totalement la prestation accordée.

La prise en compte des droits de chacun des époux dans la liquidation du régime matrimonial qui ne sont pas forcément égaux dans un régime de communauté du fait des récompenses permet au juge de pouvoir se déterminer en connaissance de cause sur le quantum de la prestation.

La valorisation d'actifs complexes par un professionnel et expert de la matière spécialement désigné, permettra au juge d'avoir une exacte connaissance des éléments et enjeux en présence de même que le notaire désigné dans ces affaires peut effectuer, limitent les risques d'action en recel ou d'action en responsabilité civile.

Ces objectifs de la réforme qui font du notaire l'auxiliaire du juge lui ont conféré un statut particulier et le dotent de pouvoirs spécifiques.

A-2 Le statut du notaire expert : un statut spécifique

Les règles régissant son statut sont relatées dans l'article 1136-2 du Code de procédure civile issu du décret du 23 décembre 2006. Cet article indique que :

> « les modalités de désignation ainsi que le déroulement de la mission du notaire désigné en application du 10° de l'article 255 du Code civil sont soumis aux dispositions des articles 233 à 237, 239, 245, 264 à 267, 273, 275, 276 et 278 à 280 du présent Code sans préjudice des règles applicables à sa profession. Si le notaire établit l'acte de partage, il en fait rapport au juge ».

A-2.1 Règles particulières relatives à sa nomination elle-même

La désignation du notaire doit être nominative, la société civile professionnelle ne peut être nommée. Le notaire doit remplir sa mission personnellement, un de ses associés ne peut le remplacer, ni l'un de ses collaborateurs (articles 278-1 et 233 alinéa 1 du CPC), cela serait une cause de nullité du projet d'état liquidatif. Il peut en revanche se faire assister par un collaborateur mais dont il vérifie évidemment le travail.

Il doit se récuser s'il était historiquement notaire des parties ou de l'une d'elle, voire même notaire de la famille de l'une d'elles ; et généralement il

ne peut être désigné lorsque lui-même ou son conjoint a des liens avec l'une des parties qu'ils soient familiaux, d'amitié ou financiers.

A-2.2 Application des règles de procédure civile

A ce titre le notaire expert doit essentiellement veiller au respect du principe du contradictoire ce qui comporte les obligations suivantes :

– il ne peut recevoir ou s'entretenir avec une partie en l'absence de l'autre,

– toutes les parties doivent avoir le même niveau d'information au même moment : les pièces doivent être communiquées et échangées entre les parties (en réalité par l'intermédiaire des avocats) et le notaire doit veiller à ce qu'elles le soient bien.

A cet égard, une difficulté pratique peut se rencontrer lorsque l'une des parties est assistée d'un avocat et l'autre pas. Il n'est pas question de refuser de recevoir celle qui est non assistée mais il faut lui recommander (par expérience professionnelle) de se faire assister. En effet, dans la pratique, on peut constater que la partie profane est peu rompue au respect du principe du contradictoire. Par ailleurs, les questions que le notaire expert est amené à lui poser peuvent entraîner cette même partie non consciente des enjeux ou conséquences juridiques à défendre une position qui ne lui serait pas avantageuse, voire dangereuse pour elle ; or, les déclarations formulées devant le notaire expert peuvent être reprises dans le rapport adressé au juge.

Ainsi, si elle est assistée d'un conseil, cette partie ne sera pas « *en première ligne* » lors des réunions d'expertise et elle pourra laisser son conseil répondre, ou prendre le temps de la réflexion pour répondre au notaire expert et lui adresser après la première réunion, un dire contenant sa position ou sa réponse.

Une autre difficulté peut se présenter au notaire expert, s'il lui apparaît qu'un point juridique important sur la liquidation du régime matrimonial n'est pas soulevé par les conseils des parties. Doit-il le soulever ?

Si un avantage matrimonial contenu dans un contrat de mariage peut être révoqué par l'un des époux par exemple, on peut imaginer aisément que l'époux qui peut le révoquer ne prenne pas position au moment de l'expertise ce qu'il n'est pas obligé de faire ou on peut imaginer qu'un conseil n'ait pas entrevu que cet époux a la possibilité de le faire (par exemple les clauses controversées de la participation aux acquêts) : dans ce cas il faut préconiser de soulever la difficulté. En effet, l'état liquidatif qui ne serait établi qu'au vu d'une seule hypothèse serait dépourvu d'utilité et le notaire, même « *s'il ne doit pas donner des cours de droit* » au cours de ses opérations, doit à notre avis mettre les parties en mesure d'appréhender également les difficultés techniques de la liquidation de leur régime matrimonial.

Imaginons maintenant, qu'un accord existe entre les parties sur la valeur d'un bien, qui apparaîtrait sous-évalué au notaire, circonstance dont elles auraient délibérément conscience mais qui, par exemple pour des raisons fiscales guideraient leur conduite, que faire ? La réponse paraît moins évidente. Il faut encore une fois recommander la transparence qui doit servir au débat judiciaire et le notaire devra dans ce cas indiquer son avis sur la valorisation si elle lui apparaît manifestement sous-évaluée.

« *Le procès est l'affaire des parties* » : elles doivent faire leurs demandes, les justifier, les chiffrer et les fonder juridiquement. A cet égard, elles doivent elles-mêmes se procurer les pièces voire effectuer les sommations de communiquer elles-mêmes. Sur ce point, un élément mérite à notre sens d'être souligné : le notaire expert n'est pas « *un inspecteur de police* », il n'a pas à se substituer à la partie qui aurait des suspicions et l'aider à réunir des preuves, sans qu'elle ne fournisse un commencement de preuve à l'appui de sa prétention. C'est aux parties de prouver ce qu'elles allèguent, or tout droit qui n'est pas prouvé, n'existe pas, cette règle est rappelé dès la première réunion. En revanche, le notaire peut prêter son concours pour obtenir des pièces si le secret professionnel est opposé au demandeur, et ce en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par le juge dans l'ordonnance de non-conciliation. Il peut également faire part au juge de la récalcitrance d'une partie à communiquer des pièces afin que ce dernier décide des suites à donner à cette défaillance (injonction de communication de pièces sous astreinte par exemple).

A-2.3 Deux exceptions existent par rapport à l'expert judiciaire

Deux règles ne sont pas applicables au notaire expert, ce qui le distingue de l'expert judiciaire.

• D'une part il peut donner un avis juridique, il s'agit d'un point très important et nécessaire. En effet, on ne conçoit pas qu'il n'ait pas cette prérogative, car nécessairement l'établissement d'un état liquidatif implique des choix entre les deux positions en présence et le notaire ne peut rendre un état liquidatif à double alternative sur chaque point juridique, cela reviendrait à rendre sa mission impossible car l'état liquidatif devrait alors contenir de multiples liquidations, les variantes possibles étant infinies. En effet, on note que l'article 238 alinéa 3 du Code de procédure civile a été exclu par le législateur du statut auquel le notaire est soumis. Toutefois, le notaire expert ne tranche pas, seul le juge a le pouvoir de trancher la difficulté juridique ; il ne donne qu'un avis qui ne lie aucunement le juge.

• Par ailleurs, le notaire peut concilier les parties contrairement au technicien expert. Il est logique que l'article 240 du Code de procédure civile habituellement applicable aux techniciens experts soit exclu du statut applicable

au notaire expert, car l'un des objectifs de la loi est de favoriser les accords entre époux. Or, les compétences et la culture du notaire peuvent largement y contribuer. A cet égard, il faut être vigilant et ne pas chercher à tout prix à concilier les parties au détriment de la mission expertale, ce n'est pas le but premier de sa mission. Il faut d'abord conduire les opérations d'expertise pour le juge. Si le contexte le permet et si le notaire pressent qu'un accord est envisageable, il peut y contribuer et tenter de le définir avec les parties et leurs avocats sans que cette recherche d'accord ne repousse de manière injustifiée le dépôt du rapport et les délais.

Si les parties en sont d'accord, il peut arrêter sa mission d'expertise et la transformer en mission amiable et recevoir l'acte de partage.

A-3 Un statut spécifique complété de pouvoirs renforcés pour le notaire expert

Le législateur a octroyé au notaire des pouvoirs spécifiques pour qu'il puisse mener à bien sa mission. Ses pouvoirs sont des pouvoirs extraordinaires, essentiellement des pouvoirs d'investigation (il ne faut pas oublier que le notaire est « *le bras armé du juge* » ou tout au moins « *son prolongement* »).

Ces pouvoirs sont définis à l'article 259-3 du Code civil

> « les époux doivent se communiquer et communiquer au Juge ainsi qu'aux experts et autres personnes désignées par lui en application des 9 et 10 de l'article 255 tous renseignements et documents utiles pour fixer les prestations et pensions et liquider le régime matrimonial mais aussi en vertu de l'alinéa 2 le juge peut faire procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse être opposé ».

Grâce à ces pouvoirs qui lui sont accordés sur délégation du juge dans l'ordonnance de non-conciliation, le notaire peut interroger tout tiers détenant des informations ou des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel ne puisse lui être opposé : ce peut être les établissements bancaires, les gérants de société, les confrères, l'administration fiscale etc.

Mais l'information considérée comme une des plus précieuses est celle fournie également par le fichier FICOBA Il s'agit du fichier informatique de l'administration fiscale des comptes bancaires qui révèle l'intégralité des comptes bancaires ouverts et clôturés sur le territoire français par une personne. L'interrogation systématique du fichier ne s'impose pas dans chaque dossier, c'est sur la demande d'une des parties qu'il convient de le faire. Il faut être en possession pour ce faire d'une ordonnance de non-conciliation mentionnant

expressément cette faculté et il faut que la mission du notaire soit toujours en cours dans le délai imposé par le juge, ou produire la décision de prorogation de mission du juge.

Il faut noter que l'interrogation de ce fichier peut parfois se révéler insuffisante, car en effet ce fichier ne révèle pas les comptes possédés par des sociétés, ni les comptes ouverts à l'étranger, ni les contrats d'assurance-vie. Par ailleurs, c'est un historique d'ouverture de comptes, donc les soldes des comptes bancaires n'apparaissent pas. Il faudra compléter cette interrogation avec l'interrogation de chaque établissement bancaire sur le solde des comptes. A ce sujet, remarque pratique, le notaire ne peut dans chaque dossier interroger une dizaine d'établissements bancaires, donc il est de bonne pratique de demander aux parties de le faire elles mêmes en leur qualité de titulaire et de n'intervenir qu'en cas de situation de blocage ou de difficultés.

Pour pallier les insuffisances des pouvoirs d'investigation, notamment en contexte international, le notaire expert peut faire remplir une attestation de patrimoine à chacune des parties dans laquelle figurent également :

– l'obligation de révéler tout bien possédé en France ou à l'étranger,

– toute information relative à des sociétés, comptes courants d'associés,

– et le rappel des règles applicables au recel de communauté, ce qui peut avoir un effet dissuasif pour les parties récalcitrantes à communiquer les informations.

Ci-après un modèle où chacun déclare, en conclusion, après avoir listé les éléments de son patrimoine :

> « Je certifie sur l'honneur ne détenir aucun autre compte ou valeur que ceux relatés plus haut sur le territoire français ou à l'étranger.
>
> J'ai été averti que dans le cadre de cette déclaration si une omission avait été faite sciemment je pourrais encourir les peines du recel civil c'est-à-dire que les sommes ou biens dissimulés au détriment de mon époux lui seraient attribués avant tout partage sans préjudice pour mon époux de solliciter des dommages et intérêts.
>
> Par ailleurs j'ai conscience que la présence éventuelle d'éléments erronés ou l'oubli de certains comptes pourrait valoir fraude au jugement si le juge aux affaires familiales fixait le montant d'une éventuelle prestation compensatoire sur ces éléments d'actif et de passif. »

Le notaire cependant ne peut contraindre les parties : ainsi en cas de carence d'une partie, le notaire fera uniquement part de ses difficultés au juge, qui pourra le cas échéant et à la demande de la partie la plus diligente ordonner certaines mesures visant à palier cette carence. Cette carence ne s'entend que pour la communication de pièces ou de dires. En effet, le notaire ne peut tenir de réunion en la présence d'une seule partie si l'autre

n'est pas représentée, et ce en raison du respect du principe du contradictoire ; dans ce cas, il doit se dessaisir de sa mission en indiquant qu'il ne peut la remplir.

Le notaire peut par ailleurs désigner un sapiteur s'il a besoin d'une expertise particulière d'un bien (collection de tableaux, sociétés intégrées), à condition d'en avoir la faculté dans l'ordonnance de non-conciliation. Le notaire est maître de l'organisation de ces opérations, bien entendu sous le contrôle du juge.

S'agissant des renseignements sur les actifs à l'étranger, il n'existe actuellement que des procédures de coopération entre juridictions des Etats signataires des conventions existant en la matière. Le règlement (CE) n° 1206/2001 du conseil du 28 mai 2001 entré en vigueur le 1er janvier 2004 permet au juge aux affaires familiales d'adresser une demande à l'autorité compétente de l'Etat requis qui a en principe un délai de 90 jours pour répondre, par voie de formulaire selon les conditions indiquées sur le site de l'atlas judiciaire européen.

La Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger organise également un système de coopération en vue de l'obtention de preuves pouvant être utilisé dans les conflits familiaux en utilisant les agents diplomatiques ou consulaires ; elle compte 44 signataires, dont des Etats qui ne font pas partie de l'Union Européenne comme les Etats-Unis ou la Chine [5]. Toutefois ces procédures sont très rarement utilisées par les juges.

B Contenu et déroulement de ces missions, collaboration et coordination des acteurs pluriels, relations du notaire expert avec les avocats et les confrères

Les développements ci-après mettent en exergue les spécificités de chacune des missions des articles 255-9 et 255-10 du Code civil et abordent quelques questions nées de la pratique de ces missions.

B-1 Le contenu des missions des articles 255-9 et 10 du Code civil confiées au notaire et leurs spécificités

Même si le notaire peut être nommé sur les deux fondements, il convient de différencier ces missions dans un souci de clarté.

B-1.1 L'article 255-10 du Code civil

La mission du notaire consiste à établir un projet d'état liquidatif et de formation des lots à partager. Sur le fond, il s'agit d'un acte que le notaire

(5) Actualité Juridique, *Famille* n° 10/2009, Dossier : *Divorce et transparence*.

a l'habitude de préparer et d'établir : il faut donc déterminer le régime matrimonial des époux, fixer la date des effets du divorce, avoir une évaluation actuelle des biens, faire les comptes de récompenses et de créances entre époux, faire les comptes d'administration.

La difficulté est liée ici souvent au contentieux existant dans le dossier. À ce titre, pour remplir sa mission, le notaire expert peut être amené :

– à effectuer une double liquidation en cas de désaccord sur la date des effets du divorce,

– à déterminer et fixer avec les parties et leurs conseils des méthodes de détermination de la valeur des biens : avis d'agences immobilières, ou saisine du service d'expertise immobilière des Chambres, ou d'un expert judiciaire,

– à s'adjoindre un sapiteur s'il apparaît au notaire qu'il n'aura pas les compétences techniques nécessaires pour valoriser un bien, exemple un expert comptable pour une société, commissaire-priseur.

Les autres particularités de cette mission sont les suivantes :

– Il ne s'agit pas de recevoir un acte notarié de partage produisant des effets juridiques mais d'établir un rapport, sorte de compte rendu au juge sur la liquidation possible du régime matrimonial des époux en présence, ce rapport comportant sur chaque élément de la liquidation :

- les points d'accord et de désaccords des parties,
- leurs positions juridiques respectives et les preuves apportées par les parties à l'appui de leurs prétentions,
- l'exposé des difficultés techniques juridiques, et l'avis de l'expert sur ces difficultés.

– le notaire désigné sur le fondement de l'article 255–10 du Code civil doit élaborer un état liquidatif comprenant accessoirement un projet de formation de lots à partager.

C'est un point difficile de sa mission, car bien souvent cette tâche est impossible tant les désaccords sont importants ou les biens difficilement partageables en nature. A ce sujet, il peut interroger les parties sur leurs desideratas quant à l'attribution de tel ou tel bien. Ce sera l'occasion pour elles de formuler des choix pratiques et concrets et d'entrevoir l'avenir. Cela peut constituer des premières pistes ou éléments de réflexion.

Il est vrai que cette obligation est plus facile à remplir lorsque le notaire est désigné sur le fondement des articles 255-9 et 10 du Code Civil car il est amené à se prononcer sur le règlement des intérêts pécuniaires des époux. Une liquidation plus globale avec éventuellement une proposition de prestation compensatoire donne plus de souplesse dans la formation de lots à partager.

B-1.2 L'article 255–9 du Code civil

Le juge dans l'ordonnance de non-conciliation peut désigner également sur le fondement de l'article 255-9 du Code civil un professionnel qualifié pour procéder à un inventaire estimatif du patrimoine des époux.

Ce professionnel qualifié peut être un notaire mais aussi tout homme de l'art dont l'intervention serait pertinente eu égard aux particularités du dossier en cause : ce pourra être un commissaire-priseur, un expert-comptable, un expert viticole ou un expert en droit de la propriété littéraire et artistique.

Cette mission est beaucoup plus large que celle de l'article 255-10 du Code civil, car elle englobe non seulement celle d'évaluer le patrimoine propre de chacun des époux, mais également celle de déterminer les revenus de toute nature des époux, et leurs droits comme les droits à la retraite. Il faut souligner un point important ; l'audit patrimonial nécessite au préalable la liquidation du régime matrimonial des époux.

Deux conséquences en découlent. Il peut être, parfois en cas de liquidation complexe, indispensable :

• de désigner également un notaire sur le fondement de l'article 255-10 du Code civil

• ou de désigner le notaire sur le fondement des deux articles 255-9 et 10 tout en lui accordant la faculté de s'adjoindre un sapiteur pour évaluer un bien particulier, ou faire des comptes détaillés et précis sur des périodes temporelles importantes.

En cas de désignation séparée de deux professionnels, se pose un problème d'organisation. De manière à coordonner les opérations, il est nécessaire de tenir l'autre professionnel régulièrement informé de l'état d'avancement de ses propres opérations et de se concerter sur l'obtention des informations, sur la méthodologie à adopter dans le dossier et sur la répartition des périmètres respectifs d'intervention. Il peut être à cet égard utile d'organiser des réunions communes.

S'agissant des propositions sur les règlements pécuniaires, il s'agit de faire des propositions essentiellement sur la prestation compensatoire. A cet égard pour accomplir cette mission, le notaire doit avoir présent à l'esprit qu'il s'agit de déterminer s'il existe ou non une disparité dans les conditions de vie respectives des époux liée à la rupture du lien conjugal, condition de la prestation compensatoire posée par l'article 270 du Code civil, cette disparité peut être en revenus ou en capital.

Le notaire doit donc étudier l'ensemble des critères posés par l'article 271 du Code civil et doit collecter les informations sur :

– la durée de mariage des parties, le nombre d'enfants,

– leur âge, leur état de santé, leurs qualifications et situations professionnelles,

– leurs ressources, leurs charges,
– leur patrimoine propre, et commun ou indivis,
– leurs perspectives d'avenir,
– leurs droits à la retraite.

Mais il faudra avoir également des éléments sur les causes de la disparité existant éventuellement entre les époux : l'arrêt de la carrière professionnelle de l'un est-elle un choix de couple ? Une décision personnelle ? La disparité est-elle liée à un niveau de fortune personnelle différent des époux ? Il s'agira de faire non seulement apparaître la disparité mathématique mais également les causes de cette disparité, éléments qui sont encore une fois indispensables au juge.

Le rapport rendu dans le cadre de cette mission devra donc comprendre deux parties :

– un projet d'état liquidatif fixant les droits des parties dans la liquidation du régime matrimonial,
– et un inventaire du patrimoine propre et des revenus des parties.

En conclusion, le notaire pourra formuler des propositions sur la prestation compensatoire sur son principe, ses modalités et donc sur un *quantum.*

A cet égard, certains notaires ne se prononcent pas sur un *quantum*, estimant que la prestation compensatoire est de la compétence exclusive du Juge. Dans ce cas, les experts en question formulent en général non pas de montant de prestation mais proposent des modalités possibles de prestation compensatoire optimisées compte tenu de la constitution du patrimoine en présence.

Rappelons cependant que le notaire expert ne formule que des propositions et que seul le juge a les pouvoirs de décision en la matière, ce qui signifie qu'il conserve toute sa liberté d'appréciation et peut tout à faire ne pas suivre les propositions de l'expert.

Il paraît important de mentionner la publication de méthodes d'évaluation de prestation compensatoire mises au point par certains confrères, magistrats ou experts mais il faut également rappeler que ces méthodes ne sont pas impératives et que même si elles sont développées et utilisées dans les dires des parties, elles ne sauraient s'imposer ni au notaire expert ni au juge [6].

Le notaire peut dans cette mission apporter une vraie plus-value, car il peut formuler des modalités d'attribution de prestation compensatoire s'intégrant de manière optimale tant civilement que fiscalement dans la liquidation du régime matrimonial et utiliser toutes ses compétences techniques.

(6) Revue *AJ Famille*, Dalloz, n° 9, année 2010

Il existe une spécificité du statut du notaire désigné sur le fondement de l'article 255-9 du Code civil : l'article 1136–1 du Code de procédure civile indique en effet que « *les modalités de désignation et de rémunération ainsi que le déroulement de la mission du professionnel qualifié sont soumis aux règles applicables en matière d'expertise* », ce qui rend applicable les dispositions communes du chapitre V sur les mesures d'instruction exécutées par un technicien (articles 232 à 248 du Code) et la section IV consacrée à l'expertise (articles 263 à 284-1 du CPC).

Ici, le notaire comme tout expert ne peut porter d'appréciations d'ordre juridique (article 237 CPC), ce qui est difficilement concevable, compte tenu de ce qui a été développé ci-dessus au sujet de l'article 255-10 du Code civil, et qui a justifié d'ailleurs l'exclusion de cette règle pour le notaire désigné sur ce fondement. Par ailleurs, l'article 240 du Code de procédure civile interdit au juge de donner au technicien mission de concilier les parties.

Mais n'oublions pas l'esprit de la loi, et, de l'avis général rien n'interdit au notaire intervenant dans ce contexte de faire des propositions pouvant déboucher sur un accord.

Ces missions mettent donc en présence les différents acteurs du procès judiciaire mais également d'autres auxiliaires de justice : autres techniciens et parfois d'autres conseils privés des parties : notaire, expert comptable personnel, fiscaliste.

B-2 Relations plurielles et séquencement d'un dossier d'expertise

Chacun a sa pratique des dossiers d'expertise, mais une présentation générale du déroulement d'un dossier est ci-dessous proposée, cette présentation étant bien entendu « *ni universelle ni exhaustive* ». Sans oublier cependant que si le notaire dispose d'une certaine latitude dans l'organisation de sa mission, il reste soumis au contrôle du juge à qui il doit rendre des comptes notamment en termes de délais et de difficultés.

Pour pouvoir mener à bien ce type de dossiers d'expertise, les notaires doivent organiser dans leurs structures d'exercice un service spécialisé dans la matière car ce sont des opérations longues, nécessitant un suivi rigoureux et une disponibilité pour les avocats intervenants et les Juges, et un suivi aussi des délais. Ils ne peuvent à eux seuls tenir les rendez-vous, effectuer le suivi et rédiger les rapports en sus de leur travail quotidien de généraliste et de chef d'entreprise. Il faut donc qu'ils soient assistés de collaborateur(s) spécialisé(s) en droit de la famille leur servant de relais.

B-2.1 Le notaire est le chef d'orchestre des opérations

Nommé par le juge, il doit coordonner toutes les opérations et tous les intervenants pour mener à bien la mission qui lui a été confiée.

Première étape, après la réception du dossier envoyé par le tribunal et l'acceptation de sa mission, le notaire organise une première réunion, en convoquant les parties par l'intermédiaire de leurs avocats respectifs ayant pris au préalable les disponibilités de chacun. Il ne s'agit pas de sommer les parties.

L'objectif de cette première réunion est :

– d'informer les parties sur le déroulement de sa mission et les principes la gouvernant, sur ce que le notaire attend d'elles, sur la nécessaire transparence du dossier et sur les pouvoirs dont il est investi

– et de dresser un contour des difficultés du dossier : en procédant à l'inventaire des biens, en fixant des méthodes d'évaluation et des délais, en posant les points d'accords et de désaccords.

Quel type de « *questions relationnelles* » peuvent se poser à ce stade ?

• Un avocat peut-il représenter son client qui ne souhaite pas venir ?

La réponse est affirmative en vertu du mandat de représentation général dont dispose l'avocat, toutefois cette situation n'est pas idéale car parfois l'avocat ne peut se substituer à son client lorsqu'il y a des réponses plus factuelles à apporter au notaire que des considérations juridiques. « *Seules les parties connaissent leur histoire de couple.* »

L'avocat pourra certes consulter son client après la réunion, et répondre par dire au notaire mais cela prive le dossier d'une « *certaine spontanéité* » des débats utile à la transparence du dossier.

• Une partie peut-elle faire intervenir d'autres conseils privés ?

La réponse est également affirmative à condition de prévenir l'autre partie.

• Quel est le statut et les pouvoirs d'un confrère intervenant aux côtés de l'une des parties ?

Dans ce contexte, le notaire est le conseil privé de l'une des parties, il effectuera des dires et déclarations pour son compte, il n'a aucune vocation à interférer dans la mission du notaire nommé et dans la rédaction elle-même du rapport. Il sera rémunéré en honoraires de conseil par son client. Le statut du notaire désigné dans ces missions ne lui est pas applicable, un notaire de famille pourra donc tenir ce rôle.

• Quid de la désignation de deux notaires pour un même chef de mission ?

Bien que cela complexifie l'organisation des opérations, il faut considérer, que dans ce cas, les deux notaires sont désignés conjointement de sorte que le statut est applicable aux deux, ils disposent des mêmes pouvoirs d'investigations et doivent élaborer le rapport ensemble. Il est recommandé, dans ce cas, pour optimiser le déroulement de la mission et la coordination que :

– les réunions soient effectuées en leur présence respective, qu'ils coprésident celles-ci,

– qu'un partage des tâches à accomplir soit déterminé préalablement entre eux,

– et que les parties en soient informées afin qu'elles sachent à qui communiquer les documents, les dires.

Il s'agit en réalité de désigner « *un chef du dossier* ».

• **Si un autre professionnel qualifié est désigné à côté du notaire**, les mêmes considérations d'organisation et de coordination s'imposent à l'exception du fait que chacun mène sa propre mission de manière indépendante et comme il l'entend. Le professionnel qualifié devra toutefois intégrer le projet d'état liquidatif du notaire, dans son rapport et pour rendre ses conclusions.

A l'issue de cette première réunion, les parties doivent communiquer un certain nombre d'éléments et de pièces dans les délais qui seront fixés par le notaire. Il est utile de leur communiquer, après cette réunion, une liste des pièces qu'elles doivent fournir. Pendant ce délai, le notaire peut être amené à effectuer ses propres investigations : interrogation de FICOBA, désignation d'un sapiteur, le temps est à la collecte des informations.

B-2.2 Le correspondant habituel du notaire expert est l'avocat.

L'avocat, après la réunion des documents, les transmettra au notaire, et effectuera les dires qu'il juge utiles au notaire. Tout transite par les avocats pour que le principe du contradictoire soit bien respecté. Le notaire ne peut recevoir directement les pièces de l'une des parties (ou dans ce cas il doit veiller à ce que ces pièces soient communiquées à l'autre partie soit en les renvoyant au conseil pour qu'il y procède, soit en les communiquant lui-même).

Dans cette phase de préparation, le notaire a pour correspondant l'avocat à qui il peut demander la communication d'éléments complémentaires, rappeler les délais. Durant cette période, le notaire peut devoir également demander une prorogation de délai au juge, lui rendre compte de ses difficultés sur l'obtention des pièces voire suggérer à l'avocat adverse de déposer une sommation d'avoir à communiquer, ou solliciter la demande de pouvoirs supplémentaires comme la faculté de désigner un sapiteur ou le pouvoir d'interroger FICOBA.

L'outil de communication entre le notaire et les avocats qui peut être très utile est l'établissement d'un prérapport qui mettra en exergue :

– les éléments manquants,

– l'absence d'éléments justificatifs à l'appui d'une demande ou la faiblesse des éléments communiqués à ce sujet au stade du prérapport,

– les positions développées par chacune des parties et les éléments de réponse à y apporter,

– les premières positions de l'expert,

– les chances de parvenir à un accord.

Un délai est fixé par le notaire lors de l'envoi de ce prérapport aux avocats pour qu'ils formulent des dires et lui communiquent les dernières pièces. Si les deux avocats le sollicitent, il peut être opportun de provoquer une nouvelle réunion soit pour redéfinir des points de méthodologie en cas de blocage du dossier, soit pour essayer de trouver un accord sur la base des éléments contenus dans le prérapport. Il faut souligner que le notaire a l'obligation de répondre aux dires des parties.

B-2.3 L'issue de la mission, le compte rendu au juge

La mission du notaire, sauf accord, s'achève par le dépôt du rapport d'expertise définitif. Après les derniers dires communiqués par les avocats, le notaire établit son rapport définitif qu'il adresse au juge, aux avocats et aux parties accompagné de sa demande d'évaluation de rémunération.

Deux points importants méritent d'être soulignés.

S'il n'y a pas eu d'accord, la mission du notaire est terminée, il ne doit plus lui être adressé de nouveaux dires. Le débat judiciaire reprendra alors.

Au sujet de sa demande d'évaluation de rémunération : elle est adressée au juge de la taxe avant tout règlement, ce dernier rendra alors une ordonnance de taxe ; et ce n'est qu'en possession de cette ordonnance que le notaire pourra réclamer le paiement de ses émoluments ou honoraires aux parties y compris celle qui n'a pas à régler (déduction faite des sommes consignées) en leur notifiant par lettre recommandée et en leur rappelant qu'elles peuvent effectuer un recours contre l'ordonnance devant le président de la Cour d'appel. La notification doit, en effet, obéir à certaines formes (article 713 du CPC).

Il faut également rappeler aux parties lors de l'envoi du rapport et de la demande d'évaluation de rémunération, qu'elles ont un délai de trois semaines pour faire leurs observations sur cette demande de rémunération auprès du service des expertises.

Sur la détermination de cette rémunération, celle-ci dépend du chef de mission. A ce sujet, il est de bonne pratique de remettre aux parties dès la première réunion une note sur les modes de rémunération du notaire.

• **Si le notaire est désigné sur le fondement de l'article 255-10 du Code civil**. Le décret du 16 mai 2006 a modifié le décret du 8 mars 1978 relatif au tarif des notaires. Le notaire perçoit, dans ce cas, un émolument proportionnel dégressif selon la valeur brute des actifs communs ou indivis à partager, pour l'essentiel il s'agit d'un émolument de 0,53625 % au-delà de 30 000 € (Décret du 21 mars 2007).

• **Si le notaire est désigné sur le fondement de l'article 255-9 du Code civil**. Dans ce cas, il est rémunéré de la même manière qu'un expert judiciaire, mais il ne peut recevoir directement d'une partie sous quelque forme que ce soit une rémunération même à titre de remboursement de débours si ce n'est sur décision du juge (article 248 CPC).

De manière générale, sauf exception le notaire doit attendre l'achèvement de sa mission pour être réglé. Il devra fournir une demande d'évaluation de rémunération qui est composée des éléments suivants :

– sa rémunération proprement dite : elle est fonction du temps passé dans le dossier affecté d'un tarif horaire qu'il fixe librement en fonction notamment de ses charges de structure, ceci rémunérant l'étude et l'analyse du dossier, les réunions, l'établissement du rapport (article 4 du tarif),

– ses frais (coût de photocopies, correspondances, etc.),

– et les débours s'il a fait appel à un sapiteur.

Le juge appréciera, ensuite, si la demande d'évaluation de rémunération du notaire est justifiée compte tenu notamment des diligences accomplies, de la qualité du travail fourni et du respect des délais (art. 284 al. 1 du CPC).

• **Si le notaire est désigné sur le fondement des deux articles 255-9 et 10.** Il y a deux chefs de mission, donc il est admis que les deux modes de rémunération se cumulent, sauf au notaire à considérer que les émoluments le rémunèrent assez et le conduisent à ne rien facturer au titre de sa rémunération d'expert nommé en 255-9 du Code civil.

Lorsqu'un accord est trouvé, cette question est développée ci-dessous dans la partie consacrée à la recherche d'accords entre les époux.

2 – Contribuant à la pacification du contentieux matrimonial

L'objectif de la réforme du divorce était, outre, l'aide apportée au juge, d'inciter les époux à aborder la question de la liquidation de leur régime matrimonial le plus tôt possible. C'est la raison pour laquelle le juge peut dorénavant dès l'ordonnance de non-conciliation désigner un notaire ou un professionnel qualifié, contrairement à l'ancien article 1116 du Code de procédure civile. Dans cet esprit, la réforme a donné la possibilité aux époux à tous les stades de la procédure de mettre en place des accords.

• **Quelles sont ces différentes possibilités ?**

– Une fois la requête déposée, le juge convoque les époux pour une ultime conciliation qui vise maintenant, en vertu de l'article 252 nouveau du Code civil à concilier les époux non plus seulement sur le principe du divorce mais aussi sur les conséquences du divorce.

– Les époux peuvent dès avant l'ordonnance de non-conciliation prendre certains accords et les soumettre au juge qui en prendra acte dans l'ordonnance de non-conciliation.

– La mission d'expertise qu'aura ordonnée le juge dès l'ordonnance de non-conciliation peut se conclure par la signature d'un partage.

– Par ailleurs, l'article 265-2 alinéa 1 du Code civil prévoit que « *les époux peuvent pendant l'instance en divorce passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial* ». Ces conventions ne sont pas soumises à l'homologation du juge et sont rescindables pour cause de lésion.

– Et enfin l'article 268 du Code civil dispose que « *les époux peuvent pendant l'instance soumettre à homologation des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce* ». Le juge après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés homologue les conventions en prononçant le divorce.

Ces dernières conventions ont un objet plus large que les conventions de l'article 265 du Code civil, elles peuvent concerner des mesures personnelles aux époux et ou des conventions financières comme la prévision d'une prestation compensatoire, ces accords même s'ils sont partiels ont été voulus par le législateur pour pacifier le divorce. Si l'accord est global, une passerelle vers un divorce par consentement mutuel sur le fondement de l'article 247 du Code civil sera préférablement utilisée.

L'article 257-2 du Code civil impose à l'époux demandeur au divorce que la demande introductive comporte une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux à peine d'irrecevabilité, qui doit préciser la composition des patrimoines actif et passif des époux, de la communauté, des biens indivis et elle doit aussi contenir des propositions d'attribution.

Donc l'intention du législateur est claire : les époux, dès le début de la procédure, sont invités à réfléchir aux conséquences de leur divorce et à en appréhender les éléments. A ce sujet, les mesures ordonnées par le juge sur les fondements des articles 255-9 et 10 du Code civil, constituent un terrain favorable à la conclusion d'accords pour préparer « *l'après divorce* ».

A L'expertise ou « *toutes les chances de parvenir a un accord avant-divorce* ».

L'expertise, opération menée sur le fondement des articles 255-9 et 10 du Code civil constitue un terrain favorable à la recherche d'accords. Après enquête informelle sur la pratique des dossiers d'expertise dans le ressort des juridictions parisiennes, menée auprès de correspondants avocats qui sont en « *première ligne* » dans la procédure, il peut être avancé qu'environ un dossier

sur deux de divorce contentieux parisien fait l'objet d'une mesure d'expertise ordonnée par le juge.

A l'étude et après enquête informelle auprès de quelques confrères, sur le nombre de dossiers d'expertises ouverts au cours d'une année :

– 25 % à 33 % des dossiers se concluent par un partage avant divorce.

– 50 % à 60 % des dossiers d'expertise qui reviennent devant le notaire expert après divorce se soldent par un partage sans devoir passer par la procédure de partage judiciaire.

Lorsqu'il y a eu une mesure d'expertise avant :

– les points litigieux de la liquidation sont connus des parties et elles ont eu le temps de réfléchir à des concessions,

– et la liquidation peut être envisagée de manière globale en incluant la prestation compensatoire ordonnée par le juge, et sur laquelle le débat est clos.

• Quelles sont les raisons de ce succès ?

Il faut avoir présent à l'esprit que le contexte de l'intervention du notaire et le déroulement de sa mission rétablissent un dialogue entre les parties dans un endroit neutre. Les parties, quelque soit leur état d'esprit, sont obligées de collaborer à la communication des informations, dans la formulation de leurs demandes et prétentions. Même si le dialogue peut rester conflictuel, il est renoué.

C'est la première fois que les parties se revoient depuis l'instance judiciaire et l'ordonnance de non-conciliation (qui peut être vécue brutalement). Cette ordonnance de non-conciliation statue sur les mesures provisoires affectant personnellement les époux sur le sort de leur cadre de vie : attribution du logement, garde des enfants. Le notaire a un vrai rôle à jouer dans la mise en place d'accords sur le partage tant de par ses compétences techniques et humaines, mais que favorise aussi le contexte de son intervention dans ces dossiers. En effet, vis-à-vis des parties, le notaire qui ne les connaît pas, a un statut de tiers impartial qui les amène à rechercher ou à collaborer à la recherche d'un accord. Le notaire est un interlocuteur pacificateur et neutre pour elles.

A ce sujet, il existe différentes techniques pour que les parties s'investissent dans les opérations, dont une mérite à notre sens d'être citée : il s'agit de celle décrite par Maître Pierre-Jean CLAUX [7] : le notaire expert peut demander à chacune des parties par l'intermédiaire de son conseil d'établir son propre état liquidatif sur la base de l'état liquidatif dressé par le notaire, puis de l'échanger avec l'autre et de reconvoquer une seconde réunion axée seulement sur leurs désaccords.

---

(7) Defrénois, 15-30 juillet 2008, n° 13, *Divorce : le notaire nommé expert au cours de la procédure*, Pierre-Jean CLAUX et Stéphane DAVID

• Par ailleurs, l'expertise peut tout simplement servir à lever les suspicions que l'un des époux peut avoir légitimement car il ne s'est pas intéressé au cours du mariage à l'aspect patrimonial et financier des relations du couple, ou car il n'a pas été tenu informé par son conjoint de ses affaires. Une fois ces suspicions levées, l'époux concerné peut vouloir chercher un accord.

• Parfois aussi, le contentieux est important mais ne porte, en réalité, pas sur la liquidation du régime matrimonial, le renouement d'un dialogue permet d'identifier les causes du contentieux et permet aux parties de prendre conscience que cela ne concerne pas les modalités de partage de leurs biens.

• Enfin, il se peut que les opérations d'expertise « *dégonflent la baudruche* », et que les parties ou que l'une des parties réalise(nt) que leurs (ses) demandes sont excessives, ou irréalisables compte tenu de la consistance du patrimoine des époux ou de leur niveau de revenus.

• Les parties, grâce à l'expertise, sont tout simplement informées de leurs droits dans la liquidation, et des règles juridiques applicables à cette liquidation.

Et cette liquidation du régime matrimonial contenue dans le prérapport, et le rapport va permettre aux époux :

– de connaître l'étendue et le montant de leurs droits, ce qui réserve parfois de grandes surprises à certains qui découvrent leur régime matrimonial semble t-il pour la première fois,

– de formuler des demandes et de connaître celles de l'autre,

– d'abandonner certaines revendications vouées d'avance à l'échec et partant de nombreux procès, faute de preuve pouvant être apportées à l'appui de celles-ci ou de fondement juridique,

– de réfléchir et d'élaborer des solutions concrètes de partage de leurs biens et de leur nouvelle organisation patrimoniale pour le futur,

– d'identifier les besoins et les possibilités financières de chacun,

– d'identifier un droit à prestation compensatoire.

L'expertise est donc un bon désarmorçage de difficultés.

Dès lors, si un accord est envisageable, le notaire expert peut-il y participer et à quelles conditions ?

Même si ce n'est pas l'objectif premier de sa mission, rien n'interdit au notaire de rédiger l'acte de partage, en cas d'accord express des parties et des conseils pour qu'il l'établisse. Bien entendu, si les parties ont un notaire de famille, il ne s'agit pas pour le notaire expert de « *capter* » cette clientèle, et il doit les renvoyer vers leur notaire.

Il s'agira alors pour le notaire de rédiger une véritable liquidation et un partage, sous condition du prononcé du divorce, il indiquera au juge que sa mission d'expertise est devenue caduque par suite de la conclusion de l'accord.

Dans ce cas il ne percevra pas ses émoluments d'expertise, mais des émoluments de partage, voire des émoluments transactionnels s'il a rapproché les parties, obtenu leur accord ou participer activement à l'obtention de cet accord, dans ce cas les émoluments sont doublés.

Si les parties ont un notaire de famille, ou si un notaire est intervenu à leurs côtés lors des opérations d'expertise, deux cas de figure :

– Si le confrère est le rédacteur de l'acte, le notaire expert devra lui communiquer le projet d'état liquidatif qu'il aura établi, ainsi que les pièces nécessaires à la rédaction de l'acte de partage et il percevra des parties les émoluments d'expertise qui lui sont dus sur le fondement de l'article 255-10 du Code civil même si son intervention est devenue sans objet compte tenu de l'accord.

– Si le confrère participe à la rédaction de l'acte, sans instrumenter lui-même : les émoluments de partage dus au « *notaire expert* » seront partagés conformément à l'article 64 du règlement national des notaires.

– Si le notaire est désigné sur le fondement de l'article 255-9 du Code civil et qu'un accord porte à la fois sur la prestation compensatoire et le régime matrimonial ces mêmes règles sont applicables.

– Si un accord partiel mais non global est trouvé sur la prestation compensatoire par exemple, le notaire doit informer le juge que sa mission est devenue sans objet, et lui adresser sa demande d'évaluation de rémunération sur ses honoraires, frais et débours.

Il se peut enfin qu'une fois le débat sur la prestation compensatoire tranchée et qu'un quantum a été fixé par le juge, les parties se rangent à la décision de ce dernier, et qu'elles procèdent tout de suite après le divorce mais avant ouverture des opérations de liquidation proprement dites elles procèdent au partage de leurs biens sur la base du projet d'état liquidatif établi par le notaire expert car l'état liquidatif en lui-même n'était pas un point de contentieux entre elles.

Quels sont sinon les avantages pour les parties, à défaut d'accord, d'avoir une expertise ?

Le projet d'état liquidatif, et le rapport aideront le demandeur au divorce à remplir l'obligation qui lui est faite par l'article 257-2 du Code civil (sous peine d'irrecevabilité) de joindre une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux à sa demande introductive d'instance.

L'expertise permet une meilleure information des parties et leur donne plus de prévisibilité dans les suites de leur procédure : elle leur permet, en effet, de cibler leurs demandes au juge, peut être d'abandonner certaines prétentions qu'elles vont juger par suite des conclusions du rapport inutiles, de connaître leurs droits pour quantifier une demande de prestation compensatoire, voire de pouvoir formuler des demandes de modalités d'exécution

du paiement de cette prestation intégrées dans la liquidation de leur régime matrimonial, et les informe des demandes et/ou proposition de l'autre époux(se).

Par cette meilleure information, les parties peuvent également vouloir aménager leur vie dans cette période ante ou post-divorce pour éviter certains écueils : se reloger pour ne pas avoir à payer d'indemnité d'occupation, tenir des comptes d'administration et garder les justificatifs, rechercher un emploi, anticiper et suivre une formation, demander la désolidarisation de comptes joints, ouvrir un compte bancaire séparé après l'ONC, démarcher des établissements bancaires pour connaître ses capacités d'emprunt s'il fallait verser une soulte contre l'attribution d'un bien dans le futur partage.

Cette meilleure information et cette prise de conscience peuvent être autant d'éléments permettant la mise en place et l'anticipation d'un accord.

Le projet d'état liquidatif peut servir aux parties au soutien d'une demande d'avance sur communauté ou sur indivision également (article 267-3 du Code civil). Donc, cette expertise n'est pas du temps perdu. Quand bien même elle n'aboutit pas à la conclusion d'un partage avant divorce, elle permet d'anticiper les difficultés de liquidation de l'après divorce : la loi a bien été conçue pour donner une chance à la survenance d'un accord à chaque stade de la procédure.

B L'expertise ou « *l'anticipation des difficultés de la liquidation post-divorce* »

Grâce aux opérations d'expertise, un certain travail d'inventaire, de valorisation est déjà fait pour le *notaire liquidateur*, qu'il faudra parfois juste réactualiser. Par ailleurs, il peut être demandé au juge par l'un ou l'autre époux avant le divorce de statuer sur des difficultés liquidatives et sur des désaccords persistants entre eux si le rapport contient des informations suffisantes (article 267-4 du Code civil). A ce sujet, il faut souligner l'importance des rôles et relations plurielles dans le « *nouveau divorce* » : plus le rôle de l'avocat sera efficace lors des opérations d'expertise (en formulant des demandes juridiques précises, en les étayant par des justificatifs ou même par des sources juridiques : jurisprudence, en répondant aux questions du notaire, en répondant aux dires de son adversaire, en formulant des dires au notaire sur son prérapport), plus le notaire pourra établir un rapport précis et complet reprenant les positions et les arguments des deux parties, contenant son avis sur la question, plus le juge aura des points précis et des difficultés qu'il pourra trancher et désamorcer pour l'après divorce. Le juge doit répondre aux prétentions formulées relativement aux points de désaccords et à certaines difficultés juridiques avant le prononcé du divorce (ainsi que le rappelle la circulaire du 18 juin 2010).

C'est une excellente disposition de nature à simplifier les opérations après divorce.

Si certaines difficultés sont tranchées par le juge, cela évitera les nouvelles discussions dans l'après divorce. En effet, on voit souvent réouverts les mêmes débats que lors des opérations d'expertise et chacune des parties vouloir refaire le rapport, après le divorce. Or ces décisions s'imposeront au notaire liquidateur quand la décision sera devenue définitive. Dans le meilleur des cas, si tous les désaccords ont été tranchés, il n'y aura plus d'obligation d'assigner en partage judiciaire, mais juste de faire exécuter la décision de justice et faire établir l'acte de partage.

L'état liquidatif va également permettre au juge qui devra statuer sur une éventuelle demande de prestation compensatoire d'avoir des éléments sur la liquidation. En effet, si le juge constate une disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie de chacun des époux, il fixera celle-ci selon les besoins du créancier et les ressources du débiteur au moment du divorce et dans un avenir prévisible. Or pour déterminer ces ressources et besoins, l'article 271 du Code civil précise que le juge prend en considération, parmi les différents critères : le patrimoine estimé ou prévisible des époux tant en capital qu'en revenus après la liquidation du régime matrimonial.

Au vu de l'état liquidatif et des points de désaccords qu'il pourra trancher, le juge pourra donc évaluer et fixer cette prestation et également statuer sur ses modalités au vu de la composition du patrimoine des époux.

C'est très important car les conséquences d'une procédure qui ne lie pas liquidation du régime matrimonial et prestation compensatoire peuvent être désastreuses. Qui n'a pas été confronté au cas où une prestation compensatoire a été prononcée sans que les problèmes liquidatifs n'aient été abordés devant le juge et après le divorce au moment de la liquidation le débiteur de la prestation fait valoir des droits à récompenses ou des droits de créance pouvant absorber cette prestation ?

Grâce au rapport d'expertise, le juge a pu ordonner précisément un quantum et des modalités d'attribution d'une prestation compensatoire, « *une sorte de prestation compensatoire sur mesure* ». Ces questions ne poseront donc plus de difficultés lors des opérations de liquidation puisque celles-ci devront intégrer la décision du juge en la matière.

Enfin, il faut noter qu'il y a absence de surcoût de l'expertise. En effet, si les parties saisissent le notaire qui a été désigné aux termes des articles 255-9/10 du Code civil pour les opérations de liquidation, les émoluments de partage qui seront exigibles si un acte de partage est établi au cours ou à l'issue des opérations de liquidation tiendront compte des émoluments d'expertise déjà perçus et il ne sera demandé que le différentiel à ces dernières.

La preuve la plus tangible du succès de cette « *méthode expertale* » dans le petit milieu des professionnels du divorce réside pour le rédacteur du présent article dans le fait qu'au sein de l'étude dans laquelle il travaille il est usuel d'être mandaté spontanément par des avocats (hors procédure judiciaire) pour effectuer ce travail (en suivant les préceptes précédemment décrits : justifications, revendications, demandes d'information à l'autre partie qui s'y soumet plutôt naturellement, confiante dans la légitimité du notaire chargé de ce travail et dans l'utilité des opérations).

Ce prétravail est optimisé par les nouvelles mesures applicables au partage après divorce qui visent à accélérer les délais du partage et donner au notaire commis les moyens de forcer l'inertie ou la mauvaise volonté des parties ou de l'une d'elles.

Ces mesures renforcent l'efficacité de la justice et diminuent le volume du contentieux, grâce notamment à la diminution des délais.

On sait que l'allongement des délais nourrit de manière inopportune les sources de conflits : demandes toujours nouvelles, obligation de réactualiser, nouveaux débats sur les valorisations, etc.

Propositions

• Systématisation de l'adoption de chartres entre magistrats, notaires et avocats pour harmoniser les pratiques de l'expertise dans les différents barreaux, pour prendre en compte les besoins de chacun de ces professionnels dans la pratique de leurs métiers et pour optimiser l'activité de chacun (existence de chartes à Bordeaux, en Seine-et-Marne, à Rennes par exemple).

• Permettre à l'expert sur délégation de pouvoirs de procéder à des investigations à l'étranger

• Confier au notaire expert la liquidation des Pacs et des indivisions par l'élaboration de projets liquidatifs en créant un cadre procédural préalable au contentieux de la liquidation.

Les relations plurielles dans le droit du divorce

Le rôle du notaire après le divorce

Nathalie DUGAUD

L'objectif de la loi du 26 mai 2004, complété par d'autres textes, ainsi que cela a déjà été évoqué dans le précédent article, est la « *déjudiciarisation du divorce* », mais c'est essentiellement un objectif qualitatif qui est poursuivi. En améliorant les procédures, on veut laisser la chance à des accords spontanés, voulus et déterminés par les parties. La liquidation du régime matrimonial est spécialement visée, l'objectif étant d'y parvenir et d'en optimiser le moment dans les procédures d'expertises décrites précédemment pour lier divorce et partage et terminer la procédure, en liant également cette liquidation à la prestation compensatoire pour globaliser les règlements après divorce et pour diminuer le contentieux de l'après divorce.

Toutefois, il arrive fréquemment que l'accord tant espéré n'ait pas été trouvé au moment du divorce, et il faut alors liquider le régime matrimonial des ex-époux une fois le divorce prononcé. L'objectif des réformes a été d'améliorer ces procédures, notamment en termes de délais. Ce souci d'efficacité et de rapidité est toujours présent et une application récente se trouve dans la loi du 12 mai 2009 (et la circulaire du 18 juin 2010) qui :

– confie au juge du divorce la liquidation du régime matrimonial,

– qui clarifie la saisine du notaire après le divorce,

– et qui impose encore aux parties une tentative de règlement amiable de partage en exigeant la démonstration de celle-ci avant de permettre une action en partage judiciaire.

Le notaire, dans ces partages après divorce, dispose de prérogatives importantes pour lui permettre de remplir les objectifs d'efficacité et de rapidité de la liquidation du régime matrimonial des époux. C'est ce rôle particulier du notaire qui sera étudié ci-après, ainsi que les relations plurielles auxquelles il est également confronté.

1 – Le notaire, acteur amiable

Liquider, c'est son métier, mais il s'exerce ici dans des conditions particulières.

Quelles sont les situations où il y a un partage judiciaire ?

– quand l'un des indivisaires refuse de consentir au partage amiable ou s'il élève des contestations sur la manière d'y procéder,

– ou lorsque l'un d'eux est incapable majeur, est présumé absent ou hors d'état de manifester sa volonté, ou défaillant.

A Fondement et contenu des nouvelles dispositions

Le décret d'application du 23 décembre 2006 de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités et la loi du 12 mai 2009 qui régissent dorénavant la matière ont simplifié la phase procédurale existant entre le jugement de divorce et l'instance en partage judiciaire. Pour s'en convaincre il convient de rappeler le régime pré-existant.

A-1 Le dispositif de la loi du 26 mai 2004

Il s'agissait de l'article 267-1 du Code civil issu de la loi du 26 mai 2004, dont la rédaction était la suivante :

> « Si les opérations de liquidation et de partage ne sont pas achevées dans le délai d'un an après que le jugement de divorce est passé en force de chose jugée, le notaire transmet au tribunal un procès-verbal de difficultés reprenant les déclarations respectives des parties.
> Au vu de celui-ci le tribunal peut accorder un délai supplémentaire d'une durée maximale de six mois. Si à l'expiration de ce délai les opérations ne sont toujours pas achevées, le notaire en informe le tribunal.
> Il établit, si les changements intervenus le rendent nécessaire un nouveau procès-verbal. Le tribunal statue sur les contestations subsistant entre les parties et les renvoie devant le notaire afin d'établir l'état liquidatif ».

Cela posait deux difficultés :

• La première : la loi prive le juge du divorce de sa saisine, et dès lors se posait la question des pouvoirs du tribunal commis par un juge dessaisi pour la phase de règlement amiable qui est située par définition hors contexte judiciaire.

• Par ailleurs la rédaction de l'article 267-1 du Code civil ajoutait encore d'avantage à la confusion, car à sa lecture l'on pouvait penser qu'une fois la tentative de partage amiable effectuée sans succès dans le délai d'un an, le procès-verbal de difficultés dressé par le notaire aurait suffi à saisir le Tribunal en vue du partage judiciaire sans assignation.

Pourtant ce texte ne dispensait pas d'assigner mais c'est une pratique qui a eu lieu pour simplifier la procédure en évitant aux parties de rédiger un acte introductif d'instance.

Désormais, l'ancienne pratique qui consistait pour le juge du divorce à ordonner la liquidation du régime matrimonial lors du divorce et à nommer le président de la chambre des notaires avec faculté de délégation n'aura plus cours. Cette pratique se fondait faussement sur l'article 1364 du Code de procédure civile qui permet au cours de l'instance en partage au tribunal, si la complexité de l'affaire le justifie, de désigner un notaire pour procéder aux opérations de partage et de commettre un juge pour surveiller ces opérations.

Quels étaient les pouvoirs de ce juge commis par une juridiction dessaisie pour suivre des opérations extrajudiciaires (tentative de règlement amiable) dépourvues de lien avec une mesure d'instruction l'instance étant éteinte ? Quelles auraient été les voies de recours contre ses ordonnances ?

Il y avait un vide juridique. Ce contexte était assez dérogatoire, les parties n'étaient plus demanderesses de leurs affaires, tribunal et notaire s'autosaisissaient, ce qui est contraire à tout procès. [1]

A-2 Le nouveau dispositif

Il y a eu d'abord le décret d'application du 23 décembre 2006 de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités qui a réorganisé ces liquidations en les soumettant aux règles procédurales régissant les partages successoraux amiables ou judiciaires, mais l'article 267-1 du Code civil était maintenu, donc le renvoi n'était ni total ni clair.

Les procédures de partage étaient unifiées mais il était maintenu un cadre procédural spécifique pour le divorce engendrant la confusion notamment sur le mode de saisine du Tribunal : la référence aux règles du partage judiciaire impliquait l'obligation d'assigner qui marquait deux procédures celle du divorce elle-même puis celle du partage judiciaire pour les époux ne voulant pas rester dans l'indivision, et la subsistance de l'article 267-1 du Code Civil pouvait laisser entendre que le procès-verbal de difficultés du notaire saisissait le tribunal.

La loi du 12 mai 2009 et la circulaire du 18 juin 2010 ont clarifié la situation. Désormais l'article 267-1 du Code civil issu de la loi de 2009 dispose que « *les opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux se déroulent selon les règles fixées par le Code de procédure civile* ».

Le juge ne peut donc anticiper sur un éventuel partage judiciaire, il peut uniquement en vertu de l'article 267 du Code civil :

– ordonner en prononçant le divorce la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux,

– et statuer sur des demandes d'avance, de maintien dans l'indivision ou

(1) Article de Monsieur le juge aux affaires familiales, Cyril ROTH, *AJ Famille*, avril 2010

des demandes d'attribution préférentielle.

Le nouvel article 267-1 est applicable aux demandes en justice formées à compter du 1er janvier 2010. Il s'agit encore une fois de ne pas ralentir les opérations de liquidation. Autre innovation importante de la loi de 2009 et du décret, ce n'est plus le Tribunal de Grande Instance qui est compétent pour la liquidation du régime matrimonial, c'est le juge aux affaires familiales, le même qui a prononcé le divorce ce qui vise à une meilleure administration de la justice car ce juge connaît le dossier.

La circulaire à cet égard précise que l'article 1070 du Code de procédure civile qui définit la compétence territoriale du juge aux affaires familiales s'applique à ses nouvelles compétences car le décret « *vise à permettre à un seul juge aux affaires familiales de connaître de l'ensemble de la procédure de séparation tout au long de son déroulement* ».

On peut relever l'influence de la Commission GUINCHARD dans l'attribution de cette nouvelle compétence du juge aux affaires familiales. Le magistrat du divorce, conscient qu'il connaîtra des difficultés de l'après divorce, utilisera de manière optimale les nouveaux outils permettant d'aboutir à une liquidation au moment du prononcé du divorce (conciliation, mesures d'expertise) ou à tout le moins d'éclairer, de clarifier et d'anticiper les problèmes de liquidation (utilisation de l'article 267-4 du Code civil, mesures d'expertise). [2]

Par ailleurs le décret du 17 décembre 2009 sur la procédure devant le juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivisions a modifié l'article 1136-1 du Code de procédure civile. Désormais, les demandes relatives à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des époux relevant de la compétence du juge aux affaires familiales obéissent aux règles de la procédure en matière contentieuse applicable devant le Tribunal de Grande Instance. Il s'agit donc d'une procédure écrite avec mise en état et représentation obligatoire.

Dans le même esprit, aucune demande en partage ne peut être effectuée à l'appui d'une demande en divorce, ainsi que le rappelle la circulaire.

Plusieurs raisons à cela :

• Le législateur a prévu avant toute demande en partage judiciaire, comme condition de démontrer l'échec d'une tentative amiable de partage (article 267-1 du Code civil et article 1360 du NCPC). En effet, la circulaire du 18 juin 2010 qui a clarifié les textes et pratiques, se fonde sur ces deux articles, l'article 267-1 renvoie aux règles du partage et l'article 1360 du Code de procédure civile précise que la procédure de partage judiciaire débute par une assignation.

(2) Article d'Eloi BUAT–MENARD, magistrat, *AJ Famille*, avril 2010

• Par ailleurs, les parties peuvent souhaiter de ne pas partager et rester en indivision. Les principaux textes du Code de procédure civile applicables relativement à ce qui vient d'être dit sont :

– l'article 1136-3 du CPC lequel dispose les règles du partage successoral sont applicables au partage des intérêts patrimoniaux des époux,

– et l'article 1360 du Code de procédure civile lequel précise que la procédure de partage débute par une assignation (cet article détaille également les éléments de l'assignation).

Puis l'article 1368 du CPC ne trouvera à s'appliquer que si un notaire est désigné par le juge aux affaires familiales statuant sur l'assignation en partage.

Cet article 1368 prévoit que « *dans le délai d'un an suivant sa désignation, le notaire dresse un état liquidatif qui établit les comptes entre copartageants, la masse partageable, les droits des parties et la composition des lots à répartir.* » Cette réforme a donc clarifié le rôle du notaire et séquencé les phases de son intervention dans la liquidation après divorce. Mais ces textes appellent également différentes précisions, dont une d'importance qui est relative à l'assignation et à son contenu puisque c'est par cet acte de procédure que tout commence.

Quel est le contenu de l'assignation ?

A peine d'irrecevabilité, l'assignation doit contenir un descriptif sommaire du patrimoine à partager et contenir les demandes du demandeur sur la répartition des biens, ainsi la preuve de diligences accomplies en vue de parvenir à un partage amiable.

Dans un premier temps, avant d'aborder le partage judiciaire lui-même, la phase de tentative de règlement amiable sera étudiée car plusieurs questions se posent en pratique sur cette période.

B La phase entre le jugement et l'assignation en partage : la phase de tentative de règlement amiable

B-1 Quels sont les acteurs de cette séquence et leurs pouvoirs ou responsabilités ?

Cette phase est très importante. En effet, la rapidité de l'assignation requiert des intervenants pluriels à la procédure, de la prudence et de la célérité : lettres officielles des avocats sur des propositions de partage, procès-verbal de difficultés du notaire qui reste un acte utile relatant précisant les points d'accords et de désaccords pour la suite de la procédure.

Que passe t-il après le divorce ?

– Soit les ex-époux veulent rester dans l'indivision et rien n'est fait.

– Soit ils veulent liquider et partager leurs biens.

Il faut donc, d'après les nouveaux textes, tenter une liquidation amiable.

Le notaire a tout naturellement un rôle à jouer tant en raison de ses compétences techniques sur la liquidation qu'en raison de ses qualités de médiateur dans la recherche d'un accord.

Pratiquement, les choses vont se dérouler ainsi depuis le 1er janvier 2010 : les ex-époux accompagnés ou non de leurs conseils vont saisir un notaire à cet effet puisque la désignation par le juge n'est plus possible.

Plusieurs observations :

B-1.1 Quels sont les pouvoirs du notaire ?

Il n'en a aucun si ce n'est d'utiliser un pouvoir de persuasion en expliquant que le partage judiciaire peut être une procédure longue, complexe, coûteuse et éprouvante sur le plan relationnel. Il convient d'ailleurs de rappeler aux parties engagées dans des voies judiciaires qu'elles peuvent les abandonner à tout moment (article 842 du Code civil).

Mais le notaire ne peut convoquer ou sommer les parties, il ne peut procéder à des investigations, cette phase reste l'affaire privée des parties, le notaire n'a pas de pouvoir coercitif. De même le notaire n'a pas à prendre l'initiative de quoique ce soit et convoquer les parties car il n'est plus désigné par le juge ou le président de la chambre des notaires. Donc cette phase n'existe que pour autant que les parties le veulent, ou s'y prêtent pour pouvoir assigner après.

Il peut en cas de réussite de la tentative de liquidation amiable, établir et recevoir l'acte de partage.

B-1.2 Quelle valeur ajoutée peut-il apporter dans cette phase de procédure, s'il ne parvient à diriger les parties vers un partage amiable ?

Il pourra attester que des tentatives ont été effectuées. Son intervention pourra aider les parties à la mise en place du descriptif du patrimoine à partager exigé pour l'assignation et aider le demandeur à la procédure à formuler ses intentions et demandes quant à la répartition des biens, en fonction des diligences qui auront été sans doute accomplies lors de la tentative de règlement amiable.

S'il n'y a pas eu d'expertise au cours de la procédure, l'intervention du notaire permettra aux parties de connaître le montant de leurs droits dans la liquidation, voire les faire prendre conscience des chances de succès ou d'échec de certaines de leurs demandes tant sur le plan du fondement juridique que sur le plan du droit de la preuve.

Il pourra établir un procès-verbal ou un acte contradictoire sur les points d'accords ou de désaccords qui sera quand même utile au Juge pour les suites de la procédure.

B-1.3 Quels problèmes vont se poser en pratique ?

Le problème est celui du temps consacré à cette tentative de règlement

amiable. Cette phase n'est pas encadrée par un délai. Toutefois la plupart des praticiens estiment qu'un délai entre 6 mois et un an suffit [3].

B-1.4 Ecueils à éviter

S'il y a eu une mesure d'expertise au cours de la procédure, mieux vaut retourner devant le notaire qui a rédigé le rapport car il connaît bien le dossier, et c'est un réflexe assez naturel qu'ont les parties dans la pratique.

Toutefois le risque pour ce notaire c'est que les parties replaident le rapport devant lui. Et alors s'ouvrent plusieurs problématiques :

– On ne voit pas comment le notaire qui a établi le rapport contenant la liquidation avant l'ordonnance de non-conciliation, sans se renier, reviendrait totalement dessus (sauf erreur matérielle, nouvelle donnée qui lui manquait et réactualisation nécessaire à faire de l'actif et des comptes d'administration).

– Pour les simples réactualisations, les mêmes problèmes réapparaissent. Les parties ne vont pas s'entendre sur la valeur actualisée du bien immobilier par exemple. Le notaire ne peut imposer quoique ce soit car il n'a ni les pouvoirs du notaire expert ni ceux du notaire commis en partage judiciaire.

Il faut préconiser deux attitudes :

– L'une consistant à collaborer à la recherche de l'accord, une bonne pratique est d'établir une double liquidation avec chaque position maximaliste des parties afin qu'elles puissent déterminer l'enjeu chiffré de ce qui les sépare.

– l'autre qui consiste à ne pas laisser trop perdurer cette phase amiable pour éviter au contentieux de se re-nourrir : deux réunions constituent une bonne base de réflexion et le temps nécessaire aux parties pour réfléchir, effectuer des propositions et des concessions.

Ces difficultés post-divorce mettent en évidence l'importance de l'utilisation de l'article 267-4 du Code civil et d'avoir un maximum de points déjà tranchés par le juge. Reste toutefois le fait que sur les questions de valorisation des biens les juges essaient de ne pas trancher et figer des valeurs qui risqueraient en cas de partage après divorce tardif de soulever de nouvelles difficultés.

Le notaire peut avoir une autre difficulté dans sa mission : il semble difficile de s'éloigner des éléments, (sauf à les réactualiser s'il y a besoin), dont le juge a disposé lorsqu'il a statué sur la prestation compensatoire compte tenu de l'autorité de la chose jugée attachée à la fin de la procédure.

Comment conceptualiser par exemple qu'une prestation compensatoire accordée à l'épouse alors qu'elle avait des droits de 100 au vu des éléments transmis au juge puisse conserver l'autorité de la chose jugée et sa pleine signification si dans le partage définitif elle n'a que 30 ?

---

(3) Article de Jacques COMBRET, Nathalie BAILLON-WIRTZ et Olivier GAZEAU, *AJ Famille*

C'est un des écueils que soulignait Eloi BUAT-MENARD [4].

Ce cas de figure révélerait une mauvaise appréciation de la prestation compensatoire. Or, le magistrat de la liquidation aura-t-il le courage de se déjuger, s'il a mal apprécié la liquidation lors de l'évaluation de la prestation compensatoire ? A l'inverse le notaire peut-il s'éloigner de l'appréciation qui a été faite ?

S'agissant des délais de la procédure, la mesure d'expertise fondée sur 255-9 ou 10 du Code civil ordonnée par le juge avant le divorce est un facteur de gain de temps, car pour que les parties transigent après le divorce il est nécessaire qu'elles connaissent l'évaluation de leurs droits or ce pré travail aidera à trouver un accord plus rapidement car elles auront déjà une idée de ceux-ci.

Certes s'il n'y a pas eu d'expertise avant, ce sera le travail du notaire alors « *tentateur de l'amiable* » mais l'expertise peut faire gagner un temps précieux et le temps joue souvent en faveur de la liquidation car lors de cette phase après divorce :

– le débat sur la prestation compensatoire a été tranché,

– les parties ont une idée de leurs droits au vu du rapport d'expertise déposé pendant la procédure : cette conjonction d'éléments favorise l'obtention d'accords immédiatement après le divorce.

B-1.5 Le problème de la rémunération

Si aucun acte de partage n'est rédigé, le notaire n'a droit à aucun émolument pour cette tentative de règlement amiable, sauf à convenir avec eux d'un honoraire sur le fondement de l'article 4 du décret du 8 mars 1978 sur le tarif des notaires.

B-2 Questions pratiques : comment démontrer l'échec de la tentative amiable et les problèmes d'application de la loi dans le temps ?

B-2.1 La rédaction d'un écrit pour démontrer l'échec de la tentative

Il n'y a aucune obligation particulière en la matière. Mais les parties pour l'assignation devront démontrer l'échec de ces tentatives.

Il peut donc être utile de dresser un procès-verbal de difficultés pour démontrer l'échec de la tentative amiable, mais en réalité ce procès-verbal (qu'il ne faut pas confondre avec le procès-verbal de difficultés établi dans le cadre du partage judiciaire accompagnant l'état liquidatif du notaire) est surtout l'occasion de lister les antagonismes des parties pour faciliter les opérations

(4) Article d'Eloi BUAT–MENARD, magistrat, *Le partage du régime matrimonial devant le juge aux affaires familiales : état des lieux au lendemain d'une réforme*, AJ Famille, avril 2010

après assignation et procurer un maximum d'information au juge dès l'assignation.

Cependant cela n'est pas nécessaire pour autant, et si une partie souhaite assigner tout de suite après que le jugement de divorce soit devenu définitif, elle peut le faire en joignant des preuves de tentative de règlement amiable antérieures comme par exemple des propositions contenues dans lettres d'avocats, ou une simple attestation du notaire indiquant qu'à l'issue de X rendez-vous les tentatives de règlement amiable ont échoué (on peut imaginer cette simple attestation dans les cas où le notaire avait établi un rapport d'expertise, où il n'a pas été demandé au Juge de trancher les difficultés et où les parties replaident leurs positions sur ce rapport devant le même notaire). En effet rien n'impose d'après l'article 1360 du CPC que les diligences soient postérieures au divorce [5].

B-2.2 Problème de l'application des nouvelles dispositions dans le temps

Rappel préalable du contexte : le jugement de divorce est rendu, aucun notaire ne peut être désigné ni dans le jugement ni par le président de la chambre des notaires, s'ouvre alors la phase de la tentative de règlement amiable, puis l'assignation en partage judiciaire par les parties si aucun accord n'a été trouvé.

Il convient donc de procéder par assignation, depuis le 1er janvier 2010, devant le juge aux affaires familiales même si le divorce a été prononcé avant.

S'agissant des assignations en partage formées avant cette date ; la réforme sur les attributions du JAF n'avait pas eu lieu ; c'est le Tribunal de Grande Instance qui était saisi et était compétent. Il le reste selon la procédure antérieurement applicable : notamment pour les instances introduites avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006 [6].

Mais il peut y avoir également des problèmes d'application de la loi dans le temps relatifs à la saisine du notaire, aux missions en cours et ceci est d'autant plus important qu'il y a eu deux lois en 2006 et en 2009 modifiant l'article 267 du Code civil. Il faut donc distinguer les périodes suivantes.

• Le notaire a été désigné entre le 1er janvier 2005 et le 31 décembre 2006.

En principe 18 mois au plus tard après le divorce, le juge devait avoir été mis en mesure de trancher les difficultés et de renvoyer pour partage au notaire. S'il arrivait que ce partage n'ait pu être signé à ce jour du fait de la

(5) *Liquidation et pouvoirs du JAF : une circulaire discrète mais ferme !,* Jérôme CASEY, Gazette du Palais, 11 septembre 2010

(6) *La semaine juridique notariale et immobilière*, 25 mars 2011, n° 12, Etude de Jacques COMBRET, Nathalie BAILLON WIRTZ et Olivier GAZEAU

carence des parties ou pour d'autres raisons : il faudrait conseiller aux parties de « *donner un cadre procédural clair à leurs désaccords* » et assigner vite en partage judiciaire.

• Situation en toujours en cours où le notaire a été désigné entre le 31 décembre 2006 et le 31 décembre 2009.

Les règles du partage judiciaire étaient déjà applicables, le juge du divorce vidait sa saisine avec le divorce et seul le Tribunal de Grande Instance pouvait statuer sur les difficultés liquidatives sur assignation. Si la situation est toujours bloquée à ce jour, il faut indiquer aux parties qu'elles doivent assigner en partage judiciaire le plus rapidement possible.

• Si le notaire est désigné depuis le 1er janvier 2010 selon des pratiques anciennes soit par le juge soit par le président de la chambre des notaires, cette nomination ne légitime aucun rôle officiel du notaire et il ne dispose d'aucun pouvoir, tout au plus peut-il recevoir les parties et leur expliquer les nouvelles dispositions et s'engager dans une tentative de règlement amiable avec elles si elles le veulent. Mais les parties demeurent libres de rester dans l'indivision ou de choisir un autre notaire.

Une fois l'échec de la tentative amiable, les parties pour continuer les opérations liquidatives doivent assigner. S'ouvre alors la phase du partage judiciaire.

2 – Le rôle du notaire dans le partage judiciaire

Cette phase débute avec l'assignation et la saisine du juge aux affaires familiales. Il convient de décrire les deux procédures possibles :

• Les dispositions combinées des articles 267-1 nouveau, 1476, 1542 et 1578 du Code civil et de l'article 1136-2 du Code de procédure civile conduisent à appliquer au partage du régime matrimonial consécutif au divorce le droit commun du partage successoral.

• Il faut également se référer à la réforme du partage issu de la loi du 23 juin 2006 applicable aux indivisions non partagées au 1er janvier 2007.

La procédure de partage judiciaire est donc régie par les articles 816 à 834, 840 à 842 du Code civil et les articles 1359 à 1378 du Code de procédure civile.

La définition du partage judiciaire figure à l'article 840 du Code civil :

> « le partage est fait en justice lorsque l'un des indivisaires refuse de consentir au partage amiable ou s'il s'élève des contestations sur la manière d'y procéder ou de le terminer ».

A La procédure du partage judiciaire simple et complexe et le rôle du notaire

Il existe deux types de procédures, qui sont applicables même si le divorce est antérieur au 31 décembre 2009 et si un notaire a été commis et a commencé les opérations. L'article 1364 du Code de procédure civile conditionne, en effet, l'application de la procédure complète comprenant la désignation d'un notaire liquidateur et d'un juge commis à la complexité des opérations à réaliser.

A-1 Description des deux types de procédure

A-1.1 La procédure simplifiée : articles 1361-1363 du CPC

Dans ce cas le juge ordonne le partage ou la vente par licitation si les époux sont capables ou représentés (article 1361 al 1er du CPC). Lorsque le partage est ordonné, le juge/tribunal peut désigner un notaire pour dresser l'acte constatant le partage (article 1361 al 2 du CPC) mais la désignation du notaire est facultative sauf la présence d'actif immobilier, et *le notaire ne procède pas aux opérations de liquidation/partage mais rédige seulement l'instrumentum*. Si une des parties refuse de signer l'acte de partage établi par le notaire, l'époux le plus diligent devra saisir le juge aux affaires familiales aux fins de l'homologation de l'acte. Un expert peut être désigné par le juge pour procéder à l'estimation des biens ou proposer la composition des lots à répartir (article 1362 du CPC). S'il y a lieu au tirage au sort des lots il est réalisé soit devant le notaire commis sur le fondement du second alinéa de l'article 1361 du Code de procédure civile ou devant le président du Tribunal de Grande Instance. Si une des parties est défaillante et que le tirage au sort a lieu devant le Président du Tribunal de grande instance, il peut désigner d'office un représentant (article 1363 du CPC). Cette procédure a un champ restreint car elle suppose qu'il n'y ait pas d'opérations de liquidation à réaliser : il s'agira soit de situations très simples soit de cas dans lesquels les opérations de liquidations ont déjà eu lieu et sont consignées par exemple dans un procès-verbal de difficultés ou dans l'assignation.

Là encore on peut constater l'importance des rôles à jouer par les acteurs judiciaires : plus les opérations de liquidation auront été anticipées plus la procédure de partage judiciaire sera simplifiée, cela vaut pour le notaire mais également pour les avocats qui devront pour préparer leur assignation avoir un projet le plus élaboré possible de liquidation.

Cette procédure simplifiée implique que les obstacles au partage puissent être surmontés au moyen des mesures énumérées par les articles 1361 à 1363 du Code de procédure civile, si par exemple, le litige ne porte que sur l'estimation des biens ou la composition des lots, pour le cas aussi de la

défaillance d'une partie ayant auparavant accepté l'état liquidatif établi par le notaire ou encore s'il y a un litige sur l'attribution du seul bien à partager.

A-1.2 La procédure complète : articles 1374-1376 du CPC

Si la complexité des opérations le justifie, le tribunal désigne un notaire pour procéder aux opérations de partage et commet un juge pour surveiller les opérations (article 1364 alinéa 1 CPC). Pour autant ce sont les parties qui choisissent le notaire, ce n'est qu'à défaut d'accord que le tribunal le désignera et ce sans faculté de délégation ; la désignation par le président de la chambre des notaires n'aura plus lieu. Depuis le 1er janvier 2010 le JAF exerce seul les fonctions avant dévolues au tribunal il exercera les fonctions de juge commis sans se commettre lui-même. Le notaire est donc l'homme de la liquidation dans ces opérations complexes, car sa désignation par le juge est ici impérative.

Quel est ici le rôle du notaire ?

Le notaire doit établir un état liquidatif comprenant les comptes entre les copartageants, la masse partageable, les droits des parties et la composition des lots à répartir, dans un délai d'un an à compter de sa désignation (article 1368 CPC).

Le procès-verbal est son moyen d'action : il faut ouvrir les opérations sans tarder pour pouvoir respecter le délai d'un an avec un procès-verbal d'ouverture des opérations, puis il peut y avoir des procès-verbaux de continuation des opérations et enfin si les parties ne sont pas d'accord pour signer l'état liquidatif qu'il aura établi : un procès-verbal de difficultés reprenant les dires des parties sur l'état liquidatif qu'il aura établi.

Déroulement de la procédure jusqu'au partage.

En cas d'accord des parties, le notaire établit l'acte de partage et en informe le juge qui clôture la procédure (article 1372 du CPC). Mais à défaut d'accord entre les parties, le notaire transmet au juge aux affaires familiales, juge commis, un procès-verbal reprenant les dires respectifs des parties ainsi que le projet d'état liquidatif qu'il a établi (article 1373 alinéa 1 du CPC).

Le juge peut alors tenter une ultime conciliation avec les parties et le notaire (article 1373 alinéa 3 du CPC). Il peut aussi ordonner toute expertise, car il exerce la mission de juge de la mise en état. A défaut de conciliation, le juge doit faire rapport au tribunal des difficultés révélées par le procès-verbal du notaire. Avec la réforme, se pose la question de l'utilité du rapport du juge aux affaires familiales à lui-même, toutefois si le rapport a pour finalité de faire le bilan à l'audience pour tous de la manière dont se présente l'affaire la formalité du rapport peut toujours se justifier. Puis en

application de l'article 1375 alinéa 1 du Code de procédure civile, le JAF statue sur les points de désaccords.

Si l'état liquidatif est conforme à la décision rendue, le juge l'homologue et ordonne s'il y a lieu le tirage au sort des lots devant lui ou devant le notaire commis (article 1375 alinéas 2 et 3 du CPC). Si l'état liquidatif n'est pas conforme à sa décision, il renvoie les parties devant le notaire pour qu'il établisse l'acte de partage en conformité avec la décision rendue (article 1375 alinéa 2 du CPC), cet acte devra être soumis à nouveau au juge aux affaires familiales pour homologation et pour qu'il ordonne le tirage au sort des lots. Le juge pourra également dans les conditions qu'il détermine ordonner la vente par adjudication des biens non facilement partageables ou attribuables (article 1377 alinéa 1er du CPC).

B La loi confère des droits et des devoirs au notaire liquidateur pour respecter ses objectifs d'efficacité

B-1 Ses pouvoirs

Il s'agit là de pouvoirs exorbitants de son activité traditionnelle où il est saisi de manière amiable par ses clients. Mais c'est encore un cadre exorbitant de l'expertise judiciaire où même s'il dispose de pouvoirs importants, il ne peut imposer une expertise aux parties et doit rechercher leur collaboration avec vraiment en cas de situation de blocage un recours au juge pour nommer un sapiteur par exemple ou inciter l'avocat demandeur à demander une injonction de communication de pièces. Au pire, si une partie est défaillante totalement ou partiellement, le notaire expert, afin de ne pas retarder les opérations rendra un rapport partiel au vu des éléments communiqués que par l'une des parties en faisant part au magistrat de ses difficultés pour que ce dernier appréhende justement la situation et décider de la suite à donner ou des conséquences à prendre face à cette défaillance.

Il convient de souligner que ce rapport d'expertise ou cette mesure ne peut avoir de conséquences directes sur la liquidation, sauf si le juge tranche certaines difficultés, mais il donne juste au Juge la mesure de l'étendue du patrimoine des époux et lui permet de se prononcer sur une prestation compensatoire.

Le notaire doit établir un état liquidatif qui pourra au bout de la procédure être homologué par le juge, et les lots formés et attribués ; c'est donc une liquidation qui au final s'imposera coûte que coûte aux parties. Le notaire commis dans la procédure complète du partage judiciaire, une fois nommé dispose, de l'*impérium*.

Le notaire agira avec ou sans le concours des parties, mais il avancera dans sa mission à cet égard, il peut :

– Aux termes de l'article 1365 du CPC, convoquer les parties et leurs avocats (par lettre recommandée ou exploit d'huissier).

– Leur demander la production de tout document utile à sa mission.

– Solliciter du juge commis toute mesure de nature à faciliter sa mission (article 1365 al 2 du CPC) ; à cet égard il peut demander la communication de pièces sous astreinte, faire des injonctions aux parties.

– S'adjoindre un expert choisi par les parties ou désigné par le juge (article 1365 al 3 du CPC).

Enfin, en vertu de l'article 1366 du CPC, il peut demander au juge commis de convoquer les parties en sa présence pour tenter une conciliation.

B-2 Ses devoirs

Cette mission est personnelle. Il doit respecter le principe du contradictoire. S'il établit un partage amiable il doit en informer le juge qui clôturera la procédure. Il doit demander une prorogation de délai s'il n'établit l'état liquidatif dans le délai d'un an à compter de sa désignation. Cette prorogation ne pourra dépasser un an (article 1370 du CPC). Il agit sous contrôle du juge qui pourra lui adresser des injonctions, voire même le remplacer. Il doit rendre compte au juge de ses difficultés. A défaut d'accord entre les parties, le notaire transmet au juge un procès-verbal reprenant les dires respectifs des parties ainsi que le projet d'état liquidatif qu'il a établi (article 1373 alinéa 1). Enfin, le notaire ne tranche pas le litige, il n'appartient qu'au juge de trancher les difficultés.

Propositions

Un magistrat a émis l'idée de l'existence possible d'un partage judiciaire simplifié concomitant au divorce [7].

Imaginons un état liquidatif rédigé par un notaire dans le cadre de l'article 255-10 du Code civil contenant des informations suffisantes, mettant en exergue les points d'accord et de désaccord entre les parties, le partage judiciaire simplifié se déroulerait ainsi :

- Requête en divorce.
- Tentative de conciliation.
- Ordonnance de non-conciliation désignant le notaire.
- Assignation en divorce et conclusions en défense comportant chacune une proposition de règlement du régime matrimonial, projet du notaire sériant les points de désaccords.

(7) Article d'Eloi BUAT–MENARD, magistrat, *Le partage du régime matrimonial devant le Juge aux Affaires Familiales : état des lieux au lendemain d'une réforme*, AJ Famille, avril 2010

• Jugement de divorce statuant sur les désaccords persistant entre les parties (utilisation de l'article 267-4 du Code civil) et renvoyant celles-ci devant le notaire pour qu'il établisse l'acte de partage,

• S'il n'y a pas d'accords sur les attributions il faudra assigner l'autre partie en partage judiciaire. Mais il faut souligner là encore l'indispensable harmonie de l'intervention des différents professionnels du droit à ce niveau, car ce partage judiciaire simplifié ne sera possible que si le notaire a listé le plus précisément possible les points d'accords et de désaccords dans son rapport d'expertise, que si les avocats ont conclu de manière précise pour que le juge tranche sur le fondement de l'article 267-4 du Code civil et que si les juges usent bien de cette prérogative.

Toutefois même si la collaboration en amont a bien eu lieu notamment par l'utilisation de l'article 267-4 C. civ. tel que relaté ci-dessus, il se peut qu'un partage judiciaire aussi simplifié ne puisse avoir lieu, or la collaboration ne doit pas s'arrêter là. L'exigence d'une coordination étroite entre les acteurs judiciaires reste primordiale dans la procédure du partage judiciaire, c'est ainsi que :

– plus les notaires établiront des procès-verbaux complets reprenant tous les points posant problèmes dans la liquidation, plus il existera de cas où seule une décision de justice sera nécessaire pour les trancher et les délais se trouveront raccourcis pour parvenir ensuite à l'établissement de l'état liquidatif,

– plus la collaboration sera interactive entre les notaires et les juges en cas de difficultés, plus les opérations iront vite et les nœuds dénoués, il faut donc que les notaires n'hésitent pas à faire part aux juges de leurs difficultés afin de ne pas tarder sur des situations de blocage.

A cet égard, il paraît important de relever l'existence de certaines chartes établies par certaines chambres des notaires pour formaliser et uniformiser leurs pratiques. Ces chartes sont élaborées entre magistrats, notaires et avocats, on peut citer l'existence de tels documents de travail à Bordeaux, Rennes, en Seine-Saint-Denis et en Seine-et-Marne.

Il est difficile d'avoir du recul, compte tenu du caractère récent de la réforme et de formuler de nombreuses propositions. Toutefois, un point important mérite d'être soulevé, c'est l'absence de délai spécifique pour liquider en divorce du fait de l'application des règles sur le partage judiciaire. On ne retrouve, en effet, qu'une obligation de délai pour le notaire désigné dans un partage complexe mais aucun délai décompté, comme le prévoyait la loi de 2004, à compter du jugement de divorce. D'où la nécessité de développer des chartes de bonne conduite et d'optimisation.

Le regain des donations avec délivrance à terme

Eric LEBRUN

Le « *terme* », évènement certain, doit être redécouvert pour la souplesse qu'il peut procurer dans le cadre de l'exécution d'une donation. En effet, entre la naissance de l'obligation et son exécution naît la subtilité qui va permettre de conférer le caractère atypique à une donation traditionnelle, qui illustrera le rôle novateur du notaire rédacteur. En effet, l'acte de donation, acte d'appauvrissement par excellence, devient atypique si cet appauvrissement est retardé dans le temps. L'appauvrissement est certain, il est définitif, l'obligation est bien entré dans le patrimoine du donateur.

Seul le délai d'exécution est à géométrie variable, et ce au bon vouloir du donateur. Il convient d'examiner la notion de terme puis les droits et obligations du donateur et du donataire.

1 – La mise en œuvre du terme

A De la naissance de l'obligation, à son exécution

A-1 Formalisme contractuel

Le caractère atypique d'une donation peut être lié à la complexité de l'exécution de l'obligation née de l'acte de donation, acte dans lequel le notaire constate que le donateur est prêt à donner et le donataire prêt à recevoir.

De cette rencontre de volonté naît l'obligation de donner. Cette obligation de donner devient dès lors exigible sauf à ce que dans le contrat de donation l'on songe à distinguer le moment de la naissance de l'obligation de donner du moment de l'exécution de ladite obligation.

A-2 Illustration pratique

Un couple a deux enfants qu'il souhaite voir réussir de tout leur cœur. Leur aîné étant sur le point d'acquérir son premier appartement, ils souhaitent lui remettre une somme d'argent afin qu'il puisse concrétiser son projet.

Cependant, mis en garde par leurs nombreuses lectures, ils veulent absolument que soit régularisée non pas une donation simple, mais une donation-partage où interviendraient leurs deux enfants.

Un obstacle à leur souhait : ils ne veulent, en raison de son jeune âge, remettre immédiatement à leur fils cadet le montant prévu pour leur aîné.

Il s'agira donc de proposer une donation-partage avec délivrance à terme. Ladite donation pouvant être qualifiée d'atypique car faisant naître dans le cadre des rapports entre les parents et le fils cadet une distinction entre la naissance de l'obligation de donner pesant sur les parents et l'exécution de ladite obligation au profit du cadet.

B De la diversité du terme

B-1 Définition du terme

La notion de terme nous renvoie aux modalités des obligations. En effet, il nous faut rappeler que si les obligations peuvent être pures ou simples, elles peuvent également être affectés de modalités. Or, parmi les différentes modalités, figure en bonne place le terme « *dies* ».

Un terme peut être dit incertain (*deis incertus*) en ce sens qu'on ignore à quelle date l'événement surviendra, mais on est sûr qu'il finira par survenir : le décès, en est l'exemple par excellence et c'est d'ailleurs sous cet angle qu'on érigera le décès dans un acte de donation comme un terme, où l'obligation devra être exécutée.

B-2 Terme suspensif et extinctif

Il est intéressant de rappeler que selon leurs effets, il existe deux sortes de termes, tout d'abord, un terme dit suspensif qui affecte la naissance de la dette, et un terme extinctif qui affecte son extinction.

Il faut remarquer que le terme implique deux constats : premièrement la présence de l'obligation, et deuxièmement l'exigibilité du paiement. L'obligation existe déjà, aussi le débiteur peut payer sa dette sans attendre son terme, son paiement est valable.

Par ailleurs, il est intéressant de rappeler que l'obligation étant née et faisant partie du patrimoine du débiteur, elle se retrouvera automatiquement transmise à ses héritiers, d'où, ce cumul de qualités pour l'héritier créancier que l'on retrouve dans le cadre d'une donation de somme d'argent avec délivrance à terme. Le donataire peut se retrouver à la fois créancier et débiteur s'il est l'héritier du donateur, il cumulera ainsi les qualités d'héritier redevable du paiement et de créancier qui pourra exiger l'exécution de l'obligation.

Autre caractéristique évoquée ci-dessus, le caractère inexigible du paiement ; en effet, celui-ci est différé, et le créancier n'aura aucun droit aux fruits intermédiaires qui ont été produits entre la date de la convention et la survenance du terme. Un aménagement conventionnel pourra toutefois être prévu.

B-3 Le traitement fiscal

Le traitement fiscal d'une telle donation oblige à rappeler plusieurs points : il est nécessaire de prévenir les clients que malgré la présence d'une donation à terme, le montant des droits de donation après utilisation de l'abattement complet (159 325,00 €) sera exigible lors de la régularisation de la donation. La donation est formée, la fiscalité inhérente à celle-ci est alors immédiatement exigible.

On pourrait suggérer d'attendre la remise d'argent au deuxième enfant afin de régulariser la donation-partage qui réintégrerait la première donation consentie au fils aîné.

Deux éléments viennent trancher en faveur d'une régularisation immédiate d'une donation-partage avec délivrance à terme : tout d'abord, la période de régénération actuellement fixée à six ans et qui va commencer à courir dès la signature de l'acte de donation alors même que le cadet n'a effectivement rien reçu ; deuxième point en faveur de cette donation atypique, la réintégration de la donation initiale impliquerait le paiement du droit de partage fixé à 1,1 % sur les éléments réintégrés ; au contraire la délivrance permet d'échapper à ce mécanisme.

Il faut s'intéresser au traitement fiscal réservé au cadet pour le cas, où lors du décès de ses parents, il n'aurait toujours pas reçu la somme à lui revenir. La somme allouée au cadet intégrera alors le passif de succession du ou des défunt(s) ; en effet, l'enfant interviendra non pas en qualité d'héritier mais en qualité de créancier, prélevant le montant de la donation qu'il a accepté sur l'actif successoral.

2 – La pluralité d'acteurs

Dans le cadre de l'examen du regain des donations avec délivrance à terme, il est indispensable d'examiner les droits et obligations de chacune des parties. Cet examen appliqué au donateur permettra de suggérer un modèle de clause limitant les droits du donateur sur l'objet de la donation lorsque celle-ci est assortie d'un terme.

Le parallélisme obligera à examiner la situation du donataire et à voir quelles clauses permettraient de garantir les droits acquis par lui aux termes d'une donation contenant délivrance à terme.

A Droits et obligations du donateur

Il faut rappeler qu'il pèse sur le donateur trois obligations qui sont celles contenues dans le contrat translatif de propriété : donner, livrer et garantir.

On peut estimer que le terme n'affecte ni l'obligation de donner ni l'obligation de livrer. Reste à examiner l'impact du terme sur l'obligation de garantie. En effet, le terme vient encore éroder cette obligation qui est déjà plus légère que celle prévue dans un acte de vente (l'obligation de garantie est en effet allégée, le donateur ne devant la garantie que de son fait personnel).

Le terme vient accroître l'incertitude qu'a le donataire de recevoir effectivement la chose donnée. On pourrait se demander s'il ne serait pas utile d'insérer conventionnellement dans l'acte de donation de nouvelles contraintes permettant de restreindre les droits dudit donateur.

Sur un immeuble, la question ne se pose pas en raison de l'existence de la publicité foncière. La question est nettement plus intéressante si on aborde l'analyse d'une donation portant sur une somme d'argent. En effet, comment restreindre les droits d'un donateur sur une somme d'argent qui a vocation à être remise à terme à un donataire ? En effet, le donateur reste propriétaire de ladite somme d'argent. A ce titre, il peut en disposer librement, la réponse pourrait provenir d'une nouvelle obligation à créer qui pèserait non sur le donateur mais sur le tiers responsable comptable de ladite somme d'argent.

La création du compte dans un établissement bancaire imposerait à ce dernier d'informer le donataire de tout mouvement supérieur à un montant à déterminer par avance et ceci n'est qu'un exemple. C'est donc sur le tiers que pèsera l'obligation d'information à défaut de celle de conservation. Ce genre d'obligation doit être la contrepartie qui pèse sur l'organisme bancaire qui accepte de gérer les fonds qui devront être remis aux donataires lors de la survenance du terme.

Cependant, il ne s'agit là que d'une précaution, l'essentiel étant de faire entrer dans le patrimoine du donataire une créance équivalente à la somme qu'il aurait dû recevoir le jour de la signature de la donation. Le donataire reste définitivement créancier de cette somme contre le donateur et ses différents héritiers. On pourrait songer à créer un mandant de protection pour un compte bancaire particulier.

- Modèle de mandat de protection imposé à la banque chargé de conserver les sommes ou avoir

L'AN DEUX MILLE ONZE,
Le ,
A ……,
PARDEVANT Maître …….. Membre de la Société Civile Professionnelle «……. », titulaire d'un Office Notarial à ……..,

ONT COMPARU

au titre de mandant : désignation du donataire

Au titre de mandataire : désignation de l'établissement bancaire

A l'effet d'établir un MANDAT de SAUVEGARDE DE COMPTE BANCAIRE sous les causes et conditions ci-après rapportées.

CAUSES

Aux termes d'un acte ……. Monsieur X a donné à Monsieur Y une somme d'argent d'un montant de……euros (…EUR).
Cette donation a été stipulée avec délivrance à terme.

Par suite Monsieur Y, donataire souhaite être garantie du versement de ladite somme.
Monsieur X, donateur, entend conserver la propriété des comptes bancaires suivants : compte ….. numéro ……
dont il est titulaire auprès de l'établissement plus amplement désigné sous le paragraphe « mandataire »
Le donataire souhaite par la présente mandater ladite Banque à l'effet qu'elle s'assure de la gestion par le donateur en « bon père de famille ».
En conséquence il entend établir le présent mandat aux conditions suivantes.

CONDITIONS GENERALES

Devoirs et responsabilité du mandataire
A la suite du présent acte, le mandataire devra informer le mandant de tout acte de disposition par le titulaire du compte en opposition avec une gestion en bon père de famille.

Le mandataire rendra compte au mandant et/OU au notaire de sa gestion tous les ans ainsi qu'à la fin de son mandat et l'informera des actes accomplis.
Chaque année, le mandataire remettra au mandant son compte de gestion avec toutes les pièces justificatives afin de permettre au mandant et au notaire de procéder aux vérifications qui leur incombent.

Le mandataire est responsable des fautes de gestion et de son dol sauf à prouver sa bonne foi

Substitution permise
Le mandataire exécutera personnellement le présent mandat et pourra, à titre spécial, pour les actes patrimoniaux nécessitant une compétence particulière, se substituer un tiers ayant de notoriété publique une telle compétence ainsi qu'une probité reconnue. Il répondra dans les conditions de droit commun de la personne qu'il s'est substituée.

Rémunération du mandataire
Le présent mandat est gratuit.
Le mandataire aura droit au remboursement des seuls frais engagés par lui pour l'accomplissement des présentes et devra en justifier annuellement.

Effet et expiration du mandat
Le présent mandat prend dès ce jour.
Cette prise d'effet devra être notifiée au mandataire.
Le présent mandat prendra fin par la délivrance au mandataire de la somme ayant fait l'objet de la donation sus-mentionnée.

Les pièces justificatives relatives tant à la gestion qu'à la consistance des comptes du donateur doivent être conservées et ce pendant les cinq années qui suivent l'expiration du mandat.

Renonciation au mandat
Le mandataire peut renoncer au mandat en notifiant sa renonciation au mandant et au notaire soussigné.

Durant le mandat, le mandataire ne peut être déchargé de ses fonctions qu'avec l'autorisation du mandataire et de l'intervenant savoir le donataire et le donateur visé dans l'exposé ci-dessus.

CONDITIONS PARTICULIERES

Les parties précisent ici l'étendue des pouvoirs inhérents au présent mandat
Définition de la mission du mandataire
Le mandataire devra s'assurer de la gestion par le donateur de ses comptes en « bon père de famille ».
a) Les parties entendent par la présente définir la notion de gestion en « bon père de famille » en conférant au mandataire la mission suivante :
– informer le mandant de toute éventuelle fermeture de compte par le donateur ;
– informer le mandant de tout retrait ou de tout transfert de fonds supérieur à la somme de ….. euros
– ……

Le mandataire devra strictement se cantonner à l'observation des tâches qui lui ont été confiées aux termes du présent acte.

Les comptes et livrets objets des présentes restant la propriété du donateur, et le mandataire n'ayant qu'une mission de contrôle et d'information, il ne pourra, en aucune façon procéder à la demande du mandant, à une quelconque opération sur lesdits comptes et livrets (stopper un virement, faire une opposition….)

Difficultés d'exécution du mandat
Pour tout acte, non spécifiquement prévu aux présentes mais qui serait de façon flagrante contraire à une gestion en bon père de famille et qui emporterait une difficulté d'exécution du présent mandat, le mandataire aura la possibilité de solliciter l'autorisation de……..

III – Les obligations du mandataire
Les obligations du mandataire s'appliquent à tout mandataire originaire, subsidiaire ou substitué, le cas, échéant. Différentes obligations se succèdent, pendant tout le temps du déroulement du mandat, lors de la mise en application du mandat, pendant son exécution et en fin de mandat.

a) obligations du mandataire lors de la prise d'effet du mandat :
– Le mandataire devra notifier au Notaire rédacteur de l'acte de donation la prise d'effet de son mandat par lettre recommandée avec accusé de réception ou contre récépissé au notaire dans les quinze jours suivant la notification qui lui sera faite par le Notaire rédacteur dudit acte.

b) obligations du mandataire en cours d'exécution du mandat
– Le mandataire exécutera personnellement le mandat en qualité de personne morale.
– Le mandataire devra remplir sa mission en homme soucieux et diligent en prodiguant des soins prudents, avisés et adaptés tant à la personne qu'au patrimoine.
– Le mandataire devra exécuter le mandat sans restriction de sa mission sauf en cas fortuit ou de force majeure et sans dépassement de sa mission sauf si l'intervention relève de la gestion d'affaires, du mandat tacite entre époux ou était connexe et nécessaire à l'exécution du mandat.
– Le mandataire indiquera lors du bilan annuel les difficultés qu'il rencontre à remplir sa mission.
– Le mandataire devra actualiser au cours du mandat l'inventaire du patrimoine, établi initialement, afin de maintenir à jour l'état du patrimoine.
- Le mandataire devra conserver l'inventaire des biens et ses actualisations, les comptes de gestion annuels, toutes pièces justificatives et nécessaires.

En tant que de besoin le mandataire rendra également compte à l'office notarial où a été établi le mandat. A cette fin, il devra transmettre à l'office notarial, par courrier recommandé avec accusé de réception.

ACCEPTATION PAR LE MANDATAIRE DE SA MISSION

PAR SUITE, le mandataire accepte le présent mandat.

INTERVENTION DU DONATEUR

Aux présentes est intervenu, Monsieur X, donateur, à l'effet d'autoriser en tant que de besoin la mission confiée aux présentes par le donataire à l'établissement bancaire.

CAPACITE

Les parties déclarent :

Que leur état-civil tel qu'indiqué en tête des présentes est exact.

Que leur domicile indiqué ci-dessus est exact et qu'ils s'engagent à avertir le notaire soussigné de tout changement d'adresse.

Qu'ils ne sont concernés

– Par aucune des mesures de protection légale des incapables ni d'une quelconque incapacité de gérer.

– Par aucune des dispositions sur le règlement amiable et le redressement judiciaire civil et notamment par le règlement des situations de surendettement.

– Par aucune mesure de redressement ou liquidation judiciaire ni en état de cessation de paiement ou susceptible de l'être.

ELECTION DE DOMICILE

Pour l'exécution des présentes et de leurs suites, domicile est élu en l'Office Notarial.

B Droits et obligations des donataires

Comment garantir un donataire dans le cadre d'une donation avec délivrance à terme portant sur une somme d'argent ?

– Soit on retient la formule ci-dessus proposée en faisant peser une obligation d'information sur l'établissement financier détenant les avoirs.

– Soit on envisage d'aller au-delà, on demande au donateur de consentir à la prise d'une inscription sur un immeuble dont la valeur serait nécessairement supérieure à la somme à recevoir par le donataire.

Examinons le cas d'une donation de somme d'argent avec délivrance à terme, ladite somme étant matérialisée lors de la donation par la valeur un immeuble dont le propriétaire donateur souhaite conserver la maîtrise absolue ou souhaite effectuer seul la revente pour des questions de plus-value. Ce bien étant le seul actif entre les mains du donateur, il appartiendra au donataire de prendre toute sécurité afin d'éviter que l'immeuble soit vendu et que la somme d'argent à lui recevoir ne lui échappe. L'information liée à l'exécution de la remise de la somme lors de la vente de l'immeuble conçue

comme un terme renvoie à la notion de bonne foi mais elle n'en dispense pas le notaire rédacteur d'un tel acte de proposer toutes les mesures de précaution nécessaire.

On pourrait alors suggérer la rédaction d'un bordereau d'inscription **sur un bien immobilier restant propriété du donateur** au titre d'une donation de somme d'argent avec délivrance à terme. Cependant, une question doit être posée. L'inscription rend-elle l'intervention du donataire créancier indispensable lors de la revente de l'immeuble ? Non : son accord ne doit pas être demandé. Le bordereau à établir lors de la rédaction de la donation doit préciser le montant exact de la somme à verser au donataire sans discussion sur le montant, ou sur le principe de la vente.

• Modèle de clause afin de garantir les droits des donataires.

Bordereau d'inscription du donataire :

Ici, on rappellera le parallélisme avec le bordereau d'inscription de privilège de vendeur, et on suggérera la rédaction d'un bordereau d'inscription « *de privilège de donataire* ».

Bordereau d'inscription

BUREAU DES HYPOTHEQUES	DEPOT	DATE VOL N°
EFFET JUSQU'AU	PRINCIPAL	TAXES
	ACCESSOIRES _____ TOTAL	SALAIRES _____ TOTAL
INSCRIPTION DE « PRIVILEGE DE DONATAIRE », prévoyant l'inaliénabilité (article x° du Code civil). AVEC EFFET JUSQU'AU :		❏ l'échéance ❏ la dernière échéance ❏ est ❏ n'est pas
		DOMICILE ELU
EST REQUISE AVEC ELECTION DE DOMICILE A : en l'Office Notarial de ……		

EN VERTU DE : d'un acte reçu par : ME ……, LE …. contenant donation avec délivrance à terme par : Monsieur C AU PROFIT DE : Monsieur S	TITRE D CRÉANCIER
AU PROFIT DE : Monsieur C Demeurant à …… Né savoir :	CRÉANCIER
CONTRE : Monsieur S Né savoir :	PROPRIÉTAIRE GREVÉ
SUR A Figurant au cadastre savoir : Section N° Lieudit Surface	IMMEUBLE GREVÉ
APPARTENANT A :	EFFET RELATIF
POUR SURETÉ DE : Une somme de	CRÉANCE GARANTIE
DISPOSITIONS PARTICULIÈRES - RENVOIS	
CERTIFICATIONS Montant du capital de la créance garantie, conformité des bordereaux entre eux et identité du ou des propriétaires)	

Le soussigné, **Maître …, Membre de la Société Civile Professionnelle «…, …, … », titulaire d'un Office Notarial à …**, certifie exactement conformes entre eux les deux exemplaires du présent bordereau établi sur pages et approuve aucun renvoi, aucun mot nul.

Il certifie que les montants figurant sur le bordereau, celui de la créance garantie et, le cas échéant, celui du capital pour lequel l'hypothèque peut être affectée en garantie d'autres créances, ne sont pas supérieurs à ceux figurant dans le titre générateur de la sûreté ou de la créance.

Il certifie également que l'identité complète du propriétaire telle qu'elle est indiquée ci-dessus sous la 4e rubrique lui a été régulièrement justifiée.

Á….,

Le

PARTIE RÉSERVÉE AU CONSERVATEUR

Les dispositions des articles 34, 35 et 36 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés s'appliquent : elles garantissent pour les données vous concernant, auprès de la conservation des hypothèques, un droit d'accès et un droit de rectification.

3 – Modèle de clause insérant une délivrance à terme

A Clause à insérer dans l'acte de donation constatant la délivrance à terme

« **Délivrance à terme**

« Nature juridique

« La présente donation étant assortie d'une réserve d'usufruit, et l'usufruit portant sur une somme d'argent, il y a quasi-usufruit par nature (article 587 du Code civil).

« Il s'agit d'une donation à exécution différée ou d'une donation avec délivrance à terme.

« A l'extrême, la délivrance interviendra ou interviendrait au décès du donateur.

« Naturellement, la délivrance peut intervenir à tout moment, du vivant du donateur, aux termes d'un acte constatant cette délivrance.

« La présente donation n'est pas une donation de biens à venir, au pire, elle porterait sur des biens que le donateur laisserait à sa mort.

« La donataire à terme, est créancier d'une obligation de date, dont seule l'exécution se trouve différée.

« La présente donation de somme d'argent, avec réserve d'usufruit, n'est pas une donation de biens à venir, il s'agit d'une donation de biens présents dont la délivrance est différée. La délivrance devant intervenir au plus tard au décès, mais, si possible, du vivant du donateur ; le cas est prévu expressément par le Code civil, article 1078.

« **Protection du donataire**

« Conditions

« Le donataire est dans la situation d'un créancier de somme d'argent à terme. Il l'est évidemment au cas de somme d'argent payable au décès ; il l'est pareillement au cas de donation de somme d'argent avec réserve d'usufruit.

« Il est donc exposé au risque d'insolvabilité du donateur ou de sa succession, le donataire bénéficie des protections suivantes :

« Le donataire pourra invoquer les mesures conservatoires de son droit, par exemple obtenir l'autorisation d'inscrire une hypothèque conservatoire.

« Si des sûretés lui étaient octroyées, en cas de diminution, il pourrait se prévaloir des causes de déchéance du terme (article 1188 du Code civil) ou en cas de mise en liquidation judiciaire du donateur (loi du 25 01 1985, article 160)
« Il pourrait attaquer, au moyen de la voie paulienne, les actes accomplis par le donateur en fraude de ses droits (article 1167 du Code civil)
« En cas de gestion négligente, ou malveillante, de l'usufruitier, il pourrait demander en justice, au donateur, la fourniture d'une caution et l'emploi de deniers. Il pourrait même demander au juge, selon le droit commun, la déchéance du quasi-usufruit, ce qui impliquerait une déchéance du terme.

B Clause à insérer dans l'acte de quittance constatant la délivrance à terme :

« CECI EXPOSE, il est passé à l'acte de délivrance objet des présentes :
I/Délivrance de la donation faite par Monsieur M. à Madame Y
Aux termes de cet acte Monsieur M. déclare qu'il entend que la délivrance de la présente donation s'exécute en nue-propriété, ainsi que prévu dans l'acte de donation ci-dessus rappelée.

En ce qui concerne la donation faite à Madame Y
Par les présentes, Monsieur M, sus-nommé, délivre à Madame Y, la somme d'argent, objet de la donation ci-dessus rappelée dans l'exposé qui précède, soit la somme de :
EUROS
ci.....

Acceptation
Madame Y, la donataire déclare accepter purement et simplement la délivrance de la donation à terme qui vient de lui être faite par Monsieur M, et se soumettre en conséquence, à toutes les charges et conditions que cette acceptation expresse peut lui imposer.
En conséquence, la donataire se reconnaît en possession de ladite somme par suite du paiement effectué par la comptabilité du notaire soussigné et en consent bonne et valable quittance.
DONT QUITTANCE »

Ces illustrations et propositions permettent de mettre en avant le rôle de prescripteur du notaire, conseil des parties, arbitre de leurs relations – relations plurielles car présentant des intérêts communs et opposés.

Le réveil des donations à charge de rendre

Eric LEBRUN

Après plus de deux cents ans de somnolence (de 1792 à 2006), les substitutions fidéicommissaires reviennent sur le devant de la scène notariale, dans le cadre de la réforme des successions et des libéralités. L'intitulé desdites substitutions a été modifié, et on les désignera désormais sous le vocable de libéralités graduelles. Ce réveil s'accompagne de la redécouverte des libéralités résiduelles qui avaient déjà la faveur des praticiens. Le droit romain organisait initialement la substitution comme une obligation morale avant de lui conférer la qualité d'un instrument juridique à part entière. Rappelons à ce stade, la définition du terme latin « *fidéicommissum* », savoir ce qui est confié à la bonne foi ; « *le fidéi* » est une simple prière par laquelle le disposant demande à l'institué de donner ou d'accomplir quelque chose en faveur d'un tiers. Il faut remarquer que la période de détention du bien, qui à l'origine du mécanisme se présentait que sur une période assez courte, n'a fait que s'accroître.

Aucune de ces considérations psychologiques, familiales ou protectrices ne convainquit les codificateurs de laisser libre champ à un éventuel disposant. De plus, les risques économiques eurent pour conséquence leur prohibition. A l'époque, on affirmait le principe d'une libre circulation des biens et indirectement leurs caractères saisissables et aliénables.

En effet, l'article 896 du Code civil, conforme aux idées révolutionnaires, imposait une prohibition rigoureuse des substitutions fidéicommissaires tant dans son premier alinéa que dans le 2e alinéa. L'alinéa 1 rappelait le principe de la prohibition des substitutions, et l'alinéa 2 précisait la nullité absolue de ce type de substitution.

Seules exceptions prévues à cette interdiction, les articles 1048 à 1074 du Code civil autorisaient la substitution dans la limite de la quotité disponible au profit des enfants et des frères et sœurs. Il faut remarquer que la jurisprudence, face à cette prohibition des textes, a toujours eu à cœur de sauvegarder les volontés des testateurs en requalifiant en opération valide des actes qui auraient normalement dû tomber sous le couperet de l'article 896 du Code civil.

Cependant, force était de constater l'écart de plus en plus important entre les prohibitions héritées de la réaction révolutionnaire et les attentes de la

société (avec le problème du vieilllissement de la population). Aussi, la technique substitutive faisait défaut dans l'arsenal dont disposait le notaire. Afin de combler cet écart, le législateur dans un projet de loi de 2005, sur le modèle de l'offre de loi avait voté la suppression de l'article 896 du Code civil dans sa rédaction initiale et avait proposé la réécriture des articles 1048 et suivants du Code civil et ce afin d'offrir le bénéfice des libéralités graduelles à tous les gratifiés.

La chambre haute a cependant imposé que le principe de la prohibition soit maintenu et que l'extension proposée par l'Assemblée nationale apparaisse comme une exception au principe de prohibition.

C'est une nouvelle réécriture de l'article 896 du Code civil que propose le législateur de 2006, savoir : la disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d'effet que dans le cas où elle est autorisée par la loi. Cette formule illustre un mouvement déjà consacré par la loi du 3 juin 2001, savoir l'effacement progressif de l'ordre public successoral. Ainsi, seule une transmission illicite est entachée de nullité. Autre innovation, celle qui confère à donner un tronc commun aux libéralités graduelles et résiduelles.

L'offre de loi avait déjà eu le mérite de rappeler que ces libéralités avaient pour ADN commune le principe d'étalement sur deux générations successives des effets d'une seule disposition. En effet, les libéralités substitutives graduelles ou résiduelles opèrent par la volonté du disposant deux transmissions successives ; il semble indispensable de rappeler le contenu de l'article 1051 du Code civil qui dispose que « *le second gratifié est réputé tenir ses droits de l'auteur de la libéralité* ».

Pure fiction que ce mécanisme mais fiction juridique qui constitue l'outil majeur de la réforme de 2006 et qui donne vie à un mécanisme substitutif. Autre argument en faveur du caractère commun des libéralités graduelles ou résiduelles, le fait que l'une et l'autre peuvent naître dans une donation entre vifs ou dans un testament.

1 – Une pratique consacrant le rôle du notaire…

A Un rôle exigeant et modérateur, consacré par la règle d'unité d'acte

Le tronc commun aux libéralités substitutives reste donc, et il faut le rappeler, le principe d'unité d'acte. En effet, c'est aux termes d'un même acte que le donateur va faire transiter un bien dans le patrimoine d'un grevé avec mission pour lui de transmettre ledit bien dans son intégralité à l'appelé, si nous sommes en présence d'une donation graduelle ou simplement de trans-

mettre le reliquat de ce bien à l'appelé en présence d'une donation résiduelle.

Sous l'ancien régime, le législateur avait décidé dans l'intérêt de la famille, que certaines substitutions, pourtant fidéicommissaires, étaient permises. Ce sont des préoccupations d'ordre familial, qui avaient conduit les articles 1048 et suivants du Code civil, à fléchir dans quelques cas, le principe de prohibition des substitutions fidéicommissaires. Le Code civil avait en effet, admis ce moyen pour lutter efficacement contre la prodigalité et les manœuvres dilapidatrices d'un éventuel héritier présomptif: en lui imposant la charge de conserver et de rendre les biens qu'on lui transmettait, on protégeait ainsi la génération suivante contre ses frasques.

On envisagera ici la dernière opération voisine de la substitution fidéicommissaire qui est le « *legs de residuo* » et de son extension à la donation validée après de longues hésitations par la jurisprudence. Egalement appelé « *fidéicommis* » sans inaliénabilité, le « *legs de residuo* » est la disposition par laquelle le testateur lègue ses biens à une première personne en stipulant qu'elle devra transmettre à une seconde personne précisément désignée ce qui restera du legs à sa mort.

L'opération se rapproche de la substitution fidéicommissaire en ce que le résidu, s'il y en a un, fera de plein droit l'objet d'une double transmission successive. Elle en diffère fondamentalement en ce que le premier bénéficiaire n'a pas l'obligation de conserver: il peut librement, valablement et définitivement disposer de l'ensemble des biens légués et ne rien laisser au second bénéficiaire désigné après lui. Dès lors, la reconnaissance de la validité du legs était tout à fait justifiée.

Cependant, la jurisprudence a régulièrement rapproché le « *legs de residuo* » autorisé de la substitution prohibée, ne serait-ce qu'en interprétant là aussi des dispositions équivoques comme des legs de residuo. Ce rapide rappel de l'évolution historique permettra d'examiner les droits et obligations des intervenants mais il est nécessaire de rappeler combien est fragile cette technique qui consiste à faire naître des effets d'un acte de donation où l'appelé n'est même pas dans l'obligation d'accepter ladite donation.

C'est, s'il en était besoin, la preuve par excellence du caractère atypique de la dernière réforme du droit des libéralités.

Ce principe d'unité d'acte est porteur de dangers sur le plan civil; en effet, les biens transmis ne sont soumis ni à rapport ni à réduction dans la succession du grevé, et sur le plan fiscal, les droits de mutations sont calculés au regard du lien de parenté entre le grevé et l'appelé d'un côté et du donateur de l'autre. Une conséquence anecdotique sur le plan social est que le bien ne faisant que transiter dans la succession du grevé, il ne pourra faire

l'objet d'une éventuelle récupération au titre de diverses aides sociales.

On comprend donc l'intérêt majeur et les multiples utilisations qui vont pouvoir être faites des libéralités substitutives ; nous parlons bien de libéralités qui recouvrent tant les donations que les testaments. On songera également à exclure la possibilité d'insérer une libéralité substitutive dans le cadre d'une donation entre époux. En effet, la libéralité de biens à venir n'est autorisée qu'à l'époux survivant et insérer une clause substitutive reviendrait à violer la prohibition des donations à cause de mort. L'utilisation du testament ou de la donation offrent un support commun aux libéralités substitutives.

Il nous faut donc préciser que les donations substitutives par dérogation au droit commun permettent à l'appelé de n'accepter la donation qu'après le décès du donateur. Cette remarque nous montre combien est particulier, atypique le principe qui voudrait faire naître au terme d'un même acte les deux donations aux effets consécutifs.

B Un rôle de conseil consacrant le principe de dualité des bénéficiaires

Cette dualité conduit à examiner précisément et dans chaque catégorie de libéralité à charge de rendre la situation du donateur, celle du grevé et de l'appelé.

Pour une bonne vision d'ensemble, nous résumerons à la fin de ce paragraphe la situation fiscale des libéralités à charge de rendre (aspect fiscal qui renforce le caractère atypique de ces libéralités par le principe d'imputation des droits payés).

B-1 Droits et obligations des bénéficiaires

B-1.1 Situation du disposant dans le cadre des donations à charge de rendre

Tout d'abord, le disposant reste un donateur souhaitant transmettre un bien. Cependant, l'assiette de la donation est limitée et ainsi ne remet pas en cause le caractère d'ordre public de la réserve.

En effet, « *si le grevé est héritier réservataire du disposant, la charge ne peut être imposée que sur la quotité disponible* », au regard de l'article 1054 du Code civil.

En conséquence, la donation est cantonnée au niveau de la quotité disponible ; toutefois, même si la réserve est une notion sacrée, la réforme apporte quelques tempéraments strictement délimités à l'intangibilité de la réserve.

Dans le cadre d'une donation, « *le donataire peut accepter, dans l'acte de donation ou postérieurement dans un acte établi dans les conditions prévues à l'article 930 du Code civil, que la charge grève tout ou partie de sa réserve* » aux termes de l'article 1054 alinéa premier du Code civil. Néanmoins ce mécanisme s'exerce pleinement lorsque l'acte de donation prévoit de gratifier en second l'ensemble des propres enfants du grevé réservataire, que ces enfants soient nés ou non lors de la signature de l'acte. Il est à noter que cette possibilité de consentir une telle donation peut être combinée avec la renonciation anticipée à l'action en réduction au regard de l'article 930 du Code civil.

En effet, le grevé peut consentir à ce que la charge porte sur tout ou partie de sa réserve, si deux conditions sont réunies : tout d'abord, que les seconds gratifiés soient des descendants comme nous l'avons vu et enfin que l'acceptation du grevé doit avoir respectée les formes requises pour la renonciation à l'action en réduction de l'article 930 alinéa 1er nouveau du Code civil. Autrement dit, la renonciation doit être établie par acte authentique spécifique reçu par deux notaires. Elle doit être signée par chaque renonçant en présence des seuls notaires.

On notera ensuite que le disposant ne peut soumettre le second gratifié à l'obligation de conserver et de transmettre afin de limiter la durée d'indisponibilité des biens donnés. Il s'avère que si une telle charge était néanmoins stipulée, la donation graduelle resterait valable mais la charge ne serait applicable qu'au premier gratifié (article 1053 du Code civil).

Toujours du côté du disposant, on peut s'interroger si celui-ci pourrait désigner des bénéficiaires secondaires à naître. On sait que la donation ne peut être normalement consentie qu'à des personnes désignées. La nature de la donation graduelle est particulière, du fait du régime spécifique de l'acceptation par le second gratifié. Cette absence d'acceptation est à rapprocher du mécanisme des donations secondaires analysées par la jurisprudence sous l'angle de la stipulation pour autrui car celle-ci permet la désignation de personnes à naître.

A ce stade, on soulignera l'importance d'examiner la manière et la forme par lesquelles l'appelé pourra signaler son acceptation. Le rôle du praticien sera primordial car il lui appartiendra de suggérer à l'appelé de régulariser un acte authentique publié au bureau des hypothèques matérialisant son acceptation et ce afin de rendre ses droits opposables aux tiers et d'informer les créanciers.

Dans le cadre d'une donation résiduelle, le disposant peut prévoir dans l'acte que le premier gratifié ne pourra pas disposer de ces biens à titre gratuit. Par exception, le disposant pourra ôter au premier gratifié la possibilité

de disposer à titre gratuit, l'indiquant expressément dans l'acte de donation comme le précise l'article 1059 du Code civil :

> « Le premier gratifié ne peut disposer par testament des biens donnés ou légués à titre résiduel.
> La libéralité résiduelle peut interdire au premier gratifié de disposer des biens par donation entre vifs.
> Toutefois, lorsqu'il est héritier réservataire, le premier gratifié conserve la possibilité de disposer entre vifs ou à cause de mort des biens qui ont été donnés en avancement de part successorale. »

On constatera donc que l'article 1059 n'a pas le caractère d'ordre public. Celui-ci peut être conventionnellement aménagé dans les relations entre le disposant et le premier gratifié, ce qui pourrait présenter un intérêt dans les propositions de formules qui seront faites à la fin de cette étude, de manière à permettre aux praticiens qui devront gérer la mise en œuvre des donations graduelles et résiduelles, d'être les plus proche possibles des souhaits du disposant.

B-1.2 Situation du premier gratifié dans le cadre des donations à charge de rendre

Ce premier gratifié appelé parfois, le grevé ou le premier bénéficiaire de la transmission est celui qui supporte la charge pesant sur la donation. La donation graduelle implique une première disposition au profit du grevé. Cette condition ne sera pas remplie si le disposant se contente de charger une première personne de remettre les biens à une seconde personne sans lui conférer un droit de propriété, sinon, on serait en présence d'une disposition qui s'apparenterait à la fiducie. Aussi, le premier gratifié qui reçoit les biens grevés a la charge de les transmettre. Il ne peut donc, ni les aliéner, ni en disposer.

En conséquence, la charge grevant la donation va singulièrement limiter la prérogative du grevé que l'on pourra qualifier de « *propriétaire viager ou temporaire* ».

En pratique, un problème va se poser puisque les tiers ne prendront pas le risque de contracter avec le grevé dans la crainte que leurs droits ne soient anéantis par l'ouverture des droits de l'appelé et également par des décisions prises par le disposant. Il apparaît donc qu'avant l'ouverture des droits du second gratifié correspondant au décès du grevé, ce dernier a la qualité de propriétaire des biens objets de la donation.

En revanche, il s'agit d'un droit temporaire. En outre, le législateur impose au grevé l'obligation de conserver les biens en nature. Pourtant, les auteurs s'étaient prononcés en faveur d'une conservation en valeur, point de vue par-

tagé par les rapporteurs du texte auprès du Sénat. Cette position n'a pas été retenue puisque les parlementaires ont prévu à travers l'article 1049 alinéa 1er du Code civil que la libéralité ainsi consentie ne peut produire son effet que sur des biens ou des droits identifiables à la date de la transmission et subsistent en nature au décès du grevé.

Il est vrai que la seule conservation en valeur aurait eu pour effet de donner une toute autre fonction à la donation graduelle. La faculté pour le grevé de disposer à titre onéreux qui en aurait résulté aurait eu un véritable intérêt économique et patrimonial pour chacun, entre le grevé et le second gratifié. Par une approche en valeur et par conséquent avec un regard plus global sur le plan patrimonial, on permettait ainsi une souplesse quant à l'allocation des actifs en ce sens qu'on rendait liquide un actif immobile.

Remarquons qu'il s'agit de la même idée qui transcende le quasi-usufruit ou l'hypothèque rechargeable. Certes, l'obligation de conserver en valeur seulement aurait affaibli la situation du second gratifié. Cependant, à l'instar de ce que l'on pratique, concernant la garantie de la dette de restitution au titre du quasi-usufruit, les auteurs avaient prévu une très grande marge de manœuvre, afin de prescrire des garanties et des sûretés ainsi que la menace d'une déchéance pour le grevé.

Plusieurs raisons expliquent cette solution, tout d'abord, une simple obligation de conservation en valeur n'écarte pas le risque d'une dilapidation du patrimoine par le gratifié, ensuite, les donations graduelles tendent au maintien de certains biens dans le cercle familial, enfin, l'obligation de conservation en nature se concilie plus aisément avec la fiction juridique selon laquelle le second gratifié est censé tenir ses biens et droits, non du grevé, mais du disposant au regard de l'article 1051 du Code civil.

En revanche, prenant en compte le fait que la libéralité puisse consister en un portefeuille de valeurs mobilières dont la gestion ne doit pas être paralysée, la loi dispose que « *lorsqu'elle porte sur des valeurs mobilières, la libéralité produit également son effet, en cas d'aliénation, sur les valeurs mobilières qui y ont été subrogées* ». Nous sommes, tout à fait dans l'esprit de l'arrêt Baylet rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation en date du 12 novembre 1998, selon lequel « *l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières, lesquelles ne sont pas consomptibles par le premier usage, est autorisé à gérer cette universalité en cédant des titres dans la mesure où ils sont remplacés, il n'en a pas moins la charge de conserver la substance* ».

Ainsi, le grevé peut procéder à des arbitrages sans manquer à son obligation de conservation, les valeurs acquises en remploi étant subrogées à celles cédées au regard de l'article 1049 alinéa 2 du Code civil.

L'article 1058 du Code civil précise qu'à la différence de la donation gra-

duelle, la donation résiduelle n'implique, pour le premier gratifié, aucune obligation de conserver les biens reçus. De plus, le premier gratifié ne pourra jamais léguer ; il peut toutefois se voir interdire, comme nous l'avons vu, le cas échéant, de donner, mais il pourra en toute hypothèse toujours disposer à titre onéreux des biens objets de la donation résiduelle. Ainsi, le premier gratifié bénéficie d'une liberté de disposer des biens et droits faisant l'objet de la donation résiduelle. Tirant les conséquences de la faculté ainsi reconnue au premier gratifié, l'alinéa 2 de l'article 1058 dispose, qu'en cas d'aliénation des biens donnés, le second gratifié ne jouit d'aucun droit sur le produit de l'aliénation ou sur les nouveaux biens acquis.

Pratiquement, ce dernier texte offre au premier gratifié le droit de réduire à la portion congrue le résidu revenant au second gratifié, puisqu'il suffit, pour ce faire de céder les biens et droits qu'il a reçu.

B-1.3 Situation du second gratifié dans le cadre des donations à charge de rendre

Le second gratifié, également nommé l'appelé est celui qui sera réputé tenir ses droits du disposant lorsqu'ils lui seront transmis par le jeu d'une fiction civile. Il n'y a donation graduelle que s'il existe un appelé, qui doit être désigné par le disposant de manière suffisamment précise pour en permettre l'identification. On ne serait pas en présence d'une donation graduelle si le grevé restait libre de désigner à son gré la personne à qui serait attribué les biens après sa mort.

Aussi, au décès du grevé, le second gratifié, s'il est toujours en vie, va recueillir les biens objets de la libéralité et sera réputé tenir ses droits non du grevé, mais du disposant lui-même. Les biens ainsi reçus ne dépendent pas de la succession du grevé, de sorte qu'ils échapperont au mécanisme du rapport et de la réduction, applicables à la succession du premier gratifié. Ce qui n'aurait pas été le cas si deux donations ordinaires avaient été effectuées au lieu d'une donation graduelle.

Toutefois, l'appelé peut recevoir la jouissance par anticipation du bien reçu. Il est important de préciser que seul un abandon de jouissance est possible à l'exclusion d'un abandon de propriété pour la raison simple que le grevé ne peut en disposer de quelque manière et au profit de qui que ce soit.

Ainsi, l'appelé peut bénéficier du délaissement du bien donné par le grevé. Cette modalité peut jouer un rôle, si le premier gratifié n'a plus l'utilité du bien transmis. Tel sera le cas, par exemple, si une personne âgée est hébergée dans une maison de retraite, n'utilise plus l'appartement dont elle avait été gratifiée et souhaite en faire profiter ses enfants, désignés comme seconds bénéficiaires de la libéralité graduelle ; ou bien si les charges par exemple sont trop lourdes.

Il existe aussi une autre hypothèse qui est celle du prédécès de l'appelé. La conséquence directe est que la donation est réputée n'avoir été faite qu'au premier gratifié. Ces hypothèses d'anticipation nous invitent à réfléchir un instant sur l'information éventuelle auprès du second gratifié par le disposant.

En effet, celui-ci devra décider s'il souhaite informer ou non le second gratifié qu'il lui consent une donation graduelle avec toute sa spécificité. Certes, une intervention du second gratifié dès l'acte de donation permet de garantir la pleine exécution de ladite donation. Ainsi, lorsque le premier gratifié est un enfant handicapé, le donateur est assuré que les biens donnés seront dévolus, à moindre coût fiscal, selon sa volonté. Toutefois, le donateur a la possibilité, en cas d'incertitude quant à l'acceptation du second gratifié, de désigner un second gratifié subsidiaire, aux termes de l'article 1056 du Code civil, comme dit ci-dessus.

On trouvera ci-après une proposition de formule à l'attention de l'appelé aux fins de constater son appréhension du bien ayant fait l'objet d'une donation graduelle.

Formule à l'attention de l'appelé aux fins de constater son appréhension du bien ayant fait l'objet d'une donation graduelle :

L'an…, le…
A…
Me…, Notaire à…, soussigné a reçu le présent acte authentique, à la requête des parties ci-après désignées :

IDENTIFICATION DU DONATAIRE APPELÉ
M…
Ci-après dénommé « LE SECOND GRATIFIÉ »

EXPOSE
Par acte reçu par Me…, Notaire à…, Monsieur X a consenti une donation graduelle à Monsieur Y à charge pour lui de laisser à son décès le bien sis à… au profit de Monsieur L comparant aux présentes.
Monsieur Y est décédé le… à…
Monsieur L souhaite voir ses droits constatés sur le bien sis à… et a demandé aux rédacteurs des présentes de constater l'acceptation faite par lui de la donation graduelle régularisée le… à… ainsi qu'il a été dit plus avant.

ACCEPTATION DE LA DONATION
Monsieur L né le… à… demeurant à…, époux de Madame… déclare accepter la donation faite à lui par Monsieur X et portant sur un bien sis à…

DÉSIGNATION DU BIEN
CHARGES ET CONDITIONS PARTICULIÈRES
PROPRIÉTÉ JOUISSANCE
Le second gratifié est propriétaire du BIEN reçu à compter de ce jour.
Il en a la jouissance à compter du même jour par la prise de possession réelle, le BIEN reçu étant entièrement libre de location ou occupation, ainsi qu'il a été constaté et que le second gratifié a pu le constater en le visitant.

DÉCLARATIONS FISCALES
Les droits de mutation dus par le second gratifié sont exigibles sur la valeur des biens transmis, mais en fonction du lien de parenté entre le donateur et le second gratifié.
Pour la perception de ces droits, le second gratifié déclare dès à présent vouloir profiter du ou des abattements lui profitant en fonction de son lien de parenté avec le donateur.
FIN DE PARTIE NORMALISÉE

PARTIE DEVELOPPÉE
CONDITIONS GÉNÉRALES
A LA CHARGE DU SECOND GRATIFIÉ
LE SECOND GRATIFIÉ, sauf à tenir compte de ce qui peut être indiqué par ailleurs :
Prendra le BIEN reçu dans l'état où il se trouvera le jour de l'entrée en jouissance sans aucune garantie de la part des héritiers du premier gratifié pour raison :
– Soit de l'état des constructions, de leurs vices mêmes cachés, sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires contraires analysées le cas échéant ci-après.
– Soit de l'état du sol et du sous-sol à raison de fouilles ou excavations qui auraient pu être pratiquées sous le bien reçu, de mitoyenneté, d'erreur ou d'omission dans la désignation qui précède.
– Soit même de l'état parasitaire du bien reçu notamment concernant les termites ou autres insectes xylophages et ennemis des matériaux dans la mesure où les prescriptions de la loi numéro 99-471 du 8 juin 1999 sont respectées.
Sera subrogé dans tous les droits du grevé relativement au bien reçu.
Acquittera à compter de ce jour, tous les impôts, taxes et autres charges de toute nature auxquels le bien reçu peut et pourra être assujetti, il remboursera aux héritiers du premier gratifié le prorata de la taxe foncière.

SITUATION HYPOTHÉCAIRE
Un renseignement sommaire hors formalité délivré le… et certifié à la date du… du chef du premier gratifié révèle…
Pour le cas où des inscriptions auraient été prises à tort du chef du premier gratifié, le second gratifié (l'appelé) s'engage à notifier par lettre recommandée avec accusé de réception aux créanciers une copie des présentes.

PUBLICITÉS LÉGALES

Publicité foncière

Les présentes seront publiées à la Conservation des Hypothèques compétente

Publicité professionnelle

Si le requérant est immatriculé au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, la déclaration y sera mentionnée. S'il ne l'est pas, un extrait des présentes sera publié dans un journal d'annonces légales.

DÉPÔT DE PIÈCES

Outre les documents visés aux présentes, ont été produites entre les mains du notaire soussigné les pièces suivantes :

• le livret de famille ainsi qu'un acte de décès de la personne décédée, en la personne du premier gratifié, lequel après vérification par le Notaire soussigné, ne comprend aucune indication ou relation complémentaire ou contraire aux déclarations résultant du présent acte, a été rendu aux comparants qui le reconnaissent ;

• un extrait de naissance et le cas échéant de mariage du second gratifié ; extraits n'appelant aucune observation particulière susceptible d'affecter la qualité de second gratifié, non annexés.

DONT ACTE SUR… PAGES

B-1.4 Le traitement fiscal tendant vers un régime unique

La réforme du droit des successions et des libéralités réalisée par la loi du 23 juin 2006 devait impérativement être accompagnée d'un volet fiscal. Les dispositions fiscales existantes, comme nous l'avons vu, ne correspondaient pas à l'esprit du nouveau droit des successions et des libéralités et surtout pouvaient aboutir à une fiscalité inadaptée.

Seul le régime fiscal des *legs de residuo* était favorable, s'agissant d'une libéralité conditionnelle consentie par le disposant au second bénéficiaire, soumise à la double condition suspensive qu'au décès du premier gratifié, d'une part, les biens donnés ou légués subsistent et, d'autre part, que le second légataire ait survécu au premier gratifié. Si la condition suspensive se réalisait, par son effet rétroactif, la première transmission était anéantie. Le second légataire tenait ainsi directement ses droits du disposant et non du premier gratifié. Aussi, on admettait que les droits acquittés par le premier légataire puissent être imputés sur ceux dus, sur les mêmes biens, par le second légataire. En conséquence, le régime fiscal de la libéralité de residuo était donc particulièrement favorable puisque les deux libéralités n'étaient au final taxées qu'une seule fois.

D'autre part existait le régime fiscal des substitutions fidéicommissaires comme réalisant deux mutations distinctes, la seconde mutation conditionnelle ne donnant ouverture aux droits de succession ou de donation qu'au décès du grevé par exemple.

L'appelé était censé tenir ses droits non du disposant mais du grevé, recueillant les biens dans la succession de ce dernier. En revanche, dans le cadre du régime fiscal des substitutions fidéicommissaires, les droits versés par le grevé lors de la première transmission ne pouvaient pas être imputés sur ceux dus par l'appelé. Ainsi, ce mode de taxation, ne pouvait pas être maintenu sous l'empire du nouveau régime des libéralités graduelles et ainsi des donations graduelles. C'est la raison pour laquelle, le législateur a, par le biais de l'article 54 de la loi de finances rectificatives pour 2006, légalisé la doctrine administrative en étendant à toutes les libéralités, tant graduelles que résiduelles, le régime fiscal de l'ancien *legs de residuo*.

Ainsi, le nouveau dispositif instaure un régime juridique unique pour les deux types de donations. Il était souhaitable d'admettre l'imputation des droits antérieurement versés lors de la seconde transmission dans le cas des donations graduelles afin d'aboutir à un régime fiscal unique et cohérent.

Les donations graduelles et résiduelles étant des donations à double détente, il est utile de distinguer entre les droits dus lors de la première transmission et ceux dus lors de la seconde.

Le régime fiscal est le suivant : la loi de finances rectificative pour 2006 (n° 2006-1771, 30 déc. 2006 : JO 31 déc. 2006) confère, aux termes d'un nouvel article 791 bis du CGI, les libéralités graduelles et résiduelles d'un régime fiscal uniforme et avantageux calqué sur celui des « *legs de résiduo* ».

Le premier gratifié est tenu d'acquitter les droits de donations sur la base de la totalité des biens donnés puisqu'à cette date, les droits du second gratifié resteront conditionnels.

Au décès du premier gratifié, le donataire ou légataire gratifié « *en second* » sera redevable des droits de mutation à titre gratuit sur les biens qui lui sont transmis, au tarif qui lui est applicable en fonction de son lien de parenté avec l'auteur de la libéralité. Le régime fiscal applicable et les valeurs imposables s'apprécieront à la date du décès du premier gratifié.

Le second gratifié pourra ainsi bénéficier, le cas échéant, des nouveaux abattements institués à son profit entre la réalisation de la donation ou du legs et le décès du premier gratifié. De même, le délai de non-rappel des donations consenties depuis plus de six ans ne courra, pour le second donataire, qu'à compter du décès du premier gratifié.

Si le second donataire reçoit une donation ou un legs de l'auteur de la libéralité ou recueille sa succession dans les six ans le décès du premier

gratifié, il devra donc être tenu compte de la donation « *en second* » pour déterminer les abattements et tranches de l'impôt applicable. La valeur des biens transmis s'appréciera également à la date du décès de premier gratifié, compte tenu des plus values (ou des moins-values) survenues sur ces biens depuis la première transmission.

Nous avions considéré que puisque le second gratifié est réputé tenir ses droits directement de l'auteur de la libéralité (C. Civ., art. 1051), en cas de donation, ce devrait être les droits de mutation entre vifs (et non par décès) qui devraient être exigibles, entre le disposant et le second gratifié, avec le bénéfice des abattements et réductions de droits spécifiques à ces droits. L'article 791 bis du CGI semble confirmer ce point, puisqu'il désigne le second gratifié sous le terme de « *second (…) donataire* » (CGI, art. 791 bis, al. 1er *in fine*).

Cette application du tarif des droits de mutation entre vifs est généralement favorable tant pour ce qui concerne les abattements que les réductions de droits. Ainsi, des petits-enfants, arrière-petits-enfants ou neveux et nièces du disposant gratifié en second par donation graduelle devraient pouvoir bénéficier des abattements applicables aux seules transmissions entre vifs, et tout donataire devrait bénéficier des réductions de droits liés à l'âge du donateur. Elle aboutira à des situations singulières lorsque le disposant décédera avant le second gratifié, ce qui sera généralement le cas. Les droits de mutation « *entre vifs* » seront exigibles après le décès du donateur et les réductions de droits liés à l'âge du donateur devront s'apprécier. Enfin, les droits acquittés par le premier gratifié pourront être imputés sur ceux dus par le second donataire ou légataire ; et ce, aussi bien dans le cadre de la libéralité graduelle que résiduelle (CGI, art. 791 bis, al. 3). Seul le solde des droits sera donc effectivement versé au Trésor par le second gratifié. »

Ainsi, les droits sont dus selon le tarif applicable entre le disposant et le premier gratifié suivant le lien de parenté avec le bénéfice, le cas échéant, des réductions de droits liées à l'âge du donateur. Au décès du grevé, les droits sont alors recalculés, le rôle du notaire aura alors consisté à gérer leurs relations plurielles sous un abord fiscal visant à une économie de droits mais toujours avec comme premier objectif la gestion de relations triangulaires visant la protection de l'avoir familial.

2 – L'exigence de protection de l'avoir familial

L'exigence de protection de l'avoir familial conduit à examiner la conservation patrimoniale obtenue au moyen des libéralités substitutives ainsi que l'autre objectif que permet d'obtenir ces libéralités, savoir la protection personnelle d'un membre du groupe familial.

A Une utilisation au sein du couple

Le caractère atypique des donations avec charge trouve des applications dans la vie du couple.

Examinons un premier cas de figure. Monsieur est propriétaire de sa résidence principale pour l'avoir reçu de ses parents. Il souhaite faire donation à son épouse de l'usufruit de la résidence principale et la nue-propriété à ses enfants. Les conséquences sont les suivantes : Madame a les mains liées car elle ne peut vendre sans l'accord des nus propriétaires ; sa liberté est restreinte. Les enfants risquent aussi de se voir soumis au paiement d'une plus-value immobilière, en cas d'aliénation.

Cependant, notre client souhaite une liberté plus grande pour son conjoint qui réside dans le bien immobilier. La solution idéale serait pour lui, de pouvoir céder le bien sans avoir à solliciter l'accord de ses enfants. On pourrait lui suggérer, le recours à une donation résiduelle, qui aurait l'avantage pour le conjoint de lui conférer le pouvoir de céder seul le bien et de permettre à l'ensemble de la famille de faire l'économie d'une éventuelle plus-value immobilière. N'aurait-on pas intérêt à exploiter le caractère révocable définitivement reconnu de la donation entre époux mais en y insérant un élément graduel ou résiduel ?

Cependant, comment insérer dans une donation si particulière (la donation entre époux), cette charge même si le bénéficiaire est un ou des enfant(s) du donateur ?

Cela semble impossible en l'absence d'acceptation efficiente par le conjoint survivant de la donation graduelle, et donc des conditions qui lui sont imposées, à savoir l'identification du bien conservé

B Vers une protection personnelle

Atypique est inévitablement une donation qui vise à ne transmettre que temporairement un bien qui a vocation à être sauvegardé et être reçu par l'appelé. Il peut être intéressant d'examiner l'impact de la transmission temporaire au regard des créanciers du grevé, qu'il soit institutionnel si l'on est en présence d'un enfant handicapé soumis à une aide d'Etat, ou professionnel si l'on est en présence d'un grevé exerçant une activité risquée.

On s'intéressera à ce stade à l'intérêt d'utiliser la technique des donations à charge de rendre au fin de neutraliser et de maîtriser les droits du grevé pour permettre à l'appelé de recevoir le bien, objet de la donation, et sans que les éventuels créanciers du grevé, qu'ils soient liés à son activité professionnelle ou à une éventuelle incapacité, ne puissent agir et mettre en péril la transmission dudit bien sur plusieurs générations.

B-1 descendant célibataire avec une activité professionnelle à risque

La situation professionnelle peut induire le choix par le disposant d'une donation substitutive et plus précisément graduelle de manière à ne gratifier le grevé que de façon temporaire et à charge pour lui rendre ce qu'il a reçu. C'est le cas d'un groupe familial où il est nécessaire de préparer une transmission sur deux générations. Le donataire dit « *grevé* » aura pour obligation essentielle, dans le cadre d'une donation graduelle, de conserver les biens à lui transmis afin de les remettre au second gratifié.

Sont conservés les éléments caractéristiques de l'ancienne substitution : « *conserver et rendre* ». Le grevé se trouve donc face à une inaliénabilité juridiquement imposé. Certes il s'agit bien d'un propriétaire mais d'un propriétaire apparent et « *temporaire* », se voyant privé d'une partie de son « *abusus* ». Pour envisager une bonne transmission du bien entre les mains de l'appelé, il est recommandé de stipuler une clause d'inaliénabilité énonçant le caractère inaliénable et insaisissable du bien donné. On peut souligner toutefois que le donataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige.

B-2 Une utilisation classique de la donation résiduelle en présence d'un enfant handicapé

La notion d'enfant handicapé pourrait être à elle seule à l'origine du renouveau des techniques de donations graduelles et résiduelles. On ne compte plus le nombre sans cesse croissant de consultations concernant l'avenir des personnes handicapées. Il n'est pas un seul parent d'enfant handicapé ou vulnérable qui ne se préoccupe du sort qui sera réservé à ce dernier après sa disparition. La question est alors de savoir comment assurer à cet enfant des conditions de vie optimales en fonction de son autonomie et de ses besoins.

Une seconde préoccupation fait immédiatement écho à la première. La présence de cet enfant handicapé aura probablement une incidence sur l'ensemble de la famille proche. La question sera alors posée des moyens permettant de procurer des revenus à la personne handicapée. Ces moyens proviendront d'un éventuel partage des biens lors du décès des parents. On s'inquiétera alors du meilleur moyen afin d'assurer l'indépendance de la personne handicapée.

L'examen de l'incidence de l'octroi des aides sociales apportée à l'occasion de la signature d'une donation graduelle ou résiduelle à la personne handicapée lors de l'ouverture la succession du grevé ne devra pas être négligée. La récupération éventuelle des aides sociales sur la succession de la personne

aidée est un sujet auquel les familles sont particulièrement sensibilisées. La voie classique afin d'assurer une sécurité financière à l'enfant handicapé est de lui garantir une rente par le biais d'un contrat d'assurance-vie, par exemple, mais on peut tout aussi bien lui constituer un capital qui produira des revenus en considérant que les parents possèdent un patrimoine conséquent tant pécuniaire qu'immobilier.

La protection de l'enfant handicapé doit rester une étape mais pas un but en lui-même. En effet, l'objectif est surtout de transmettre des revenus tout en respectant la réserve de chacun des enfants, frères et sœurs de l'enfant handicapé.

Au regard des objectifs des parents, il apparaît qu'une donation résiduelle peut être judicieusement conseillée. En effet, le fait que « *le bien qui doit rester obligatoirement dans le patrimoine* », peut constituer une véritable charge financière pour le bénéficiaire dans le cadre d'une donation graduelle, qui en outre, ne peut ni le vendre, ni le donner, ni même s'en servir comme garantie. L'objectif premier des parents étant d'assurer une protection supplémentaire à l'enfant vulnérable et lui permettre de s'assurer des revenus, on peut envisager qu'une renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR) soit combinée avec le dispositif d'une donation résiduelle en vue d'une protection maximale d'un enfant handicapé.

Cette disposition instaurée par la loi du 23 juin 2006 dans les articles 929 et suivant du Code civil autorise les héritiers réservataires à renoncer à l'action en réduction pour atteinte à la réserve permettant ainsi de gratifier un autre héritier (ici réservataire également) au-delà de la quotité disponible. Les auteurs de la renonciation anticipée à l'action en réduction acceptent de renoncer à leur droit afin de permettre au premier gratifié de ladite donation qui aurait dû être réduite, d'en conserver le bénéfice. Etant donné la gravité d'un tel acte, le législateur l'a entouré d'un formalisme strict au sens de l'article 930 du Code civil. La renonciation anticipée à l'action en réduction peut porter sur tout ou partie de la réserve du renonçant. Cette renonciation ne constitue pas une libéralité, elle ne donne pas lieu à une taxation. Conscient que dans la majorité des cas, l'enfant handicapé n'aura pas de descendance, les seuls héritiers *ab intestat* seront ses collatéraux privilégiés. Conscient aussi que l'espérance de vie d'un enfant handicapé est plus courte que celle de ses frères et sœurs, l'association entre la donation résiduelle et la renonciation anticipée en réduction s'impose. Ce montage aura alors l'avantage pour les frères et sœurs renonçant d'être redevables des droits de mutation à titre gratuit selon leur lien de parenté non pas avec le premier gratifié mais directement avec le disposant. Le fait que les seconds bénéficiaires soient réputés, au décès du grevé, tenir leurs droits directement du disposant a pour conséquence une économie fiscale considérable.

Deux objectifs sont atteints par la donation résiduelle proposée par le notaire rédacteur : protéger un successible faible en lui transmettant des biens frugifères si possible ou des biens qu'il sera susceptible de vendre en cas de besoin ; organiser la transmission des biens restants aux frères et sœurs tout en supportant une fiscalité allégée.

La donation résiduelle est une solution souple proposant un heureux compromis tant sur le plan civil que sur le plan fiscal. Il est important de préciser qu'au moment de la préparation de l'acte, il faudra être vigilant sur certains points. L'enfant handicapé majeur peut être sous tutelle, le notaire devra lui demander une copie de sa carte d'invalidité et surtout demander l'autorisation soit du conseil de famille, soit du juge des tutelles puisque la donation est effectuée avec charge.

Lors du rendez-vous, le notaire recevra donc le disposant, soit le père ou la mère, ou les deux, selon la nature des biens donnés, ensuite, l'enfant handicapé, lui-même en tant que grevé, et surtout assisté de son tuteur. Une difficulté peut se poser, dans le cas où le tuteur est l'un des deux parents. Il y a là une opposition d'intérêt manifeste, ce qui imposera de faire intervenir un administrateur *ad hoc*. La protection de l'avoir familial est la cause essentielle et déterminante de la naissance d'obligations entre les trois parties présentes au sein des donations à charge de rendre. Il appartient au notaire, avec diplomatie et patience, en consacrant un temps important à l'écoute, de jouer son rôle d'arbitre et faire se rencontrer les volontés des différentes parties.

La redécouverte de l'avantage matrimonial et du cantonnement

Eric LEBRUN

La faculté de cantonnement consacrée par le législateur lors de la réforme du 23 juin 2006 offre l'opportunité d'examiner le caractère de donation atypique, présent tant dans la faculté de cantonnement, que dans la clause d'avantage matrimonial.

1 – La faculté de cantonnement

L'institution de la faculté de cantonnement par le législateur rappelle de manière troublante certains outils utilisés par la pratique notariale.

A Le parallélisme entre faculté de cantonnement et la clause modulable en matière d'avantage matrimonial

L'environnement crée l'évolution. L'incessante mutation de la notion de couple ou de famille a imposé une exigence de sécurité au profit du conjoint survivant. Au sein du couple, le caractère dangereux que représente l'évolution des enfants implique que le conjoint survivant soit protégé de manière optimale. C'est la raison d'être de l'évolution des textes récents améliorant la situation du conjoint survivant et de l'évolution de la notion d'avantage matrimonial.

Certaines conventions matrimoniales stipulent une série de préciputs, savoir une institution permettant de «*prae capere*». Ces préciputs peuvent porter sur un certain nombre de biens ou catégorie de biens. Il appartiendra alors au conjoint d'établir un choix parmi ces différentes catégories. Cette notion de choix renvoie à l'idée de cantonnement voulue par le législateur. En effet, le cantonnement permet d'établir un choix parmi l'actif successoral à la condition que cette faculté ait été insérée dans la donation entre époux régularisée par les époux durant leur union.

Il faut constater que tant dans le cas de l'avantage matrimonial que dans celui de la faculté de cantonnement, c'est la volonté des époux qui instaure le droit. Une différence notable est toutefois à relever : le droit ouvert dans le cadre d'un contrat de mariage est irrévocable, celui instauré

pour une faculté de cantonnement sur la base d'une donation entre époux est comme son support révocable à tout moment.

La responsabilité du praticien est en tout premier rang dans le cadre de l'exercice de la faculté de cantonnement, et ce à double titre. En effet, il appartiendra au rédacteur des donations entre époux si largement suggérées dans les études de ne pas négliger d'insérer la faculté de cantonnement. A défaut, le conjoint survivant perdra le bénéfice de cette faculté de cantonnement et acceptera l'intégralité de l'actif successoral selon les modalités actuellement définie à l'article 1090 du Code civil, savoir:

- en présence d'enfants d'union précédente; 1/4 pleine propriété,
- en présence d'enfants du couple; 1/4 pleine propriété ou totalité usufruit,
- en présence d'union précédente et avec le bénéfice d'une donation entre époux ordinaire; quotité disponible / 1/4 pleine propriété – 3/4 usufruit/totalité usufruit,
- en présence d'enfants du couple et d'une donation entre époux; quotité disponible / 1/4 pleine propriété – 3/4 usufruit/totalité usufruit,

Outre le rôle de conseil qui doit amener le notaire à préconiser la faculté de cantonnement, il y aura lieu de s'interroger sur la conséquence pratique de la mise en œuvre de la faculté de cantonnement. En effet, l'utilisation de cette faculté implique sur le plan pratique la remise au client d'une étude préalable visant à détailler les différentes possibilités de mise en œuvre de la faculté de cantonnement. Ce n'est ni plus ou moins la réalisation d'une étude patrimoniale complète et sur-mesure qui devra être remise au client avant la régularisation des options qu'il aura retenues. Certains notaires réalisent cette étude patrimoniale dans le cadre du choix de l'option à faire, aux termes de la donation entre époux. L'institution du cantonnement vient démultiplier l'arborescence ainsi obtenue par le biais de l'utilisation du cantonnement. L'effet du cantonnement pourra même bénéficier aux petits-enfants lorsque l'enfant appelé choisit lui-même de renoncer à la succession, pour s'y faire représenter par ses propres enfants.

B Intérêt du démembrement de propriété intégrée à la faculté de cantonnement

Il est indispensable à ce stade d'analyse de s'interroger sur les effets du démembrement de propriété lié à une faculté de cantonnement.

B-1 Aspect théorique du mélange du démembrement et du cantonnement

Le démembrement de propriété reste un outil indispensable tant en droit

civil pur que sous l'angle de la gestion de patrimoine.

L'engouement pour la gestion de patrimoine devrait permettre un meilleur usage du démembrement de propriété lié au cantonnement. En effet, il pourrait être intéressant pour un client, conjoint survivant d'appréhender certains biens soit sous la forme d'un droit en usufruit uniquement soit d'en laisser la pleine propriété aux héritiers *ab intestat*.

Le cantonnement permet seulement l'abandon de l'exercice d'un droit appartenant au conjoint de telle sorte que ce conjoint s'appauvrit au profit des autres héritiers, le plus souvent le ou les enfants du couple. Cela revient donc à permettre aux ayants droit d'appréhender le ou les biens concerné et d'éviter ainsi une opération de partage ou la régularisation d'une libéralité.

Une objection doit être soulevée et elle est d'ordre psychologique; il peut être difficile pour un conjoint survivant d'abandonner tout droit sur un bien et de prendre alors le risque d'être gouverné par le régime de l'indivision.

Revient alors sur le devant de la scène l'idée de créer un démembrement de propriété par le biais de la faculté de cantonnement.

Il faut donc en déduire que l'intérêt du cantonnement est tout autant dans l'assiette que dans la nature des droits exercés, chaque bien subissant un traitement différent.

B-2 Proposition de modèle de convention de quasi-usufruit pour sauvegarder les droits du nu-propriétaire, à la suite de l'utilisation du cantonnement et du démembrement de propriété, s'exerçant sur une somme d'argent.

L'an… le…
A…
Me…, Notaire à…, soussigné a reçu le présent acte contenant convention de quasi-usufruit.
A la requête de:

Madame X, demeurant à…
Veuve de Monsieur X et non remariée.

DE PREMIÈRE PART

ET:

Monsieur L, enseignant, demeurant à…
Actuellement en instance de divorce de Madame P.

DE DEUXIÈME PART

PRÉSENCE-REPRÉSENTATION
– Madame X, ici présente.
– Monsieur L, ici présente.

–

Expose
Dans le cadre de la succession de Monsieur X et dans le cadre de l'alinéa 2 de l'article 1094-1 du Code civil, Madame X a choisi de conserver ses droits sur l'usufruit du PEL ouvert auprès de…
La nue-propriété dudit PEL a donc été dévolue à Monsieur L, son fils, issu de son union avec Monsieur X, de cujus.

Désignation
Actifs mobiliers
Article unique :
Une somme d'argent d'un montant de : … ?

Cause de l'acte
L'objectif est de protéger Monsieur L tout en permettant de disposer à Madame X de la somme par elle conservé en usufruit.

Convention de quasi-usufruit
D'un commun accord, les parties conviennent de soumettre la somme d'argent à un statut analogue à celui d'un quasi-usufruit.
Quasi-usufruit
A– Etendue du quasi-usufruit :
1/ Etendue :
En application de l'article 587 du Code civil d'une part et par convention entre les comparants d'autre part, le grevé exercera un quasi-usufruit la somme d'argent dont le montant s'élève à … ?
2/ Convention relative à la gestion de la somme d'argent soumise au quasi-usufruit :
a) Actifs monétaires :
Somme d'argent d'un montant de … ?
La… (banque) est autorisée à en verser le montant à Madame X, conjoint survivant.
Madame X disposera donc de tous les pouvoirs pour retirer le solde des comptes courants ou assimilés et pour se faire payer la créance contre les établissements concernés résultant du dénouement de ces produits.
Elle pourra disposer librement des sommes soumises à son quasi-usufruit, elle ne sera pas tenue d'une quelconque obligation d'emploi, mais sera tenue de restituer à Monsieur L, une somme égale du montant de … ?, au jour de son décès, conformément aux dispositions de l'article 587 du Code civil.
Il est expressément convenu que les dividendes et intérêts mis en distribution à compter du décès de Madame X appartiendront intégralement à ses héritiers.
B– Extinction du quasi-usufruit :

Dans tous les cas et en cas de gestion frauduleuse sur ces biens, le grevé pourra toujours encourir la déchéance de son quasi-usufruit.
Actifs monétaires :
Le décès du grevé mettant fin au quasi-usufruit, rendra exigible au profit de l'appelé, la créance ci-dessus stipulée et sera payable selon les modalités ci-après prévues.

Règlement des sommes dues
Les sommes dues à l'appelé en application des stipulations qui précèdent seront payables dans un délai de six mois à compter du décès du grevé, sans intérêt jusqu'à cette date.
Par ailleurs, d'un point de vue civil et fiscal, cette créance de l'appelé constituera pour la succession du grevé un passif déductible.

Notification à la… (banque)
Le présent acte sera notifié par les soins du notaire soussigné à la… (banque)

Domicile
Pour l'exécution des présentes et de leurs suites, domicile est élu en la demeure respective de chacune des parties.
DONT ACTE SUR… PAGES

C Critique quant au caractère limité de la faculté de cantonnement

Il est regrettable qu'une avancée aussi importante que l'institution de la faculté de cantonnement soit subordonnée à l'existence préalable d'une donation entre époux.

C-1 Caractère indispensable d'une donation entre époux.

Rappelons le contenu de l'article 1094-1 du Code civil instituant la faculté de cantonnement.

L'article 1094-1 du Code civil dans son deuxième alinéa dispose que :

> « Sauf stipulation contraire du disposant, le conjoint survivant peut cantonner son émolument sur une partie des biens dont il a été disposé en sa faveur. Cette limitation ne peut être considérée comme une libéralité faite aux autres successibles. »

On constate alors le caractère indispensable du support que constitue la donation entre époux afin de permettre l'exercice de la faculté de cantonnement. Timidité ou frilosité ? On peut regretter en effet que la faculté de cantonnement n'ait pas été ouverte automatiquement au conjoint survivant bénéficiant d'un droit en usufruit sur les biens laissés par le défunt, qu'il s'agisse de biens de communauté ou de biens propres.

Pourquoi exiger pour l'ouverture du droit à cantonnement le support d'une donation entre époux ?

Pour être précis, le cantonnement relève d'un choix que peut exercer le conjoint survivant sur un actif de succession. Cet actif de succession, véritable support de cantonnement, doit naître dès l'ouverture de la succession et non de la volonté du défunt. C'est mélanger les droits du conjoint, des droits du défunt que de suspendre l'exercice de la faculté de cantonnement à la bonne volonté voire « *à la bonne connaissance du signataire d'une donation entre époux* ».

Le praticien averti peut et doit conseiller son client mais ne peut anticiper l'évolution due à la mise en œuvre de textes nouveaux. Il eut été infiniment plus simple et plus logique d'instaurer automatiquement la faculté de cantonnement au profit du conjoint survivant, que ces droits s'exercent en pleine propriété ou en usufruit. On aurait alors pu prévoir d'offrir la possibilité au défunt, dans le cadre d'une donation entre époux ou d'une disposition testamentaire, d'empêcher de supprimer la faculté de cantonnement.

C-2 Modèles de clauses

C-2.1 Insérées dans une donation entre époux

« En outre, le notaire soussigné précise :

– qu'aux termes des dispositions de l'article 758-6 du Code civil les libéralités reçues du défunt par le conjoint survivant s'imputent sur les droits de celui-ci dans la succession.

– et qu'en outre, conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 1094-1 du Code civil, le conjoint survivant pourra cantonner son émolument sur une partie des biens dont il a été disposé en sa faveur. »

C-2.2 Insérées dans une déclaration de succession ou le conjoint survivant a bénéficié du cantonnement

- **Cantonnement**

« Le conjoint survivant déclare cantonner son émolument comme le lui permet l'article 1094-1 alinéa 2 du Code civil sur une partie des biens dont il a été disposé en sa faveur à savoir : sur la totalité de la succession à l'exclusion des actions de la société anonyme SFSI. (ayant son siège au 37 rue de Grenelle à Paris 7e) et à l'exclusion de toute récompense qui pourrait être due à la succession par la communauté, à raison de la détention de ces actions.

Au décès, Monsieur Y détenait 418 actions d'une valeur approximative unitaire de 141,00 €.

En conséquence, le conjoint survivant ne sera titulaire d'aucun droit sur ces actions, les autres héritiers en recueillant alors la pleine propriété.

Bien que la libéralité reçue devienne, par l'effet du cantonnement, inférieure

aux droits successoraux définis à l'article 757 du Code civil, le conjoint confirme qu'il n'exercera pas la faculté prévue par l'article 758-6 de réclamer le complément de ces droits.
Il est rappelé qu'aux termes de l'article 1094-1, alinéa 2 du Code civil, cette limitation par le conjoint de ses droits ne peut être considérée comme une libéralité faite à l'héritier. »

2 – L'avantage matrimonial

Il nous faut nous intéresser à un autre outil consacrant le rôle de chef d'orchestre du notaire au sein des différents intérêts présents dans le couple et dans la famille : l'avantage matrimonial est l'exemple même de la donation atypique que doit gérer le notaire rédacteur et administrateur des relations plurielles au sein de la famille.

A Deux modes de mise en œuvre de la notion d'avantage matrimonial

Il est indispensable de distinguer dans le cadre de l'examen de l'avantage matrimonial les deux techniques utilisées.

L'avantage matrimonial est un avantage concédé initialement par contrat de mariage. Cependant, la volonté du législateur a rendu possible la régularisation d'avantage matrimonial durant l'union des parties. Cela correspond au développement intense de la technique de changement de régime matrimonial. L'avantage concédé au sein du couple relève de la volonté de chaque époux de s'appauvrir, et ce de manière irrévocable au profit de son conjoint. L'appauvrissement, l'absence de contre-partie, l'intention libérale font que cet acte, alors qu'il ne porte pas le nom de donation, en a toutes les caractéristiques.

A-1 La technique du contrat de mariage

Le Code Napoléon en combinant toutes sortes de dispositions semblait compter assez sur le contrat de mariage afin de pourvoir au sort du survivant. Cependant tout avantage matrimonial de part sa nature impliquait que ledit avantage fut inséré dans le contrat de mariage ; et ce sans possibilité de modification des dispositions initialement rédigées que ce soit sur la nature du régime adopté ou sur la présence de clauses de préciput ou de partage inégal. La conséquence était inévitable : le contrat de mariage devint assez rare. Peut-être en raison des risques de divorce, ou plus certainement parce que les situations de fortunes sont trop changeantes pour permettre des prévisions longtemps à l'avance. La réforme de la loi du 13 juillet 1965 eut pour but de permettre une modification durant l'union du régime matrimonial et de redonner à l'avantage matrimonial toute sa vigueur.

A-2 La technique du changement de régime matrimonial

Si l'acte contenant donation nécessite l'accord du donateur et du donataire, la technique du changement de régime matrimonial en vue d'accroître les avantages matrimoniaux au profit du conjoint survivant a elle aussi besoin de recueillir l'assentiment des parties pour que l'intention libérale à défaut d'être constatée puisse tout au moins produire ses effets.

Un examen des aspects civils nous permettra de rendre compte de cet accord entre les parties, et l'examen du volet fiscal nous montrera combien les effets de l'intention libérale sont réalisés.

A-2.1 Aspect civil du changement de régime matrimonial

La réforme de 1965 permet de constater, avec l'effacement progressif de l'homologation, l'aspect purement contractuel de la convention matrimoniale.

Il s'agit d'un contrat dont les règles sont établies par les deux parties, savoir les deux époux et qui a pour but de consacrer l'enrichissement de l'époux survivant par le biais de différents avantages qui lui ont été concédés. L'idée de cet appauvrissement volontaire n'est pas sans rappeler l'intention libérale ni même sans évoquer d'idée de donation à terme, car si un évènement a bien un caractère certain, c'est bien le décès programmé des époux et l'avantage matrimonial n'a pour but que de constater l'accord des parties pour que l'actif de communauté soit transmis à l'époux survivant de manière irrévocable, mais seulement au décès du premier d'entre eux.

On rappellera pour mémoire que l'homologation, c'est-à-dire l'intervention du contrôle des juges du fond pour valider la convention reçue entre les époux demeure indispensable pour le cas où l'un des époux serait lors de la signature de ladite convention, père ou mère d'un enfant mineur ou d'un enfant conçu.

L'appauvrissement du prédécédé au profit du conjoint survivant constitue une première donation atypique sur le plan civil ; le fait que, par l'utilisation de clause de préciput, le conjoint puisse effectuer un choix au sein de l'actif de communauté et laisser une quote-part au profit des autres héritiers constitue un second exemple de donation atypique. L'intention libérale n'est pas celle du défunt mais celle du conjoint survivant qui renonce à un droit ou du moins à la possibilité d'exercer un droit d'attribution au profit de ses enfants.

A-2.2 Aspect fiscal du changement de régime matrimonial

Il faut rappeler que l'attributaire d'un avantage matrimonial, bien avant la réforme instaurée par la loi TEPA, ne subissait aucune fiscalité sur les sommes par lui reçues. En effet, la position du conjoint survivant était celle

d'un attributaire, d'un « *créancier* » d'un avantage matrimonial et non d'un héritier voyant ses droits accrus, et soumis à taxation.

La qualité d'attributaire lui permettait de se présenter comme un étranger à la succession muni d'un titre, savoir la convention matrimoniale d'origine. Le conjoint survivant se présentait donc après le décès mais avant l'ouverture de la succession et ce afin de prélever l'avantage lui étant concédé.

B Autres outils liés à l'avantage matrimonial

Si l'on s'en tient aux clauses réglementées par la loi, il est possible de distinguer parmi les conventions susceptibles de modifier la liquidation partage de la communauté, celles qui viennent déroger à la composition de la masse partageable et celles qui viennent déroger au partage par moitié.

Il faut s'intéresser tout d'abord aux conventions dérogeants à la composition de la masse partageable qui ont pour trait commun d'autoriser un époux à prélever avant tout partage un ou plusieurs biens qui normalement auraient dû rester dans l'actif à partager. La loi propose deux conventions de ce type ; le critère de distinction entre l'une et l'autre étant l'exigence ou non d'une contrepartie en faveur de la communauté. La première étant dénommée clause de prélèvement moyennant indemnité, la seconde préciput.

Par rapport à la clause de prélèvement moyennant indemnité, les conventions dérogeant au partage par moitié ont pour trait commun avec le préciput d'être des conventions qui viennent rompre l'égalité entre les copartageants.

La justification une fois examinée, on examinera le mode d'application des clauses de préciput et de prélèvement et de partage inégal.

B-1 Clauses dérogeant à la composition de la masse partageable : préciput et prélèvement

Dans un premier temps les définitions des clauses de préciput et de prélèvement doivent être rappelées, savoir : le préciput s'assimile à la possibilité pour le bénéficiaire de prélever avant tout partage un certain nombre de catégories de biens. Le préciput s'exécute dans une opération personnelle et non dans le cadre de la régularisation d'un acte de partage entre plusieurs ayants droit. Non seulement plusieurs catégories de biens peuvent être concernées, mais la nature du droit exercé peut également porter sur un droit en pleine propriété ou en usufruit ou bien en nue-propriété.

Il faut alors constater que si le préciput trouve son exécution avant une opération de partage, il en va autrement pour l'exécution de la faculté de prélèvement. En effet, le rédacteur de la convention matrimoniale pourra permettre à l'une des parties la faculté d'acquérir ou de se faire attribuer dans le partage tel ou tel bien à sa convenance.

Ces outils sont l'armature de la notion d'avantage matrimonial telle qu'elle est actuellement utilisée dans le cadre des changements de régime matrimoniaux. En effet, que le notaire se retrouve face à un couple marié en uniques noces ou au contraire en face d'un couple qui n'en est pas à sa première union, l'orientation vers un régime communautaire ou séparatiste s'accompagnera inévitablement de l'utilisation, de l'insertion soit d'une clause de préciput s'il s'agit de biens communs soit d'une clause de prélèvement si on est en présence de biens dépendant de la succession.

L'échange avec le notaire est fondamental afin de déterminer le souhait exact des parties et le choix de l'avantage matrimonial. Il faut s'attarder sur le cas de ces époux qui se marient en secondes noces avec des enfants issus d'une union précédente.

La mise en communauté de certains biens va alors pouvoir se faire par l'adjonction au régime de la séparation de biens d'une société d'acquêts qui comprendra principalement la résidence principale, les meubles meublants, les comptes joints et les véhicules automobiles ordinaires.

Le préciput instauré sur ces différentes catégories accompagné d'une clause de prélèvement va alors permettre au conjoint survivant d'appréhender, s'il en a les moyens, la résidence principale tout en désintéressant les enfants de la première union. Le conjoint survivant n'est alors redevable que d'une indemnité en valeur. Les héritiers réservataires ne pourront alors faire obstacle à l'exécution de la clause de prélèvement mais ils pourront néanmoins contester la valeur qui leur sera attribuée.

L'intérêt de l'avantage matrimonial est alors indéniable. Il met le conjoint survivant en position de force lui permettant d'appréhender en nature les biens, sans être dépendant de l'accord des héritiers.

B-2 Clause dérogeant au partage pour moitié : partage inégal et attribution intégrale de communauté

Les conventions dérogeant au partage par moitié ont pour trait commun avec le préciput d'être des conventions qui viennent rompre l'égalité entre les copartageants alors que la première rompt seulement l'égalité en nature et non point l'égalité en valeur. Observons également que ces conventions ont pour trait caractéristique d'être des conventions non pas à titre particulier mais à titre universel concernant à la fois l'actif et le passif. Nous nous intéresserons donc à la clause de partage inégal et la clause d'attribution intégrale.

B-2.1 La clause de partage inégal

Par la clause de partage inégal, on rappellera que les époux conviennent d'attribuer à l'un des deux une part plus faible ou plus forte que la moitié ;

le surplus revenant à l'autre ou à ses héritiers.

Les époux peuvent même convenir d'attribuer au survivant, outre sa moitié en pleine propriété l'usufruit de la part du prédécédé (article 1524 alinéa 2 du Code civil).

On remarquera que la clause de partage inégal instauré le plus souvent en faveur d'un conjoint survivant et sous la condition que la communauté soit dissoute par décès peut également être conclue au profit d'un époux déterminé ou pour toute cause de dissolution. Quelle autre justification que l'intention libérale peut-on trouver au mécanisme qui génère une telle clause ?

Ce type de clause peut être instauré au bénéfice des héritiers du prémourant. Sur le plan de la pratique et la rédaction des actes, on rappellera que la clause de partage inégal ne prive pas les héritiers du conjoint prédécédé de leur droit de reprise sur les apports et capitaux tombés en communauté du chef de leur auteur.

B-2.2 La clause d'attribution intégrale de communauté

Toute donation a pour effet d'appauvrir le disposant et d'enrichir le donataire. L'institution de la réserve tend à protéger les ayants droit du futur de cujus des intentions libérales subi par leur auteur. La clause d'attribution intégrale de communauté présente les mêmes caractéristiques : sous condition de leurs prédécès respectifs, les parties conviennent d'attribuer au survivant l'intégralité des biens communs. Les avantages tirés par le bénéficiaire sont d'ordre fiscaux et matériels. Les enfants du couple voient quant à eux leurs parts de succession réduite à néant pour peu que cette clause d'attribution intégrale de communauté ait été couplée à un régime de communauté universelle. Cependant, un praticien averti songera à insérer dans le cadre d'un changement de régime matrimonial, la clause d'attribution intégrale mais également une série de préciput portant sur un certain nombre de catégories de biens et ce afin d'éviter le caractère automatique de l'attribution intégrale. Le conjoint survivant pourra alors lui aussi exprimer son intention libérale en laissant la possibilité aux héritiers du couple d'appréhender tel ou tel type de biens ou plus précisément tel ou tel type de droit sur les biens concernés (usufruit, nu-propriété, pleine propriété, ou droit d'usage et d'habitation).

Le mandat de protection future

Matthieu PERON

Monsieur Pascal CLÉMENT, alors garde des Sceaux, ministre de la Justice et M. Philippe BAS, ministre délégué à la Sécurité sociale, aux personnes âgées, aux personnes handicapées et à la famille présentaient le mardi 28 novembre 2006 lors d'une conférence de presse, le projet de réforme de la protection juridique des majeurs qui allait aboutir à l'adoption par le Législateur de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 mettant en avant un vieillissement de la population française et indiquait qu'en 2006, 700 000 personnes étaient placées sous un régime de tutelle ou de curatelle et que de 1992 à 2005, le nombre de personnes protégées avait augmenté de 13 % par an en moyenne.

Cette inflation des mesures judiciaires rendant impossible un suivi de qualité et un contrôle efficace de l'autorité judiciaire, il s'avérait nécessaire de réformer la loi du 3 janvier 1968 et de poser un principe de nécessité aux termes duquel la mise sous curatelle ou tutelle d'une personne ne sera possible que si la personne est atteinte d'une altération médicalement constatée de ses facultés, rédigé par un médecin expert, mais aussi de réaffirmer le principe de subsidiarité des mesures de tutelle ou de curatelle, s'imposant au juge qui devra préalablement vérifier si la protection de la personne vulnérable ne peut être assurée par un autre mécanisme juridique plus léger et moins restrictif de ses droits.

Le second objectif de la réforme aura été de mettre en avant la volonté privée afin que la personne vulnérable soit mieux respectée dans ses choix et mieux protégée dans ses besoins, non seulement au regard de son patrimoine mais aussi de sa sphère personnelle.

C'est aux termes de ce constat qu'est apparu en droit français un nouvel outil juridique de protection conventionnelle, le mandat de protection future, permettant à chacun d'anticiper l'organisation de sa propre protection, en désignant à l'avance une ou plusieurs personnes de son choix, physique ou personne morale agréée, afin de veiller sur sa personne et ses intérêts le jour où on ne le peut plus soi-même. Ce nouveau mandat qui pourra être général ou spécial, authentique ou sous seing privé, porte tant sur les actes nécessaires à la protection de la personne que sur ceux nécessaires à la gestion de son patrimoine.

La réforme de 2007 a également retenu une seconde hypothèse afin de pallier les défauts des figures traditionnelles de protection judiciaires des incapables en créant un mandat de protection future que les parents d'un enfant handicapé pourront passer afin d'organiser sa protection pour le jour où ils ne seront plus en état de le faire.

L'illustration traditionnelle donnée était le cas d'une personne atteinte de trisomie, dépendante de son entourage pour les tâches de la vie quotidienne et des actes de la vie civile, vivant au domicile de ses parents. Se voyant vieillir ses parents voient arriver le jour où ils ne pourront plus s'occuper de leur enfant. Jusqu'à la réforme, seul le prononcé d'une mesure de tutelle par le juge permettait d'assurer la protection de cette personne. Désormais, avec le mandat de protection future pour autrui, les parents de cet enfant pourront prévoir sa protection en désignant des personnes de confiance chargées de veiller à sa personne et à son patrimoine, en organisant de manière anticipée pour le jour où ils ne seront plus aptes à le faire.

La volonté de la personne se trouve ainsi renforcée et au cœur du dispositif, s'imposant à tous, y compris au juge éventuellement saisi qui devra en tenir compte.

> « Ce qui caractérise le mieux cette tendance législative, c'est de dire que la volonté est source de droit, et qu'à côté d'un droit légal qui reste prégnant par nécessité et applicable par défaut, on encourage parallèlement un droit volontaire, chargé de se substituer à ce droit légal qui devient de ce fait subsidiaire.[1] »

L'article 478 du Code civil précise expressément que le mandat de protection future est une variété de mandat soumis aux dispositions des articles 1984 à 2010 du Code civil qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions particulières qui le régissent.

Le mandat de protection future est en opposition avec les dispositions de l'article 2003 du Code civil qui énonce que le mandat finit, entre autres, par la tutelle des majeurs. Précisément, le mandat de protection future commence, là où le mandat ordinaire finit.

L'article 477 du Code civil prévoit deux types de mandat de protection future différents selon les aspirations du mandant. Il peut s'agir d'un mandat pour soi ou d'un mandat pour autrui.

Le mandat pour soi consiste en un mandat de représentation d'une personne physique, lorsque celle-ci, hors d'état de manifester sa volonté, ne peut plus pourvoir seule à ses intérêts personnels et patrimoniaux. Ce

(1) Philippe Potentier, JCP Notariale, n° 23, 6 juin 2008, 1214, n° 12, *Le juge et le notaire*.

mandat instaure un régime de représentation « *mais sans entraîner l'incapacité de celui qui est représenté* [2] ».

Quant au mandat pour autrui, il consiste pour le mandant à désigner un mandataire aux fins d'accomplir des actes relatifs à une tierce personne. Ce mandat pour autrui obligatoirement sous forme notarié a été conçu en considération de parents qui assument la charge d'un enfant handicapé et qui souhaitent organiser la transmission de cette charge pour le moment où ils ne seront plus aptes à l'assumer.

L'article 478 du Code civil dispose que « *le mandat de protection future est soumis aux dispositions des articles 1984 à 2010 du Code civil qui ne sont pas incompatibles avec celles de la section 5* ».

Toutefois, des conditions spécifiques au mandat de protection future sont prévues par la loi du 5 mars 2007.

1 – Le mandat de protection future au regard du droit comparé

Le mandat de protection future en droit interne s'inscrit dans le prolongement d'un contexte international bien établi, comme cela était présenté à l'occasion du 102e Congrès des notaires de France qui s'était tenu à Strasbourg, du 21 au 24 mai 2006 afférent aux personnes vulnérables [3].

A Sur la scène européenne

Sur le plan européen, une invitation était faite aux États de la Communauté européenne par une recommandation numéro R (99) 4 du 23 février 1999 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe afférent à la protection juridique des majeurs incapables, de graduer une mesure de protection en fonction de l'appréciation de l'altération des facultés mentales de la personne.

La vulnérabilité d'une personne majeure, son incapacité de fait à se conduire de manière totalement autonome, ne sauraient se traduire systématiquement par une incapacité juridique. Il doit être également tenu compte des souhaits de la personne vulnérable lors de l'altération future de ses facultés [4].

---

(2) Rapp. Sénat n° 212, 2006-2007, sur le projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, p. 183. Ce mandat « *fonctionnera comme une procuration générale donnée par une personne à un tiers sans que cette personne soit privée de l'ensemble de ses droits* ».

(3) Le mandat de protection future en droit interne s'inscrit dans le prolongement d'un contexte international bien établi, comme cela était présenté à l'occasion du 102e Congrès des notaires de France qui s'était tenu à Strasbourg, du 21 au 24 mai 2006 afférent aux personnes vulnérables.

(4) Philippe POTENTIER, JCPN, 19 octobre 2007, n° 42, étude 1262.

B Sur la scène internationale

Sur la scène internationale, la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 relative à la protection internationale des adultes, constitue un élément essentiel dans la mise en place de dispositifs protecteurs de majeurs dont les facultés sont altérées. Le développement du mandat d'inaptitude est largement pris en compte dont la définition résulte de l'article 15 aux termes duquel le mandat d'inaptitude a pour objet de prévoir les pouvoirs conférés par un adulte, soit par un accord, soit par acte unilatéral, pour être exercés lorsque cet adulte sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts [5].

Les législations étrangères ayant adopté ce système de subsidiarité aux mesures de protection légales sont foisons. Très tôt, l'Allemagne s'est dotée lors de la grande réforme des incapables majeurs par une loi du 12 décembre 1990 (*Betreuungsgesetz*) d'un mandat pour soins de vieillesse (*Altersvorsorgevollmacht*) [6] corollaire conventionnel à la mesure d'assistance pouvant être ordonnée par le juge des tutelles. Il s'agit d'un système de représentation pour des situations où une personne se trouvera dans l'impossibilité de prendre les dispositions souhaitées du fait de l'altération de son état de santé ou de son âge.

La nomination d'un assistant par le juge des tutelles ne sera pas nécessaire si les affaires du majeur peuvent être gérées par un « *mandataire pour soins de vieillesse* » antérieurement choisi. Le mandat pour soins de vieillesse définit l'étendue des pouvoirs du mandataire, dès lors les opérations de ce dernier au nom du mandant échappent au contrôle ou à l'autorisation du tribunal des tutelles [7]. Le droit à l'autodétermination et le respect de l'autonomie de la volonté sont désormais reconnus. Depuis la pratique juridique allemande utilise ce système particulier de représentation primant souvent la mesure d'assistance.

En Espagne, la protection juridique des majeurs a fait l'objet de deux grandes réformes, résultant de la loi n° 13 du 24 octobre 1983 et de la loi n° 41 du 18 novembre 2003 qui ont instauré deux institutions intimement liées et complémentaires : l'auto-tutelle et le mandat de protection future. L'objectif est de permettre à une personne capable de prévoir les mesures de protection qu'elle estime appropriées tant pour son patrimoine que pour elle-même pour le cas où elle deviendrait incapable [8].

---

(5) Rapp. Congrès des notaires de France 2006 précité, n° 3045

(6) Art. 1896-2 du *Bürgerliches Gestzbuch* (BGB) : « *l'assistance n'est pas nécessaire si l'intéressé a laissé ses instructions dans une procuration* ».

(7) Jean PICARD, JCPN, n° 28, 16 juillet 1999, p. 1122

(8) J. COMBRET et J. CASEY, RJPF, n° 7 et 8, Juillet-août 2007, n°s 7-8, p. 8 et 9

Au Québec, une loi du 15 avril 1990 a profondément modifié le droit des incapacités en créant un mandat pour inaptitude et s'ajoute aux dispositifs de curatelle, tutelle et au régime de conseiller au majeur. Toute personne physique peut désigner un ou plusieurs mandataires à l'effet de s'occuper d'elle et de veiller à l'administration de ses biens lors de la survenance d'une inaptitude [9].

Le 102e Congrès des notaires de France à Strasbourg, susvisé fait état d'un certain nombre de chiffres d'après une enquête réalisée en 2006 sur les personnes âgées de 55 ans et plus, au Québec ; 58 % des personnes concernées ont rédigé un mandat en prévision de l'inaptitude. Parmi ces mandats, 81 % sont réalisés par actes notariés. Depuis la mise en place de la loi près d'un million de mandats notariés ont été réalisés depuis cette date pour une population de sept millions d'habitants. Au 31 mars 2009, 9 061 mandats ont été homologués, l'homologation judiciaire étant une condition de leur mise en œuvre [10].

2 – L'objet du mandat de protection future pour soi et pour autrui

Le mandat de protection future est édicté à l'article 477 du Code civil et varie en fonction des aspirations du mandant : il peut s'agir d'un mandat pour soi-même, en vue de sa propre protection future, mais également être un mandat pour autrui, en vue de la protection future d'autrui.

A Le mandat de protection future pour soi-même

A-1 Le mandat de protection future pour soi-même

Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425 du Code civil, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts [11] : le mandant est une personne physique, capable lors de la rédaction du mandat. Cette règle est également affirmée par l'article 414-1 du Code civil.

L'incapacité d'exercice de l'enfant mineur non émancipé est générale, l'administrateur légal ou le tuteur, ne pourrait pas établir un mandat, avec ou sans autorisation du juge des tutelles durant sa minorité.

---

(9) C. civ. québécois, art. 2131 : « *Le mandat peut aussi avoir pour objet les actes destinés à assurer, en prévision de l'inaptitude du mandant à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens, la protection de sa personne, l'administration, en tout ou partie, de son patrimoine et, en général, son bien-être moral et matériel* ».

(10) http://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/curateur/statistiques.html

(11) Article 478 du Code civil

Le majeur sous sauvegarde de justice est une personne qui est encore théoriquement capable, aucune exigence particulière n'est prévue et peut ainsi conclure un mandat de protection future.

L'article 477 alinéas 1 et 2 du Code civil précisent que la personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur. Le majeur en tutelle pour qui l'incapacité est générale ne peut pas conclure de mandat de protection future. Son tuteur n'est pas autorisé à pouvoir en conclure puisque le majeur en tutelle est déjà dans une situation où il ne peut pas pourvoir seul à ses intérêts.

A-2 Le mandat de protection future pour autrui

La loi nouvelle ouvre également cette possibilité mais la limite strictement aux parents ou au dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur, qui assument la charge matérielle et affective d'un enfant majeur [12]. Ce mandat doit nécessairement être passé en la forme notariée. Il n'est pas possible de prévoir cette faculté pour protéger un frère ou une sœur handicapée ni afin de protéger son conjoint.

Le ou les parents exerçant l'autorité parentale sur leur enfant mineur, et pour le cas où ils décéderaient durant sa minorité où le jour ils ne pourraient plus prendre soin de leur enfant, peuvent consentir un mandat de protection future qui s'appliquerait jusqu'à la majorité de cet enfant. Mais comme le souligne Me Philippe POTENTIER [13], il y a lieu de s'interroger sur la possibilité ouverte par la loi d'établir un mandat de protection future pour tout enfant mineur ou seulement au profit des seuls enfants mineurs handicapés ?

L'article 477 alinéa 3 du Code civil est sur ce point mal rédigé et comme le rappelle Me POTENTIER le mandat de protection future se situe dans le chapitre sur la protection juridique des majeurs, et qu'à ce titre, seul l'établissement au profit des enfants mineurs handicapés semble de rigueur.

Une autre difficulté tient au fait de savoir ce qu'il faut entendre par charge matérielle et affective de l'enfant majeur ? Il semble que seuls des enfants majeurs handicapés ou inaptes à accomplir seuls les actes de la vie civile sont susceptibles de se voir imposer un mandat de protection future. Aucune référence n'étant faite à un régime de tutelle ou de curatelle, dont les critères sont pourtant clairement établis, la loi a très certainement voulu tenir compte de la multitude de situations où des enfants handicapés ne bénéficiaient d'aucun régime de protection ?

---

(12) article. 477 alinéa 3 du Code civil

(13) JCL. Notarial Formulaire, *Mandat de protection future*, fasc. 10, n° 87 par Ph. POTENTIER

A-3 Le mandataire de protection future et «*les tiers*»

A-3.1 Le mandataire

L'article 478 du Code civil renvoie aux dispositions relatives au contrat de mandat des articles 1984 à 2010 du Code civil. Il peut s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale librement choisie par le mandant.

La personne morale doit être inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue à l'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles [14]. Ce contrôle des personnes morales ainsi prévu par le Législateur avait pour corollaire la crainte que les «*sectes*» par ce nouvel outil juridique ne puissent s'emparer du patrimoine des personnes vulnérables. Pendant toute la durée de l'exécution du mandat, le mandataire doit jouir de la pleine capacité juridique, comme dans le droit commun du mandat [15].

L'article 480, alinéa 2, du Code civil ajoute que le mandataire doit satisfaire aux conditions posées par les articles 395 et 445 dernier alinéa du Code civil. Il en résulte que le mandataire ne pourra par conséquent ni être un enfant mineur, ni un majeur sous tutelle ou curatelle. D'une manière générale, le mandataire devra remplir les conditions prévues pour les charges tutélaires. Ainsi, les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux ne pourront être les mandataires de leurs patients. Le notaire recevant l'acte ne pourra être le mandataire de leurs clients ni ses associés ou un notaire salarié de l'étude. Si le notaire accepte d'être mandataire, les règles relatives à l'impossibilité d'instrumenter trouveront à s'appliquer.

Le mandat de protection future peut être à titre gratuit et également à titre onéreux. Dans ce dernier cas, la rémunération peut soit correspondre uniquement aux frais engagés par le mandataire, soit constituer une véritable rémunération pour l'ensemble de l'activité. Le décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007 et l'arrêté du Ministre de la Justice du 23 décembre 2009 publié au Journal officiel du 26 décembre 2009 [16], relatif à un modèle de mandat de protection future sous seing privé prévoit la rémunération du mandataire, correspondant soit au remboursement des frais et charges

---

(14) L'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles dispose: «*Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs sont inscrits sur une liste dressée et tenue à jour par le représentant de l'État dans le département. Cette liste comprend:*
1° Les services mentionnés au 14° du I de l'article L. 312-1;
2° Les personnes agréées au titre de l'article L. 472-1;
3° Les personnes désignées dans la déclaration prévue à l'article L. 472-6.
Les personnes inscrites sur cette liste prêtent serment dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État».

(15) Article 477 alinéa 1er du Code civil.

(16) Numéro 299, pp. 22338-22344

nécessaires à l'accomplissement du mandat, soit à une somme forfaitaire mensuelle ou annuelle soit à une somme fixée librement par les parties (cette rémunération peut par exemple être liée à la disponibilité du mandataire ou être proportionnelle au temps consacré à la gestion du patrimoine ou aux actes concernant le mandataire ou encore être indexée). Il peut être prévu un ou plusieurs mandataires, avec faculté d'agir séparément ou obligation d'agir ensemble, ou bien avec des domaines de compétences répartis. Si le domaine de compétence est réparti le mandat pourra distinguer la protection à la personne et/ou aux biens, avec une possibilité de subdiviser la protection aux biens (distinction meubles/immeubles…)

Il est également possible de prévoir plusieurs mandataires successifs, notamment afin de pallier l'incapacité ou le décès du mandataire avant le mandant.

A-3.2 Les tiers

Il sera également possible pour le mandant de nommer un ou plusieurs tiers, « *sous-mandataires de gestion spéciaux* » [17], substitués au mandataire, disposant de compétences particulières (expert-comptable, notaire, huissier de justice, …) afin d'aider le mandataire dans sa mission, tel que l'inventaire d'ouverture, les comptes annuels de gestion.

Cette faculté offerte par l'article 482 alinéa 1er du Code civil donne la possibilité au mandataire de « *se substituer un tiers pour les actes de gestion du patrimoine mais seulement à titre spécial* ».

L'alinéa 2 de l'article 482 du Code civil précise que « *le mandataire répond de la personne qu'il s'est substitué dans les conditions de l'article 1994* » ; ledit article 1994 du Code civil relatif au mandat dispose que « *le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable* » et précise que « *dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée* ».

A côté du mandataire et des tiers de gestion, le mandant a également la possibilité de nommer un ou plusieurs tiers de confiance afin de les surveiller, et le cas échéant saisir le juge des tutelles en application de l'article 484 du Code civil, notamment en cas d'acte suspect.

Comme le souligne M. Pierre CARLI [18], il devrait s'agir d'un professionnel disposant d'une assurance responsabilité civile dont la mission se cantonnerait uniquement à un contrôle sans qu'aucune instruction ne soit donnée au mandataire. M. CARLI ajoute que ce rôle pourrait parfaitement être dévolu à un

(17) P. CARLI, JCPN, n° 28, 10 juillet 2009, n° 1233

(18) Note précitée

notaire remplissant la condition d'assurance et pour lequel il n'est nul besoin de vanter les mérites de ses compétences. Il conviendra dans le cadre d'un mandat de protection future notarié de distinguer le rédacteur du notaire chargé du contrôle du mandataire et des sous mandataires.

De la même manière que pour le mandataire, il peut être prévu une rémunération pour les tiers, prenant le plus souvent la forme d'un devis indexé, car il peut s'écouler de longues années entre la date de signature du mandat et le début de son exécution. Le choix d'un notaire contrôleur, voit sa rémunération non tarifée et prendra la forme d'un article IV du décret n° 78-262 du 8 mars 1978 portant fixation du tarif des notaires, qui devra être proposé préalablement au client afin d'être approuvé et dont l'indexation pourra être renvoyée aux nombres d'unités de valeur.

a) La forme du mandat de protection future et l'incidence sur les pouvoirs du mandataire

De façon générale, l'article 1985 alinéa 1er du Code civil précise que le mandat peut revêtir la forme authentique ou sous seing privé. De fait, l'article 478 renvoie aux règles générales du mandat. La liberté de choix de l'*instrumentum* est laissée au mandant par le législateur qui a néanmoins voulu favoriser le mandat de protection future notarié en accordant des pouvoirs accrus au mandataire qui dispose de la possibilité d'accomplir tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation, quand bien même, le mandat notarié serait conçu en termes généraux. Une exception importante à ce principe est posée quant au mandat consenti par un parent pour un enfant mineur ou majeur, visé à l'article 477 alinéa 3, du Code civil, qui doit être obligatoirement notarié.

• Le mandat sous seing privé

L'article 492 du Code civil prévoit que « *le mandat établi sous seing privé est daté et signé de la main du mandant. Il est soit contresigné par un avocat, soit établi selon un modèle défini par décret en Conseil d'État* » ; il précise que « *le mandataire accepte le mandat en y apposant sa signature* » et que « *tant que le mandat n'a pas reçu exécution, le mandant peut le modifier ou le révoquer dans les mêmes formes et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandant* ».

Ainsi la rédaction du mandat de protection future se fera par la personne elle-même éventuellement assistée d'un professionnel du droit autre qu'un avocat, selon un modèle défini par le décret nº 2007-1702 du 30 novembre 2007, accompagné d'un arrêté du même jour, émanant du Ministère de la Justice, portant une notice d'information ou alors contresigné par un avocat qui dans ce cas pourra s'écarter du cadre du formulaire type.

En tout état de cause, le mandat doit être daté et signé de la main du mandant et selon le type de mandat requis, contresigné par un avocat.

Enfin, l'article 492-1 du Code civil dispose que « *le mandat n'acquiert date certaine que dans les conditions de l'article 1328*[19] », c'est-à-dire après la formalité de l'enregistrement à la recette des impôts compétente. L'acceptation du mandataire résulte de sa signature sur le mandat lui-même.

Tant que le mandat sous seing privé n'a pas reçu exécution, toute modification ou révocation par le mandant reste possible, mais elle devra intervenir dans les mêmes formes.

Le mandataire dispose de la faculté de renoncer au mandat qui lui a été confié en notifiant sa renonciation par lettre recommandée avec accusé de réception au mandant dès lors que le mandat n'a pas reçu exécution.

L'article 493 alinéa 1er du Code civil limite les pouvoirs du mandataire par la forme choisie par les parties et dispose que « *le mandat est limité, quant à la gestion du patrimoine, aux actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation.* » En d'autres termes, il s'agira des actes conservatoires et des actes d'administration sur les biens du mandant, en vertu de l'alinéa 1er de l'article 504 du Code civil. Mais l'alinéa 2 de l'article 493 du Code civil admet de surmonter cette limite et dispose que « *si l'accomplissement d'un acte qui est soumis à autorisation ou qui n'est pas prévu par le mandat s'avère nécessaire dans l'intérêt du mandant, le mandataire saisit le juge des tutelles pour le voir ordonner.* » Il pourra s'agir notamment pour le mandataire de demander au juge des tutelles l'autorisation d'accomplir un acte de disposition et ce dans l'intérêt du mandant.

• Le mandat notarié

La loi du 5 mars 2007 a entendu faire de la forme authentique du mandat de protection future un instrument privilégié où la présence du notaire officier public, est au cœur du dispositif à travers notamment son rôle de conseil et de vérificateur de l'exécution du mandat par le mandataire, véritable alternative à une mesure institutionnelle de protection. Il garantit également l'efficacité et la sécurité juridiques de cet acte qui aura date certaine et fait foi de sa date. L'acte authentique donnera une force probante au contenu qui vaudra jusqu'à inscription de faux et revêtira la force exécutoire.

Ainsi l'article 489 du Code civil prévoit une troisième forme de mandat de protection future et dispose que « *lorsque le mandat est établi par acte authentique, il est reçu par un notaire choisi par le mandant. L'acceptation du mandataire est*

(19) L'article 1328 du Code civil dispose : « *Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans les actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire.* »

faite dans les mêmes formes» ; le second alinéa précise que « *tant que le mandat n'a pas pris effet, le mandant peut le modifier dans les mêmes formes ou le révoquer en notifiant sa révocation au mandataire et au notaire et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandant et au notaire.* »

L'acceptation du mandataire est faite dans les mêmes formes soit au sein du mandat soit par acte séparé. Toute modification ou révocation par le mandant devra intervenir également en la forme notariée. De son côté, le mandataire dispose de la faculté de renoncer au mandat confié en notifiant sa renonciation au mandant et au notaire [20].

Le texte n'est pas très clair car la renonciation à un mandat notarié doit-elle se faire dans un acte notarié ? L'article 489 du Code civil exige que l'acceptation du mandat notarié soit faite dans un acte notarié. La renonciation devrait en vertu du parallélisme des formes suivre la même forme.

Les émoluments fixes de rédaction d'acte sont prévus par le décret n° 78-262 du 8 mars 1978 portant fixation du tarif des notaires, tel que modifié en dernier lieu par l'article 2 du décret n° 2008-296 du 31 mars 2008, en son numéro 52 bis du tableau de désignation des actes :

Mandat posthume et mandat de protection future :
Émoluments fixes (en unités de valeur)
Établissement du mandat : 30
Acceptation par acte séparé : 15
Révocation par le mandant : 15
Renonciation : 15
Émoluments proportionnels : (néant)

Le mandat de protection future conclut par acte notarié confère au mandataire des pouvoirs élargis lui permettant de réaliser des actes que le tuteur peut passer seul ou avec autorisation (article 490 alinéa 1er du Code civil). Il s'agira des actes de conservation, d'administration et des actes de disposition à titre onéreux sur les biens du mandant. Même si le mandat est conçu en termes généraux, le mandataire a, par dérogation à l'article 1988 du Code civil, indifféremment les mêmes pouvoirs [21]. La loi exclut donc l'exigence d'un mandat exprès pour les actes de disposition.

L'article 490 alinéa 2 du Code civil limite le pouvoir du mandataire qui ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'après avoir sollicité l'autorisation du juge des tutelles.

---

(20) Article 489 alinéa 2 du Code civil

(21) L'article 1988 du Code civil dispose : « *Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès*».

Il s'agit de tous les actes emportant une intention libérale telle la donation sous toutes ses formes notariées, du don manuel, de la donation indirecte ou déguisée.

• Les incertitudes de la loi nouvelle

S'agissant du testament, la loi est muette ? Il paraît difficilement envisageable que la rédaction d'un testament postérieurement à la mise en œuvre du mandat se fasse par l'intermédiaire du mandataire, étant un acte unilatéral dont le caractère *intuitu personae* est omnipotent.

Depuis le 1er janvier 2009, l'article 476 alinéa 2 du Code civil dispose que « *le testament fait par le majeur après l'ouverture de la tutelle est nul de droit, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé préalablement le majeur à tester avec l'assistance du tuteur* ». De la même manière, le tuteur ne peut ni assister ni représenter la personne protégée à cette occasion.

Soit l'on considère que le testateur, mandant n'est pas soumis à un régime d'incapacité, la rédaction d'un testament lui est alors ouverte. Inversement, on considère que le testateur subit les effets d'une incapacité matérielle imposant la mise en place d'un régime de protection et les dispositions de l'article 476 alinéa 2 du Code civil pourraient trouver à s'appliquer au mandant. L'article 483 2° du Code civil précisant que le mandat prend fin lors notamment du placement de la personne protégée sous tutelle, sauf appréciation contraire du juge.

Mais l'article 488 alinéa 1er du Code civil [22] laisse à penser que la capacité du mandant n'est pas totalement détruite par la mise en œuvre du mandat de protection future. La nullité est facultative et ouvre au juge un pouvoir d'appréciation. Il paraît en outre difficile de prévoir au sein du mandat que le mandant ne pourra tester qu'avec l'accord du juge des tutelles, ce dernier ayant son domaine de compétence définit par la loi et non par la convention des parties. La plus grande prudence est donc conseillée pour le rédacteur du mandat quant à la possibilité laissée au mandant de rédiger un testament.

D'autres questions quant à la définition d'actes de disposition à titre gratuit surgissent pour lesquelles il appartiendra à la Jurisprudence de pallier les non-dits de la loi.

La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 a créé la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR) aux articles 929 à 930-5 du Code civil. La difficulté procède du silence de la loi du 5 mars 2007 au regard du mandat de protection future, qui précise à l'article 509 1° du Code civil que le tuteur

(22) « *Les actes passés et les engagements contractés par une personne faisant l'objet d'un mandat de protection future mis à exécution, pendant la durée du mandat peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduit en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1du Code civil.* »

ne pouvait pas, même avec une autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille, accomplir un acte de renonciation à l'action en réduction.

Selon l'article 490 du Code civil, le mandat notarié inclut tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec autorisation, en revanche rien n'est dit pour les actes interdits au tuteur. Par syllogisme on pourrait en conclure que ce qui est interdit au tuteur le serait a fortiori pour le mandataire. Il est possible néanmoins d'envisager la possibilité pour le mandataire de solliciter auprès du juge des tutelles une telle autorisation en application de l'article 484 du Code civil. Certains auteurs [24] préconisent même pour le notaire rédacteur du mandat d'éluder la question en prévoyant que la renonciation anticipée à l'action en réduction est impossible au mandataire.

Le mandat de protection future est également ignoré par les dispositions afférentes au contrat d'assurance-vie lors de la mise en place de la loi du 5 mars 2007 et de son décret du 22 novembre 2008. Dans le cas d'une mesure de curatelle, la validité de la souscription d'un contrat d'assurance-vie dépend de l'assistance du curateur, dans la tutelle, de la représentation du tuteur autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles. L'article L. 132-4-1 alinéa 1er du Code des assurances [25] admet également que la personne protégée autorisée par le juge des tutelles puisse souscrire elle-même. L'article L. 132-4-1 alinéa 1er du Code des assurances s'aligne sur l'article 473, alinéa 2 du Code civil qui autorise le juge des tutelles, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, à énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire seule ou avec l'assistance du tuteur.

Les actes accomplis dans la gestion d'un placement en assurance-vie souscrit par une personne protégée rentrent dans la catégorie des actes de disposition soumis à autorisation par le conseil de famille ou le juge des tutelles pour le tuteur, l'assistance du curateur dans le cadre de la curatelle.

La désignation d'un bénéficiaire peut être effectuée à titre gratuit ou onéreux. Quand elle est effectuée à titre onéreux, il s'agit d'un acte de disposition à titre onéreux soumis à autorisation lorsqu'une tutelle a été ouverte à l'égard du stipulant, la désignation bénéficiaire ne peut être accomplie qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille. Après l'ouverture d'une curatelle,

---

(24) JCL. Notarial Formulaire, *Mandat de protection future,* fasc. 10, précité n° 25 ; J. LEPROVAUX, JCPN, n° 36, 5 septembre 2008, n° 1274.

(25) « *Lorsqu'une tutelle a été ouverte à l'égard du stipulant, la souscription ou le rachat d'un contrat d'assurance sur la vie ainsi que la désignation ou la substitution du bénéficiaire ne peuvent être accomplis qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué. Après l'ouverture d'une curatelle, ces mêmes actes ne peuvent être accomplis qu'avec l'assistance du curateur.* »

la désignation bénéficiaire n'est accomplie par le majeur protégé qu'avec l'assistance du curateur.

Lorsqu'elle est effectuée à titre gratuit, la désignation bénéficiaire inclut une libéralité traditionnellement considérée comme une donation indirecte [26] imposant également une autorisation pour le curateur.

Qu'en est-il du mandataire de protection future qui n'est à aucun moment évoquée ?

Beaucoup d'auteurs [27] considèrent que les principes qui résultent de la loi nouvelle doivent être étendus au mandat de protection future. En application de l'article 490 du Code civil, qui concerne la définition des pouvoirs du mandataire investi par acte authentique il convient d'admettre que le mandataire de protection future peut seul accomplir tous ces actes relatifs à un contrat d'assurance-vie dès lors qu'il s'agit d'acte de disposition à titre onéreux. S'il s'agit d'un acte à titre gratuit, le mandataire doit obtenir l'autorisation du juge des tutelles. En revanche, si le mandat est établi sous seing privé, les différents actes sur le même contrat seront subordonnés à l'autorisation du juge des tutelles en vertu de l'article 493 du Code civil selon lequel le mandat sous seing privé est limité quant à la gestion du patrimoine aux actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation.

D'autres interrogations surgissent quant au logement de la personne protégée et ses comptes bancaires. Les dispositions générales des mesures de protection juridique des majeurs prévoient à l'article 426 alinéa 3 du Code civil que s'il devient nécessaire ou s'il est de l'intérêt de la personne protégée qu'il soit disposé des droits relatifs à son logement ou à son mobilier ainsi qu'à la résidence secondaire et son mobilier par l'aliénation, la résiliation, ou la conclusion d'un bail, l'acte doit être autorisé par le juge… Aucune précision n'a été faite par le Législateur concernant le mandataire désigné dans un acte notarié, puisque dans le mandat sous seing privé, c'est tout acte de disposition qui est refusé au mandataire, sans autorisation. Pour l'ensemble de la Doctrine [28], le mandat de protection future ne peut déroger à cette règle intangible et le notaire devra en tenir compte lors de la rédaction du mandat et prévoir une autorisation du juge des tutelles à cet effet.

La gestion des comptes bancaires est également insérée dans les dispositions générales à l'article 427 du Code civil qui est selon cette même doctrine opposable au mandataire de protection future qui ne pourra, sans l'autorisation

(26) Cass. Ch. mixte, 21 décembre 2007, JurisData, n° 2007-042070 ; R. Riche : JCP N 2008, n° 15, 1174 ; S. Hovasse : JCP N 2007, n° 12, 1136.

(27) S. Hovasse précitée ; J. LEPROVAUX précité.

(28) J. LEPROVAUX précité ; Ph. POTENTIER précité.

du juge des tutelles, procéder ni à la modification des comptes ou livrets ouverts au nom du mandant, ni à l'ouverture d'un autre compte ou livret auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public. Ce n'est que si le mandant n'est titulaire d'aucun compte ou livret que le mandataire lui en ouvrira un auprès de la Caisse des dépôts et consignations.

• Indifférence de la forme du mandat quant à la protection de la personne du mandant

Le Législateur considère que la forme ne doit pas brider la volonté du mandant dès lors qu'il s'agit d'actes purement personnels. Ainsi l'article 479 du Code civil dispose que « *lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne, les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 à 459-2. Toute stipulation contraire est réputée non écrite* ». Ce même article précise que « *le mandat peut prévoir que le mandataire exercera les missions que le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles confient au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance. Le mandat fixe les modalités de contrôle de son exécution.* »

Le mandat doit être une traduction fidèle, précise de la manière dont le mandant entend en cas d'inaptitude poursuivre sa vie personnelle. Il pourra exprimer des préférences au regard du respect de son intégrité corporelle et morale en cas de maladie, son lieu de vie, ses obsèques…

Les directives anticipées de fin de vie, concernant les souhaits de la personne quant aux conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement sont autorisées depuis la loi du 22 avril 2005, pourront trouver à s'appliquer [29] ou encore le refus de l'acharnement thérapeutique, ou bien tout état végétatif [30].

Le mandataire de protection future voit ses pouvoirs encadrés par la loi qui ne peuvent pas faire l'objet d'aménagements contractuels entre le mandant et le mandataire et ne pourra jamais agir dans ces hypothèses sans l'accord du juge des tutelles ainsi que cela résulte de l'article 479 du Code civil selon lequel si une protection de la personne est prévue, cette protection doit suivre les prescriptions des articles 457-1 à 459-2 du Code civil. Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

Il s'agira notamment de respecter l'article 459 alinéa 3 du Code civil, en vertu duquel la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sous le régime de la tutelle, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée.

---

(29) article L. 1111-11du Code de la santé publique.

(30) article L. 1110-5 alinéa. 2 du Code de la santé publique.

L'article 458 du Code civil interdit strictement au mandataire les actes strictement personnels au mandant tel que la déclaration de naissance, reconnaissance d'enfant, les actes de l'autorité parentale, le choix du nom de l'enfant, le consentement à l'adoption, que ce soit celle du mandant ou celle de son enfant.

b) Effet du mandat de protection future

Le mandat de protection future est un contrat qui ne produit pas ses effets au moment de l'acceptation par le mandataire mais à partir du jour où le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts.

• Mise en œuvre du mandat de protection future

L'article 481 du Code civil détermine les conditions de mise en œuvre du mandat de protection future et pose deux conditions.

Une première condition est liée à la situation du mandant. L'inaptitude du mandant doit être liée à l'une des causes prévues à l'article 425 du Code civil à savoir celles qui permettent l'ouverture d'une mesure judiciaire de protection des majeurs que sont la tutelle ou la curatelle. Le mandant doit ainsi être empêché d'exprimer sa volonté, en raison d'une altération médicalement constatée soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles. L'inaptitude du mandant doit être établie par un certificat médical émanant d'un médecin-expert inscrit sur la liste tenue par le procureur de la République près le tribunal de grande instance du domicile du mandant en vertu de l'article 431 du Code civil.

Comme le souligne certains auteurs [31], il conviendra que le mandant se rende auprès du médecin expert afin de constater l'inaptitude du mandant et si ce dernier refuse de s'y rendre, l'article 431-1 du Code civil permettra au médecin expert de solliciter l'avis du médecin traitant de la personne à protéger, mais il n'en existera pas toujours… Le médecin devra constater l'inaptitude patrimoniale et/ou l'incapacité personnelle du mandant. Il conviendra pour le médecin de procéder le cas échéant à une distinction des incapacités du mandant.

Dans l'hypothèse du mandat pour autrui de l'article 477 alinéa 3 du Code civil l'incertitude juridique liée à la rédaction de la loi dont il a été fait état précédemment trouve également à s'appliquer au regard de l'intervention du médecin. L'incapacité de l'enfant s'il est majeur ne posera pas de difficulté contrairement à celle de l'enfant mineur dont l'incapacité d'exercice est de nature légale. La désignation du mandataire de protection future prend effet à compter du jour où le mandant décède – cette hypothèse ne fait aucune difficulté – ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé. Cette seconde hypothèse formulée de

(31) J. COMBRET et J. CASEY, précités p. 13.

façon vague est susceptible de poser difficulté. Il reviendra, mais la loi ne le dit pas, au médecin de le dire lors de la constatation l'incapacité de l'enfant [32].

La seconde condition de mise en œuvre est d'ordre procédural. Le mandataire doit produire au greffe du tribunal d'instance le mandat ainsi que le certificat médical susvisé. Le greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel le mandant a son domicile instruit la requête, vise le mandat et date sa prise d'effet, puis le restitue au mandataire accompagné des pièces produites après avoir paraphé chaque page du mandat et apposé son visa. Ce n'est qu'à compter de cette formalité que le mandataire se trouve investi des pouvoirs de représentation du mandant. A aucun moment le greffier n'a le pouvoir d'apprécier la validité du mandat et ne fait que constater la production du mandat réalisé par acte notarié ou sous seing privé et que le certificat médical produit émane bien d'un médecin inscrit sur la liste dressée à cet effet.

Toute la procédure de mise en œuvre du mandat de protection future est organisée par les articles 1258 à 1260 du Code de procédure civile issus du décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008.

Le mandataire présente au greffier :

– l'original du mandat signé du mandant et du mandataire, ou la copie authentique s'il s'agit d'un mandat notarié ;
– un certificat médical datant de moins de deux mois, émanant d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431 du Code civil et établissant que le mandant se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425 du même Code ;
– une pièce d'identité relative respectivement au mandataire et au mandant ;
– un justificatif de la résidence habituelle du mandant.

Le mandataire se présente en personne, accompagné du mandant (ou du bénéficiaire du mandat, pour le mandat pour autrui), sauf s'il est établi par certificat médical, que la présence de celui-ci est incompatible avec son état de santé. Le travail de vérification du greffier est indiqué à l'article 1258-2 du Code de procédure civile, au vu des pièces produites, le greffier vérifie que :

– le mandat et le mandataire étaient majeurs ou mineurs émancipés à la date d'établissement du mandat ;
– les modalités du contrôle de l'activité du mandataire sont formellement prévues ;
– l'avocat a contresigné le mandat lorsqu'il a établi celui-ci en application de l'article 492 du Code civil ;
– le curateur a contresigné le mandat, si le mandant était placé sous curatelle ;

(32) Ph. POTENTIER précité.

– le mandataire, s'il est une personne morale, justifie être inscrit sur la liste prévue à l'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles.

Il convient également de signaler que la prise d'effet du mandat ne fait l'objet d'aucune publicité, contrairement à ce qui avait été préconisé par le notariat lors du congrès de Strasbourg proposant une mention au répertoire civil, dont l'inscription serait indiquée sur l'extrait d'acte de naissance du mandant et n'est ainsi pas portée à la connaissance des tiers sauf justification du pouvoir du mandataire par la présentation de la convention au cas par cas [33]. En vertu de l'article 481 alinéa 1er du Code civil le mandant reçoit notification de la prise d'effet du mandat dans les conditions prévues par le Code de procédure civile.

• **Obligations du mandataire**

Le mandataire de protection future voit ses obligations régies par les règles générales du mandat décrites aux articles 1984 à 2010 du Code civil et celles spécifiques au mandat de protection future. Les règles générales lui imposent de remplir sa mission en « *bon père de famille* » en prodiguant des soins prudents ; d'exécuter sa mission sans restriction sauf en cas fortuit ou de force majeure et sans dépassement sauf si l'intervention relève de la gestion d'affaires, du mandat tacite entre époux ; de s'abstenir de faire de la concurrence à son mandant, il lui est interdit de contracter avec lui, d'acquérir d'un tiers un droit ou une créance que ce dernier détient contre le mandant ; il ne pourra exercer le commerce ou une profession libérale au nom de son mandant.

Mais la principale obligation du mandataire est de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration [34]. Un inventaire doit être rédigé lors de l'ouverture de la mesure, et être réactualisé en cours de mandat afin de maintenir à jour l'état du patrimoine [35]. Les dispositions de l'article 1253 du Code de procédure civile sont applicables au mandat de protection future [36] selon lesquels l'inventaire se déroule en présence de la personne protégée, si son état de santé ou son âge

(33) Rapp. Sénat n° 212, p. 187 : « *La prise d'effet du mandat ne fera pas l'objet d'une publication. En effet, le mandat de protection future crée un régime de représentation, sans toucher à la capacité du mandant, celui-ci ne pouvant devenir incapable que sur décision de justice. Le majeur n'étant frappé d'aucune incapacité, il n'y a pas lieu de prévoir une publicité ou une information générale des tiers qui se verront opposer le mandat au cas par cas par le mandataire, lorsque celui-ci prétendra agir pour le compte du mandan*t ».

(34) Article 1993 du Code civil.

(35) Article 486 alinéa 1er du Code civil.

(36) Article 1260 Code de procédure civile.

le permet, par un officier public ou ministériel et à défaut de deux témoins majeurs qui ne sont pas au service de la personne protégée ni de la personne exerçant la mesure de protection. L'inventaire doit contenir une description exacte des meubles meublants, une estimation des biens immobiliers ainsi que des biens mobiliers ayant une valeur de réalisation supérieure à 1 500 euros, la désignation des espèces en numéraire et un état des comptes bancaires, des placements et des autres valeurs mobilières.

L'article 486 alinéa 2 du Code civil dispose que le mandataire chargé de l'administration des biens de la personne protégée « *établit annuellement le compte de sa gestion qui est vérifié selon les modalités définies par le mandat et que le juge peut en tout état de cause faire vérifier selon les modalités prévues à l'article 511.* »

En tout état de cause, le mandataire doit rendre personnellement des comptes annuellement au mandant mais aussi et surtout aux personnes désignées dans le mandat qui pourront être éventuellement le contrôleur de gestion s'il en a été désigné un, ou encore une personne de confiance.

Indépendamment de la forme du mandat de protection future et des choix du mandant, le juge des tutelles peut à tout instant faire vérifier les comptes selon les modalités prévues à l'article 511 du Code civil et pourra ainsi confier au greffier en chef du tribunal d'instance le soin de vérifier les comptes, suivant les modalités propres aux mesures de tutelle. Il s'agit ici d'une simple faculté accordée au juge de contrôle qui, comme le souligne Me Philippe POTENTIER [37], de l'aveu même recueilli des greffiers, ne semble pas effectif et suffisant.

Si le greffier en chef refuse d'approuver les comptes il dresse un rapport des difficultés rencontrées qu'il transmet au juge qui statuera sur la conformité des comptes. À l'expiration du mandat et dans les cinq ans qui suivent, l'article 487 du Code civil oblige le mandataire à remettre à la disposition de la personne qui est amenée à poursuivre la gestion, diverses pièces explicitant son activité :

– l'inventaire des biens et ses réactualisations successives ;

– les cinq derniers comptes de gestion ;

– les pièces nécessaires pour continuer celle-ci ou assurer la liquidation de la succession de la personne protégée.

Ces éléments sont transmis au mandant s'il a recouvré ses facultés, ou à la personne qui a pris la suite de la gestion de ses biens, ou encore à ses héritiers en cas de décès

Si le mandat de protection future est établi par acte sous seing privé, le dernier alinéa de l'article 494 du Code civil dispose que le mandataire,

(37) *Notarial formulaire*, précité, n° 151.

indépendamment des prescriptions contenues dans le mandat, « *est tenu de les présenter au juge des tutelles ou au procureur de la République dans les conditions prévues à l'article 416* », ledit article 416 du Code civil définissant les pouvoirs du juge des tutelles et du procureur de la République qui « *exercent une surveillance générale des mesures de protection dans leur ressort* » : tant le juge des tutelles que le procureur de la République « *peuvent visiter ou faire visiter les personnes protégées et celles qui font l'objet d'une demande de protection, quelle que soit la mesure prononcée ou sollicitée* » et « *les personnes chargées de la protection sont tenues de déférer à leur convocation et de leur communiquer toute information qu'ils requièrent* ».

Lorsque le mandat de protection future est passé en la forme authentique, le notaire doit assumer une nouvelle fonction de contrôle de la reddition de compte du mandataire. Il s'agit d'un transfert de charges et sans doute de responsabilités que réalise le nouvel article 491 du Code civil de l'auxiliaire de justice et du juge au profit du notaire.

En vertu de l'article 491 du Code civil spécifique au mandat notarié et renvoyant aux dispositions communes et notamment au second alinéa de l'article 486, « *le mandataire rend compte au notaire qui a établi le mandat en lui adressant ses comptes, auxquels sont annexées toutes pièces justificatives utiles. Celui-ci en assure la conservation ainsi que celle de l'inventaire des biens et de ses actualisations.* » et « *le notaire saisit le juge des tutelles de tout mouvement de fonds et de tout acte non justifiés ou n'apparaissant pas conformes aux stipulations du mandat* ».

Le rôle du notaire de conservation de ses actes est à nouveau mis en avant par loi nouvelle qui lui impose de centraliser les documents de gestion, de contrôle de gestion, dans le cadre du mandat de protection future reçu par son Ministère.

La loi ne le prévoit pas mais lors de la rédaction du mandat il est possible de prévoir que l'ensemble des justificatifs et comptes soient déposés au rang des minutes par un ou plusieurs actes de dépôt. Ainsi le mandataire et le juge pourront se faire délivrer tous extraits pour ce qui les concerne.

Si le notaire décèle des irrégularités dans l'action du mandataire en fonction des modalités définies par le mandat, il doit saisir le juge des tutelles. Il y aura également irrégularité en cas de mouvement de fonds [38]. Le notaire doit s'avérer diligent dans cette mission, sous peine d'engager sa responsabilité en cas d'absence de saisine du juge des tutelles.

Le décret n° 78-262 du 8 mars 1978 portant fixation du tarif des notaires, tel que modifié en dernier lieu par l'article 1er du décret n° 2008-296 du

(38) Article 491 du Code civil.

31 mars 2008, fixe les modalités financières de l'examen des comptes du mandataire, en fonction de l'importance des recettes et dépenses engagées dans l'année, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 486 du Code civil – par le notaire en son article 29-1 :

> L'examen des comptes du mandataire désigné au titre d'un mandat de protection future, en application de l'article 491 du Code civil, est rémunéré selon le barème suivant :
> – 30 unités de valeur : lorsque le chapitre le plus élevé, en recettes ou en dépenses, au titre de l'année à laquelle se rapportent les comptes, est inférieur ou égal à 25 000 euros soit 109,50 euros hors taxes ;
> – 50 unités de valeur : lorsque le chapitre le plus élevé, en recettes ou en dépenses, au titre de l'année à laquelle se rapportent les comptes, est supérieur à 25 000 euros et inférieur ou égal à 65 000 euros soit 182,50 euros hors taxes ;
> – 90 unités de valeur : lorsque le chapitre le plus élevé, en recettes ou en dépenses, au titre de l'année à laquelle se rapportent les comptes, est supérieur à 65 000 euros soit 328,50 euros hors taxes.

L'article 424 du Code civil précise que la responsabilité du mandataire est engagée dans les conditions de droit commun du mandat et notamment en fonction de l'article 1992 du Code civil et il s'agira ainsi du dépassement de mandat et de la faute de gestion.

Le mandat de protection future étant en principe exercé à titre gratuit [39], la responsabilité du mandataire est appliquée moins rigoureusement comme le préconise l'article 1999 du Code civil. Mais dans le cas où le mandant reçoit un salaire, ce régime de responsabilité allégé sera écarté.

Lors du dépassement des pouvoirs par le mandataire qui accomplit un acte qu'il n'aurait pas dû faire, parce que le mandat ne l'y autorisait pas ou parce que la loi ne le permettait pas. En vertu de l'article 1989 du Code civil un acte accompli en violation du mandat est un acte nul car accompli sans mandat. La nullité pourra être écartée par la théorie du mandat tacite, du mandat apparent et de la gestion d'affaires. Mais ces solutions seront laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond et ne doivent ainsi pas être encouragées. Des dommages-intérêts pourront également être demandés au mandataire ainsi que la révocation judiciaire du mandat.

En cas de faute de gestion, le mandataire encourt la révocation judiciaire du mandat, une condamnation à des dommages et intérêts.

• Obligations du mandant

Le mandant s'oblige au remboursement des frais et débours effectués par le mandataire dans l'exercice de sa mission et nécessaires à l'accomplissement

(39) Article 419 alinéa 5 du Code civil.

de celle-ci conformément aux dispositions de l'article 1999 du Code civil, ainsi qu'à lui payer le cas échéant la rémunération convenue. Il s'oblige à rendre le mandataire indemne de toutes les suites de l'exécution du présent mandat sous réserve d'imprudence qui lui soit imputable, conformément aux dispositions de l'article 2000 du Code civil.

L'obligation du mandant est d'exécuter les engagements contractés en son nom par le mandataire, mais peut-il retirer à son mandataire le mandat qu'il a consenti, en dehors de toute faute du mandataire ? La réponse appelle que l'on se place avant puis après la mise en œuvre du mandat, c'est-à-dire avant ou après la survenance de l'inaptitude.

Durant la période qui précède la mise en jeu du mandat, aucune obligation n'est faite au mandant de maintenir le mandat qui est révocable *ad nutum*. L'accord du mandataire n'est pas nécessaire. En vertu de la règle du parallélisme des formes, la renonciation doit se faire dans une forme identique à celle dans laquelle le mandat avait été rédigé. Aucune publicité n'étant exigée, il conviendra de notifier au mandataire, ainsi qu'au notaire qui a reçu le mandat de protection future, s'il n'est pas celui qui a reçu la révocation. Le décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 étant muet sur ce point, il reviendra à la pratique notariale d'y pallier lors de la rédaction du mandat notarié en y insérant une clause selon laquelle la révocation devra être notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception ou exploit d'huissier au mandataire ainsi qu'à l'office notarial où le mandat a été établi.

En cours de mandat, c'est-à-dire à partir du moment où l'altération des facultés mentales est constatée la révocation du mandat, ne sera possible que judiciairement, le mandant n'ayant plus pratiquement la capacité d'agir. Ce dernier aura toujours la possibilité de saisir le juge des tutelles en arguant du rétablissement de ses facultés intellectuelles sur la base de l'article 483 1° du Code civil dans les formes de l'article 481 du même Code. Il conviendra alors de produire un certificat médical datant de deux mois émanant d'un médecin choisi sur la liste mentionnée à l'article 431 du Code civil établissant que le mandant se trouve de nouveau en pleine possession de ses facultés.

Le mandant qui ne respecterait pas ses propres directives est sujet aux sanctions de l'article 488 du Code civil en vertu du quel :

> « Les actes passés et les engagements contractés par une personne faisant l'objet d'un mandat de protection future mis à exécution, pendant la durée du mandat, peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1 du Code civil. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la

consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté.
L'action n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 1304. »

Les critères mis à la disposition du juge sont sujets à une grande liberté d'appréciation. Que faut-il entendre par « *L'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine, la bonne ou mauvaise foi du tiers* » ?

L'expression « *simple lésion* » indique vraisemblablement que la preuve du caractère déséquilibré de l'acte sera suffisante pour faire rescinder l'acte. Elle n'a pas besoin d'être « *qualifiée* ». La réduction pour excès (dettes ménagères excessives, cautionnement disproportionné…) procède de la même idée et complète l'ensemble.

Quant à l'appréciation de la lésion ou de l'excès, le législateur emprunte des critères du droit du mariage, au travers de l'article 220 du Code civil, auquel de se reporter pour voir comment mettre en œuvre ces directives [41]. Il reviendra à la jurisprudence d'en définir les contours.

• La fin du mandat et ses conséquences

Les articles 483 et 484 du Code civil prévoient les différentes causes de révocation du mandat de protection future qui aboutiront à la mise en place par le juge des tutelles d'une mesure de tutelle ou de curatelle, précédée éventuellement d'une mesure de sauvegarde de justice. Lorsque le juge met fin au mandat de protection future, sa décision est notifiée au mandataire et au mandant ou au bénéficiaire du mandat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception [42].

Parmi les causes automatiques, figure le rétablissement des facultés du mandant qui devra être constaté par un certificat médical présenté au greffe du tribunal d'instance. Le mandat est également révoqué de plein droit, par le décès du mandant ainsi que par le décès du mandataire.

Si le mandataire est placé sous un régime de protection, ou si la mise en œuvre d'un mandat de protection future a été effectuée à son profit le mandat est également révoqué de plein droit. Il convient de prévoir dans le mandat un ou plusieurs mandataires successifs afin de pallier ces situations.

La révocation judiciaire est également une cause possible d'extinction du mandant et nécessite une décision du juge des tutelles à la demande de tout intéressé, prévue par l'article article 483 4° du Code civil, intervenant à l'occasion de trois évènements différents.

---

(41) J. COMBRET et J. CASEY, précité p. 19.
(42) Article 1259-4 du Code de procédure civil.

1) Lorsque les conditions de l'article 425 ne sont pas réunies à savoir que l'état de la personne est altéré au point de l'empêcher de pourvoir seule à ses intérêts et se trouve susceptible d'être soumise à une mesure de protection.

2) Lorsque les règles du droit commun de la représentation ou les règles issues du droit des régimes matrimoniaux apparaissent suffisantes à assurer la protection du mandant. Dans ce cas, le mandat de protection future ne serait plus nécessaire et ne devrait donc pas être maintenu. Les règles du droit commun du mandat conventionnel pourraient trouver à s'appliquer à condition que le mandant soit en état de conclure un tel acte.

Le conjoint du mandant, lorsqu'il n'est pas mandataire de protection future, demeure aussi le représentant légal de ce dernier, dans les cas exprimés au sein du régime primaire gouvernant les rapports entre époux ainsi que dans le régime de communauté [43]. Le mandat judiciaire qu'il reçoit l'habilite à agir lorsque l'autre époux est hors d'état de manifester sa volonté [44]. Sa mission procède de la loi et se trouve mise en œuvre par la décision du juge. En faisant référence aux règles issues du droit des régimes matrimoniaux la loi instaure ici un cas de subsidiarité entre les règles du droit des régimes matrimoniaux et le mandat de protection future.

Le mandat de protection future est une protection choisie, voulue par le mandant et il convient de penser qu'en cas de difficultés de pouvoir entre l'époux et le mandataire, le droit des régimes matrimoniaux l'emporterait sur la convention au titre de la supériorité de la loi sur le contrat au sein de la hiérarchie des normes. La première a déjà une vocation générale d'application aux situations dans lesquelles un époux peut être représenté, à la différence de la seconde qui réduit son champ d'obligation au seul domaine circonscrit par la convention. En privilégiant la protection du droit des régimes matrimoniaux par rapport au mandat de protection future, le rédacteur du mandat devra adopter la plus grande prudence surtout quand il s'agit d'un officier ministériel ou d'un avocat et étudier le régime matrimonial du mandant afin de proposer les choix les plus appropriés et de ne pas voir sa responsabilité engagée pour manquement à son obligation de conseil en cas de révocation du mandat.

Si l'époux n'est pas le mandataire de son conjoint, mais un tiers au couple, des difficultés apparaîtront certainement en régime de communauté, concernant notamment la cession de biens communs et les règles de la cogestion [45]. A l'inverse, si l'époux est le mandataire de son conjoint

(43) Articles 217, 219, 1426 et 1429 du Code civil.

(44) Congrès des notaires de Strasbourg, 2006, *précité supra* n° 5, n° 3009 s.

(45) J. COMBRET et J. CASEY, précité p. 12.

le mandat permettra d'aller au-delà des règles du régime matrimonial en conférant à l'époux des pouvoirs plus étendus.

Quant au partenaire d'un pacte civil de solidarité, les dispositions afférentes au mandat de protection future n'y font pas référence, contrairement à celles concernant l'ouverture et le fonctionnement d'une mesure de protection légale de curatelle ou de tutelle [46].

3) Il est également permis au juge des tutelles de révoquer le mandat lorsque son exécution est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant et de « *pouvoir apprécier si l'exécution de la mesure conventionnelle assure effectivement la protection de la personne et des biens du mandant* » [47]. Des solutions différentes seront retenues selon que le mandat est pour soi ou pour autrui. En cas de mandat pour autrui, la conformité du mandat avec les intérêts du mandant doit être appréciée non pas au regard du mandant, proprement dit, mais au regard de la personne concernée par le mandat, enfant handicapé. L'appréciation du contenu du mandat est laissée à la disposition du juge qui dispose d'un réel pouvoir, lui permettant de remettre en cause les souhaits du mandant eu égard à la protection de sa personne ou de ses biens.

Le juge est autorisé à ouvrir une mesure de protection juridique complémentaire en sus du mandat de protection future [48] et en confier la mission, le cas échéant, au mandataire de protection future lui-même. Il peut également autoriser un mandataire ad hoc à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat. Pour ce faire, la mise en œuvre du mandat ne doit pas permettre une protection suffisante des intérêts personnels et patrimoniaux du mandant.

En cas de coexistence d'une protection conventionnelle et d'une protection judiciaire, les personnes chargées de ces mesures sont indépendantes et ne sont pas responsables l'une envers l'autre, mais elles doivent s'informer mutuellement de leurs décisions [49].

---

(46) Articles 430, 449, 453, 461, 462 et 510 du Code civil.
(47) Rapp. Sénat n° 212, p. 189.
(48) Article 485 alinéa 2 du Code civil.
(49) Article 485 alinéa 3 du Code civil.

Le mandat posthume

Matthieu PERON

La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités a créé un nouveau mandat, le mandat à effet posthume, introduit aux articles 812 à 812-7 du Code civil, lequel permet à une personne de désigner de son vivant, une ou plusieurs personnes physique ou morale afin de procéder à l'administration ou la gestion de tout ou partie de sa succession à compter de son décès, pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés, sous réserve des pouvoirs confiés éventuellement à l'exécuteur testamentaire [1]. Le mandat à effet posthume obéit aux règles du droit commun du mandat des articles 1984 à 2010 du Code civil qui ne sont pas incompatibles avec ces dispositions spéciales.

Les objectifs recherchés par le mandant sont de prévenir des difficultés pouvant naître en raison de l'âge ou du handicap de ses héritiers les rendant inaptes à gérer par eux-mêmes, ou encore compte tenu du fait que certains biens, notamment une entreprise familiale, nécessite des aptitudes particulières dont ne disposent aucun héritier.

Décidé du vivant du mandant, ce mandat ne prend effet qu'au décès de ce dernier et traduit la volonté de gestion post mortem de son patrimoine par le de cujus contrairement aux mandats judiciaires des articles 813 et 813-1 du Code civil quand à eux décidés post mortem par les héritiers au moment du décès.

Le décret n° 2006-1805 du 23 décembre 2006 est venu préciser les modalités d'application du mandat posthume de manière très limitée, à l'article 1379 du Code de procédure civile, selon lequel la demande formée en application de l'article 812-1-1 du Code civil tendant à la prorogation du mandat devait être portée devant le président du tribunal de grande instance, ou son délégué, qui statue dans les formes prévues aux articles 493 à 498 du Code de procédure civile, c'est-à-dire par ordonnance sur requête. L'article 1380 du Code de procédure civile, précise que la demande en réduction ou en révision de la rémunération du mandataire posthume doit également être portée devant le président du tribunal de grande instance, ou son délégué, qui statue en la forme des référés.

---

(1) Article 812 du Code civil.

1 – La nature juridique et les éléments constitutifs du mandat posthume

A Qualification du mandat posthume

L'article 812 alinéa 1er du Code civil définit le mandat posthume de la manière suivante :

> « Toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés. »

Il en ressort que le mandat posthume intéresse trois personnes.

A-1 Un futur défunt

Le futur défunt est l'auteur de l'acte mais ne sera pas partie à l'acte, il intervient pour consentir au contrat et en définir les termes avec le mandataire posthume.

Pour consentir un mandat posthume il faut avoir la capacité de contracter, c'est-à-dire être majeur.

Par analogie avec les règles applicables au testament, se pose alors la question de savoir si un majeur placé sous un régime de protection peut avoir la capacité de consentir un mandat posthume. Dans une réponse ministérielle du 8 décembre 2009, la garde des Sceaux a rappelé que la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique est venue préciser les conditions dans lesquelles les personnes placées sous mesure de protection peuvent ou non tester. Ainsi, en vertu de l'article 470 du Code civil, la personne placée sous mesure de curatelle peut librement tester sans l'assistance du curateur.

Tel n'est pas le cas de la personne placée sous tutelle qui, par application des dispositions de l'article 476 alinéa 2 du Code civil, ne peut faire son testament qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Son tuteur ne peut ni l'assister ni la représenter en raison du caractère éminemment personnel de cet acte et du secret des dernières volontés. De la même manière, il semblerait concevable qu'un majeur placé sous tutelle puisse recourir au mandat posthume avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille.

Pour autant, comme le souligne Maître Jérôme CASEY, avocat au Barreau de Paris, il apparaît difficilement concevable que celui qui est « *dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts* » [2] puisse de sa seule autorité l'imposer à ses héritiers « *tenant moins à une règle fond qu'à une incapacité*

(2) Article 488 alinéa 2 du Code civil

naturelle qu'il est bien difficile de nier» [3]. Il reviendra à la Jurisprudence d'avoir à se prononcer sur ce point.

Le contrat est dépourvu de toute force contraignante à son égard, dont l'efficacité est suspendue à l'ouverture de sa succession, puisque l'objet du mandat ne sera composé que de tout ou partie des biens composant sa succession. De son vivant, le contrat n'emporte à son égard aucune obligation, ni même aucune limitation de ses prérogatives juridiques sur ses biens et ne peut corrélativement faire valoir aucun droit.

Le mandant peut librement renoncer au mandat jusqu'à son décès sans engager sa responsabilité envers le mandataire [4]. Aucune exigence de forme de la renonciation n'étant prévu par la Loi, il est à penser qu'elle prendra le plus souvent la forme d'une lettre recommandée avec avis de réception afin d'en assurer la preuve. Le défaut de notification au mandataire, n'étant pas réglé spécifiquement par la Loi, il convient de faire application des règles du droit commun du mandat des articles 1984 à 2010 [5], aux termes desquelles la révocation ne prendra effet qu'au jour où le mandataire en sera informé; et si l'information intervient postérieurement au décès, les actes accomplis antérieurement à cette information par le mandataire conformément à sa mission constitueront des actes d'exécution valables du mandat à effet posthume [6].

A-2 Un ou plusieurs futurs mandataires

Pour être mandataire posthume il faut jouir de la pleine capacité civile [7], c'est-à-dire être majeur ou mineur émancipé et ne pas faire l'objet d'une mesure légale de protection en raison d'une altération de ses facultés personnelles [8]. Le mandataire posthume doit également ne pas être frappé d'une interdiction de gérer lorsque des biens professionnels sont compris dans sa mission. S'il s'agit d'un commerce, le mandataire n'aura pas pour autant la qualité de commerçant, dans la mesure où il est admis que celui qui accomplit des actes de commerce pour le compte d'autrui n'est pas commerçant [9]. Mais, le notaire, auquel il est interdit d'accomplir des actes de commerce, ne pourra valablement exercer les fonctions de mandataire posthume s'agissant

---

(3) J. Casey, *Le mandat posthume*, À propos de la loi du 23 juin 2006: Dr. Famille 2006, Etude 53, n° 5

(4) Article 812-1-1 du Code civil.

(5) Article 812-1-4 du Code civil

(6) Professeur Guillaume WICKER, Juris Classeur Notarial, fasc 70, *Le mandat à effet posthume*

(7) Article 812 alinéa 3 du Code civil

(8) Article 488 du Code civil

(9) J-F. Sagaut, *Le mandat à effet posthume: regard notarial à destination des chefs d'entreprise,* Droit et patrimoine, 2007, n° 162

d'une exploitation commerciale transmise à l'héritier, dans la mesure où l'administration de ce bien impliquerait nécessairement la réalisation d'actes de commerce. Également, dans l'hypothèse où la mission du mandataire porterait sur des biens dont la gestion supposerait l'accomplissement d'actes ressortant de l'exercice d'une profession réglementée, le choix du mandataire posthume sera nécessairement restreint aux personnes exerçant elles-mêmes la profession réglementée considérée.

En vertu de l'article 812-1-1 alinéa 4 du Code civil le mandat posthume doit être accepté par le mandataire du vivant du mandant, concomitamment ou postérieurement à l'offre de mandat mais avant le décès du mandant, par acte authentique. La renonciation du mandataire posthume est toujours autorisée mais s'apprécie différemment selon qu'elle intervient avant ou après le décès du mandant.

Avant le décès du mandant, l'article 812-1-1 alinéa 4 du Code civil précise que la renonciation doit être notifiée au mandant, sans en préciser la forme, à condition de s'en ménager la preuve. Contrairement à l'exécuteur testamentaire, le titulaire d'un mandat à effet posthume, est tenu d'accepter sa mission avant le décès du testateur.

Après le décès du mandant, l'article 812-6 du Code civil règle la question en prévoyant une notification de sa décision aux héritiers ou leurs représentants qui prendra effet trois mois à compter de la notification, mais il est toujours loisible pour le mandant et mandataire d'aménager cette règle et de modifier ce délai ou de le supprimer.

Comme le souligne le Professeur Guillaume WICKER, le droit commun du mandat de l'article 2007, alinéa 1er, du Code civil, réserve la responsabilité du mandataire pour le cas où sa renonciation préjudicierait au mandant, qui s'apprécie en fonction d'un éventuel préjudice subit par les héritiers [10]. Rien n'étant prévu quant à la forme de la renonciation, il est envisageable d'imaginer que la règle du parallélisme des formes puisse trouver application et que l'acte notarié soit le support de la renonciation. [11]

Le mandant a en vertu de l'article 812 alinéa 1er du Code civil, la possibilité de nommer un ou plusieurs mandataires à l'effet de gérer et administrer sa succession future. Il sera également envisageable de prévoir un ou plusieurs mandataires de substitution afin de faire face à l'éventuelle défaillance du premier mandataire désigné, dont l'acceptation de chacun devra intervenir du vivant du mandant. [12] Plusieurs situations sont ainsi envisageables, il pourra s'agir notamment

(10) Juris Classeur Notarial, fasc 70, *Le mandat à effet posthume*

(11) J. Casey, précité.

(12) J-F. SAGAUT, *Droit et Patrimoine*, n° 162, septembre 2007, n° 162, page n° 62

d'un ou de plusieurs mandataires principaux et subsidiaires en mode successif, les seconds entrant en fonction en cas de décès, d'incapacité, de renonciation ou de révocation des premiers. Mais également d'un collège simultané de mandataires, ayant des pouvoirs concurrents ou conjoints. L'article 812-4 alinéa 2 du Code civil prévoit que la fin de mandat à l'égard de l'un des mandataires n'emporte pas la fin de mandat à l'égard des autres.

L'article 812 alinéa 1er du Code civil prévoit expressément que le mandat à effet posthume peut être confié à une personne physique ou à une personne morale et notamment un professionnel de gestion de patrimoine, exerçant à titre individuel ou sous une forme sociale, une banque, une association telle qu'une association prenant en charge des handicapés. En outre, un héritier du mandant pourra être désigné mandataire posthume. Le choix du ou des mandataires sera fonction notamment de la composition du patrimoine, de la compétence du mandataire, de la personne de l'héritier.

Enfin en application de l'article 812 alinéa 4, « *le mandataire ne peut être le notaire chargé du règlement de la succession* ». Cette incompatibilité trouve sa justification selon le Professeur GRIMALDI dans la volonté du législateur de ne pas porter à confusion sur une même tête le mandat posthume d'administrer la succession et le mandat ordinaire de la liquider et de la partager. Mais il sera toujours loisible au mandant de nommer un autre notaire que celui ayant pour mission future de régler la succession.

A-3 Les héritiers

Au décès du *de cujus*, les héritiers se trouvent pleinement tenus par les stipulations dudit mandat et deviennent parties au contrat alors même qu'ils n'y ont pas consenti au moment de sa formation. Comme le souligne le Professeur Michel GRIMALDI [14] leur situation ne correspond pas à celle du mandat de droit commun qui permet au mandataire d'être associé aux prérogatives du mandant.

> « Un mandat ordinaire ne prive pas le mandant de ses pouvoirs de propriétaire : l'acte que le mandataire reçoit pouvoir d'accomplir, le mandant continue de pouvoir l'accomplir valablement lui-même. Bref, le mandant ne dessaisit pas celui pour le compte de qui le mandataire agit. Or, le mandat posthume opère ce dessaisissement. Autrement, il manquerait son but, qui est de tenir l'héritier à l'écart de la gestion des biens qui en forment l'objet. »

Les héritiers se voient ainsi dessaisis des prérogatives relatives à la gestion de leurs biens.

---

(14) Defrénois 2007, *Le mandat à effet posthume*, art. 38509, n° 5

Enfin l'article 812 alinéa 1er du Code civil précise que le mandat à effet posthume peut être donné « *pour le compte et dans l'intérêt d'un ou plusieurs héritiers identifiés* » et pour lequel un « *intérêt sérieux et légitime* » doit en constituer la cause.

B Conditions de validité du mandat posthume

B-1 « *L'intérêt sérieux et légitime* »

Aux termes de l'article 812-1-1 alinéa 1er du Code civil, « *le mandat n'est valable que s'il est justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé* ».

Il est permis de se référer à l'article 900-1 du Code civil qui utilise la même notion pour justifier la clause d'inaliénabilité temporaire affectant un bien donné ou légué.

> « La notion d'intérêt sérieux et légitime commande ainsi, d'une part, que le défunt vise à résoudre une difficulté réelle et clairement identifiée au regard de la personne de son héritier ou du patrimoine successoral – ce à quoi correspond l'exigence de sérieux de l'intérêt –, et, d'autre part, que la mission qu'il confie au mandataire soit effectivement de nature à résoudre cette difficulté – ce à quoi correspond l'exigence de légitimité de l'intérêt –. Il s'ensuit que le mandat ne sera valable que si le dessaisissement qu'il opère est justifié dans son principe par une difficulté tenant à la personne de l'héritier ou au patrimoine successoral, et si l'entendue de ce dessaisissement quant aux personnes et aux biens est proportionnée à cette difficulté [15] ».

L'intérêt sérieux et légitime au regard de la personne, se conçoit aisément si l'on imagine un héritier inapte à gérer l'hérédité non en raison de la nature des biens, mais de lui-même. L'article 812-1 du Code civil précise que « *le mandataire exerce ses pouvoirs alors même qu'il existe un mineur ou un majeur protégé parmi les héritiers* ».

Monsieur Eric MALLET, donne une liste non limitative des cas où la nomination d'un mandataire posthume peut trouver à s'appliquer afin de justifier l'intérêt sérieux et légitime du mandat posthume [16] :

- L'âge des héritiers : minorité ou « *grand âge* ».
- Prodigalité : l'héritier se livre de façon répétée à des dépenses excédant son revenu et un train normal de vie.
- Intempérance : absence de maîtrise de soi-même par suite d'alcoolisme ou accoutumance à des prises de drogue, etc.

---

(15) Juris Classeur Notarial, fasc 70, précité n° 38

(16) Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n° 49, 8 décembre 2006, 1372

– Oisiveté : l'héritier est inactif et n'agit aucunement dans le sens de subvenir à ses propres besoins.
– Mauvais père de famille : l'héritier a, à plusieurs reprises, mis en péril les intérêts de sa famille et ceux de son régime communautaire, ne se comporte pas en bon père de famille.
– Actes de mauvaise gestion.
– Handicap : handicap mental, moteur, sensoriel.

Il convient de préciser que le mandat posthume n'est pas mis en échec par l'existence d'une mesure de protection. Le mandataire ne subit aucune restriction de pouvoirs en présence d'un tuteur, curateur ou administrateur spécial. Les pouvoirs de représentation des uns et des autres n'étant pas réglementés, il reviendra à la Jurisprudence d'en définir les contours comme nous le verrons par la suite à travers un arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation le 12 mai 2010 afférent à la divergence de gestion entre un administrateur légal et un mandataire posthume.

L'intérêt sérieux et légitime s'apprécie également au regard des biens successoraux pouvant revêtir une grande diversité, tant mobilière qu'immobilière, et notamment la gestion de portefeuille de valeurs mobilières, des biens professionnels tels qu'une entreprise commerciale, artisanale, agricole ou libérale, qu'elle soit exploitée sous forme individuelle ou sociale, dont l'administration par un professionnel de ce secteur, plutôt que par des héritiers profanes en la matière soit de mise. Le mandat posthume pourra s'avérer utile pour éviter les lourdeurs de l'indivision, et confier la gestion et l'administration des biens à l'un ou plusieurs des héritiers.

Une circulaire de la Chancellerie du 29 juin 2007 [17] a rappelé que « *la notion d'intérêt sérieux et légitime est une notion générale dont la détermination relève de l'appréciation du juge du fond* ». En conséquence, il est nécessaire de bien motiver la notion d'intérêt sérieux et légitime dans l'acte et ce pour laisser le moins de place possible à l'appréciation des juges. Il s'agit d'une nullité relative qui n'appartient qu'aux héritiers intéressés ou à leur représentant [18].

B-2 *Instrumentum*

Aux termes de l'article 812-1-1, alinéa 3, du Code civil, le mandat à effet posthume est un contrat solennel, il « *est donné et accepté en la forme authentique* » à peine de nullité.

La loi du 23 juin 2006 et le décret du 23 décembre 2006 n'ont pas prévu aucune publicité du mandat à effet posthume, que ce soit à fin d'information ou à fin d'opposabilité. Rien n'interdit pour autant qu'il soit publié au fichier

(17) Circulaire n° 73-07/C1/5-2/GS, 29 mai 2007, p. 25
(18) Article 812-4 3° du Code civil

central des dispositions de dernières volontés, dans la mesure où doivent y être obligatoirement inscrites les dispositions de dernières volontés faites en la forme authentique [19]. La portée de cette information reste toutefois insuffisante pour les tiers.

Contrairement à ce qui est prévu pour les mandats de droit commun, l'article 812-1-1 alinéa 2 du Code civil encadre la durée du mandat à effet posthume qui est en principe, « *donné pour une durée qui ne peut excéder deux ans* ». Cette durée peut être portée à cinq ans dans l'hypothèse où il existe un héritier inapte, incapable, ou encore des biens professionnels à gérer, ce qui en pratique fera de l'exception le principe et dans la mesure où l'intérêt sérieux et légitime sera caractérisé en vertu de l'article 812-1-1 en son alinéa 2 du Code civil par les mêmes critères justifiant le recours au mandat posthume que sont l'inaptitude, l'âge des héritiers, ou le besoin de la gestion d'une entreprise. Le terme légal de deux ans trouvera application dans les cas de mésentente des héritiers, une opposition d'intérêts entre eux, la complexité de la succession ou afin de remédier aux lourdeurs de l'indivision.

Le Professeur Guillaume WICKER fait remarquer que la durée légale de deux ou cinq ans constitue seulement un maximum que le défunt peut diminuer par un terme certain plus court, dont l'arrivée du terme emporte extinction du mandat à effet posthume [20].

Dans tous les cas, qu'il s'agisse d'une première période de deux ou cinq années, il est possible de la proroger « *une ou plusieurs fois par décision du juge, saisi par un héritier ou par le mandataire* » en vertu de l'article 812-1-1 alinéa 2 du Code civil. La demande de prorogation doit être portée devant le président du Tribunal de grande instance ou son délégué qui statue dans les formes prévues aux articles 493 à 498 du Code de procédure civile par ordonnance sur requête.

A l'expiration du terme légal, il est possible que demeure l'intérêt qui avait fondé la conclusion du mandat et il revient au juge saisit par un ou plusieurs héritier et/ou le mandataire, de poursuivre la volonté du défunt en décidant de la prorogation dudit mandat. A l'arrivée du terme légal, le défaut de saisie du juge aux fins de proroger le mandat posthume s'éteint pour être remplacé par un mandat conventionnel, conformément à la lettre de l'article 812-4 4° du Code civil.

En revanche, le texte ne précise pas la solution à apporter si un désaccord venait à exister entre le mandataire qui voudrait proroger le mandat et l'héritier qui s'y opposerait.

---

(19) M. Grimaldi, art. préc., n° 9.

(20) Juris Classeur Notarial, fasc 70, précité n° 48

Maître Jérôme CASEY [21] apporte des éléments de réponses et précise :

> « que le juge vérifie alors si l'une des causes de fin de mandat n'est pas réalisée, ce qui permettra dans certains cas de régler la difficulté. Si nulle cause de fin de mandat n'apparaît, la réponse est plus incertaine, mais on imagine cependant mal que le juge puisse décider de proroger le mandat contre la volonté des héritiers. Cela reviendrait à dessaisir ces derniers de leurs pouvoirs héréditaires, autrement dit à écorner la saisine successorale. Une réponse peut être recherchée dans le droit commun du mandat, puisque l'article 812-1-4 dispose que le mandat posthume est régi par les articles 1984 à 2010 dans la mesure où leurs dispositions ne contreviennent pas aux règles spécifiques du mandat posthume. Il est donc possible de soutenir que les héritiers peuvent se fonder sur l'article 2004 du Code civil pour révoquer le mandataire. Cependant, l'objection n'est pas déterminante, car on peut aussi soutenir en sens inverse que l'article 812-4 énumère les cas dans lesquels le mandat prend fin, et parmi ceux-ci ne figure pas la libre révocabilité du mandataire. Autrement dit, l'article 812-4 dérogerait à l'article 2004. Il reste donc à savoir si la liste de l'article 812-4 est ou non limitative, ce que seule la jurisprudence à venir dira. »

2 – Les effets du mandat posthume

A L'étendue de la mission du mandataire posthume

En vertu de l'article 812 du Code civil, le mandataire administre et gère les biens objet du mandat, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire qui prend les mesures conservatoires utiles à la bonne exécution du testament [22].

Il faut d'ores et déjà souligner que l'exécuteur testamentaire est investi de pouvoirs plus larges que ceux du mandataire posthume. Ainsi, il peut provoquer la vente du mobilier à défaut de liquidités suffisantes pour acquitter les dettes urgentes de la succession. Par ailleurs, le testament peut habiliter l'exécuteur à prendre possession en tout ou partie du mobilier de la succession et à le vendre s'il est nécessaire pour acquitter les legs particuliers dans la limite de la quotité disponible. De plus, et seulement en l'absence d'héritier réservataire acceptant, le testateur peut habiliter l'exécuteur testamentaire à disposer en tout ou partie des immeubles de la succession, recevoir et placer les capitaux, payer les dettes et les charges et procéder à l'attribution ou au partage des biens subsistants entre les héritiers et les légataires.

---

(21) J. Casey, précité

(22) Article 1029 du Code civil

Le mandat à effet posthume constitue un mandat sans représentation des héritiers qui sont alors dessaisis des prérogatives relatives à la gestion des biens successoraux, lesquelles sont déléguées au mandataire posthume qui en a l'exercice exclusif. Le mandataire gère les biens « *pour le compte et dans l'intérêt* » des héritiers, mais en son propre nom et aura seul la qualité de partie pour les contrats conclus en exécution de sa mission. Le mandataire posthume est personnellement créancier et débiteur à l'égard des tiers qui n'ont pas à connaître des héritiers sur le patrimoine duquel ils n'ont aucun droit de gage. L'administration et la gestion des biens successoraux étant les prérogatives du mandataire posthume, seuls les biens peuvent en être affectés sans engager les héritiers personnellement. Pour autant, ces actes leur sont opposables et ils doivent en respecter l'existence sans faire obstacle à leur exécution.

Ainsi le mandataire aura seul le pouvoir de recevoir paiement des créances qui sont relatives à l'administration ou la gestion des biens qui sont l'objet du mandat, pour le compte des héritiers. De la même manière, le mandataire aura seul la possibilité d'ester en justice, tant en demande qu'en défense. En outre, dans le cas particulier d'une entreprise individuelle, il faut en déduire que c'est à lui qu'appartiendra la qualité d'exploitant, conformément au pouvoir de direction dont il est investi à titre exclusif [23].

L'analyse des pouvoirs du mandataire s'apprécie en fonction de l'option successorale des héritiers et exige de distinguer deux périodes.

• Avant l'exercice de l'option successoral : en vertu de l'article 812-1-3 du Code civil, « *Tant qu'aucun héritier visé par le mandat n'a accepté la succession, le mandataire ne dispose que des pouvoirs reconnus au successible à l'article 784.* » Ce qui signifie que tant que l'un des héritiers n'a pas opté, le mandataire ne peut pratiquement prendre que les actes conservatoires, de surveillances et les acte d'administration provisoire. Tout autre acte devra être autorisé par le juge.

• Après l'exercice de l'option successoral : les pouvoirs du mandataire sont plus importants sans pour autant que le législateur ne définisse positivement ses prérogatives puisqu'il se contente en la matière d'organiser un renvoi aux dispositions générales du mandat de droit commun des articles 1984 et suivants du Code civil, dans la mesure où ces dispositions « *ne sont pas incompatibles avec les dispositions* » propres au mandat posthume [24].

Il ne fait aucun doute qu'il puisse accomplir des actes d'administration sur les biens successoraux, ces actes étant opposables aux héritiers intéressés. En revanche, la question des actes de disposition reste entière.

---

(23) Infra

(24) Article 812-1-4 du Code civil

A-1 Administration et gestion du mandataire posthume

D'après les travaux parlementaires, l'accomplissement d'actes d'administration par le mandataire posthume prend sa source au sein des règles du mandat général d'administration de l'article 1988 alinéa 1er du Code civil. Il appartiendra donc au mandant de préciser, dans le mandat à effet posthume, ceux des actes qu'il entend exclure ou, à l'inverse, inclure dans cette mission générale. La mission de gestion renvoie à l'idée que le mandataire dispose d'un pouvoir d'initiative et de maîtrise quant à exploitation des biens dont l'exemple traditionnel est la conclusion ou le renouvellement de baux.

A-2 La question des actes de disposition

La loi du 23 juin 2006 ayant défini les pouvoirs du mandataire posthume de façon générale au regard de sa mission d'administration et de gestion, les auteurs se sont interrogés quant à la faculté offerte au mandataire de procéder à des actes de disposition.

M. le Professeur Michel GRIMALDI [25] s'interroge quant à lui sur la possibilité offerte de manière expresse par le *de cujus* au mandataire de pouvoir disposer des biens de la succession par renvoi au droit commun du mandat [26] en vertu de l'article 812-1-4 du Code civil, comprenant dans le pouvoir de gestion dévolu au mandataire la faculté de disposer. Cette possibilité offerte au mandataire pouvant être tenu en échec « *par le pouvoir que la loi reconnaît aux héritiers de mettre fin au mandat en disposant du bien donné* ». Le Professeur BRENNER [27], de son côté, considère également que « *tous les actes d'administration et même les actes de disposition qui entrent dans la gestion normale du patrimoine sont a priori permis à l'administrateur posthume* ».

De manière plus atténuée, le Professeur Guillaume WICKER s'attache à distinguer les différents actes de dispositions en trois catégories que sont :

- les actes d'aliénation qui selon lui sont réservés par la Loi [28] aux héritiers soumis au mandat à effet posthume et donc exclus de l'apanage du mandataire posthume, dans la mesure où l'aliénation des biens par les héritiers est une cause d'extinction du mandat.
- les actes de disposition utiles à l'exploitation au regard de la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières pour laquelle la jurisprudence a admis « *que les cessions de valeurs mobilières, dans la mesure où elles ont été suivies de leur remplacement par d'autres titres de bourse, s'analysaient en des actes de gestion normale du portefeuille et devaient être assimilées à*

(25) M. Grimaldi, art. préc., n° 11
(26) Article 1988 alinea 2 du Code civil
(27) C. Brenner, art. préc., p. 2561
(28) Article 812-4 5° du Code civil

des actes d'administration et non à des actes de disposition [29]», d'un fonds agricole ou d'un fonds de commerce par la vente des récoltes ou des marchandises justifiés par les besoins de l'exploitation. Cette approche est également reprise par M. Fabrice LUZU qui admet qu'un portefeuille de valeurs mobilières puisse faire l'objet d'arbitrage par le mandataire.

« Peu importe le contenu, qui peut être arbitré compte tenu de leur fongibilité, d'un titre vers un autre, ce qui compte c'est le contenant ; c'est le portefeuille dans son intégrité que doit "restituer" le mandataire aux ayants cause à la fin de son mandat. Cette notion lui permet d'être proactif mais ne peut se présumer ou plutôt, si elle n'était prévue *ab initio*, donc dès le mandat initial, elle pourrait donner lieu à des divergences de point de vue entre le mandataire et les ayants cause, qui pourraient souhaiter limiter sa mission. Il nous apparaît donc que la précaution rédactionnelle commande que ce soit le mandant qui qualifie son portefeuille titre d'universalité dans son mandat afin de l'offrir au périmètre d'intervention de son mandataire. » [30]

La loi n'ayant rien prévu, il reviendra à la jurisprudence d'en définir le cas échéant les contours. Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 12 mai 2010 [31] donne des éléments de réponse relativement aux pouvoirs du mandataire posthume. Dans cette espèce, une mère est décédée laissant deux enfants mineurs et son mari qui devint ainsi administrateur légal. La mère avait de son vivant désigné son père comme mandataire posthume aux fins de gérer les biens de sa succession qui comportait notamment un appartement. Le père des enfants, en qualité d'administrateur légal, avait décidé de vendre cet appartement, tandis que le mandataire posthume s'y opposait.

Le juge des tutelles autorisa la vente dudit bien et imposa au mandataire posthume de remettre les clefs qu'il avait en sa possession. Ce dernier s'y opposa. Le Tribunal de Grande Instance de Créteil fit droit à sa demande au motif que le mandataire posthume peut disposer du pouvoir d'aliéner et de vendre les biens objet du mandat et qu'« *il peut donc, symétriquement, disposer du pouvoir de s'opposer à une vente projetée par l'administrateur légal au motif qu'elle lui paraîtrait non conforme à l'intérêt des héritiers*». Face à cette décision, l'administrateur légal des enfants forma un pourvoi contre ledit jugement.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si un mandataire posthume peut ou non s'opposer à la vente d'un bien par les héritiers, dépendant de la succession ?

---

(29) Cass. 1re civ., 2 juin 1993, n° 91-16370, Bull. civ. 1993, I, n° 204

(30) F. Luzu, *Pratique des mandats posthume*, JCP N 2009, 1358

(31) Cass. 1re civ., 12 mai 2010, n° 09-10.556

La première chambre civile de la Cour de cassation prononça la cassation du jugement au motif que : « *Les pouvoirs d'administration ou de gestion qui peuvent être conférés au mandataire posthume en vertu des articles 812 alinéa 1er et 812-1 du Code civil, ne lui permettent pas de s'opposer à l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat, laquelle constitue l'une des causes d'extinction de celui-ci prévues par l'article 812-4 du même Code* ».

L'arrêt rendu confirme que les héritiers peuvent tenir en échec les pouvoirs du mandataire par l'aliénation des biens mentionnés dans le mandat, conformément à ce que soulignait Monsieur le Professeur Michel GRIMALDI. Pour autant, doit-on en conclure comme le faisaient les juges du fond que le mandataire posthume dispose du pouvoir d'aliéner et de vendre ? Certains auteurs le pensent [32], d'autres au contraire y voient « *la fin programmée du mandat à effet posthume* » [33].

Que faut-il entendre par acte d'administration ou de gestion du mandataire dans le cas d'une entreprise individuelle et d'une société où les droits sociaux font partis du patrimoine successoral ?

Dans le cadre d'une entreprise individuelle, le mandataire posthume est tenu de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés si l'activité de l'entreprise est commerciale, le mandataire est tenu de l'ensemble des obligations incombant aux commerçants et notamment de s'immatriculer en tant que tel au registre du commerce et des sociétés [34].

Le mandataire est là pour assurer la continuité de l'entreprise et permettre aux héritiers par la suite de gérer à sa place. Il est acquis qu'il puisse réaliser des actes d'administration et de conservation, c'est-à-dire les actes qui tiennent compte de la destination normale des biens et qui n'en compromettent pas la substance telle que la renégociation des contrats, la conclusion ou la rupture de contrats de travail, la conclusion de prêts nécessaires à la marche normale de l'entreprise…

Se pose la question de savoir, comme le soutien Monsieur le Professeur Guillaume WICKLER, si l'acte de gestion pour les besoins de l'exploitation peut recouvrer à la fois des actes de disposition et des actes d'administration, dès lors qu'il s'agit d'une exploitation normale, « *ce qui suppose seulement que l'exploitation des biens n'entame pas anormalement leur substance et ne comporte pas des risques anormaux* [35] ». Dans l'affirmative, cela permet au mandataire de vendre des marchandises, d'acquérir de l'outillage et de manière

(32) Bernard BEIGNIER, Droit de la famille n° 6, juin 2010,

(33) Jean-Grégoire MAHINGA, JCP Notariale n° 46, 19 novembre 2010, 1351

(34) Article L. 123-1 1° du Code de commerce

(35) Juris Classeur Notarial, fasc 70, précité n° 68

générale, la vente de meubles corporels justifiée par les besoins de l'exploitation des biens.

Peut-on également admettre que le mandataire puisse céder l'entreprise pour en acquérir une autre ? Si l'on considère que le mandataire à effet posthume réalise des actes d'administration et de conservation, c'est-à-dire des actes qui tiennent compte de la destination normale des biens et n'en compromettent pas la substance il n'est pas pensable qu'il puisse la céder. Mais les héritiers auront toujours la possibilité de consentir un mandat conventionnel au mandataire posthume afin d'aliéner l'entreprise individuelle [36]. A l'inverse, la conception aux termes de laquelle le mandataire dispose du droit de disposer des biens objet de la succession conduirait à admettre l'aliénation du fonds pour en acquérir un autre. Autant de zones d'ombres dans la rédaction de la loi qui devront être dissipées par la Jurisprudence.

Si l'entreprise est exploitée sous la forme d'une société, seuls les droits sociaux font partie de la succession et les pouvoirs du mandataire sont limités à l'exercice du droit de vote lors des assemblées générales, correspondant aux prérogatives des associés dont les héritiers se trouvent dessaisis par l'effet du mandat.

Monsieur le professeur Jean PRIEUR considère que le mandataire doit pouvoir exercer sa mission pour toutes les décisions qui sont de la compétence d'une assemblée générale ordinaire, c'est-à-dire limité à l'administration, la gestion et n'emportant pas des actes de disposition. Il peut ainsi voter les décisions d'approbation des comptes, d'affectation du résultat, de désignation ou de révocation des dirigeants sociaux [37]. Se fondant sur la jurisprudence en matière d'indivision sur les droits sociaux autorisant exclusivement la participation au vote d'une résolution emportant un acte d'administration [38], le mandataire des coindivisaires ne peut prendre part au vote afférent à la dissolution de la société [39] ni à la prorogation de sa durée [40]. De surcroît, la cession des droits sociaux objet de la succession lui est alors interdite.

A-3 L'obligation de rendre des comptes du mandataire posthume

Le mandataire posthume doit, tout comme un mandataire de droit commun (article 1993 du Code civil) rendre compte de sa gestion tous les ans [41], non au mandant qui par hypothèse est décédé mais à ses héritiers ou à leurs

(36) Article 1988 du Code civil

(37) J. PRIEUR, *Mandat à effet posthume et risque liés au décès du dirigeant de société*, JCP N 2010, 1057

(38) Cass. com., 16 nov. 2004 : Revue des sociétés 2005, p. 651

(39) Cass. 1re civ., 6 févr. 1980 : Revue des sociétés 1980, p. 521

(40) TGI Lille, 26 févr. 1962 : Dalloz 1962, jurisprudence, p. 540

(41) Article 812-7 alinéa 1er du Code civil

représentants, en fonction des instructions qui lui ont été données par le mandant. Le mandataire fournira par écrit aux héritiers un compte détaillé de tout ce qui a été occasionné par l'administration ou la gestion des biens successoraux. En cas de décès du mandataire, l'obligation de reddition de comptes se transmet aux héritiers [42], « *ce qui se conçoit assez bien lorsque ceux-ci possèdent une compétence particulière pour gérer les biens objet du mandat, mais laisse perplexe dans le cas contraire.* [43] »

L'inobservation des règles imposées au mandataire est sanctionnée par la révocation judiciaire du mandat, qui pourra être demandée par tout intéressé [44]. Le manquement du mandataire à l'une de ses obligations édictées par le mandat suffira à saisir le juge afin d'obtenir la révocation. En outre, la disparition de l'intérêt sérieux et légitime qui permettait le recours au mandat posthume pourra également être invoquée à l'appui de la demande en révocation.

L'article 812-1-4 du Code civil opérant un renvoi aux dispositions du mandat de droit commun laisse imaginer la possibilité pour les héritiers de se fonder sur la faute de gestion de l'article 1992 du Code civil causant un préjudice aux héritiers intéressés et se caractérisant notamment par l'inexécution totale ou partielle de sa mission eu égard à sa mission d'administration ou de gestion des biens successoraux.

Dans le cadre d'un mandat confié à titre onéreux les conséquences de la révocation judiciaire seront différentes selon qu'il y a perte de l'intérêt sérieux et légitime et de la faute de gestion du mandataire. Si le mandat est révoqué pour cause de disparition de l'intérêt sérieux et légitime, la rémunération reste due et ne donne pas lieu à restitution sauf si elle est excessive. Si la faute du mandataire est avérée, il pourra être tenu par le juge de restituer tout ou partie des sommes perçues à titre de rémunération [45]. Le juge sera libre d'ordonner ou non la restitution de tout ou partie des sommes perçues à titre de rémunération en fonction l'importance de la faute commise.

A-4 La rémunération du mandataire posthume

L'article 812-2, alinéa 1er du Code civil dispose que « *le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire*» reprenant les dispositions du droit commun du mandat de l'article 1986 du Code civil. Ce qui conduit à admettre qu'un mandat stipulé à titre gratuit ne peut être déclaré à titre onéreux par le juge, quand bien même le mandataire aurait pu justifier de diligences importantes, au regard de l'enrichissement sans cause.

---

(42) Article 812-7 alinéa 2 du Code civil

(43) J. Casey, précité

(44) Article 812-4 3° du Code civil

(45) Article 812-5 alinéa 1er du Code civil

En dépit du principe de gratuité, la loi réglemente strictement le mandat confié à titre onéreux [46] :

1°) Le montant de la rémunération doit avoir été fixé par le *de cujus*.

2°) La rémunération doit être prioritairement prélevée sur une portion des fruits et revenus de l'hérédité, dès lors que ces fruits et revenus résultent de la gestion ou de l'administration du mandataire, celà qui implique que les biens faisant l'objet du mandat à effet posthume soient frugifères. A défaut, la rémunération prendra la forme d'un capital qui devra être prélevé sur les forces de la succession et non sur les héritiers.

3°) la rémunération est une charge de la succession [47], c'est-à-dire une dette successorale, qui sera fiscalement déduite de l'actif successoral [48]. Les héritiers pourront demander au président du Tribunal de Grande Instance du lieu d'ouverture de la succession [49] à ce qu'elle soit révisée ou réduite si elle est excessive. La réduction pourra également être prononcée si elle porte atteinte à la réserve et comme le souligne Monsieur le Professeur Michel GRIMALDI [50] :

> « règle qui, d'un point de vue théorique est singulière, car la réserve sanctionne, en principe les libéralités, non les charges de la succession, ni les rémunérations des prestataires de services ; et règle qui, d'un point de vue pratique, sera d'application délicate, car il sera malaisé de détecter une atteinte à la réserve, qui se calcule à la date du décès, dans une attribution de fruits et revenus à échoir. Deux observations : 1° Si la rémunération est servie sur le capital, la détection d'une atteinte à la réserve ne pose aucun problème : le montant en sera imputé sur la quotité disponible comme le serait celui d'un legs. 2° Si elle est servie sur les fruits et revenus, il conviendra avant de l'imputer, de la capitaliser en chiffrant la moins-value dont souffre la valeur vénale d'une pleine propriété amputée de tout ou partie des ses fruits. »

B L'extinction du mandat posthume

L'article 812-4 du Code civil énumère sept causes d'extinction du mandat à effet posthume.

1°) L'arrivée du terme fixé par le défunt ou encore le terme légal de deux ou cinq ans, sans qu'il ne soit nécessaire de le constater judiciairement.

2°) La renonciation du mandataire s'apprécie en fonction du décès du mandant.

---

(46) Aticle 812-2 alinéa 2 du Code civil

(47) Aticle 812-3 du Code civil

(48) Article 775 quinquies du Code général des impôts

(49) Article 1380 du Code de procédure civile

(50) M. Grimaldi, art. préc., n° 12

Avant le décès du mandant, chaque partie peut revenir sur son accord, à la condition préalable de notifier sa décision à l'autre [51]. La forme de la notification est libre.

Après le décès du mandant, comme dans le droit commun du mandat [52] le mandataire peut librement renoncer à ses obligations, ainsi que le prévoit expressément l'article 812-4 2° du Code civil.

En vertu de l'article 812-6 du Code civil le mandataire devra avoir notifié sa décision aux héritiers ou leurs représentants. La renonciation ne prendra effet que trois mois à compter de la notification. Ce délai est un minimum qu'il est impossible de réduire, en revanche rien interdit le contrat de mandat de l'allonger.

3°) La révocation judiciaire [53]

4°) La conclusion d'un mandat conventionnel entre les héritiers et le mandataire posthume.

> « C'est une sorte de novation du mandat par double changement et de cause et de mandant : au mandat posthume confié par le de cujus d'administrer les biens devant revenir à ses héritiers, succède un mandat de droit commun confié par les héritiers d'administrer les biens qui leurs sont échus. » [54]

5°) L'aliénation des biens par les héritiers anéantissent le mandat pour absence d'objet. Comme le souligne le Professeur Michel GRIMALDI, l'analyse du mandat comme convention fiduciaire est mise en échec par le fait que les héritiers restent propriétaires des biens objet du mandat et ont toujours la possibilité de disposer desdits biens.

Pour autant, le mandant peut imposer aux héritiers des restrictions à leur droit d'aliéner les biens objets du mandat par la stipulation d'une clause d'inaliénabilité telle que posée par l'article 900-1 du Code civil, à la double condition que la clause ne porte pas atteinte aux droits réservataires de l'héritier et qu'elle soit temporaire et justifiée par un intérêt sérieux légitime.

En outre, les mesures d'incitation fiscales des articles 787 B et C du Code général des impôts, peuvent constituer une restriction indirecte à la cession des titres sociaux. Cette situation se rencontre dans le cadre du régime « *Dutreil* » d'exonération partielle de droits de mutation à titre gratuit dont bénéficient les transmissions d'entreprises afin de bénéficier d'une exonération des droits de mutation à titre gratuit à concurrence de 75 % de la valeur des biens de l'entreprise ou des titres sociaux recueillis.

---

(51) Article 812-1-1 alinéa 5 du Code civil

(52) Article 2007 du Code civil

(53) Supra

(54) M. Grimaldi, art. préc., n° 14

Les héritiers devaient pour se faire s'engager collectivement à conserver l'entreprise ou les titres sociaux pendant une durée de quatre ans à compter de la date de la transmission et que l'un des héritiers ou donataires s'engage à poursuivre l'exploitation de l'entreprise et à y exercer une fonction de direction, ou son activité principale au sein de la société pendant une durée de trois ans à compter de la transmission. Il arrivait qu'aucun héritier ne soit en mesure de poursuivre la direction de l'entreprise, en raison de leur minorité, absence de diplôme professionnel…, faisant ainsi échec au bénéfice des mesures fiscales.

L'administration fiscale a admis dans sa doctrine aux termes de la réponse ministérielle numéro 15329 « *des Esgaulx* » [55] que lorsqu'au décès aucun successeur n'est en mesure de poursuivre l'exploitation de l'entreprise notamment en raison d'une incapacité juridique (enfant mineur, incapacité), les héritiers peuvent néanmoins bénéficier de l'exonération partielle lorsque la direction de l'exploitation est assurée par le mandataire posthume désigné par le défunt dès lors que le mandataire administre et gère l'entreprise pour le compte et dans l'intérêt d'un ou plusieurs héritiers identifiés.

Cette doctrine administrative favorable aux héritiers peut s'avérer en pratique être un frein à la volonté de disposer des biens objet du mandat.

6°) et 7°) le décès ou la mise sous mesure de protection du mandataire personne physique, ou de la dissolution du mandataire personne morale [56], ainsi que le décès de l'héritier intéressé [57] sont, des causes d'extinction du mandat à effet posthume et ce conformément au droit commun du mandat de l'article 2003 du Code civil. Ces causes d'extinction de plein droit, tiennent à l'exigence de la capacité du mandataire posthume ainsi qu'au caractère d'*intuitus personae* ayant existé lors de la création du mandat.

L'article 812-1 7° du Code civil précise également que l'héritier intéressé soumis en cours de mandat à une mesure de protection, octroie au juge des tutelles le pouvoir de révoquer le mandataire posthume. Comme le souligne le Professeur GRIMALDI, « *un régime de protection légal ne saurait être purement et simplement effacé par un régime de protection privé* ».

(55) JOAN Q 26 août 2008, p. 7344
(56) Article 812-4 6° du Code civil
(57) Article 812-4 7° du Code civil

L'exécution testamentaire

Matthieu PERON

L'exécution du testament est en principe accomplie par les héritiers ou les légataires du défunt. L'exécution apparaît comme une charge de la succession [1], mais le testateur peut avoir désigné celui ou celle qui sera tenu de veiller à la bonne exécution du testament, ainsi que de l'exécuter : l'exécuteur testamentaire.

Les juristes connaissent son existence mais très peu ont eu l'opportunité de le rencontrer ; l'exécuteur testamentaire est pour beaucoup d'entre nous « *l'Arlésienne* ». Pour autant, la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités sous l'impulsion du notariat et de la doctrine a voulu remettre à l'honneur ce personnage à l'existence ancienne tirant ses pouvoirs de la jurisprudence et favoriser son recours afin d'en faire acteur potentiellement bien plus dynamique.

L'institution testamentaire bien que facultative, la loi attribuant la saisine afin d'appréhender et de représenter la succession en attendant le partage aux proches du défunt, héritiers ab intestat ou légataire universel en l'absence d'héritier réservataire, permettra au testateur de se prémunir :

> « contre la négligence ou la malveillance de ses héritiers ou légataires universels qui pourraient se montrer peu disposés à se prêter à ses volontés, après son décès (résistance dans l'exécution des legs particuliers, notamment) ; enfin, elle facilite les opérations de liquidation et de partage, si le testateur laisse un patrimoine complexe ou plusieurs légataires particuliers se trouvant géographiquement éloignés du lieu du règlement de la succession. [2] »

1 – Nature juridique de l'exécution testamentaire

A Définition de l'exécuteur testamentaire

L'exécuteur testamentaire est expressément formulé aux articles 1025 à 1034 du Code civil et se définit comme une personne nommée par le testateur, chargée par lui de surveiller l'exécution de ses volontés testamentaires, voire de les exécuter.

---

(1) Article 1011du Code civil.

(2) JCN Notarial Formulaire, Danielle MONTOUX, n° 5

L'exécution testamentaire revêt, malgré les oppositions doctrinales, la nature juridique d'un mandat : le défunt est le mandant de l'opération, l'exécuteur correspondant au mandataire du défunt et non de ses héritiers ou légataires. C'est cette conception qui a été retenue très tôt par la jurisprudence [3]. La réforme du 23 juin 2006 a consacré le « *mandat post mortem* » par la création du mandat posthume qui est décidé du vivant du mandant, ne prenant effet qu'au décès de ce dernier, l'exécution testamentaire en est une variété dont la naissance prend sa source dans la mort du mandant.

Tout comme un mandat ordinaire l'exécution testamentaire revêt un caractère personnel, marqué par un fort *intuitu personae*, en principe gratuit et impose au mandataire une obligation de rendre compte de sa mission aux héritiers.

Le formalisme de l'acte de nomination est consacré par la jurisprudence antérieure à la réforme du 23 juin 2006 et doit revêtir les formes prescrites pour les testaments cette nomination est valable, dès lors que l'acte qui la contient remplit les conditions de forme imposées ordinairement pour les dispositions testamentaires ; elle peut avoir lieu dans une simple lettre adressée à l'exécuteur testamentaire et tout entière écrite, datée et signée de la main du défunt [4]. Il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement la manifestation de volonté et l'intention du testateur.

L'acte nomination prendra le plus souvent les formes classiques de testament olographe, mystique, authentique ou international. La réforme de 2006 n'ayant pas adopter la possibilité de nomination verbale d'un exécuteur testamentaire, la question reste entière. Comme tout mandataire de droit commun l'exécuteur testamentaire reste libre d'accepter ou de refuser sa mission, sans avoir à motiver sa décision et ne saurait être juridiquement tenue de l'accomplir. Lorsque l'exécuteur testamentaire refuse sa mission ses droits et obligations passent aux héritiers du défunt et il ne peut être remplacé par décision de justice. En revanche, dès lors que la mission a été acceptée cette dernière doit être menée à terme.

En vertu de l'article 1025 du Code civil l'exécuteur testamentaire est tenu de respecter des règles spécifiques de capacité : le testateur peut nommer un exécuteur testamentaire « *jouissant de la pleine capacité civile* », ce qui exclut le mineur non émancipé, le majeur en tutelle, sauvegarde de justice ou en curatelle, dont le non respect est sanctionné par la nullité de la désignation de l'exécuteur testamentaire et non du testament dans son entier. L'appréciation

(3) Cass. civ., 24 janv. 1899, DP 1900, I, p. 533 ; Cass. req., 9 avr. 1941, S. 1941, jur., p. 125, JCP G 1942, II, n° 2033, note Voirin P., RTD civ. 1942, p. 92, obs. Savatier R.
(4) CA Aix, 30 déc. 1907 : DP 1908, 2, p. 103

de la capacité devant être constatée au moment de l'ouverture de la succession et non lors de la rédaction du testament [5].

Dans le silence de la loi, la question s'est posée de savoir si une personne morale pouvait être nommée exécuteur testamentaire ? La loi du 5 mars 2007 qui a introduit le mandat de protection future a expressément admis qu'une personne morale puisse être mandataire à la condition d'être inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et l'on peut se demander si le silence du Législateur n'induirait pas un refus de faire d'une personne morale un exécuteur testamentaire.

En outre, un amendement [6] avait été déposé par la Commission des lois, mais repoussé le 22 février 2006 après avis négatif du Garde des Sceaux

Pour autant, Maître François LETELLIER considère pour sa part qu'« *aujourd'hui la loi moderne est faite pour toutes les personnes qu'elles soient physiques ou morales. La réforme ne faisant aucune distinction, il n'y a pas lieu de distinguer. Une personne morale peut donc valablement être exécuteur testamentaire à la condition que cette mission entre dans l'objet de cette personne morale* ». [7] Il appartiendra à la jurisprudence de trancher la question.

Le testateur peut nommer plusieurs exécuteurs testamentaires pour veiller à l'exécution de ses volontés dont les droits et obligations dépendent de l'étendue du mandat qui leur a été conféré, avec faculté d'agir ensemble ou séparément, sauf si le testateur a réparti la mission entre eux.

• Si le testateur n'a rien précisé chaque exécuteur testamentaire a les mêmes pouvoirs que s'il avait été nommé seul et les actes passés par un seul sont entièrement valables, comme s'ils avaient été accomplis par tous, ayant agi conjointement ; l'acceptation de tous n'est pas une condition nécessaire pour que chacun puisse agir isolément [8]. En revanche, le testateur peut subordonner la validité des actes relatifs à l'exécution testamentaire à la condition qu'ils acceptent tous et qu'ils n'agissent que conjointement.

• Si le testateur a divisé les fonctions chaque exécuteur se cantonnera à sa mission et aura le pouvoir d'agir seul sans le consentement des autres exécuteurs. Chaque exécuteur testamentaire est responsable de l'accomplissement de sa mission mais sans aucune solidarité.

B Fin de l'exécution testamentaire

En vertu de l'article 1032 du Code civil, la mission de l'exécuteur testamentaire prend fin au plus tard deux ans après l'ouverture du testament sauf

(5) Terré F. et Lequette Y., *Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 3e éd., 1997, n° 416, p. 340.

(6) Amendement n° 196 relaté dans le rapport AN, n° 2850.

(7) *Droit de la famille*, n° 11, novembre 2006, étude 47.

(8) Cass. civ., 21 oct. 1901 : S. 1905, 1, p. 461, 1.

prorogation par le juge. La règle est nouvelle, car avant la réforme du 23 juin 2006, la mission de l'exécuteur testamentaire prenait fin, en cas de saisine, un an et un jour à compter du décès du testateur [9], ou à compter de la décision de justice en cas de contestation de la validité du testament. En l'absence de saisine, aucune limitation ne s'imposait.

Comme le souligne Maître François LETELLIER il y a là :

> « une négligence du législateur qui aurait dû ajouter "ou de l'ordonnance d'envoi en possession s'il y a lieu", car en effet dès lors que la loi nouvelle (Article 1030-2 du Code civil) soumet l'exécuteur testamentaire à la formalité de l'envoi en possession de l'article 1008 qui, rappelons-le, est la vérification de la validité matérielle du testament, sa mission ne peut véritablement commencer qu'à ce moment-là. [10] »

L'exécuteur testamentaire aura toujours la possibilité de demander au juge une prorogation du délai qui n'est pas déterminée par les textes, sauf lorsque l'exécuteur testamentaire est doté de pouvoirs spécifiques, l'article 1031 du Code civil dispose que le juge pourra proroger la mission de l'exécuteur pour une année seulement. Si l'exécuteur testamentaire a rempli sa mission avant l'expiration du délai légal, un héritier sera recevable à demander la cessation de ses fonctions. En vertu de l'article 1026 du Code civil, l'exécuteur testamentaire peut être relevé de sa mission par le tribunal, pour motifs graves liés à sa santé par exemple, d'une faute qu'il aurait commise et met en péril les biens successoraux, d'un conflit avec les héritiers, cette démission ne devant donc pas être intempestive, sous peine d'engager sa responsabilité. L'exécuteur ne peut mettre fin de son chef à sa mission et doit motiver sa décision auprès du juge qui n'est en aucun cas tenu de l'accepter.

En raison du caractère *intuitu personae* qui fonde l'exécution testamentaire, le décès de l'exécuteur n'a pas pour effet de transmettre l'exécution à ses héritiers, mais aux bénéficiaires de la succession à savoir les héritiers et légataires du défunt. Peu importe les justifications de l'arrivée du terme de la mission de l'exécuteur testamentaire, il est tenu de rendre des comptes de sa gestion aux héritiers, légataires universels ou à ceux qui sont intéressés à le recevoir dans un délai de six mois à compter de la fin de sa mission [11]. Le compte de gestion devra comprendre les dépenses engagées pour accomplir sa mission, ce qui lui permettra de se les faire rembourser par la succession, mais aussi les sommes encaissées ainsi que les dettes ou charges qu'il a payées et les legs particuliers comme ceux de sommes d'argent.

---

(9) Ancien article 1026 alinéa 1er du Code civil

(10) Droit de la famille, n° 11, novembre 2006, étude 47

(11) Article 1033 alinéa 1er du Code civil

La doctrine s'interroge quant à la possibilité laissée au testateur de dispenser l'exécuteur testamentaire de rendre des comptes ? En l'état actuel de la jurisprudence, approuvée par certains auteurs, cette dispense est parfaitement valable, à condition toutefois qu'il n'y ait pas d'héritiers réservataires dont les intérêts pourraient être affectés [12].

L'exécuteur testamentaire a droit au remboursement des frais qu'il a engagé dans l'exercice de sa mission qui sont à la charge de la succession. Conformément au contrat de mandat traditionnel, le recours à un exécuteur testamentaire correspond à un service d'ami qui est en principe gratuit. Ce n'est qu'à titre de dérogation en vertu d'un usage ancien qu'une rémunération modique sous la forme d'un legs (libéralité rémunératoire) puisse être convenue sous la forme de salaires ou présents d'usage notamment, appelée le *diamant* [13] à la condition que son montant soit en rapport avec les facultés du disposant et proportionné à l'importance des services rendus par l'exécuteur testamentaire dans le cadre de sa mission. Ce legs n'est pas soumis à réduction et s'impute sur la quotité disponible, il devient une véritable charge successorale. A défaut, une requalification en libéralité s'imposerait en cas d'attribution à l'exécuteur d'une rémunération disproportionnée.

Si le testateur n'a pas prévu de rémunération au profit de son exécuteur testamentaire, il ne pourra en exiger une auprès du juge.

L'exécuteur testamentaire répond des fautes commises lors de l'exécution du testament, comme tout mandataire ordinaire de droit commun de l'article 1992 du Code civil et « *l'exécuteur testamentaire qui accepte le mandat à lui confié par le défunt est tenu de son exécution comme tout autre mandataire, et répond comme lui de l'inexécution de ce mandat ainsi accepté, et des dommages-intérêts résultant de sa faute et de sa négligence* » [14].

Cette responsabilité de l'exécuteur testamentaire s'appréciera différemment selon que le mandat est salarié ou gratuit et sera appliquée avec moins de sévérité si le mandat n'est pas rémunéré.

2 – Mission et pouvoir de l'exécuteur testamentaire

La mission de l'exécuteur testamentaire ne concerne que l'exécution des legs et des dispositions testamentaires. Avant la réforme du 23 juin 2006 ses pouvoirs variaient selon qu'il avait ou non la saisine qui peut être définie comme le devoir pour l'exécuteur d'entrer en détention du mobilier successoral

(12) CA Douai, 23 juin 1846 : DP 1846, 2, p. 155. – CA Nîmes, 23 mai 1865 : S. 1865, 2, p. 285. – CA Lyon, 15 nov, 1910 : Mon. jud. Lyon 9 févr. 1911.

(13) Article 1033-1 du Code civil

(14) Cass. civ. 27 août 1855, D. 1855, 1, p. 371

pendant une durée d'une année et un jour à compter du décès devant lui permettre l'exécution matérielle des legs mobiliers.

La situation de droit commun était celle où l'exécuteur testamentaire était dépourvu de la saisine ; il avait alors un simple rôle de surveillance ; mais, en pratique, le testateur usait presque toujours de la possibilité offerte par l'ancien article 1026 du Code civil, en lui conférant la saisine de tout ou partie des meubles héréditaires, pour lui permettre d'accomplir certains actes d'administration ; enfin, en dehors des textes, les juges autorisaient le testateur à renforcer sa mission, par des pouvoirs spéciaux.

Depuis le 1er janvier 2007, les pouvoirs légaux de l'exécuteur testamentaire ne s'articulent plus autour de la notion de « *saisine* » et varient désormais, suivant la volonté exprimée par le testateur, la composition de son patrimoine (existence de biens meubles ou immeubles) et de sa famille (présence ou non d'héritiers réservataires).

A L'exécuteur testamentaire ordinaire

Dans le silence du testament qui le désigne, l'exécuteur testamentaire n'a qu'un rôle traditionnel de surveillance de l'application des volontés du défunt et dispose de prérogatives limitées.

A-1 Veiller à l'exécution du testament

Dans le silence du testament qui le désigne, l'exécuteur testamentaire n'a qu'un rôle traditionnel de surveillance de l'application des volontés du défunt et dispose de prérogatives limitées.

L'exécuteur testamentaire est chargé, de faire respecter les volontés exprimées par le testateur après sa mort ; cette mission concerne non seulement les dispositions pécuniaires de nature patrimoniale, mais aussi extrapatrimoniale comme pour l'organisation des obsèques par exemple.

À ce titre, c'est lui qui doit être mis en cause en cas de contestation relative au testament. C'est aussi à lui d'intervenir pour soutenir la validité ou encore pour exiger l'exécution du testament. Ceci n'était pour lui, avant la loi nouvelle qu'une faculté, devient désormais une obligation. Son devoir de surveillance se trouve ainsi renforcé.

Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 15 mai 2008 [15] relève très clairement que « *l'exécuteur testamentaire a le pouvoir, au nom et dans l'intérêt collectif des légataires, d'agir en justice pour obtenir des héritiers l'exécution des volontés du testateur.* » La Cour de cassation se place expressément sur le terrain des pouvoirs pour affirmer que l'exécuteur

(15) Cass. 1re civ., 15 mai 2008, n° 06-19.535, *Defrénois* 2008, article 38818, p. 1685, note Ph. Malaurie

testamentaire peut agir en justice pour faire respecter la volonté du défunt. Tel était le cas en l'espèce, où l'exécuteur agissait en qualité de demandeur à une action visant à faire annuler pour fraude la renonciation à succession de l'une des deux héritières.

A-2 Mission conservatoire

Jusqu'à la réforme du 23 juin 2006, l'ancien article 1031 du Code civil mettait expressément à la charge de l'exécuteur l'apposition des scellés et la confection d'un inventaire. Désormais en vertu de termes très généraux de l'article 1029 alinéa 1er du Code civil, dans le cadre de sa mission générale et en l'absence d'habilitation spéciale, l'exécuteur testamentaire prend les mesures conservatoires utiles à la bonne exécution du testament.

L'exécuteur testamentaire dispose ainsi d'autres mesures conservatoires qui ne s'arrêtent plus aux scellés et à l'inventaire. Ainsi, l'exécuteur testamentaire pourra-t-il souscrire une assurance contre l'incendie ou le vol, expulser une personne occupant un bien immobilier dépendant de la succession, prendre une sûreté conservatoire contre un débiteur de la succession, procéder à la consignation d'un compte bancaire ou, le cas échéant, la restitution de meubles indûment détenus par un héritier…

Pour autant, l'inventaire reste un élément important de la mission de l'exécuteur testamentaire qui ne doit pas être négligé dans la mesure où il permet de prendre une photographie du patrimoine du défunt et ainsi de fixer l'état des biens du défunt, d'analyser ses biens et de déterminer son passif. Il s'agit d'un acte neutre qui permet de connaître les forces et les charges de la succession et lutter contre le recel ou les usurpations.

Si l'exécuteur testamentaire décide de faire procéder à un inventaire, les formes prévues à l'article 789 du Code civil s'imposent et un huissier, un commissaire-priseur judiciaire ou un notaire seront diligentés afin d'établir une estimation, article par article, des éléments de l'actif et du passif; les biens devant faire l'objet d'une liste numérotée et d'une évaluation, le tout conformément aux articles 1328 à 1333 du Code de procédure civile.

L'article 1029 alinéa 3 du Code civil prévoit une nouveauté importante consistant en la possibilité de vendre le mobilier afin d'acquitter le passif urgent. L'exécuteur ne pourra provoquer cette vente que si l'actif de succession ne comprend pas assez d'argent pour acquitter le passif successoral dont la délivrance des legs de somme d'argent n'ai plus inclus et sont désormais délivrés après paiement des créanciers [16] et subordonnée à l'existence d'un reliquat d'actif.

---

(16) Article 796 dernier alinéa du Code civil.

La vente peut se faire aux enchères publiques ou à l'amiable avec le consentement des héritiers, mais ils peuvent également s'opposer à la vente et offrir les sommes suffisantes pour acquitter les dettes.

Si les héritiers refusent cette vente et n'offrent pas de payer les dettes urgentes, alors l'exécuteur sollicitera cette vente auprès du juge des la vente par adjudication publique et aux enchères, mais il convient de préciser qu'il sera très difficile pour le juge d'apprécier la situation pour ordonner la vente s'il n'a pas été dressé d'inventaire avec prisée du mobilier et analyse du passif qui s'avère être maintenant facultatif.

Cette mesure ne peut être utilisée qu'à la condition qu'il y ait du passif urgent à acquitter. Que faut-il entendre par urgence ?

> « Il faut considérer qu'il s'agit des dettes dont le non-paiement entraînera des intérêts et majorations telles les impositions ou les cotisations sociales, ou mettrait en péril les biens de la succession (cotisations d'assurances incendie, abonnements de sécurité ou autres). Les charges successorales sont-elles concernées ? Nous le pensons, car le caractère d'urgence semble être ce qui prime en l'espèce. Toute dette est susceptible d'entraîner des intérêts de retard (article 1153 du Code civil), l'urgence résultera de la patience du créancier, parions que toutes les dettes seront urgentes ! » [17]

Auparavant, le prix de la vente des meubles successoraux devait être versé entre les mains de l'exécuteur testamentaire, s'il avait la saisine ; dans le cas contraire, il ne pouvait être versé qu'entre les mains de l'héritier. L'exécuteur testamentaire, n'ayant plus la saisine avec la réforme du 23 juin 2006, n'a pas le pouvoir d'encaisser le prix de vente et de payer les dettes qui reste l'apanage des héritiers investis de plein droit et limitent cette nouvelle faculté offerte à l'exécuteur d'un point de vue pratique.

En revanche, si le testament lui confère le pouvoir de vendre les meubles de la succession, dans les termes de l'article 1030 du Code civil, il est habilité à encaisser les prix correspondants et à payer les dettes urgentes.

B L'exécuteur testamentaire doté de pouvoirs spécifiques

L'exécuteur testamentaire habilité, par une disposition expresse du testament, en vertu des articles 1030 et 1030-1 du Code civil bénéficie d'un formidable accroissement de ses pouvoirs en comparaison de ceux de l'exécuteur testamentaire standard, non habilité dont la mission se cantonne essentiellement à de la surveillance de la bonne exécution du testament.

Il devient ainsi un véritable acteur grâce à l'habilitation conférée par le testateur dans le testament, pour une durée maximale de deux ans à compter de l'ouverture du testament, sauf prorogation judiciaire d'un an au plus.

---

(17) *Droit de la famille*, 2006, précitée.

Il peut être habilité par le testateur à prendre possession en tout ou partie du mobilier de la succession en lieu et place de la saisine qui a été supprimée et à le vendre s'il est nécessaire pour acquitter les legs particuliers, dans la limite de la quotité disponible [18].

En outre, en l'absence d'héritier réservataire acceptant, il peut être habilité à disposer en tout ou partie des immeubles de la succession, recevoir et placer les capitaux, payer les dettes et les charges et procéder à l'attribution ou au partage des biens subsistants entre les héritiers et les légataires du défunt [19].

Cette augmentation de pouvoirs ayant pour corollaire un contrôle renforcé de l'expression de la volonté du testateur, l'exécuteur testamentaire est soumis à la procédure de l'envoi en possession dans des conditions analogues au légataire universel, en fonction de la forme de l'*instrumentum* recueillant les dernières volontés du testateur. L'article 1030-2 du Code civil prévoit que seul le testament authentique qui contient cette habilitation échappe à cette formalité ; *a contrario*, le testament olographe, mystique ou international conférant des pouvoirs spécifiques à l'exécuteur testamentaire est soumis à la formalité de l'envoi en possession par ordonnance du Président du tribunal de grande instance prévue à l'article 1008 du Code civil.

B-1 En présence d'héritiers réservataires

L'habilitation n'autorise qu'une extension mesurée des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire face aux successeurs protégés que sont les héritiers réservataires acceptant la succession, il peut s'avérer délicat de transmettre à un tiers des prérogatives trop importantes, même pour un temps limité, en vue du règlement de la succession qui font malgré tout de l'exécuteur testamentaire un véritable liquidateur de la succession.

L'article 1030 du Code civil prévoit la possibilité pour le testateur d'habiliter l'exécuteur testamentaire à prendre possession en tout ou partie du mobilier dépendant de la succession.

Antérieurement à la réforme il était admis que le terme « *mobilier* » s'appréciait en fonction de l'article 535 du Code civil aux termes duquel, « *l'expression "biens meubles", celle de "mobilier ou d'effets mobiliers", comprennent généralement tout ce qui est censé meuble d'après les règles ci-dessus établies.* » C'est-à-dire dans sa signification la plus large englobant notamment les biens incorporels. Ainsi l'exécuteur testamentaire avait entre autre la saisine des biens incorporels tels que les créances et pouvait en réclamer le paiement.

Il semble qu'à la lecture des nouveaux articles relatifs à l'exécution testamentaire, il faille restreindre la définition du mobilier pris en son sens de

(18) Article 1030 du Code civil.

(19) Article 1030-1 du Code civil.

« *meubles meublants* », ceux servant à l'usage, la décoration. En effet, l'article 1030-1 du Code civil prévoit qu'en l'absence d'héritier réservataire, l'exécuteur testamentaire peut se voir investi du pouvoir de percevoir les capitaux de la succession ; a contrario la prise de possession notamment des meubles incorporels est interdite à l'exécuteur testamentaire en présence d'héritier réservataire.

L'article 1030 du Code civil octroie au testateur la possibilité d'habiliter l'exécuteur à prendre possession de tout ou partie du mobilier de sa succession et à le vendre pour acquitter les legs particuliers dans la limite de la quotité disponible. Il est nécessaire que le testateur ait prévu cette mission, même en des termes implicites. L'exécuteur testamentaire habilité doit prendre possession du mobilier successoral, dès le décès. Les héritiers du défunt ne peuvent pas s'y opposer, qu'ils soient réservataires ou non. Toutefois en cas d'opposition, l'exécuteur pourra toujours saisir le juge des référés. La nouveauté consiste dans la possibilité pour l'exécuteur testamentaire d'être habilité par le testateur à vendre lui-même le mobilier successoral, que ce soit à l'amiable ou par adjudication. Il s'agit d'un important assouplissement eu égard au droit antérieur où l'exécuteur testamentaire ne pouvait que « *provoquer la vente* », c'est-à-dire que l'aliénation devait être consentie par les héritiers ou, s'ils refusaient, la faire ordonner par le tribunal, à moins que les héritiers n'offrent une somme nécessaire pour exécuter le testament.

Désormais, alors même qu'il n'est pas propriétaire des biens successoraux, la loi lui permet de disposer du mobilier, mais à la condition que cela soit nécessaire au paiement des legs particuliers consentis par le testateur et seulement dans la limite de la quotité disponible. Par legs particuliers il faut entendre seulement les legs de sommes d'argent qui seront payés au moyen du prix de vente des meubles n'ayant pas fait l'objet d'un legs particulier.

La question se pose en doctrine de savoir qui payera les legs de sommes d'argent après que le mobilier ait été vendu ?

Antérieurement à la réforme, la majorité des auteurs considérait que le légataire particulier devait demander la délivrance de son legs au seul héritier saisi. Cette délivrance n'étant pas la remise matérielle de l'objet du legs mais l'acte de reconnaissance juridique du titre du légataire par le seul héritier saisi, propriétaire de la succession, pouvait opérer une reconnaissance valable, l'exécuteur testamentaire quant à lui se cantonnant à effectuer le paiement du legs de somme d'argent ; le testateur ne pouvant pas par une disposition testamentaire lui attribuer ce droit qui était inefficace et réputée non écrite.

Maître François LETELLIER [20] considère qu'aujourd'hui tout est entre les mains de l'héritier :

---

(20) *Droit de la famille*, n° 11, novembre 2006, étude 47 précitée.

« qui n'a pas à s'inquiéter car pour faire valoir ce pouvoir, l'exécuteur doit demander l'envoi en possession prévu par l'article 1008 du Code civil, or en présence d'héritier réservataire c'est lui qui donnera son accord à cette entrée en possession (l'appellation délivrance n'est pas appropriée pour l'exécuteur testamentaire), il lui suffira de refuser. Après au juge de trancher mais avec un peu de chance et de nombreux incidents de procédures, cela durera plus de deux ans ! ».

Inversement Mme Danielle MONTOUX [21] estime que depuis l'entrée en vigueur de la réforme, l'exécuteur testamentaire agit de manière indépendante des successeurs mais il ne saurait faire porter la délivrance sur des legs excédant le disponible ; à défaut il pourrait se voir condamner à supporter les conséquences de la réduction que les héritiers auraient fait prononcer.

B-1 En l'absence d'héritiers réservataires

En l'absence d'héritier réservataire acceptant, le testateur peut transférer à l'exécuteur testamentaire des pouvoirs très importants qui lui permettront de gérer directement sa succession et de procéder à la clôture de celle-ci par le partage de ses biens. Les auteurs de l'offre de loi qui avaient avancé une proposition en ce sens la qualifiaient de « *véritable révolution* » dans le droit successoral français [22]. L'exécuteur testamentaire dispose ainsi d'une saisine contractuelle et temporaire à l'effet de [23] :

• a. Disposer en tout ou en partie des immeubles de la succession

Il s'agit de la consécration de la jurisprudence [24] qui autorisait le testateur par une clause du testament de procéder à la vente de tous biens immobiliers pour partager le prix, payer telle dette, constituer une fondation…

La forme de la vente n'est pas imposée par la loi et il pourra aussi bien s'agir d'une vente amiable que sur adjudication qui dans ce dernier cas doit être préférée permettant d'éviter toute critique quant à la fixation du prix, au choix de l'acquéreur. Cette faculté offerte à l'exécuteur doit être précédée d'une information des héritiers par l'exécuteur testamentaire ; à défaut cette vente leur serait inopposable. L'exécuteur testamentaire devra se ménager la preuve de cette information soit en la faisant par exploit d'huissier ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, qui devra le cas échéant être annexé à l'acte de vente ou au procès-verbal d'adjudication afin de prémunir l'acquéreur du trouble.

---

(21) JCN Notarial Formulaire, précité n° 60

(22) J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint-Affrique et G. Morin, *Des libéralités : une offre de loi*, Defrénois 2003 p. 74

(23) Article 1030-1 du Code civil

(24) Cass. civ., 18 août 1848 : DP 1848, 1, p. 188. – Cass. civ., 17 avr. 1855 : DP 1855, 1, p. 201

• b. Recevoir et placer les capitaux de la succession- payer les dettes et les charges de la succession

L'exécuteur testamentaire devient un véritable gestionnaire des biens d'autrui, c'est-à-dire des héritiers et des légataires, dans la mesure où s'il est spécialement habilité, il peut aliéner les meubles, les immeubles et percevoir le produit des ventes correspondantes, percevoir les revenus échus au décès et les capitaux dus à la succession. Il a la possibilité de toucher toutes les créances dues à la succession, donner quittance et mainlevée des inscriptions prises pour leur garantie.

Antérieurement à la réforme la jurisprudence avait dessiné les contours de ce qu'il était possible de faire ou de na pas faire par l'exécuteur testamentaire : il n'était pas possible de faire remise même partielle de la dette du débiteur [25], ni de lui accorder des délais, ni de céder la créance ou d'y renoncer [26] ; il pouvait donner quittance et consentir mainlevée de l'hypothèque qui garantissait le paiement de la créance si le débiteur s'était acquitté de sa dette [27], il pouvait également recevoir un paiement partiel [28].

L'exécuteur testamentaire a également la possibilité d'acquitter non seulement les dettes de succession et les charges successorales sans qu'il soit besoin de distinguer entre ce qui est « *urgent* » et ce qui ne l'est pas.

Dans l'exercice de ces prérogatives et afin d'éviter toute action en responsabilité, l'exécuteur devra gérer les avoirs financiers « *en bon père de famille* » en évitant les placements risqués, vérifier le bien-fondé des dettes ou charges qu'il peut être amené à payer.

• c. Procéder à l'attribution ou au partage des biens subsistants entre les héritiers et les légataires.

La loi du 23 juin 2006 octroie au testateur la possibilité de conférer à l'exécuteur testamentaire un nouveau pouvoir considérable : celui de « *procéder à l'attribution ou au partage des biens subsistants entre les héritiers et les légataires* ». Il peut ainsi priver les héritiers non réservataires par exemple ses frères et sœurs, oncles ou tantes du défunt de leur saisine, c'est-à-dire du droit de procéder eux-mêmes à la liquidation et au partage selon leur vocation successorale légale, préférant transférer directement ce droit à un exécuteur testamentaire. Cela permettra très certainement de simplifier et d'accélérer le règlement des successions complexes, éviter les contestations inutiles et renforcer le respect des dernières volontés exprimées par le défunt.

---

(25) Cass. req. 24 juin 1867 : DP 1868, 1, p. 29

(26) CA Bordeaux, 25 juill. 1826 : Rép. prat. Dalloz, V° Mandat, n° 402

(27) Cass. req., 9 nov. 1903 : S. 1904, 1, p. 87

(28) Cass. req., 24 juin 1867 : DP 1868, 1, p. 29

Le mandat successoral

Matthieu PERON

Une des innovations marquantes issue de la loi du 26 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités consiste en l'introduction d'un mandat conventionnel de gestion de l'indivision successorale. Inséré au Chapitre IV « *de l'administration de la succession par un mandataire* » du Titre Ier « des successions », l'article 813 du Code civil dispose que, d'un commun accord, les héritiers peuvent confier l'administration de la succession à l'un d'eux ou à un tiers. Bénéficiant, d'un domaine plus large que les mandats ordinaires du régime légal de l'indivision, ce mandat comprend l'ensemble des opérations relatives à l'administration de la succession et donc l'accomplissement de tous les actes juridiques ou matériels que supposent le règlement et la liquidation de la succession. Toutefois, à la différence du mandat à effet posthume, le statut juridique du mandataire successoral est, dans ses grandes lignes, déduit du régime du mandat de droit commun auquel l'article 813 du Code civil renvoie expressément.

Ce mandat n'est pas à confondre avec la mandat de l'indivision de l'article 815-3 du Code civil. Alors que le mandat successoral a pour objet l'administration de la succession, ce qui vise non seulement l'administration des biens successoraux mais aussi, les actes juridiques ou matériels que supposent le règlement et la liquidation de la succession, le deuxième consiste en la gestion des biens indivis. Enfin, l'alinéa 2 de l'article 813 du Code civil évoque clairement le principe selon lequel il est impossible de désigner un mandataire conventionnel en cas d'acceptation à concurrence de l'actif net. Ainsi, lorsqu'au moins un des héritiers est acceptant à concurrence de l'actif net, le recours au mandat successoral conventionnel est interdit par la loi qui impose le recours au mandat successoral judiciaire.

1 – Désignation du mandataire successoral conventionnel

A Exigence d'unanimité relative des héritiers

La première exigence légale issue de l'article 813 du Code civil consiste en la nécessité d'obtenir un commun accord entre les héritiers qu'il s'agisse de confier l'administration de la succession à l'un d'entre eux ou à un tiers. Toutefois, il semblerait que cette exigence d'unanimité ne soit que relative comme le relève la doctrine. En effet, elle pourrait être écartée en application des règles spéciales du droit de l'indivision. Ainsi, en cas d'indivision,

ce qui est l'hypothèse la plus fréquente dès lors qu'il y a au moins deux héritiers, la désignation d'un mandataire conventionnel, qui ne pourrait toutefois être chargé que de la seule administration des biens indivis, ne requiert qu'une décision prise par le ou les indivisaires représentant au moins les deux tiers des droits indivis et ce en application de l'article 815-3 du Code civil.

B Détermination de la personne du mandataire

La première question qui se pose quant à la détermination de la personne du mandataire consiste à savoir si la lettre de l'article 813 du Code civil souhaitait voir instaurer un mandataire unique ou s'il est possible d'admettre la désignation de plusieurs mandataires. L'article 813 alinéa 1er du Code civil ne répond pas clairement à cette question et rien dans le droit commun ne semble interdire le recours à un pluralité de mandataires lesquels peuvent être chargés d'accomplir ensemble ou concurremment une même mission, ou des missions différentes et complémentaires. Il est ainsi concevable de leur attribuer des prérogatives concurrentes, afin de dynamiser l'administration de la succession, ou, à l'inverse, de soumettre l'exercice de leurs pouvoirs à des règles de cogestion, de façon à assurer un contrôle a priori de l'action des mandataires. Enfin, rien ne s'oppose enfin à la désignation par les héritiers de plusieurs mandataires successoraux, dont chacun se verrait confier l'administration d'une partie de la succession, la répartition des pouvoirs respectifs des mandataires s'opérant en fonction de la nature des biens ou des droits successoraux, ou encore de la nature des actes à accomplir.

Concernant la qualité des personnes pouvant prétendre aux fonctions de mandataire successoral conventionnel, les termes de l'article 813 alinéa 1er du Code civil laissent là encore supposer que le mandat successoral peut être confié, non seulement à toute personne physique, mais également à une personne morale, sous réserve toutefois que l'objet de celle-ci le permette conformément au principe de spécialité des personnes morales. En ce qui concerne les personnes morales, les prérogatives déléguées par les héritiers à leur mandataire doivent être exercées par le représentant légal de la personne morale, ou, à défaut de représentant légal, par un représentant spécialement désigné à l'effet d'agir au nom et pour le compte de la personne morale pour l'exécution de sa mission de mandataire successoral. En toute hypothèse, le représentant de la personne morale a la faculté de consentir une subdélégation. Pour ce qui est des personnes physiques, le législateur n'établit aucune restriction d'accès à ces fonctions et n'édicte aucune incompatibilité. Par conséquent, toute personne physique doit pouvoir être désignée comme mandataire successoral conventionnel, et notamment le notaire liquidateur, le mandataire posthume et l'exécuteur testamentaire.

Toutefois, la composition même de la masse successorale peut engendrer des difficultés pratiques si celle-ci est composée de biens professionnels. En fonction de l'activité professionnelle à laquelle est affecté l'usage de ces biens, certaines catégories de personnes physiques ou morales pourront, en vertu d'interdiction ou d'incompatibilités légales, être empêchées d'occuper les fonctions de mandataire successoral. Ainsi, à titre d'exemple, le notaire, auquel il est interdit d'accomplir des actes de commerce (Décret n° 45-0117 du 19 décembre 1945 en son article 13), ne pourra valablement exercer les fonctions de mandataire conventionnel pour le compte d'une succession comprenant une exploitation commerciale, dans la mesure où l'administration de cette succession impliquerait nécessairement, de la part du représentant, la réalisation d'actes de commerce. Également, dans l'hypothèse où l'administration de la succession supposerait l'accomplissement d'actes ressortant de l'exercice d'une profession réglementée, le choix du mandataire successoral sera nécessairement restreint aux personnes exerçant elles-mêmes la profession réglementée considérée.

C Mode de désignation du mandataire

Une fois de plus, l'article 813 du Code civil reste muet sur le mode de désignation du mandataire et ne contient aucune précision quant aux conditions formelles encadrant la désignation du mandataire successoral conventionnel. En conséquence, dans le silence du texte et en l'absence de dérogation expresse, ce mandat est donc soumis aux règles de droit commun en matière de formation des contrats, ce qui en fait un contrat purement consensuel. Dépourvu de l'exigence de formalités particulières, la conclusion du mandat successoral peut ainsi résulter d'un consentement exprès des parties, mais aussi procéder d'un accord tacite. Pour apporter quelques éclaircissements à la notion de mandat tacite, celle-ci pourrait exister dès lors qu'un commencement d'exécution spontanée de sa mission par le mandataire ne rencontre aucune opposition du ou des mandants.

2 – Mission du mandataire successoral conventionnel

A L'administration de la succession

Revenant à la définition traditionnelle du mandat issue de l'article 1984 du Code civil qui dispose que « *le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* », la mission du mandataire successoral conventionnel consiste en la réalisation d'actes juridiques au nom et pour le compte du ou des représentants. En effet, le contrat par lequel une personne charge une autre d'accomplir des actes matériels ou de lui fournir une prestation

quelconque n'est pas un mandat mais un louage d'ouvrage ou un contrat d'entreprise. Il ne peut donc y avoir de mandat sans accomplissement d'actes juridiques au nom et pour le compte du mandant.

Pour autant, il serait absurde et dénué de toute considération pratique si on devait limiter la mission du mandataire à l'accomplissement d'actes matériels. En effet, la mise en oeuvre concrète de ces derniers suppose toujours la réalisation d'actes matériels. La jurisprudence ne s'oppose d'ailleurs pas à la réalisation par le mandataire d'actes matériels au nom et pour le compte du mandant, sous réserve que la mission du représentant demeure, à titre principal, l'accomplissement d'actes juridiques. Maître dans l'art d'être flou et imprécis, l'article 813 du C. civ. énonce que le mandataire est investi de la mission d'administrer la succession. D'après les travaux parlementaires, il semblerait que le législateur ait souhaité que la mission du mandataire successoral conventionnel soit limitée à l'accomplissement d'actes d'administration.

Selon M. le Professeur VERDOT, la mission du mandataire successoral conventionnel serait donc limitée aux actes « *tendant à faire fructifier un bien ou à l'améliorer sans en compromettre la valeur en capital* ». La doctrine s'accorde à penser que le mandat successoral conventionnel doit sans doute être aligné sur le mandat général d'administration susceptible d'être confié dans le cadre de l'indivision à l'un des indivisaires ou à un tiers en application de l'article 815-3, 2° du C. civ. Toutefois, dans la mesure où ce mandat est par essence issu de la liberté conventionnelle des parties, les pouvoirs du mandataire dépendront des termes mêmes du contrat de mandat : si en principe le mandat général d'administration ne confère que le pouvoir d'accomplir des actes d'administration, les héritiers sont toutefois en droit de conférer à leur mandataire, par une stipulation expresse, le pouvoir d'accomplir certains actes de disposition spécialement déterminés. En effet, si le droit commun du mandat pose la règle de principe en l'article 1988 du C. civ. que « *le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration* », c'est pour soumettre les actes de disposition à l'exigence d'un mandat exprès (art. 1988-2 C. civ.). À titre exemple, lorsque la succession comprend un fonds de commerce ou des locaux à usages commerciaux, il pourrait être dans l'intérêt des héritiers qu'ils incluent expressément dans la mission de leur mandataire successoral la conclusion ou le renouvellement d'un bail commercial – actes assimilés, en jurisprudence, à des actes de disposition.

B Les obligations du mandataire successoral conventionnel

S'agissant des droits et obligations du mandataire successoral conventionnel, son régime est à calquer sur le droit commun du mandat. Comme tout mandataire, le mandataire successoral conventionnel est tenu « *(…) d'accomplir*

le mandat tant qu'il en demeure chargé». Le mandataire successoral est donc tenu, tout comme tout mandataire, de respecter, s'il y a lieu, les instructions qui peuvent lui être données par le ou les mandants, d'agir avec diligence et loyauté envers le ou les mandants.

En sa qualité de professionnel intervenant dans son domaine de spécialité, le mandataire successoral peut se voir imposer un devoir de conseil et de renseignement. Tel en sera le cas quand les héritiers auront conventionnellement investis d'un mandat portant sur l'administration de la succession un notaire en tant que tiers professionnel. Outre l'exécution de sa mission, le mandataire successoral conventionnel est tenu, en application de l'article 1993 du Code civil, de rendre compte de sa gestion et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant. Un compte détaillé des différentes recettes et dépenses occasionnées par l'administration de la succession doit donc être tenu à disposition des héritiers. La jurisprudence impose désormais également au mandataire d'informer son mandant, tout au long de l'exécution de sa mission, du bon déroulement de cette dernière.

C La responsabilité du mandataire successoral conventionnel dans l'exécution de sa mission

Le droit commun du mandat renvoie sur ce point à l'article 1992 du Code civil qui dispose que « *le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion*».

Ainsi, l'ensemble des héritiers ou un héritier peuvent engager la responsabilité civile contractuelle dudit mandataire dès lors qu'ils considèrent que le comportement du mandataire lui cause un préjudice.

La faute de gestion est constituée dès lors que le mandataire n'exécute pas, exécute mal ou n'exécute que partiellement sa mission, c'est-à-dire, s'agissant du mandat successoral conventionnel, l'administration de la succession. Dans le cadre du mandat successoral conventionnel, différentes situations sont à envisager. Ainsi, il pourra y aura faute de gestion si le mandataire successoral, étant l'un des héritiers, privilégie son intérêt propre par rapport à celui de ses cohéritiers mandants. Il y aurait alors tout à la fois un manquement au devoir de loyauté et un véritable détournement de pouvoirs. Dans l'hypothèse où le mandataire serait un tiers professionnel, une faute de gestion serait constituée dans le cas d'une erreur contre laquelle sa compétence technique particulière est censée le prémunir. En toute hypothèse, l'absence de diligence ou de célérité dans l'administration de la succession exposerait le mandataire successoral à la mise en jeu de sa responsabilité civile s'il en résultait un préjudice pour ses cohéritiers mandants. Il convient encore d'ajouter que,

selon que l'obligation violée par le mandataire peut être qualifiée d'obligation de moyens ou d'obligation de résultat, la charge de la preuve sera plus ou moins contraignante pour le demandeur.

Dans le silence de l'article 813 du Code civil, la référence au droit commun du mandat est là encore de mise. Le principe issu de l'article 1986 du Code civil selon lequel « *le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire* », demeure applicable à la situation du mandataire successoral conventionnel. Ainsi ce dernier ne pourra prétendre à une rémunération, à moins que celle-ci ne soit prévue par le contrat l'investissant de ses pouvoirs. Il faut cependant rappeler la jurisprudence selon laquelle, lorsque le mandat est confié à une personne qui fait profession de la gestion des affaires d'autrui, le contrat est présumé salarié (Cass. 1re civ., 19 déc. 1989, n° 87-11.428). Cette présomption imposera, en cas de contentieux, aux héritiers de rapporter la preuve de la gratuité du mandat successoral conventionnel confié à un professionnel de la gestion des biens d'autrui, quand, à l'inverse, il incombera au mandataire successoral non professionnel de démontrer que le paiement d'un salaire avait été initialement prévu par les parties représentées.

En effet, l'alinéa 2 de l'article susvisé 1992 du Code civil apporte une certaine mesure concernant le mandat dit gratuit en considérant que « *néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire* ». Mais quel était l'esprit du législateur, faut-il comprendre une plus grande clémence dans l'appréciation de la faute ou une modération dans le montant de la condamnation ?

La jurisprudence semble réduire l'influence de la gratuité du mandat à la seule constatation de l'existence ou de l'absence de faute. Ainsi, il est probable que dans l'hypothèse où le mandataire successoral conventionnel est bénévole, ce qui pourrait être fréquent lorsque celui-ci est choisi parmi les héritiers, les juges soient plus réticents à qualifier de faute de gestion les différentes erreurs et maladresses ayant pu émailler le déroulement de sa mission. Il convient cependant de demeurer prudent sur la portée réelle de cette invitation légale à la clémence. Bien évidemment, celle-ci ne saurait concerner les contraventions les plus graves du mandataire à ses obligations.

3 – La fin du mandat successoral conventionnel

A l'inverse des articles réglementant le mandat posthume ou le mandat successoral judiciaire, l'article 813 du Code civil muet sur l'extinction du contrat. Le mandat successoral conventionnel doit donc être soumis aux causes d'extinction du droit commun du contrat et du droit commun du mandat.

Toutefois, la révocation du mandataire mérite quelques développements. Alors que l'article 2003 du Code civil envisage la révocation du mandat parmi

les causes de la fin du mandat, l'article 2004 dudit Code en précise les conditions en disposant que « *le mandant peut révoquer sa procuration, quand bon lui semble* ». Le mandataire est ainsi révocable ad nutum, ce qui est un trait caractéristique du régime du mandat. En effet, ce principe de libre-révocabilité s'applique de la même façon que le contrat soit à durée indéterminée ou à durée déterminée. L'exercice de cette faculté de révocation, qui est justifiée par l'intense intuitu personae marquant le mandat, est donc libre, dans la limite de l'abus de droit, parfois constaté et sanctionné en jurisprudence.

Toutefois, ce principe caractéristique des mandats de libre révocabilité peut être restreint lorsque le mandat est qualifié d'intérêt commun. Il y a mandat d'intérêt commun quand le mandataire est intéressé à la réussite de l'affaire pour laquelle il a été pressenti.

Toute la question réside donc dans le fait de savoir si le mandat successoral conventionnel pourrait en certaines circonstances être qualifié d'intérêt commun, et par conséquent si le principe de libre-révocabilité du mandataire pourra alors être tenu en échec. Dans le cas particulier du mandat successoral conventionnel, il est envisageable que la jurisprudence caractérise cette communauté d'intérêts dans deux hypothèses distinctes : d'une part, lorsque la détermination du montant de la rémunération du mandataire successoral dépend directement et significativement des résultats obtenus par ce dernier dans la gestion de la succession ; d'autre part, lorsque le mandataire successoral étant un héritier, il est directement intéressé au meilleur déroulement possible de l'administration de la succession.

Enfin, concernant les modalités de la révocation du mandataire et hors le cas où il est le mandataire d'un héritier unique, il semble par application du principe du parallélisme des formes qu'il soit nécessaire d'exiger le commun accord de tous les héritiers. Le moyen par lequel la décision de révocation doit être communiquée au mandataire est libre. Aussi cette décision peut-elle être expresse ou tacite, la seule exigence posée quant à sa validité étant qu'elle exprime, sans équivoque possible, la volonté réelle du ou des mandants. À défaut d'une décision expressément formulée et communiquée au mandataire successoral conventionnel par les héritiers mandants, la révocation du représentant peut être tacitement exprimée, comme le prévoit l'article 2006 du Code civil, lorsque ceux-ci désignent un nouveau mandataire pour l'accomplissement de ce qui constituait, jusqu'alors, la mission du mandataire initial. En outre, la révocation tacite du mandataire successoral conventionnel pourrait en outre être consommée dans le cas où les héritiers mandants reprendraient en main l'administration de la succession, c'est-à-dire accompliraient par eux-mêmes la mission initialement confiée au mandataire.

Deuxième commission

Relations plurielles, pluralité d'acteurs et rôle du notaire

Economie et Affaires

Rapporteurs

Guillaume LEVEQUE
Diplômé notaire

Ludovic ARNAUD
Notaire
DESS de droit fiscal
Doctorant en droit
Chargé d'enseignement pour la licence professionnelle du notariat de Toulouse

Introduction aux travaux de la deuxième commission

Relations plurielles et Sociétés

Le pacte d'associés se définit comme une convention extrastatutaire aménageant les rapports entre associés. En dehors des statuts, les associés peuvent en effet conclure un pacte d'associés ou pacte de famille par lequel ils cherchent à organiser le contrôle de la conduite des affaires et la composition du capital de leur société. Les associés qui participent à un pacte peuvent poursuivre plusieurs objectifs : assurer l'équilibre entre des associés égalitaires, permettre à un investisseur d'exercer son droit de regard sur le suivi de son investissement sans s'immiscer dans la gestion sociale, ou protéger des minoritaires. C'est en fonction de ces objectifs que différentes clauses doivent être prévues. Guillaume LEVEQUE étudie, à l'échelle des sociétés, la contractualisation des relations plurielles au sein de ces pactes, avant de s'intéresser ensuite aux cadres légaux et réglementaires actuels facilitant la transmission et la conservation des entreprises au sein du groupe familial.

Relations plurielles et Patrimoine

La loi du 15 juin 2010 [1] a créé l'EIRL (Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée) et autorisé dans notre droit la constitution d'un patrimoine d'affectation. Désormais, l'entrepreneur peut choisir de constituer deux patrimoines distincts, l'un voué à l'exploitation de son activité professionnelle, l'autre accueillant ses biens personnels. Ludovic ARNAUD a étudié ce nouveau dispositif et a tenté de mesurer l'efficience de ce « *droit d'entreprendre sans risque* » [2]. Poursuivant sa réflexion sur le patrimoine en droit français aujourd'hui, il analyse également à travers quatre articles le dispositif de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 qui a instauré le nouveau contrat de fiducie.

Relations plurielles et Notariat

Vingt millions de clients consultent les notaires chaque année, ce qui exige une grande capacité d'adaptation et de communication des notaires. Les relations plurielles entretenues avec la clientèle (clients français/étrangers, particuliers/professionnels) justifient une réflexion sur la communication au sein de l'office notarial.

---

(1) L. n° 2010-658 du 15 juin 2010 (JO 16 juin 2010) relative à l'EIRL, art. L. 526-6 et s. C. Com. et ses textes d'application : Ord. n° 2010-1512 du 9 déc. 2010 (JO 10 déc. 2010) portant sur adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, D.

(2) Stephan Torck, *Les alternatives à l'EIRL*, Revue Lamy Droit Civil, 2010, n° 77.

Les pactes d'associés

Guillaume LEVEQUE

Si les statuts légaux posent un socle commun, les pactes d'associés personnifient les entreprises et définissent de plus en plus couramment l'*affectio societatis* indispensable aux sociétés.

Nous verrons que ces pactes permettent d'instaurer des rapports de force et des interactions nouvelles entre associés mais aussi à l'égard des tiers. Pactes, traités, conventions, règlements intérieurs, les dénominations sont plurielles pour des situations plurielles visant à réguler les relations sociales. Mais les questions, que posent ces conventions d'un genre encore nouveau et dont le développement est exponentiel, sont nombreuses quant à leur opposabilité, leur place dans l'ordonnancement juridique, leur adéquation avec les besoins de sécurité juridique qui en est la cause.

Selon la forme de société, le support du pacte, le type d'activité concernée les sanctions seront très différentes, et il ne peut exister d'obligation sans sanction. Si les principaux pactes rencontrés se concentrent autour des thèmes de la répartition du pouvoir ou des revenus de l'entreprise, leur place est croissante dans les opérations de transmissions intrafamiliales des PME ou TPE.

En effet, le *papy-boom* nous invite à une découverte ou redécouverte de ces pactes afin de sécuriser les transmissions d'entreprises qu'elles soient à titre onéreux ou à titre gratuit. Les entreprises familiales, les plus nombreuses, sont encore peu porteuses de pactes car leur taille n'incite pas les entrepreneurs à formaliser leurs accords. Pour autant, notamment dans le cadre de leur transmission et dans le cadre de la préparation de la transmission, en élargissant le cercle des associés, il convient de prévenir des risques de désolidarisation du groupe des associés.

De plus, la transmission de l'entreprise est souvent vécue difficilement par le dirigeant, car c'est la fin d'une histoire. En préparant la transmission il convient de prendre largement en compte la psychologie des entrepreneurs en présence. Il faut également prendre en considération les sources d'influences que subit le dirigeant, car les décisions et les garanties que la transmission soit réussie sont qu'il n'y ait pas de conflit entre le chef d'entreprise, sa famille

et l'entreprise. Dissocier ces sphères d'influences seraient le gage d'une transmission imparfaite mettant en péril la pérennité de la société [1].

De plus, il est nécessaire de conserver l'idée que l'entreprise est le reflet de l'ambition d'un ou d'une chef d'entreprise et que seule la vision du dirigeant a permis de développer et stabiliser la structure transmise. Aussi en rendant lisible sa vision et sa manière de conduire l'entreprise, la crainte de la transmission va disparaitre et sécuriser l'entourage du cédant et du cessionnaire. C'est donc par la formalisation de ces aspects de la gestion de l'entreprise sur un plan stratégique et juridique que l'acceptation du changement pourra porter les germes d'une nouvelle construction par le repreneur. C'est d'ailleurs sur l'ensemble de ces questions que se développent différentes activités de coaching qui permettent de révéler les visions, les méthodes, la psychologie de la gestion des cadres dirigeants de l'entreprise qui n'ont bien souvent pas conscience de leur méthode. La réécriture de ces points, leur expression et leur formalisation avec des plans de maintien et des sanctions au moyen de pactes d'associés ou de famille vont permettre une bonne maturation du projet de cession.

Quand la phase de conception de la transmission est bien définie, la consolidation bien instruite, la maturation bien confortée alors l'autonomisation du projet peut prendre forme : ce sera la distanciation. Cette phase de distanciation n'est pas un abandon de l'entreprise par son dirigeant mais bien une délégation progressive par la définition d'un temps d'accompagnement durant lequel le chef d'entreprise va devoir continuer d'impulser son souffle et transmettre sa connaissance de l'entreprise (en interne et en externe) sans faire machine arrière considérant qu'il est le seul à pouvoir gérer l'entreprise.

On comprend donc bien que ces pactes sont les outils de liaison d'opérations plus ou moins complexes qui relèvent du cœur de la réussite de la transmission d'entreprise dans un cadre familial apaisé et donc de l'activité notariale. Expert du contrat et de la transmission, les notaires sont au cœur de leur mission, de leur savoir faire et du besoin d'authenticité pour ces pactes. Les notaires, devant prévenir des différends entre les parties, conseil des familles et de l'entreprise, garant de la bonne exécution de leurs actes, devront tenir compte de l'ensemble des étapes de la conception de la transmission en agissant en amont.

Les pactes d'associés sont partout et multiformes. Ils concernent tour à tour les règles de prise de décisions dans des domaines spécifiques de gestion d'une entreprise ou tous les associés ne sauraient s'impliquer. Les règles de

---

(1) *Transmission d'entreprise : Prendre en compte les émotions pour mieux agir*, par Laurence PETIT, Coach d'Entreprises et Christophe DUCELLIER, Avocat spécialiste en droit fiscal et en droit des sociétés (Ducelier-Avocat), 7 avril 2010.

rémunération et de départs des associés, mais aussi les conditions d'exécution et les sanctions des obligations de faire et ne pas faire entre associés. Si ces conventions n'ont pas de publicité, elles représentent pour autant, de plus en plus le fondement des relations sociales entre associés car leur discrétion, ainsi que l'imagination permise par la liberté contractuelle en la matière, en font tout l'intérêt.

Nous verrons que ces pactes peuvent être autant statutaires qu'extrastatutaires ce qui en conditionne le mode de sanction, mais là aussi tout dépendra de la portée de la disposition et de la personne qui l'invoque.

1 – Les pactes d'associés

Les pactes d'associés sont donc susceptibles de constitutions statutaires ou extrastatutaires en fonction des formes de sociétés et en fonction de la nature même de la stipulation car l'ordre public en droit des sociétés veille à ne pas détourner la forme de société en question (A). Pour autant, nous verrons que nombre de pactes et notamment dans les activités réglementées peuvent prévoir des sanctions qui relèvent de la déontologie sans qu'il y ait d'intervention extérieure aux associés (D).

Si ces pactes d'associés par la nature des points qu'ils traitent le plus souvent semble éloigné de la pratique quotidienne des notaires, ils n'en demeure pas moins que ces pactes commencent à imprégner le droit des successions ou des donations pour des raisons fiscales certes, mais aussi et surtout pour maintenir et sanctionner (C) des agissements de défiance vis-à-vis des membres de la famille signataire (B).

A Constitution statutaire ou extrastatutaire

L'acte support de la constitution de ces actes revêt un caractère primordial. En fonction de leur nature, statutaire ou extrastatutaire, ces pactes n'encourent pas la même nature de sanction. Mais au-delà de leur sanction, il est nécessaire de rappeler quelles sont les sociétés où leur instauration est possible. Il convient de reprendre la notion de liberté contractuelle, mais aussi de limitation de cette liberté statutaire.

A-1 Possibilités de pactes statutaires en fonction des formes de société

Si la possibilité de pactes statutaires entre associés est possible et usitées depuis très longtemps, il n'en demeure pas moins que cette liberté reste très encadrée. Elle ne permet pas de déroger au principe d'égalité entre associés bien que la notion d'égalité entre associé elle-même évolue très rapidement ces dernières années (A-1.1). Il convient de revoir que

seules certaines formes de sociétés le permettent, et il est intéressant de constater que le droit civil a initié cette liberté reprise depuis peu par les sociétés par actions simplifiées (A-1.2). L'introduction de ces sociétés a d'ailleurs permis de voir apparaitre les actions de préférence qui ont modifié en profondeur la manière d'envisager le pouvoir et la participation à une entreprise (A-1.3), ce qui constitue l'un des rares pactes reconnu et structuré légalement.

A-1.1 L'interdiction de déroger aux principes généraux d'égalité entre associés

Un certain nombre de règles d'égalité entre associés ont toujours été retenues en droit des affaires. Mais il convient de revenir sur ces notions alors qu'un phénomène de contractualisation des relations au sein des sociétés s'installe depuis maintenant une vingtaine d'année. Des pactes qui pendant longtemps ont été considérés comme léonin se voient aujourd'hui validés par la pratique, par la jurisprudence et la doctrine. L'article 1134 du Code civil retrouve sa place alors qu'un phénomène de protection accrue des non professionnels se met en place. En conséquence, si la libéralisation des relations au sein de l'entreprise est incontestablement un plus en terme de financement notamment, il conviendra pour le professionnel du conseil de veiller à concilier une liberté plus grande avec une déresponsabilisation des intervenants. Nous aborderons ici deux points très souvent rencontrés dans les sociétés concernant notamment l'évaluation des droits sociaux à dire d'expert (a) et concernant les conventions de vote (b).

a) L'évaluation des droits à dire d'expert

Depuis le milieu des années 90, si le prix n'est pas déterminé ou déterminable, le contrat n'est pas pour autant nul. La convention ne peut être modifiée que si le prix est exagéré et revêt alors les caractères d'une sanction. Les articles 1591 et 1592 fixent les possibilités de la nomination d'un expert d'un commun accord entre les parties. Celui-ci n'agit pas véritablement comme mandataire car il n'agit pas au nom et pour le compte des parties. C'est ainsi que la jurisprudence convient que l'expert est investi par les parties à la convention et il représente non pas les parties mais les intérêts des associés en litige et la société.

L'expert ne peut donc pas faire d'erreur car représente l'ensemble des intervenants au litige et l'article 1492 du Code civil prévoit qu'un barème d'évaluation peut-être imposé à l'expert. C'est ainsi que dès qu'une clause nommant l'expert en cas de litige est présente au sein d'un pacte, il doit être considéré que le prix est normalement déterminable.

L'article 1843-4 du Code civil vient obscurcir le jeu des articles 1491 et 1492 du Code civil, car dans le cadre de la cession de parts sociales, la

valeur de ces droits est déterminée en cas de contestation entre les parties. La précision des textes cités est donc primordiale notamment dans les phases de pourparlers dont les modalités peuvent être fixées dans les conventions de confidentialité. Toute la problématique aujourd'hui est de savoir si dans les statuts de la société on peut imposer une méthode d'évaluation en cas de recours à un expert dans le cadre de l'article 1843-4 ?

La jurisprudence actuelle semble penser que l'on ne peut rien imposer à l'expert dans le cas de l'article 1843-4. Et pourtant ce texte peut être applicable de droit. Il s'agit le plus souvent des refus d'agrément. Mais quel que soit le prix proposé, le texte prévoit la possibilité de nommer un expert. Dans cette situation et dans toutes les situations pour lesquelles le recours à un expert est de droit (1843-4 du C. civ), la question se pose de savoir s'il est possible statutairement de lui imposer une méthode d'évaluation ?

La plupart de la doctrine précise que cela pourrait être possible. La Cour de cassation dans un arrêt du 4 décembre 2007 parait dire que ce n'est pas possible, ce qui se révèle être périlleux pour de nombreuses situations.

Peut-on faire en sorte que l'article 1843-4 du Code civil ne s'applique pas ? il faut alors faire en sorte qu'il n'y ait pas de contestation par les intéressés. Pour éviter les contestations, il est possible de prévoir statutairement non plus une clause d'évaluation que les parties chercheraient à imposer à l'expert mais de faire en sorte que les parties acceptent dès l'origine soit le prix dans les hypothèses de sortie [2], soit une méthode automatique d'évaluation tel que le prix d'origine est déterminé. L'idée étant que si le prix est déterminé dans les statuts et que les associés ont signés, dans ce cas, les associés sont contractuellement liés, et les associés ne peuvent a priori contester le prix (sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil). Dans ce cas, si le prix ne convient pas, on sera sur le fondement du dol et non plus de l'évaluation à dire d'expert.

Le problème est qu'à l'heure actuelle, la Cour de cassation ne l'entend pas de cette façon et considère que ces clauses ne font pas obstacle à la possibilité de contester le prix. A priori, cette position est due au fait que la clause de sortie forcée n'est pas un contrat, mais la conclusion de la procédure d'exclusion. Il s'agit en fait de cession forcée, la jurisprudence considérant qu'il impérativement protéger celui qui va se trouver privé de sa propriété en lui laissant la possibilité de contester le prix et de demander à un expert indépendant de fixer les conditions financières.

Si la jurisprudence devait se confirmer dans ce sens, cela signifierait qu'en adoptant l'article 1843-4 du Code civil, les parties feraient le pari d'adopter un régime d'ordre public et donc une méthode d'évaluation appartenant à

(2) Cass. com 19 mai 1992 : RJDA 3/93 n°220 sur l'absence de caractère léonin de ces clauses de rachats à prix fixe.

l'expert ou au collège d'experts désignés sans que ne puisse être imposé une méthode d'évaluation.

b) Les conventions de vote

Si ces conventions de vote sont instaurées dans les pactes extrastatutaires auxquels les actionnaires acceptent de se soumettre, il conviendra dans l'exposé des conventions de rappeler avec une extrême précision la motivation de ce type de convention. En effet, il convient de faire le rappel de l'intérêt social, comme moteur de la convention et de la décision concernée par la convention, afin que les intérêts particuliers ne puissent conditionner les décisions.

Les conventions de vote sont régulièrement tenues pour licites dès lors qu'elles n'entrainent pas un abus de droit de majorité ou de minorité qui serait alors répréhensible. C'est ainsi que la jurisprudence reconnait la licéité de stipulations qui restreignent le droit de vote d'actionnaires dans des circonstances précises et décrites dans les pactes. Ces conventions seront d'autant moins sanctionnées que d'autres groupes d'actionnaires bénéficieront d'informations renforcées. Ce type de montage doit faire apparaitre clairement que l'objectif poursuivi et de maintenir le projet d'entreprise entre des apporteurs de capitaux et des exploitants. Il est considéré que l'égalité entre associé n'est pas atteinte par cette démarche qui organise des rapports de partenariat tenant compte des disparités d'appartenance dans la société. Enfin, la restriction du droit de vote à certaines décisions permettra de reconnaitre les connaissances et compétences de chaque groupes d'actionnaires sans porter atteinte au principe de hiérarchie des pouvoirs sociaux.

Si ces conventions sont, dans des cas précis, reconnues comme licites, il n'en demeure pas moins que le respect de l'intérêt social reste un principe sacré devant interdire de prendre des décisions dans l'intérêt de la majorité ou de la minorité au détriment du reste des actionnaires. Ce principe ancien et resté constant depuis, sans que la ligne jurisprudentielle ne dévie de ce garant de la bonne gestion de la société dans sa conception institutionnelle plutôt que contractuelle.

Si les conventions de vote peuvent être adoptées dans des cas particuliers et dans des contextes déterminés par avance dans le corps des pactes, il sera bon de les limiter dans le temps. C'est ainsi que la renonciation temporaire au droit de vote reste illicite statutairement comme contraire aux dispositions de l'article 1844 du Code civil. Pour autant, si statutairement ce type de clause ne parait pas concevable, il n'en reste pas moins que les pactes extrastatutaires prévoyant la suspension du droit de vote d'un groupe d'actionnaire dans certains domaines et pour une durée limitée dans le temps sont aujourd'hui courant et reconnus par la doctrine et la jurisprudence. Il

conviendra alors que l'ordre public ne soit pas troublé par ces stipulations, et si leur application n'aboutit pas à un abus du droit de vote.

Il est aussi possible de prévoir que certains actionnaires bénéficieront d'un droit de véto. Dans un certain nombre de cas concernant le plus souvent des décisions stratégiques de la société pour s'assurer que l'objet initial de l'entreprise industrielle ou commerciale concernée ne soit pas dénaturé par des investisseurs en capitaux.

A-1.2 La liberté contractuelle une aspiration qui trouve des solutions dans les sociétés les plus anciennes et les plus modernes

Si un mouvement de fond recherche la libéralisation des relations contractuelles et une plus grande liberté dans l'organisation sociétaire du travail, il convient de rappeler que l'histoire par l'instauration des sociétés civiles (a), a initié une liberté contractuelle précieuse aux yeux des rédacteurs du Code civil.

Puis la *Révolution industrielle* a démontré que la standardisation et la réglementation du fonctionnement des sociétés était indispensable pour sécuriser les relations avec les sociétés et notamment dans le cadre des relations commerciales. L'organisation sociale sous forme de SARL, SA, SNC, etc… permet une visibilité sur le fonctionnement interne d'une entreprise : qui peut engager l'entreprise et comment les décisions se prennent.

Avec les années 90, une libéralisation des structures sociétaires se fait jour par l'instauration des SAS (b) et dans une mesure assez comparable la création des sociétés d'exercice libéral. Ce qui n'est pas sans poser un certain nombre de difficultés notamment en ce qui concerne le droit d'exercer dans les professions réglementées.

a) Les sociétés civiles

Les rédacteurs du Code civil, dans l'esprit de la Révolution encore toute récente ont instauré un droit de se regrouper pour collaborer et produire des richesses loin des notions anciennes de manufactures. Il convient de constater que malgré le libéralisme ambiant de l'époque, il a été retenu un certain nombre de principes fondateurs ayant toujours cours aujourd'hui : le principe d'égalité entre associés (a.2) laissant libre cours à la liberté contractuelle entre les associés (a.1) dans la limite de l'ordre public et des bonnes mœurs de l'époque (a.3). La société civile est régie par les articles 1845 du Code civil et suivants dont les dispositions sont largement supplétives rendant cette forme de société très attrayante dans les domaines de gestion et de détention de toute forme de patrimoine qu'il soit immobilier ou mobilier.

a.1 Le principe de liberté contractuelle

Les sociétés civiles sont les sociétés qui ont le plus de succès en représentant aujourd'hui près du tiers des sociétés. Ce succès traversant les époques est

notamment dus à la diversité des situations où ces sociétés démontrent leur pertinence. Cette adaptabilité des sociétés civiles est la résultante de la liberté qui dicte leurs statuts. Seuls quelques principes fondateurs sont à respecter laissant ensuite libre cours à l'imagination des associés qui pourront se faire des statuts sur mesure. Tant que les associés conservent le droit de participer aux assemblées générales, de nommer ou de révoquer le ou les gérants, de voter sur l'affectation du résultat alors la liberté peut s'exprimer librement. Si les droits à communication de l'information sur le fonctionnement de la société sont respectés, alors la liberté contractuelle d'organisation de l'ensemble de ces droits pourra s'épanouir.

Le principe de la liberté contractuelle est souvent mis en avant dans le cadre des sociétés civiles dont les dispositions qui les régissent se trouvent exclusivement au sein du Code civil. En conséquence, les articles 1134 et suivants du Code civil et 1832 du Code civil qui ne limitent l'imagination des praticiens que par la bonne foi, les bonnes mœurs et le caractère léonin des stipulations statutaires permettent d'imaginer les situations les plus variées.

a.2 Le principe d'une égalité entre associé qui lie la liberté

Si la liberté contractuelle qui vient d'être abordée est souvent présentée comme le règne de certains associés sur les autres, il convient de retenir que le caractère léonin d'une stipulation limite l'exécution des statuts.

Ainsi, si dans les statuts peuvent être inclus toutes les stipulations possibles encadrant les cessions de parts notamment. Il faut se rappeler que le principe de réciprocité est primordial. En effet, si pendant longtemps le principe des clauses dites américaines (ou *shot gun*) a été discuté c'est notamment à cause de l'absence de réciprocité. Ce qui valide aujourd'hui ce type de pacte, qu'ils soient statutaires ou extrastatutaires, c'est l'objectivité qu'ils imposent. Ces situations consistent à ce qu'à tout moment, un des associés ait l'obligation de donner une valeur des parts sociales, alors le second associé a alors la possibilité soit de vendre soit d'acheter les parts à la valeur retenue par le premier associé. Ce type de disposition a pour conséquence d'inciter à une valorisation objective de la société en cas de mise en jeu. Cela revient à une clause de sortie forcée à une valeur objective malgré la mésentente supposée des associés.

De plus, dans un tout autre registre, il est un exemple de rupture volontaire de l'égalité des associés mineurs. Il est très souvent prévu en cas d'associé mineur ou majeur incapable, que les autres associés s'engagent à supporter le passif social en limitant le gage des associés mineurs au montant de leur détention du capital social. Il est alors apparent qu'une rupture de l'égalité entre associés est alors constatée. Mais, il convient de retenir que cette rupture d'égalité est entérinée par le juge des tutelles lorsque l'apport est effectué par le mineur et par l'aspect temporaire de ce type de rupture d'égalité la minorité n'étant que

passagère, et pour une contrepartie qui réside également dans la mise à l'écart des règles de l'administration légales des biens du mineur [3].

Mais les clauses de minorité sont aussi l'illustration statutaire de relations plurielles qui peuvent être illustrées comme suit:

• La gestion des biens des mineurs: dans ce cas ces clauses vont être accompagnées dans les statuts d'un véritable cahier des charges qui va guider la gestion des biens de la société par le gérant. Lequel aura tous pouvoirs pour engager la société étant affranchi des règles protectrices de l'administration des biens des mineurs ou encore de l'aliénation des biens du mineur. Il apparait donc clairement que ce pacte peut-être exclusivement négocié entre associés dans ce cas, mais que les parents ou représentants légaux du mineur sont parties implicites à ces conventions à défaut d'être eux-mêmes associés.

• Le gage de la société: ce type de pacte à également pour effet d'assurer le gage des créanciers par la renonciation des associés majeurs à recourir à une répartition de la dette avec les associés mineurs. Ainsi, le gage des créanciers est amélioré car il est moins incertain (et s'améliorera avec la majorité de ces enfants) mais aussi permet l'obtention de crédit malgré l'existence de mineurs insolvables dont le juge des tutelles n'aurait certainement pas autorisé l'endettement.

Mais ces clauses sont à manier avec précaution car l'objet social devra, à notre sens, être adapté en conséquence de sorte que la fictivité de la société ne puisse être invoquée ni par la banque ni par les représentants légaux des mineurs qui sont des parties par ricochet de ces conventions.

a.3 Les limites de l'ordre public

Si la liberté contractuelle s'instaure, se propage, il n'en demeure pas moins que cette même liberté va se trouver soumise aux règles élémentaires des contrats. Il leur faut un objet, une cause, la bonne foi nécessaire à leur exécution, une conformité aux bonnes mœurs et surtout le respect d'un ordre public. Si les stipulations des pactes ne sont pas susceptibles de perturber la bonne marche du commerce juridique alors tout est imaginable.

C'est la difficulté, si tout est possible, il n'en demeure pas moins que chaque époque marque une évolution et porte en elle de nouvelles mœurs, de nouvelles tolérances et réticences. L'ordre public n'est pas proclamé par la loi le plus souvent mais par la jurisprudence chargée de mesurer le pouls de la société.

A-2 Les SAS

Les sociétés par actions ont eu pour but affiché par le législateur de faciliter le fonctionnement des groupes de sociétés. Initialement réservées aux personnes morales les SAS se sont démocratisées depuis une loi du 12 juillet 1999 en

(3) Cass. 1re civ., 14 juin 2000, n° 1083, SCI CHANCE c/SOFAL: Bull 2000, § 272, note D. Randoux.

étant ouvertes aux personnes physiques et en pouvant être unipersonnelles. Ce type de société offre une grande liberté statutaire (A-2.1) aux associés et notamment avec beaucoup de souplesse de fonctionnement, en imposant un formalisme de base (A-2.2) très souple par rapport à l'ensemble des autres formes de société.

A-2.1 Le principe de liberté

Répondant à un besoin de souplesse dans les sociétés commerciales, tout un courant législatif a pris naissance dans le début des années 90 dans le but de simplifier le fonctionnement des sociétés commerciales, avec une reconnaissance plus ou moins complète de la notion de groupe de société, et la reconnaissance de la liberté contractuelle. C'est ce dernier point qui nous retiendra particulièrement car ce principe est le fondement de la SAS [4]. Cette forme de société est avant tout caractérisée par cette liberté de composition de fonctionnement. Cette souplesse ayant eu la possibilité de fluidifier le mode de fonctionnement des groupes de société et notamment des modes de prises de décision beaucoup plus adaptés au fonctionnement de ce type de structures.

Un vent de liberté a soufflé sur le monde des sociétés commerciales notamment grâce à la loi du 3 janvier 1994 instaurant la SAS en droit français. La liberté statutaire a donc répondu à un souhait ancien d'adapter le mode de fonctionnement des sociétés légères auxquelles le formalisme des SA n'était pas adapté. Ce sentiment a d'ailleurs depuis été confirmé par la loi NRE consacrant que les SAS ne peuvent pas faire appel à l'épargne publique [5] de sorte que les SA soient de plus en plus cantonnée au grandes entreprises répondant à un cahier des charges stricts concernant et rassurant des investisseurs institutionnels ou étrangers. Les SAS par leur souplesse se sont alors trouvées particulièrement adaptées aux petites et moyennes entreprises.

(4) Fasc. N-10 du Jurisclasseur Notarial Formulaire, *Société par actions simplifiée*, Anne BOUGNOUX : « *il convient donc d'apporter le plus grand soin à la rédaction des statuts de la SAS dont la loi a fait la véritable charte des associés et non un document formel renvoyant à des sources extra-statutaires ; la libéralisation de l'accès à cette forme sociale (qui était auparavant réservée aux acteurs présumés les plus solides de la vie des affaires, à savoir des sociétés ayant un capital social minimum de 1 500 000,00 francs) par la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 puis l'assouplissement de son régime et l'ouverture de nouveaux champs à la liberté contractuelle par la loi n° 2008-776 LME du 4 août 2008 ont encore renforcé cette nécessité.* »

(5) Rep Min. Souvet n° 18827 JO Sénat Q 6 janvier 2000 p. 58 : la SAS a toutefois une limite majeure, qui est l'interdiction de faire appel public à l'épargne. Le législateur français considérant que trop de souplesse est antinomique de l'appel aux marchés de capitaux, il y a peu de chance que cela change. Mais le Garde des Sceaux a souligné que cette impossibilité d'accéder aux marchés boursier pouvait être « *aisément résolue par la transformation a postériori de la SAS en société anonyme, une telle transformation n'entrainant pas, aux termes de l'article 1844-3 du Code civil, la création d'une personne morale nouvelle* ».

Ce principe de liberté a eu pour effet d'amoindrir la conception institutionnelle [6] de la société par action en retirant beaucoup au principe d'ordre public virtuel comme composante essentielle de la protection des associés. La liberté contractuelle de la SAS recontractualise le droit des sociétés évoquant ainsi que les associés sont des acteurs du droit volontaires, et des acteurs économiques de même valeur sans que les uns et les autres ne nécessitent de protection particulière. Les associés n'étant pas consommateur de la société mais ses acteurs, seuls quelques principes visent à assurer la protection des tiers. Ce sont notamment les principes de bonne foi, de loyauté ou encore d'équité. Et c'est le plus souvent sur la base de ces principes que la légalité des stipulations contractuelles sont regardées constituant au fur et mesure que la jurisprudence progresse un nouvel ordre public contractuel.

Cette liberté contractuelle s'est d'abord concrétisée par l'adoption de quasi-société anonymes, puis les SAS ont pris leur envol et se sont différenciées de leur grande sœur en formant un genre autonome [7]. L'ensemble des stipulations sur la constitution, la gestion et généralement le fonctionnement sont libres notamment au niveau de la création d'organes de gestion et de la prise de décision. C'est ainsi notamment que les principes qui régissent la SA en ce qui concerne l'égalité entre actionnaires et une efficacité du droit de vote entre chaque actionnaires, alors que ces derniers n'ont plus vraiment cours au sein des SAS. Mais il ne faut pas si trompée si la liberté inspire les textes de la SAS, ses règles propres et une partie de son formalisme veille à ce que cette liberté ne puisse être une menace pour la sécurité des tiers.

A-2.2 Le formalisme de base

Comme indiqué ci-avant la loi instaurant les SAS est extrêmement courte sur les dispositions portant sur l'organisation juridique de la société. De plus les articles L.227-1 jusqu'à L.227-20 du Code de commerce sont des textes de renvois aux statuts.

Le formalisme imposé par les articles L.227-5 à L.227-12 du Code de commerce concerne la représentation de la société, ainsi que la responsabilité des dirigeants et les domaines réservés aux associés et enfin des conventions passées entre dirigeants et sociétés. Il apparait immédiatement que les rapports entre les actionnaires ne sont pas protégés par ces dispositions mais au contraire c'est la protection des tiers qui est assurée. La représentation de la société et le domaine réservé des assemblées d'actionnaires limitent le risque de recours

(6) A. Arniaud, *L'évolution du droit des sociétés par actions*, Journal Sociétés, 1949, p. 287

(7) La SAS est l'incarnation de la « *recontractualisation* » des société après 1994, avec l'instauration d'un *affectio societatis* fort dans une société par actions ou les textes parles « *d'associés* » pour évoquer les actionnaires.

contre les conventions adoptées par le président [8] au titre de l'apparence, la responsabilité des dirigeants visant également à simplifier les recours en cas de judiciarisation des litiges envers la société. Et enfin les règles sur les conventions réglementées ont pour finalité comme dans d'autres formes de sociétés de se préserver d'actes anormaux de gestion et de toutes distorsions trop importantes aux règles de concurrence.

La maîtrise du capital est également possible au moyen de tout un arsenal de clauses limitant l'entrée ou la sortie de tous actionnaires. La tendance à la fermeture du capital des sociétés dans les SAS élevant ces dispositions en principe car l'article L. 227-15 [9] du Code de commerce dispose que les cessions effectuées en violation des statuts soient nulles.

Ainsi, c'est certainement l'une des sociétés où le formalisme est le plus restreint mais également celui où il a le plus d'importance car absolument tout en dépend. Ce formalisme contractuel est donc primordial. Les statuts de SAS sont certainement parmi les statuts qui nécessitent d'être les plus discutés qui soient car l'ordre public de la conception institutionnelle du droit des sociétés ne trouvera pas à s'appliquer. L'absence de toutes stipulations ne pourra se trouver supplée par une interprétation des textes.

C'est là le plus gros handicap de la SAS qui pour nombre de professionnel craignant d'omettre certaines situations adoptent dans bien des cas des formes d'organisations très proches des sociétés anonymes faisant parfois renvoi aux textes de la SA. Lorsque tel est le cas, il est difficile de ressortir l'intérêt de tels montages qui pour une liberté apparente vont faire prendre le risque d'une grande insécurité juridique.

A-3 Les actions de préférences et les clauses d'inaliénabilité

L'enjeu majeur des pactes d'actionnaires réside dans la répartition des pouvoirs de décisions au sein de la société, et dans les cas de sortie des actionnaires minoritaires mais également dans le cas des restrictions de cession de parts ou d'actions. Trois types de pactes se retrouvent couramment désormais dans le cadre de la gestion de l'entreprise avec les actions de préférence, mais

---

(8) Article L.227-6 C. com. : « *la société par action est représentée, à l'égard des tiers, par son seul président* ». Ce texte ayant été assoupli par la pratique et confirmé par la Rep Ministérielle du 19 décembre 2002 à M. Ph Marine, le Garde de Sceaux fit observer que : « *[…] le président est le représentant légal de la SAS et doit à ce titre être déclaré au registre du commerce et des sociétés (RCS) lors de l'immatriculation de la société mentionnée sur l'extrait des inscription portées au registre. Par ailleurs, la SAS peut-être dirigée par une ou plusieurs personnes dont les modalités de nomination et l'étendue des pouvoirs ne sont pas fixés par la loi. En l'état actuel des textes législatifs et réglementaires, lorsque ces dirigeants sont des associés ou des tiers investis par les statuts du pouvoir de diriger, de gérer.* »

(9) Article L.227-15 C. com. : « *Toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle.* »

aussi dans le cadre de cession groupées avec les clauses de sorties conjointes qui visent la protection des minoritaires. Et les clauses d'inaliénabilité qui au travers des pactes DUTREIL notamment revêtent une importance et ont une fréquence de plus en plus importantes.

A-3.1 Les actions de préférences

Dans le cadre de l'organisation d'un capital social, il convient de plus en plus de distinguer les droits politiques attachés à la détention du capital et les droits financiers. En effet, s'il est d'ordre public que l'égalité politique doit être respectée, hormis dans les sociétés par actions simplifiées, il en est totalement différemment en matière de droits financiers [10]. En effet, comme le remarque les Professeurs COZIAN, VIANDIER, et DEBOISSY dans leur ouvrage, doit-on conclure de ce silence de la loi que les avantages particuliers attachés à des parts ou actions sont impossibles ? Ils rappellent que c'est le principe inverse qui prédomine, car tout ce qui n'est pas interdit est autorisé. Ainsi, les actions ou parts à dividendes prioritaires sont, bien entendu, possibles et encouragées si les associés non professionnels sont des investisseurs particuliers (ou des capitaux-risqueurs) de sorte que les partenaires financiers soient récompensés de leurs opérations de portage, dans la limite toujours du caractère *léonin* [11] que pourrait revêtir ce type de clause rédigé à la légère.

Les actions émises par les sociétés par actions ou par actions simplifiées doivent obligatoirement être nominatives et avoir fait l'objet de la procédure des avantages particuliers comprenant les rapports des commissaires aux comptes et des commissaires aux avantages particuliers présentés aux assemblées générales extraordinaires des actionnaires (C. com L. 228-14).

Les sociétés ont par nature vocation à recevoir des capitaux extérieurs (apportés par des personnes n'exerçant pas dans la société) mais cet objectif doit se concilier avec le fait de confier la gestion effective de l'entreprise aux professionnels surtout dans le cadre d'activités libérales (sur le fondement des règles donnant aux professionnels en exercice le contrôle de la société). La contrepartie économique logique est alors de donner des actions à dividendes prioritaires pour les bailleurs de fonds et des droits de vote multiples pour les exploitants professionnels.

Ainsi, si des actions à droit de vote double peuvent être créées dans les SAS, la loi pour les professions réglementées a retenu de déroger à la liberté d'attribution de sorte que l'aspect « *service public* » de ces activités ne sont

(10) D. VIDAL, *Les actions à dividendes prioritaires*, Droit des sociétés, LGDJ., 2008, 1076.

(11) La clause d'un contrat est dite *léonine* lorsque les charges en sont supportées par une seule des parties alors que l'autre en tire tous les avantages selon l'article 1844-1 du Code civil. L'existence d'une telle clause dans un contrat ne le rend pas nul, la clause est seulement réputées non écrite.

pas la merci de porteur de capitaux ne réunissant pas les conditions d'exercice de ces professions :

– aucun droit de vote double ne peut être attribué aux actions détenues par des actionnaires autres que les professionnels exerçant au sein de la société ;

– si des actions à droit de vote double sont créées, elles doivent être attribuées à tous les actionnaires exerçant au sein de la société ;

– si l'attribution des actions à droit de vote double est suspendue à une condition d'ancienneté dans l'actionnariat, celle-ci ne pourra dépasser deux ans [12] ;

– en cas de transfert d'actions à droit de vote double, pour quelque cause que ce soit, ces actions devront perdre leur droit de vote double dès lors que le bénéficiaire du transfert n'est pas un professionnel exerçant au sein de la société.

Pour les actions à dividendes prioritaires sans droit de vote, la logique impose toutefois qu'elles ne puissent être détenues par les actionnaires exerçant leur profession au sein de la société et qu'elles soient attribuées aux détenteurs de participations dans les sociétés commerciales ou dans les sociétés d'exercice libéral. Ainsi, en interdisant aux professionnels en exercice de détenir des actions à dividendes prioritaires sans droit de vote et en leur réservant le monopole (ou domaine réservé) des actions à droit de vote double, il est assuré aux professionnels la détention du contrôle de la société.

Il est donc nettement visible que face à une apparente liberté d'émission de ces parts de préférence, il n'en est rien à l'émission de ces actions, dans l'existence et la nature de la dissociation entre la détention du capital et le droit de vote, si la liberté existe, elle est très encadrée.

L'émission d'actions de préférences

La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises prend en compte les modifications apportées au régime des valeurs mobilières par l'ordonnance du 24 juin 2004 qui a créé cette catégorie unique d'actions assorties de droits particuliers, à titre temporaire ou permanent. Ces titres sont également autorisés dans les SELAS qui sont assimilées aux SAS avec les mêmes réserves que celles effectuées plus avant.

A l'occasion d'une réponse ministérielle [13], il a été rappelé que les sociétés d'exercice libéral peuvent émettre de telles actions et qu'il convient de préserver cette source de financement tout en veillant à ce que les droits particuliers attachés à ces actions ne servent pas à contourner les règles destinées à garantir l'indépendance des professionnels exerçant au sein de la

(12) Cette condition restant liée à la condition de distribution depuis au moins deux ans (C. com, L. 225-126 *cf. supra*)

(13) Voir aussi en ce sens rapport du Sénat sur *L'encadrement des règles de détention du capital des sociétés d'exercice libéral - Coordinations avec le nouveau régime des valeurs mobilières.*

société. Le ministre a tenu également à préciser à la nouvelle situation juridique créée par l'ordonnance en mentionnant la règle de l'interdiction de la détention par des professionnels en exercice au sein de la société, des actions à dividendes prioritaires sans droit de vote existant avant la publication de cette ordonnance et en l'adaptant aux cas de figures possibles après l'ordonnance (détention ou création sur le seul fondement de l'article L. 228-28-8 du Code de commerce). De plus, il a été précisé que les droits conférés aux dites actions de préférence ne peuvent faire obstacle, ni à l'application des règles de répartition du capital et des droits de vote ni aux dispositions imposant notamment que certaines fonctions soient réservées aux seuls professionnels exerçant dans la société fonctions.

Cette aparté faite sur les sociétés d'exercice libéral, il faut constater que l'instauration de ces actions de préférence est le fruit d'une longue réflexion menée principalement par le MEDEF et les représentants des investisseurs en capital. Car il est évident que ces actions de préférence ont pour mission de structurer des opérations de capital-risque. Ces actions permettent aux investisseurs de disposer de droits particuliers par rapport aux actionnaires fondateurs, généralement titulaires d'actions ordinaires. Si ce mécanisme est fortement inspiré des *preferred shares* venues d'Outre-Atlantique, le législateur et les praticiens n'avaient pas attendus l'ordonnance du 24 juin 2004 pour concevoir ce type d'actions (actions à dividende prioritaire sans droit de vote article L. 225-116), les certificats de droit de vote C. com art L. 228-30 et les actions de priorité. Dans un but de simplification de ces différents types d'actions, il a été fait table rase et seules restent les actions de préférence et les actions ordinaires. Ce n'est qu'une simplification de façade mais restera aux professionnels l'imagination de multiplier les types d'actions sous un socle commun qu'est celui des actions de préférences.

Ces actions ont un double avantage car elles permettent la distinction du capital et du pouvoir dans les sociétés et simplifient l'ensemble des produits intermédiaires sous un régime unique (C. com art. L. 228-11 et s.).

Ces actions peuvent ainsi se retrouver dans toutes les sociétés par actions sous l'impulsion de tout intéressé et par l'exercice de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire ou tout autre organisme a qui délégation en a été faite. L'émission de ce type d'action peut donc ressortir d'une émission mais aussi d'une conversion d'actions ordinaires en actions de préférences par décision des actionnaires réunis en assemblée générale extraordinaire ou suivants les stipulations statutaires. Cette création ou conversion donne lieu à l'intervention des commissaires aux comptes et aux commissaires aux avantages particuliers dès que les bénéficiaires de ces actions sont identifiés.

Précisions : Il est intéressant de noter qu'il ressort de ces dispositions que la recherche de financement par des capitaux-risqueurs est encouragée à tout stade de développement de l'entreprise, à sa création comme au cours de sa vie. Et ce à tel point qu'en cas de fusion à défaut d'échange de titres équivalents, la fusion est soumise à l'assemblée spéciale statuant à la majorité des deux tiers afin d'assuré la pérennité des financements au-delà des opérations de fusions ou de scissions d'entreprises.

L'existence et la nature de la dissociation entre la détention du capital et le droit de vote

La dissociation des droits en capital et des droits de vote n'est pas nouvelle en droit des sociétés. Mais, ce n'est qu'une faculté offerte qui ne tend pas à contredire le principe qui consiste en une part – un droit de vote. C'est donc délibérément que le législateur a opté pour la liberté contractuelle en permettant des aménagements ou des suppressions temporaires ou définitives du droit de vote. Si le principe de proportionnalité entre quotité du capital et nombre de voix reste intangible dans les SA (C. com art L.225-122-1 et art L.225-122), il est prévu par l'article L. 227-1 C. com que dans les SAS il soit possible de déroger totalement à ce principe.

Ensuite, si le droit de vote peut-être supprimé ou réduit dans les assemblées générales d'actionnaires, il n'en demeure pas moins que les prérogatives politiques de ces actions ne sauraient être affectées dans les assemblées spéciales réunissant chacune des catégories d'actions de préférences. Il peut être illustré quelques aménagements des droits de votes au travers du tableau suivant :

Aménagement du droit de vote en assemblée générale	Sociétés concernées	Limites et commentaires
Suppression du droit de vote, temporaire ou définitive	Toutes les sociétés par actions	Application des limites prévues C. com art L. 228-11
Plafonnement du droit de vote (par exemple pas plus de cent voix quel que soit la participation en capital)	Toutes les SA	Excepté dans la SAS, le plafonnement doit être appliqué à toutes les actions quelque soit leur catégorie (C. com art. L. 225-125)
Droit de vote suspendu, réparti selon les assemblées voire selon les résolutions	Dans toutes les sociétés par actions, car cela revient à une suppression ou suspension sélective du droit de vote	
Droit de vote démultiplié ou 122	SAS uniquement	Application de l'article L. 225- C. com fractionné

Cette distinction entre capital et droit de vote ne s'explique que par la nécessité d'assurer l'indépendance des professionnels, en présence d'associés

non professionnels majoritaires en capital [14], mais aussi la garantie d'un remboursement pour les avances en capital faites par des investisseurs de tous types qu'ils soient capitaux-risqueurs, capitaux-développeurs, business angels, amis ou parents en recherche de défiscalisation [15].

Droits politiques	Commentaires
Répartition des sièges au sein des organes de direction ou de surveillance ou de comité	
Droit particulier à l'information (notamment de l'information financière)	Ces droits sont à considérer avec prudence s'agissant de sociétés cotées ou dont l'objectif est d'aboutir à la cotation car il y a alors des problématiques d'informations privilégiées
Droit de veto sur des opérations définies	Se posent, comme auparavant dans les actes extrastatutaires, les questions relatives à l'implication des bénéficiaires dans la gestion de la société et au respect par ces dernies de l'intérêt social de la société.

Envisageons donc la dissociation du droit de vote et de la détention du capital pour en envisager les difficultés et les risques d'atteintes à l'ordre public sociétaire et le fondement de cette dissociation.

La dissociation entre droit de vote et détention du capital

Le droit de vote est un attribut essentiel de l'associé. La règle est énoncée par le droit commun des sociétés. L'article 1844, alinéa 1er du Code civil [16] dispose d'un droit de participer aux décisions collectives, et donc d'y voter. Ce point a été clairement tranché par l'arrêt « *Château d'Yquem* » rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 9 février 1999 qui a dissipé le doute qui avait pu naître à cet égard en raison de la création par la loi du 13 juillet 1978 d'actions à dividendes prioritaires sans droit de vote. Mais, si l'associé ne peut être privé de son droit de vote, celui-ci peut néanmoins être « *aménagé* ».

Le principe général est donc celui de la possibilité d'un aménagement du droit de vote. La loi a cependant encadré cette liberté statutaire à certains types de sociétés comme nous l'avons déjà précisé.

---

(14) Ce qui se retrouve dans les motifs de la loi de 1990 et dans toutes les précautions prises au cours de l'évolution des textes législatifs et réglementaires qui ont suivi.

(15) Articles 199 terdecies-0 A et 885-0 V bis du Code général des impôts.

(16) Article 1844 du Code civil : *Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Les copropriétaires d'une part sociale indivise sont représentés par un mandataire unique, choisi parmi les indivisaires ou en dehors d'eux. En cas de désaccord, le mandataire sera désigné en justice à la demande du plus diligent. Si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Les statuts peuvent déroger aux dispositions des deux alinéas qui précèdent.*

Dans les sociétés d'exercice libéral « *plus de la moitié (...) des droits de vote doit être détenue (...) par des professionnels en exercice dans la société* ». Il s'agit bien d'une limite à la liberté dans l'attribution des droits de vote, puisque ceux-ci doivent impérativement être attribués majoritairement aux professionnels en exercice.

Hors de ces limites posées par la loi, la liberté statutaire est totale, sous réserve d'exceptions légales connaissant elles-mêmes leurs propres aménagements, l'originalité tient à l'instauration d'un plancher.

La règle de principe serait celle d'une proportionnalité des droits de vote aux droits en capital, jusqu'à la situation où les associés non professionnels détiendraient plus de la moitié du capital social. Dans ce cas, le mécanisme de proportionnalité serait « *débrayable* », pour laisser la place à une dissociation permettant aux associés professionnels de rester majoritaires en droit de vote alors qu'ils deviendraient minoritaires en capital lorsqu'il faut la détention des trois quarts pour certaines décisions ce qui permet alors aux professionnels de se ménager une minorité de blocage.

L'originalité de cette dissociation, c'est qu'elle est autorisée par la loi elle-même, uniquement dans les SAS.

Si cette dissociation ne choque plus car acceptée par le monde des affaires depuis bien longtemps il n'en demeure pas moins que l'ordre public sociétaire doit continuer à guider les praticiens sur le chemin de la prudence et notamment en cas d'actions ne donnant droit à intervenir que dans certaines résolutions ou que dans l'approbation de certaines opérations. En effet, qu'en serait-il de la validité de l'opération consistant, pour une *holding* patrimoniale, en une vente de ces avoirs immobiliers dégageant un résultat distribuable par préférence aux parents actionnaires tandis que la liquidation de la société intervenant quelques mois plus tard volontairement aurait rendu un boni de liquidation proche de zéro [17]. Il conviendra de modérer les offensives d'actionnaires en désaccord pour ne pas voir ces opérations se faire et garder à l'esprit que l'article 1844-1 du C. c [18] trouve encore à s'appliquer car l'absence de participation au *boni* de liquidation aura pour effet de rendre l'opération *léonine*. De plus,

(17) *Affectation des résultats et distribution de dividendes dans les sociétés à capital démembré*, Maître Rémy GENTILHOMME, notaire, JCPN, n° 28, 10 juillet 2009, n° 1235.

(18) Article 1844-1 du Code civil : « *La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire. Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites.* »

l'article L. 232-15 [19] du C. com réputera non écrite toute stipulation de dividende de premier rang profitant à un actionnaire en l'absence de bénéfice distribuable. Ce qui sera à distinguer des situations ou la trésorerie de la société ne suffit pas à la distribution car dans ce cas une mise en πœuvre par nature ne sera pas considérée comme léonine.

Si les mentalités acceptent ces actions aujourd'hui, il conviendra de prévenir que ces structures ne soient pas des outils de désorganisation du fonctionnement opérationnel de la société. Que dans les sociétés familiales ces outils de transmission ne caractérisent pas une absence d'« *animus donandi* ». Si les finalités ne devaient être que fiscales alors l'abus de droit ne sera pas difficile à démontrer. Il est effectivement indispensable que l'opération et l'organisation de la société ne révèlent pas que la société ne soit que l'instrument d'une transmission artificielle car sans transfert des prérogatives attachées aux actions objets des transmissions la procédrue de droit fiscal pourra être enclenchée.

Le fondement de la dissociation

Le fondement de la dissociation des droits de l'associé opéré par la loi, tient à la nécessité de préserver l'indépendance des professionnels, et des actionnaires ayant véritablement un impact sur l'aspect opérationnel de l'entreprise. Ce souci de préservation de l'indépendance des managers est inhérent à la nature même de l'activité exercée et est exacerbée dans le cadre des sociétés d'exercice libéral.

Cette finalité explique les règles spécifiques des sociétés d'exercice libéral destinées à s'assurer que le pouvoir soit détenu par les seuls professionnels en exercice. Ainsi, les professionnels en exercice :

– détiennent plus de la moitié des droits de vote (*art. 5, al. 1 loi du 31/12/1990)*,
– sont les seuls détenteurs d'actions à droit de vote double (*art. 8, al. 2-3*),
– ne pourront être titulaires d'actions dépourvues de droit de vote (*art. 9*)
– sont les seuls détenteurs de mandats de représentants sociaux (*art. 11, al. 1*)
– sont détenteurs des deux tiers des sièges au conseil d'administration ou au conseil de surveillance (*art. 11, al. 1*).

Si l'exemple pris est celui des SEL (*loi de modernisation de l'économie du 28 mars 2011*) [20], il convient de ne pas penser que ces précautions ne doivent concernées que ces sociétés. Il convient de garder à l'esprit que le pouvoir de

(19) Article L.232-15 du Code de commerce : « *Il est interdit de stipuler un intérêt fixe ou intercalaire au profit des associés. Toute clause contraire est réputée non écrite. Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables, lorsque l'Etat a accordé la garantie d'un dividende minimal.* »
(20) La loi de modernisation du 28 mars 2011 ouvre le capital des SEL de notaires aux autres professions du droit et du chiffre et permet que des SPFPL notariale détiennent plus de 49 % des droit de vote à la condition que la SPFPL soit majoritairement composée de notaires, ar. 32 de la loi.

direction dans les sociétés familiales, et globalement dans les TPE/PME, relève des gérants ou des entités travaillant dans l'entreprise sans que la dilution des capitaux sociaux ne soit véritablement impactante dans la gestion.

Compte tenu de l'importance d'un pouvoir sans partage dans la société, afin d'en assurer la direction et la continuité de politique commerciale et managériale, il est apparu comme possible de procéder à une ouverture du capital sans risque d'affecter l'indépendance des sociétés par la dissociation des droits de vote et de perception du bénéfice social.

En effet, il ne conviendrait pas, dans l'intérêt de la société, que des apporteurs de capitaux ne prennent la direction opérationnelle d'une société dont ils ne maîtrisent pas le métier. Il est impératif pour assurer la bonne fin du projet industriel ou commercial de la société en quête de capitaux que les financiers ne dirigent pas. Les conditions de réussite de l'instauration de ce type d'actions est ainsi conditionnée aux conditions suivantes :

– un projet industriel et commercial clair,

– un engagement de maintien d'un cap sur une période visible,

– une obligation de *reportings* réguliers, qui sont le siège de relations plurielles encore plus élargies.

A-3.2 Les clauses liées aux cessions

Les clauses d'agrément permettent d'écarter l'entrée dans la société de certains associés et ce surtout dans les sociétés ou l'*affectio societatis* est fort. Mais ces clauses sont parfois imposées comme dans le cadre d'activités réglementées. Les clauses d'agrément ou de préemption n'ont pas de fondement textuels mais la doctrine et la jurisprudence ont pu faire ressortir un régime juridique clair. Ces clauses imposent généralement de présenter à l'achat par priorité les actions ou parts aux associés déjà en place (clause de préemption), ou bien dans le cadre de clause d'agrément le nouvel associé ou actionnaire ressenti ne se trouve pas accepté par les associés déjà en place qui se trouvent dans l'obligation de racheter les parts et actions de l'associé sortant ou de le faire au moyen d'un rachat des titres par la société elle-même en aboutissant à une réduction du capital social.

Ces clauses sont avant tout un outil de fermeture du capital social. La protection contre l'arrivée de nouveaux associés ou actionnaires est multiple, il peut être donné une possibilité d'augmenter la participation de certains actionnaires en cas d'arrivée de nouveaux associés dans le but de maintenir les mêmes proportions du capital social qu'initialement. Il est intéressant de constater que deux types de protection existent contre l'entrée de nouveaux associés. La première consiste dans le refus de l'entrée de nouveaux associés ce qui aura parfois pour contrepartie d'amoindrir les capitaux propres de la société.

A contrario, il est également rencontré la possibilité d'augmenter le capital en proportion de la répartition initiale du capital social. Ce mécanisme aura pour effet non pas de bloquer l'entrée de nouveaux associés mais de rendre nécessaire des capitaux beaucoup plus importants pour pouvoir prendre une place prépondérante dans la société. A la différence des clauses d'agrément, ce type de mécanisme a donc pour conséquence d'accroitre le montant des capitaux propres de la société afin de la rendre moins facilement appréhendable par de nouveaux associés ou actionnaires sans préjudicier à la solvabilité de l'entreprise qui serait contrainte de racheter ses propres actions.

Le raisonnement sous-jacent est donc radicalement différent si les clauses d'agrément risquent de s'avérer préjudiciables à l'entreprise, elles protègent également plus efficacement chaque actionnaire individuellement.

A-3.3 Les clauses d'inaliénabilité

Ces clauses ont pour objet d'interdire la cession des droits sociaux sur lesquels elles portent. Ceci a pour effet de stabiliser le noyau dur de l'actionnariat par une mise hors du commerce juridique d'un certain nombre de titres. Cette stipulation qui se caractérise par un affectio societatis au dessus de la moyenne, pousse une partie de la doctrine à les contester sur les actions de SA et de SCA qui sont des sociétés ou l'affection societatis doit pouvoir se réduire à sa plus simple expression. Ce sentiment pouvant être renforcer par le fait que le législateur a pris soin dans les SAS de prévoir la possibilité de tels pactes (art. L.227-13 du C. com). Ce seul argument textuel ne permettant pas à lui seul de justifier la contestation doctrinale.

Dans les cas où ces clauses sont reconnues comme valides, il convient de préciser que le droit commun de l'inaliénabilité reste à appliquer notamment sur le fait que ces inaliénabilités doivent rester temporaires et qu'elles ne se justifient que par un intérêt légitime et sérieux.

Les questions affectant la durée de l'inaliénabilité sont relativement simple aujourd'hui car il a été retenu notamment dans le cas d'inaliénabilité portant sur la nue-propriété des titres que la durée puisse être égale à la durée de vie de l'usufruitier complétée de celle de l'usufruit réservé au conjoint. Ceci représente une durée qui se chiffrera en décennie tandis que dans les SAS ne peut excéder dix ans. Cette distorsion dans les durées d'inaliénabilité étant régulièrement supplées par des pactes de préférence permettant ainsi un maintien sous contrôle des titres durant une période maximale de 40 ans.

La question de l'intérêt légitime et sérieux est plus difficile à appréhender en raison de sa subjectivité, l'intérêt de l'un n'étant pas celui des autres. Mais surtout parce que cette clause est parfois motivée par le souhait d'un parent

de transmettre tout en conservant dans la famille, ou simplement car il en a conservé l'usufruit. L'intérêt n'est pas alors justifié par une fin économique et sort le bien du commerce. Il convient dans ce type de cas de faire très attention à l'objectivité de l'inaliénabilité et de sa pleine explication au porteur de l'action grevée. Ensuite il conviendra que les choses soient claires dès la transmission afin de ne pas risquer une levée de l'inaliénabilité pour absence d'intérêt légitime.

L'intérêt légitime notion extrêmement subjective qui nécessitera une analyse concrète de la situation et de la motivation de chaque partie au pacte. Il pourra s'agir d'un intérêt familial avec le maintien d'un bien dans la famille, le maintien du nu-propriétaire à la suite d'une donation avec réserve d'usufruit, le maintien des engagements individuels dans un pacte DUTREIL donnant des avantages fiscaux certains.

Les clauses d'inaliénabilité ne sont pour autant pas les seules qui sont susceptibles de restreindre la liberté de céder ses titres, les obligations de ventes à personnes déterminées ou les interdictions de cession à certaines personnes sont nécessairement conditionnées à un intérêt légitime. On constatera que si la finalité est la même, ces pactes sont beaucoup moins draconiens que les clauses d'inaliénabilité car ils n'interdisent pas la cession des titres mais la conditionnent dans le choix de l'acquéreur. Il conviendra, lorsque cela est possible, de préconiser ces pactes car ils sont beaucoup moins contestables parce que les titres ne sortent pas du commerce.

Exemple de clause d'inaliénabilité :

Pendant une durée de (dix ans au maximum) à compter de la date des présentes, les associés ne pourront céder leurs actions pour (préciser les motifs de l'inaliénabilité).

Il est pour autant préciser que l'inaliénabilité peut être levée par le Conseil d'administration dans les cas d'exclusion d'un actionnaire.

A-3.4 Les clauses de retrait forcé ou d'exclusion

Les clauses de retrait sont des clauses qui portent des sanctions lourdes aux pactes d'actionnaires. Il peut être organisé un droit de retrait au profit de la victime ou au contraire l'exclusion de l'auteur de la violation du pacte. Il conviendra alors de définir avec précision des causes de la sortie et ses modalités, notamment quant au prix de rachat. Il conviendra alors que le prix soit déterminé ou déterminable (par méthodes imposées par certaines professions) ou à dire d'expert [21]. Il conviendra de prévoir dans les conventions le cumul des méthodes d'évaluation afin d'éviter toutes contestations sur le devenir de l'estimation.

(21) Cf. *L'évaluation à dire d'expert.*

S'il existe ce type de pactes dans toutes les formes de société, même si la pratique les a plus fréquemment prévue dans les SCA et les SA, leur forme sera d'autant plus déterminante. Ceci étant cette situation est essentiellement due à la notion d'*affectio societatis* supposé plus fort dans les SARL ou les sociétés de personnes. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ces pactes sont souvent extrastatutaires car contraires aux dispositions légales de certaines formes de société. Mais également en raison de leur cantonnement à certains associés, au besoin de discrétion de ce type de stipulation, à la durée et à la nécessaire sanction de leur non-respect. Mais ces avantages apparents des pactes extrastatutaires en sont également les inconvénients. Les associés non signataires ne sont pas contraints par le pacte sauf à l'avoir ratifié, au dans l'hypothèse ou sur la base de la responsabilité délictuelle de l'un des signataires, il soit fait mention des manquements au pacte comme cause du préjudice.

Le premier inconvénient dû au caractère non statutaire du pacte réside dans l'aspect moins rigoureux de la sanction qui peut être portée dans le pacte. En effet, il est indispensable que la sanction soit contractuellement décrite mais elle est souvent moins stricte que la violation des statuts. La validité des engagements statutaires est rarement contestée alors que la tentation sera forte de remettre en cause la validité de celui-ci bien que la théorie rende impossible de se prévaloir de sa propre turpide, et ce d'autant plus que le pacte serait en contradiction avec les statuts.

Les pactes d'actionnaires quel qu'il soit doivent remplir les conditions de validité de tous contrats. Il faut respecter l'ensemble des règles concernant le consentement, la capacité des parties ainsi qu'une cause et un objet licites et certains. Il faudra notamment être particulièrement vigilant sur les dols par omission ou réticence qui risqueront d'être les plus nombreux, notamment au cours d'une *join venture* entre les sociétés concurrentes collaborant sur des projets ponctuels.

Exemple de clause d'exclusion :

L'exclusion de plein droit intervient en cas de dissolution, redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire d'un associé. Mais l'exclusion d'un associé peut-être également prononcée dans les cas suivants :

– violation des dispositions des statuts,
– exercice direct ou indirect d'une activité concurrente à celle de la société,
– révocation d'un associé de ses fonctions de mandataire social,
– condamnation pénale prononcée contre l'associé,
– condamnation disciplinaire pour infraction aux règles déontologique de l'activité de la société, etc.

L'exclusion est prononcée par décision collective des associés statuant à la majorité des voix des associés disposant du droit de vote ; l'associé concerné

ne participe pas au vote et ses actions ne sont pas prise en compte pour le calcul de la majorité.

Chaque associé est mis en mesure par le Président d'exprimer leur position.

La décision d'exclusion ne peut intervenir que sous réserve du respect des formalités suivantes :

– notification est faite à l'associé concerné par LRAR quinze jours préalablement à la date prévue pour la réunion de la collectivité des associés,
– cette notification devra comporter les motifs de l'exclusion et le rappel de la présente clause,
– convocation d'une réunion préalable de présentation des arguments de l'associé au moins quinze jours avant la réunion de la collectivité des associés.

La décision d'exclusion est d'application immédiate et doit mentionner les conditions du rachat des actions de l'associé sans que n'ait à s'appliquer les restrictions aux cessions de parts. A compter du prononcé de la sanction le droits pécuniaires de l'associé concerné sont suspendu.

Le prix de rachat des actions de l'associé exclus est déterminée d'un commun accord ou à défaut à dire d'expert dans les conditions de l'article 1843-4 C. civ.

Il a d'ailleurs été précisé par la jurisprudence que les pactes sont valables dès lors qu'ils ne sont pas contraire à une règle d'ordre public, à l'intérêt social ou aux statuts. C'est là l'une des difficultés majeures des pactes car nombre de dispositions n'ont pas été précisées comme d'ordre public ou pas, d'où une matière qui reste très judiciarisée. Il est donc doublement indispensable de développer la cause impulsive de la convention de sorte que l'objectif soit certain et que la commune intention des parties ne soit pas sujette à caution. A cette occasion, il sera opportun d'estimer les besoins d'adaptation des statuts. Ce sera alors, en fonction de l'intention des parties, la possibilité de modifier la forme de la société car la sanction d'un pacte soumis à dommages-intérêts, alors que la sanction de la violation du pacte statutaire permettra une sanction par exécution de l'obligation de faire. Ce point est absolument primordial car il détermine le niveau de confiance que les associés peuvent avoir les uns envers les autres.

La violation fautive du pacte pourra se résoudre en dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1142 du Code civil [22], ou en résolution judiciaire du pacte (article 1184 du Code civil [23]) d'où le besoin de pouvoir isoler chaque stipulation car nous serons à défaut dans un cas de tout ou rien. En effet, la résolution ne devra pas toujours s'appliquer à toutes les clauses car un grand nombre pourra avoir conservé de l'intérêt dans les relations futures

(22) Article 1142 du Code civil : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.* »

(23) Article 1184 du Code civil : « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.*

des parties restées associées. C'est pourquoi les parties aiment à prévoir une exécution forcée de ces mesures, et surtout quand il s'agit de clauses de rupture. Et si les décisions de justice restent peu nombreuses en ce sens, certaines ont admis l'exécution forcée quand leur exécution « *ne se heurtait pas à une impossibilité, matérielle, juridique ou morale*» et donc notamment quand aucune cession à un tiers n'est intervenue. Si cette solution a longtemps été rejeté par la jurisprudence, il faut se rappeler du contexte le plus souvent rencontré dans ces pactes. En effet, dans la grande majorité des cas des associés ou actionnaires qui recherchent le même objectif exposé et se rejoignant sur les moyens nécessaires à cet effet.

Il semble alors que la seule sanction envisageable soit l'exécution forcée aboutissant au retrait de l'associé ou à sa sortie forcée. En effet, la réalité d'une telle situation c'est le constat de la mésentente [24], la disparition de l'*affectio societatis*, qui n'est plus nécessaire à toutes les formes de société (EURL). Mais si sa sanction traditionnelle est la dissolution, l'époque rappelle que le pragmatisme est de rigueur. La mésentente n'a pas forcément pour corollaire la perte d'exploitation, et l'*affectio societatis* ne se caractérise pas économiquement. Il est donc aujourd'hui socialement contreproductif de dissoudre des structures qui créent de l'emploi, de la richesse et qui paie de l'impôt. La dissolution ayant souvent pour effet, à cause de son poids fiscal (notamment), de rendre toutes reprises impossibles sans oublier les conséquences désastreuses sur la clientèle, et l'emploi.

Un signe qui, peut paraitre comme positif, réside dans le fait que l'exécution forcée a été prononcée dans des cas où les associés majoritaires s'étaient engagés à racheter les actions des minoritaires perdant la minorité de blocage ou à la demande de l'actionnaire majoritaire (*respectivement C. A. Paris, 10-12-1998, 5e ch. B, et C.A. Paris 21-12-2001 n° 01-9384, 25e ch. A, et C. A. Versailles 14 octobre 2004 n° 03-4586*).

A-4 Les sanctions du non respect des pactes

Organisant contractuellement les relations au sein d'une société dans les domaines non investis d'ordre public, les pactes constituent alors un tout avec les statuts et la loi pour les associés. Ainsi, les associés trouvent dans

(23 suite) *Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.*
La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.»

(24) Article 1844-7 5°: « *La société prend fin par: […] La dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société.*»

ces pactes l'outil nécessaire à la stabilité de l'actionnariat ou des groupes d'actionnaires et éventuellement des modalités de sorties.

Comme simples contrats, les pactes d'actionnaires n'ont de portée qu'entre signataires car ils ne sauraient porter d'obligations contractuelles à l'égard des tiers, bien qu'il puisse avoir un effet sur les tiers. D'autant que la connaissance des tiers le leur rend opposable et même opposable par eux contre les parties signataires. Les signataires de pacte doivent donc intégrer dans leur relation avec les cocontractants ces pactes mais également dans leur comportement vis-à-vis des tiers.

A-4.1 Principe de relativité des pactes

Il a déjà été traité la première question que les actionnaires doivent régler lors de l'établissement de pactes d'associés est celle du support du pacte. Sera-t-il statutaire ou extrastatutaire ? La réponse à cette question est cornélienne. Il y a des avantages et des inconvénients à chaque type de convention. Mais les pactes extrastatutaires sont un peu plus difficiles à manier car leur atout principal est leur discrétion, et leur discrétion est ce qui est susceptible de les fragiliser. Effectivement quel risque est pris à ne pas respecter une convention conclue *res inter alios acta*. L'effet relatif de ces conventions a pour conséquence qu'il ne produit ses effets qu'entre les parties sans que les tiers ne puissent en pâtir ou en tirer avantage (article 1165 du Code civil [25]). Le principe veut donc que les nouveaux associés ne soient pas contraints par les pactes adoptés préalablement à leur arrivée au sein des associés.

La relativité des pactes d'associés est donc lourde de difficulté, si les nouveaux associés d'une société partie à un pacte d'actionnaire, les associés n'étant liés par le pacte ne seront plus contraints à le respecter. La pratique fait qu'aujourd'hui après nombre de difficultés, il fait mention de l'existence de ces pactes de sorte qu'ils soient des éléments contractuels des cessions, les cessionnaires devant reprendre à leur compte ces pactes et se faire fort de les appliquer.

Cette relativité des conventions à également pour conséquence d'être soumise à un régime d'unanimité des décisions par les signataires membres du pacte tandis qu'une modification statutaire pourra n'être soumise qu'à une règle de majorité et sera opposable à tous les actionnaires sans exception.

Si les pactes extrastatutaires sont en principe neutres pour les tiers à la convention, il n'en demeure pas moins qu'il convient de mesurer l'importance du principe. Toute convention peut par ricochet avoir une incidence sur la situation des tiers car ils peuvent être invoqués comme des faits juridiques (Cass. Com 31 mars 2009), soit comme des sources de responsabilité

(25) Article 1165 du Code civil : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que le cas prévu par l'article 1121* ».

délictuelle dès lors que les tiers auront des agissements empêchant la bonne exécution du pacte (Cass. Ch Mixte 26 mai 2006). De plus, les parties lésées par la non exécution du pacte peuvent agir sur le fondement de la responsabilité délictuelle contre leur cocontractant dès lors que le manquement contractuel leur a causé préjudice (Cass. Ass. Plen 6 octobre 2006).

On constate ainsi que l'effet relatif de la convention s'étiole dans un certain nombre de cas ce qui n'est pas sans incidence sur l'opportunité de conclure ces pactes extrastatutaires. La jurisprudence au travers des décisions mentionnées tend à considérer qu'en toute faute contractuelle, il y a une responsabilité délictuelle appelant réparation pour le cas où elle cause un dommage à autrui. Aussi, il faudra, autant que faire se peut, la preuve que le tiers avait connaissance de l'obligation portée par le pacte et que ce même tiers aura par son agissement fait la preuve d'un certain assujettissement à l'exécution du pacte (voir en ce sens H. LECUYER et A. REYNOUARD a propos de la violation des pactes de non-concurrence : « *Tout fait quelconque…* » le manquement contractuel saisi par l'article 1382 du Code civil). Un autre courant suggère que vis-à-vis des tiers il ne puisse y avoir indemnisation sur le fondement de la responsabilité délictuelle du débiteur contractuel fautif, que si l'obligation violée l'a été uniquement au profit de son créancier obligataire ou l'a été au profit d'une multitude d'intérêt en ce compris celui du créancier obligataire. En d'autres termes l'article 1382 du Code civil pourrait trouver à s'appliquer dans le cadre de pacte portant une clause de préemption dans le cas ou l'acquéreur de titres aurait acquis en infraction du pacte qui bénéficiait aux autres associés (déjà présents), tous autres actionnaires de la société (non membre du pacte) ne pouvant invoquer la clause de préemption faute d'avoir été partie au pacte.

Cette seconde vision tente alors de limiter les risques de recours par les tiers. Car les tiers seraient alors vu comme des membres du pacte n'ayant pas participés à la convention violant le pacte et seraient exclus de tout recours les autres personnes (y ayant intérêt) mais n'ayant pas signé le pacte. Quelle que soit la conception retenue, nous verrons que leur discrétion conditionne tout un jeu de sanctions (A-4.3) qui n'est pas sans nécessiter l'imagination du rédacteur des pactes et des parties car les sanctions légales dans ce cas ne sont généralement pas à la hauteur des attentes des actionnaires.

Les pactes statutaires, tout comme les statuts, se trouvent être opposables aux tiers de plein droit car il font l'objet des mêmes publicités que les statuts eux-mêmes, ainsi qu'à la suite de leurs modifications successives. En contrepartie, les pactes d'associés sont alors opposables aux tiers ainsi qu'aux cessionnaires de titres postérieurement à l'introduction du pacte dans les statuts. De cette publicité et de l'opposabilité du pacte va découler toutes les sanctions (A-4.2) qui sont envisageables.

A-4.2 Sanctions des obligations de faire statutaires

Comme il l'a déjà été rappelé, lorsqu'elles figurent dans les statuts, les obligations des pactes s'imposent à tous les associés et actionnaires de la société. Et cela même si elles résultent de modifications postérieures à l'approbation des statuts dans les conditions de quorum propre à chaque forme de société. Le fait que ces modifications n'aient pas été adoptées à l'unanimité n'a pas d'incidence sur la solution. Ainsi les agissements et notamment les conventions passées en contravention des statuts sont inopposables aux associés ou à la société, voir nulles dans certains cas (exemple des cessions d'actions passées en contravention des statuts dans les SAS article L. 227-15 du C. com.). C'est un avantage essentiel pour ces conventions car l'opposabilité et la connaissance de leur portée donnée aux tiers au moyen des statuts les rend applicables avec certitude. Pour autant, le champs d'application des pactes statutaires étant plus restreint que celui des pactes extrastatutaires, comme indiqué plus avant, rend l'efficacité de cette sanction moins prédominante dans l'intention des parties qui sont alors contraintes par l'ordre public du droit des sociétés.

C'est d'ailleurs cet argument qui contribue au développement des SAS et des sociétés civiles dont le contenu des statuts est libre. Dans ces formes de société la liberté est grande et se rapproche dans leur champs d'application des pactes extrastatutaires mais avec une sanction certaine par l'inopposabilité des conventions signées en contravention de toutes clauses du pacte social. Quelle que soit la forme de société, les statuts pourront toujours prévoir le mode de contrôle des entrées et des sorties de la société comme de sécuriser les schémas de transmission de la propriété en rendant les cessions inopposables. Dans le cadre des cessions notamment, les sociétés peuvent refuser de constater le transfert de propriété en violation du pacte statutaire sur le registre des titres nominatifs (dont soit dit en passant on aura pris soin de signaler en marge du registre l'existence du pacte).

La nullité pourra même être prononcée, non pas au titre des clauses portant sur des droits de préemption, mais sur des clauses d'inaliénabilité. Effectivement, l'inaliénabilité a pour conséquence de porter un bien *hors du commerce*. L'article 1128 du Code civil prévoit que peuvent seules faire l'objet de conventions les « *choses qui sont dans le commerce* » les titres sociaux soumis à l'inaliénabilité pourront donc être considérés comme hors du commerce. Pour autant, la nature de cette nullité et le fait que les seuls actionnaires soient protégés par ce type de clause en font une nullité relative uniquement. Il convient de conserver à l'esprit que l'inaliénabilité pourra faire l'objet d'une levée judiciaire dès lors que la cause impulsive initiale aura disparue.

A-4.3 Sanction des obligations de faire extrastatutaires

Les sanctions légales envisageables pour des pactes extrastatutaires et les difficultés d'exécution de ces sanctions obligent le plus souvent les parties aux pactes extrastatutaires à multiplier les sanctions contractuelles. On constate d'ailleurs en pratique que les sanctions sont souvent différentes suivant la stipulation des pactes et qu'elles ne s'appliquent jamais à l'intégralité du pacte notamment quand elles ont pour effet d'en anéantir les effets.

Les principales sanctions rencontrées sont les clauses pénales, les résolutions conventionnelles sans que nous abordions ici les questions délicates des cessions en blanc, des comptes nominatifs administrés conjoints ou encore de séquestre. La grande majorité des pactes contient des clauses pénales qui ont pour effet d'allotir d'une somme d'argent les parties qui auront constaté le non respect des stipulations du pacte. Si cette sanction a pour effet de réduire à néant l'intérêt financier des opérations interdites au terme du pacte, il n'en demeure pas moins qu'elles sont d'une application délicate. En effet, leur fonction indemnitaire et comminatoire les soumet à un contrôle judiciaire et avec une possibilité de réduction si le juge la considère excessive. Au-delà de ce risque de réduction judiciaire, le risque est également que la partie défaillante ne soit pas solvable.

Pour ce qui est des clauses résolutoires, elles sont bien entendus convenues à l'avance et consistent en résolution de plein droit en cas de méconnaissance du pacte par l'une des parties. Cette clause est traditionnellement présentée comme ayant deux inconvénients :

– elle peut être neutralisée par le juge en cas de mise en demeure faite de mauvaise foi,

– elle doit être analysée strictement, ainsi une décision de la Cour de cassation en chambre commerciale du 3 novembre 2004 (Jurisdata n° 2004-025486) a privé d'effet une clause résolutoire car le manquement incriminé n'était pas le fait des signataires du pacte d'actionnaires mais celui des mêmes personnes agissant en qualité de mandataires sociaux.

Il est intéressant de noter que la conformité à l'intérêt social de l'acte ayant entrainé le manquement au pacte n'a pas été soulevé dans les conclusions de l'arrêt. Car bien qu'agissant en qualité de mandataires sociaux, ces personnes n'en étaient pas moins signataires du pacte, il ne pouvait donc pas douter de la conséquence de celui-ci. Si tel est le cas, il serait intéressant de savoir si la résolution du pacte aurait été retenue si l'acte passé avait été déclaré non conforme à l'intérêt social ? Il semble que cette décision peut ne pas être retenue comme étant de principe, car la différence de qualité entre mandataire social ou actionnaire signataire semble distinguer là où rien ne distinguer. La convention, loi des parties, doit pour retenir ce type de solution différencier

les agissements des signataires suivant la qualité de ceux-ci dans l'acte incriminé. Il convient alors de ne surtout pas détacher ce type de différence dans les pactes. En effet, au vue de la décision citée, on peut penser que les mandataires sociaux se prévalent de leur turpitude et surtout ne respectent pas la bonne foi que les conventions légalement formées imposent à leur parties.

Ces deux types de clauses et leurs illustrations jurisprudentielles nécessitent donc une très grande précision rédactionnelle bien sur, mais aussi une très grande mesure de leur sanction financière. Il est à craindre qu'une clause pénale inconsidérée en montant n'aura pour seul effet que de décrédibiliser l'ensemble du pacte. De plus, une clause résolutoire devra être limitée dans sa portée, car une résolution totale du pacte ne sera pas nécessairement coercitive, et parfois incitative à la rupture du pacte.

Précisions : Si l'on prend l'exemple d'un pacte qui prévoit que l'investisseur en capital recevra en contrepartie, d'un dividende double et d'un reporting semestriel sur divers aspect de l'entreprise, concédera un droit de vote double au groupe d'actionnaires historique. En cas de violation de l'obligation de reporting régulier la clause résolutoire portant sur l'ensemble des stipulations entrainera que le vote et le dividende deviendront les mêmes qu'un simple actionnaire. Il conviendra donc de prévoir dans un tel cas que seul le droit de vote double sera résolu, de sorte que l'investisseur se trouvant sans l'information convenue pourra prendre part aux décisions comme tout actionnaire tout en continuant à bénéficier de son dividende double.

B Le droit des obligations concurrent du droit des sociétés

Le droit des obligations est aujourd'hui un garant de la bonne exécution du droit des sociétés car l'ensemble des pactes qui sont notre objet d'étude seraient bien souvent sans aucune efficacité sans recours au droit des obligations.

B-1 Garantie de l'exécution des pactes

Le droit des obligations permet de sécuriser au moyen de techniques très simples et très traditionnelles de garantir l'exécution des pactes d'actionnaires se sera notamment le cas des gages d'instruments financiers sanctionnant l'ensemble des obligations de faire assortis de clauses pénales, mais aussi de clauses d'astreintes (B-1.1). Mais dans le cadre de constitution de garantie d'engagement d'actionnaires la fiducie peut trouver utilement sa place (B-1.2).

B-1.1 Le gage d'instruments financiers

Le gage d'instrument financier s'il est en effet la meilleure garantie de l'exécution du pacte se voit petit à petit supplanter par l'idée que les opérations fiduciaires peuvent être une bonne alternative, innovante et efficace.

B-1.2 Le doublement des pactes par une fiducie

La fiducie est une opération triangulaire permettant à une personne (le constituant) de réaliser le transfert de droits patrimoniaux à une autre (le fiduciaire) à charge d'en réaliser une affectation déterminée au profit d'un tiers (le bénéficiaire) a longtemps été méconnue en droit français à cause du principe d'unicité du patrimoine. Cette fiducie est ouverte par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et par l'ordonnance du 30 janvier 2009 entrée en vigueur au 1er février 2009 à l'ensemble des personnes physiques d'une part, dans le cadre d'une activité professionnelle et d'autre part, dans la gestion de leur patrimoine privé.

Si les qualités de constituant et de fiduciaire sont nécessairement distinctes puisque l'opération consiste à réaliser un transfert de droits : nul ne peut constituer de fiducie afin d'administrer ses propres biens en qualité de fiduciaire.

En revanche, le bénéficiaire peut être :

– le constituant : il s'agit alors d'une fiducie-gestion ou fiducie-sureté,

– le fiduciaire : il s'agit alors d'une fiducie-sureté lorsque le fiduciaire a la qualité de créancier du constituant,

– un tiers pour les fiducie-gestion.

C'est notamment et surtout la fiducie-gestion qui va permettre la bonne application des pactes d'associés. Cette forme de fiducie vise à confier la gestion des titres ou d'un patrimoine fiduciaire, qui devra ensuite les remettre à un bénéficiaire à la date déterminée du contrat. Elle devra notamment permettre la gestion sécurisée des titres par leur transfert de propriété temporairement. (Attention pour les pactes DUTREIL car cela réalise un transfert de propriété qui pourrait aboutir à la remise en cause de l'engagement de conservation). Ainsi, en matière de portage de titre de société, la fiducie permet de garantir l'efficacité du mécanisme et notamment la rétrocession des titres à l'issue de la période de portage.

En matière de pactes d'actionnaires, la fiducie une fois déployée complètement et maitrisée devrait constituer une alternative aux pactes d'actionnaires ou à la création de sociétés *holdings* par le transfert au fiduciaire des droits de vote attachés aux actions afin qu'ils soient exercés par le fiduciaire ; les constituants demeurant titulaires de leurs droits pécuniaires. Pour autant, c'est aujourd'hui pour son aspect de sureté que la fiducie peut trouver à s'appliquer dans le cadre du droit des sociétés. C'est donc la consécration, une nouvelle fois, de la propriété comme outils de garantie qui est défendue dans ce type de cas, car notamment en terme de clause d'inaliénabilité l'instauration d'une fiducie et de sa publicité, permettra d'en assurer avec certitude la bonne application sans que cela n'affecte les droits pécuniaires du constituant. Il en sera pour autant très différent concernant les droits

politiques attachés aux actions qui seront exercés par le fiduciaire suivant les termes d'origine de la convention.

B-2 Le reflux des pactes léonins

C'est notamment se qui se passe pour les promesses de cession d'actions à prix plancher pour les bailleurs de fonds, et dans le cas de convention de portage. Une difficulté particulière d'exécution de la convention de portage risque de se poser lorsque les titres portés auront perdu tout ou partie de leur valeur. Le bénéficiaire désigné par la convention pour reprendre ces titres risque d'être enclin à ne pas respecter un engagement devenu économiquement désastreux. La jurisprudence régulièrement saisie de cette question constate à ces occasions que telles situations ont un caractère léonin. Le promettant espérant, en obtenant l'annulation sur le fondement de l'article 1844-1, alinéa 2, échapper à son obligation de racheter les titres. Si l'argument ne porte pas, dispose-t-il d'autres moyens pour s'évader de la convention ? Certains promettants l'ont crus et ont soutenu que leur promesse de rachat ne pouvait plus être exécutée dès lors que les titres n'existaient plus suite à la liquidation judiciaire de la société (*CA Paris, 17 avril 1996, Azar c/ Inovelf, cité supra n° 102 ; Bull. Joly 1996, p. 807, § 283, note A. Couret*) ou suite à une annulation consécutive à une réduction de capital motivée par des pertes (*Cass. com., 7 déc. 1993, de Piedoue d'Héritot c/ CFI : Rev. sociétés 1994, p. 72, note Y. Chartier ; arrêt rejetant le pourvoi contre CA Versailles, 20 nov. 1991 : D. 1993, jurispr. p. 61, obs. M. Vasseur)*. Lorsque les titres portés ont péri l'impossibilité de délivrer la chose promise aurait pu libérer le promettant. Ce que l'article 1601, alinéa 1, du Code civil confirme. Mais la Cour de cassation ne donne pas droit à une telle conception et surtout lorsque le porteur a levé l'option car c'est cette levée de l'option qui provoque le transfert de propriété. Aussi, lorsque les titres viennent à disparaître postérieurement à la levée d'option, le promettant doit en supporter la perte par application de l'adage *res perit domino*.

Par conséquent, lorsque les titres existent au jour de la levée de l'option de la promesse d'achat souscrite par le bénéficiaire de la convention de portage, ce promettant ne peut échapper à son obligation de racheter les titres. Il doit en payer le prix quand bien même ces titres perdent toute valeur ou sont par la suite annulés. L'arrêt du 7 décembre 1993 réserve toutefois l'hypothèse d'une faute du porteur à l'origine de la dépréciation des titres, faute qui seule pourrait dispenser le promettant de payer le prix convenu. Par application a contrario de ces principes de solution, il faut aussi retenir que l'exécution de la convention de portage se heurte à une impossibilité d'exécution qui libère le promettant si le porteur lève l'option alors que les titres ont déjà été annulés. Le porteur devra être vigilant ou, mieux encore,

faire stipuler dans la convention de portage que le donneur d'ordre sera garant de la valeur des titres portés et qu'en cas de disparition, il sera comptable envers le porteur de cette valeur. Dans une telle hypothèse, le donneur d'ordre ne sera pas tenu de racheter les titres au porteur (obligation impossible compte tenu de la disparition des titres) mais il sera tenu d'indemniser ce dernier. Ce qui place ces conventions non plus sur le plan du droit des sociétés mais bien sur celui de la responsabilité.

B-3 L'exécution des pactes

La substitution forcée aux tiers de mauvaise foi dans les pactes de préemption depuis une décision de la chambre mixte du 26 mai 2006 sur la validation des clauses écartant l'article 1142 du Code civil même par la 3e chambre civile de la Cour de cassation. La validité des porte-fort d'exécution :

> « Vu les articles 1120 et 1134 du C. civ. ; Attendu que celui qui se porte fort pour un tiers en promettant la ratification par ce dernier d'un engagement est tenu d'une obligation autonome dont il se trouve déchargé dès la ratification par le tiers, tandis que celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même [...] ».

Aussi l'on constate bien ici que la tendance sous-jacente est l'exécution forcée. Si la personne refuse de ratifier ou d'exécuter alors l'exécution forcée de l'obligation pourra être obtenu si sa réalisation n'est pas contraire à liberté de chacun. Il parait souhaitable de voir l'obligation accomplie par le souscripteur du porte fort. Il faut également qu'en ce cas la personne du débiteur de l'exécution ne soit une condition déterminante de l'engagement souscrit. L'obligation de faire n'est alors pas sanctionnée systématiquement par des dommages et intérêts mais par une exécution forcée.

La sanction de dommages et intérêts pour des pactes ayant pour objet un reporting régulier aux actionnaires ne parait pas opportune car il n'y a rien qui soit contraire à l'ordre public sociétaire dans le fait de faire circuler l'information. Il conviendra que cela ne vienne pas occasionner la possibilité de délit d'initié mais il ne semble pas y avoir de nécessité de confondre les deux choses car l'information et son utilisation ne doivent pas pouvoir être assimilés. De plus les sanctions pénales prévues au titre des délits d'initiés sont tout à fait autonomes de la fourniture d'information et de la manière dont elles ont été obtenues.

2 – Création de structures de maintien des obligations du pacte

Ces pactes d'associés ou de famille d'actionnaires sont soumis généralement à des engagement d'inaliénabilité ou de conservation de titres. Aussi pour

pallier à ces nécessités contractuellement imposées commencent à fleurir des sociétés *holdings* dont le seul objet est de gérer des titres de société tout en permettant à leurs associés ou actionnaires de se soustraire à leur engagement personnel d'inaliénabilité ou de conservation. L'interposition d'une personne morale est alors conçue pour se soustraire à une obligation portée par le pacte en terme de clause d'agrément, d'inaliénabilité, etc… la structure n'est alors existante que pour se soustraire à ces obligations car les parts de la société interposée ne seront pas nécessairement soumises aux mêmes obligations. La structure de gestion partie au pacte ou qui se sera substituée aux associés fondateurs du pacte ne souhaitant pas se contraindre à la conservation pourront alors vendre, donner ou encore apporter à de nouvelles structures, et ce indirectement (mais sûrement), des titres initialement inaliénables.

Ce *mille-feuilles* de structures sociales peut alors apparaître au juriste de deux manières. Il sera l'illustration d'une technicité et d'une imagination brillante ou sera l'aboutissement d'un souhait de compliquer la lisibilité d'un groupe de société et surtout de rendre moins efficace tous les outils de surveillance de l'activité économique et de paiement de l'impôt.

On sent poindre rapidement que notamment par manque de publication des répartitions réelles des capitaux sociaux, l'interlocuteur (clients, fournisseurs, administrations, et globalement l'ensemble des tiers à la société) peut ne pas se trouver face au véritable bénéficiaire économique de la relation commerciale et contractuelle.

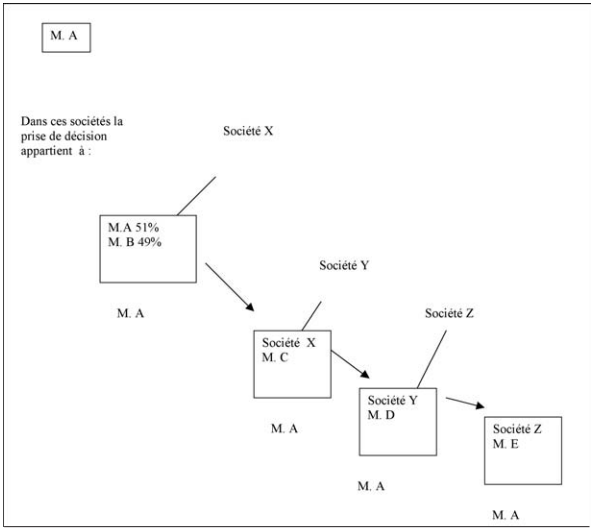
La création de ses structures peuvent donc créer des distorsions quant au respect de contrainte du pacte. Si l'on prend l'exemple d'une société dont les titres sont inaliénables pendant 10 ans alors que les associés signataires du pacte sont d'un côté Monsieur X et de l'autre la SAS Y, alors seul l'associé X est véritablement contraint car les associés de la SAS Y sont libres de cédés leurs actions de la SAS Y. L'inaliénabilité des actions ne concerne alors véritablement que l'associé personne physique.

Mais il en est de même concernant les difficultés à déterminer qui sont les dirigeants exacts de groupe car jouant sur les règles de vote et de répartition du capital, des actionnaires extrêmement minoritaires sont susceptibles de prendre le contrôle des décisions d'assemblées d'actionnaires. Il est alors très difficile de déterminer qui est le bénéficiaire réel des décisions prises.

Dans cet exemple Monsieur A contrôle la société cible tout en ayant une participation effective extrêmement minoritaire car elle ne serait que de l'ordre de 13,26 % ce qui est amplifié dans l'hypothèse ou il détiendrait des actions à droit de vote multiple ou des actions de préférences.

Mais une dilution des droits de vote n'est pas que le seul but de ce type de constitution de groupe, car la multiplication des structures en chaine va

permettre de s'exonérer de certaines obligations de conservation notamment ou encore d'information sur le changement de contrôle et l'agrément des nouveaux associés majoritaires. C'est ainsi que la pratique de l'interposition de personne est de plus en plus fréquemment rencontrée pour contourner des obligations de conservation ou d'inaliénabilité ou encore d'information en cas de changement de contrôle. L'interposition déploie ses effets car l'agrément de nouveaux associés n'est pas utile car le cercle des associés ne change pas, les titres de participation ne sont pas aliénés non plus car c'est leur détenteur qui est aliéné, les postes de direction sont toujours assurés par les mêmes sociétés, seuls les représentants de ces sociétés changent. On constate alors que ce *mille-feuilles* de sociétés s'il peut paraitre ingénieux, permet surtout de contourner certains engagements qui s'avèrent contraignants et qu'il rend difficile la détermination du bénéficiaire économique réel de l'opération.



3 – Contradictions avec l'ordonnancement juridique ?

Les pactes d'associés se sont développés à une vitesse très importante ces dernières années, comme nous l'avons déjà dit, mais une question reste importante car l'instauration de Société d'Exercice Libéral (SEL) au début des années 90 a eu un certain succès. Il est de moins en moins rare de croiser les professionnels libéraux exploitant sous forme de SEL, et notamment les officiers ministériels. Nombre d'offices créés ces dernières années ont adopté la forme de SELARL ou de SELAS unipersonnelles dans le but de conduire une politique de développement de ces offices leur permettant de s'ouvrir à d'autres associés dès que l'activité aura été pérennisée.

De plus, la réalité économique et sociale de l'office public et ministériel révèle l'existence d'une entreprise au sens plein du terme ce qui a permis à la jurisprudence de caractériser l'entreprise de l'officier ministériel bien qu'il soit détenteur de prérogatives de puissance publique, que des obligations de continuité du service public pèsent sur l'officier ministériel, et enfin que sa déontologie professionnelle lui impose de prendre la posture de l'*Etre* plutôt que de l'*Avoir*. La nomination par une autorité de tutelle a également souvent été le fondement du rejet de la notion d'entreprise pour les offices publics et ministériels. Pour autant, la Cour de cassation a qualifié pour la première fois d'entreprise un office notarial dans une décision du 23 mars 2004 rendu par la première chambre civile dans le cadre d'une affaire relevant de l'information de la caution par son créancier.

Si la création prétorienne de la notion de fonds libéral reste fragile, il demeure que la patrimonialisation de l'office public et ministériel pour ses activités libérales même réglementées, est une réalité. Mais l'office public demeure une entité abstraite est unique ou se conjugue une réalité d'activité économique et une pure charge publique, plus proche d'une fonction publique que d'une fonction libérale. Il faut donc reconnaitre que coexiste au sein d'un même office une entreprise avec son nom « *commercial* » parfois de pure fantaisie, qui constitue un vecteur de communication et de ralliement de la clientèle. Il faut également rappeler que la charge ministérielle est octroyée à chaque office par son autorité de tutelle après examen du respect des conditions d'accès de ces associés à la société exploitée. Ainsi, la question est de savoir si, nommé par une autorité de tutelle souvent au moyen d'un décret ministériel, un officier public peut faire l'objet d'une exclusion conventionnelle qui pourrait alors s'analyser en une « *destitution* » dans l'intérêt privé des associés.

A Rappel des exclusions légales

Il n'est pas traité ici de la question du départ volontaire de l'officier public et ministériel qui ne revêt pas de difficultés majeures en rapport avec le thème de nos développements. Bien que puisse être contractualisé le fait de la recherche de l'associé qui remplacera celui qui quitte ses fonctions. On constate qu'avec cette faculté de délégation de recherche d'un nouvel associé la loi-cadre du 29 novembre 1966 a pour effet de pacifier la transmission qui ainsi ne pourra être source de litige entre les trois associés (restant, partant, entrant).

Les exclusions légales peuvent être distinguées selon deux types de conséquences. En effet, il est possible de distinguer les exclusions de droit (A-1) et les exclusions facultatives (A-2). On voit ici poindre une première forme de contractualisation de l'exclusion car il semble difficile de concevoir que les exclusions facultatives ne soient pas négociées entre les associés.

A-1 Les exclusions légales obligatoires

Sont des causes d'exclusion obligatoire pour les officiers ministériels notamment la destitution, il convient donc de distinguer suivant les déboires judiciaires du professionnel qui peut être condamné pénalement sans être destitué (Cass. civ. 1, 26 avril 2000 : Affaire Lafranchi c/ Para). L'affaire citée avait d'ailleurs distingué entre la destitution d'un officier ministériel et la perte de sa qualité d'associé. Car si la qualité d'officier public est perdue immédiatement la décision passé en force de chose jugée, il n'en demeure pas moins que la qualité d'associé ne sera perdue qu'à compter du jour de la cession des parts de société civile professionnelle ou de la société d'exercice libérale.

La perte de capacité est également une cause d'exclusion obligatoire légale, l'officier ministériel ayant perdu la capacité juridique minimale pour signer un acte.

A-2 Les exclusions légales facultatives

Sont des causes d'exclusion facultatives (à la demande des autres associés) la suspension ou l'interdiction temporaire dont la durée variera en fonction des professions concernées et des conditions de majorités au sein de chaque type de sociétés.

On constate que lorsque la durée de la peine est supérieure ou égale à trois mois dans la grande majorité des professions concernées (pour exemple les notaires décret n° 67-868, 2 octobre 1967 article 56 modifié par décret n° 75-979, 24 octobre 1975 article 24,1° qui impose un arrêté du Ministre de la justice pour que la décision d'exclusion prise à l'unanimité des associés conformément au même article 56). Mais il n'est pas inintéressant de fixer des délais dans les statuts qui pourraient être différents car la commune intention des parties devrait pouvoir durcir les textes en la matière. La contractualisation déjà évoquée du droit des sociétés, et l'aspect institutionnel induit par la nature des activités des officiers publics ou ministériels doivent pouvoir justifier que contractuellement les exclusions facultatives légales puissent être durcies contractuellement car l'intérêt général est alors l'objectif recherché.

Mais l'aspect contractuel devient sur ces questions primordial car comment imaginer qu'une exclusion facultative ne soit pas négociée. Cette faculté simple ne pourra être que contestation entre associés sur le bien fondé de l'exclusion. S'instaure alors diverses tractations qui aboutiront à des solutions d'équilibre entre avantages financiers et respect de la fonction.

B Possibilité d'exclusions statutaires

Les prévisions statutaires d'exclusions autres que celles déjà énoncées à la section précédente bien que discutée doivent pouvoir être stipulées, et soulignées. La question de la validité de ce type de clauses est discutée, car

hormis le cas où la société aurait adopté le statuts de coopérative ou serait à capital variable, tout associé a un droit au maintien dans la société jusqu'à sa mort ou à son retrait ou la cession de ses titres. Il n'est pourtant pas aisé de dire qu'en dehors des cas prévus par la loi, un associé ne puisse être exclu de la société.

B-1 Les cas d'exclusion envisageables

Elles sont d'ordres judiciaires, statutaires ou quasi-statutaires.

B-1.1 L'exclusion judiciaire

Il s'avère que la réponse à la question de l'exclusion judiciaire demeure incertaine en doctrine et en jurisprudence et ce souvent à défaut de texte permettant au juge de prononcer l'exclusion.

B-1.2 Les exclusions statutaires ou quasi-statutaires

A contrario l'exclusion statutaire fait l'unanimité (voir notamment en ce sens « *les clauses d'exclusions, solution à la mésentente entre associés* » : Bull Joly 1998, § 286, p. 908) et notamment lorsque cela vient sanctionner les manquements graves et renouvelés aux obligations légales ou conventionnelles auxquelles sont tenus les associés de par leur profession ou de par leur adhésion aux statuts. Les professionnels de santé en sont d'ailleurs friands et n'hésitent pas à le prévoir pour des absences répétées et non justifiées, ou justifiées mais trop longues, en violation d'un exercice exclusif dans la société, ou dans le cas d'événements personnels qui auraient un retentissement sur la vie sociale. Ce dernier exemple de cause d'exclusion a eu à être reconnu en jurisprudence pour les faits suivants : un associé avait eu une liaison avec une secrétaire, qui avait eu pour conséquence d'altérer l'image du praticien, d'entrainer une cessation temporaire de son activité due à une agression du mari et du frère de sa maitresse et la démission de cette dernière.

Si cette illustration montre toutes les difficultés des relations plurielles, il est toutefois intéressant de remarquer que l'intérêt social ou l'intérêt général (suivant les conceptions institutionnelle ou contractuelle de la société) défendu par cette clause ne pourront que difficilement caractériser une entrave à la bonne marche de la société. La démission d'une secrétaire et l'arrêt de travail d'un des associés pour quelques jours ne semblent pas de nature à constituer un manquement renouvelé, sauf à ce que ce soit véritablement de notoriété publique (et que ce ne soit pas la première fois). Mais si la moralité de la situation peut se discuter, la reconnaissance d'impossibilité à demeurer dans la société reste une extrapolation des statuts. Il est difficilement envisageable, sauf peut-être sur le ton de la plaisanterie, que le rédacteur des statuts au cours de la préparation du dossier puisse demander, si une exclusion au titre de liaisons extraconjugales doit être inséré dans les statuts. On peut imaginer

la réaction des futurs associés qui ne manqueront pas de s'en amuser ou au contraire de s'en offusquer, car si l'adultère n'est plus une faute pour le divorce, il semble que cela puisse être constitutif d'une faute lourde entrainant un « *divorce* » sociétaire à la charge du coupable.

B-2 Les cas d'exclusion pour mésentente

La question la plus souvent soulevé à ce titre est « *la non-insertion d'un associé dans la société, ayant pour corollaire la mésentente grave et répétée, voire l'impossibilité de vie sociale normale* » (Réponse Ministérielle Marchand, n° 12263 : JOAN 25 octobre 1979) ?

A cette question, il existe deux voies de réponses, la première consistant à dire que seule dissolution judiciaire peut exister sur le fondement de l'article 1844-7 et 5° du Code civil (c'est le sens de la réponse MARCHAND), et une autre voie consiste à dire que la mésentente peut être un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société (sur cette positon J.-M. de BERMOND de VAULX, « *la mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ?* »).

A propos de ces situations certains auteurs vont jusqu'à préconiser l'exclusion comme sanction de la mésentente (S. DARIOSECQ et N. MÉTAIS). Il semble que la loi semble se diriger vers ce type de solution revenant peut-être à plus de réalisme économique (J.-J ; DAIGRE, « *de l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution anticipée* », Bull Joly 1996, § 204, p. 576) comme nous l'avons déjà évoqué, car la loi du 31 décembre 1990, instaurant les SEL pour les officiers publics et ministériels le retrait-création pour cause de mésentente.

Cela pose aussi une autre question quant à la sanction et son délai d'action. L'exclusion entrainant une obligation de cession va pouvoir entrainer une suspension de ses fonctions immédiates tout en continuant à percevoir un salaire en attendant la cession de ses parts à la personne trouvée par les autres associés ainsi que le dividende attaché aux parts de capital. Cela sera d'ailleurs bien souvent une des conditions nécessaires à la recevabilité de ce type de clauses. Car si mésentente il y a, nous ne nous trouvons pas dans un cas ou l'exercice de la profession est rendu impossible au responsable de la mésentente.

Les cas d'exclusion par mésentente sont très courants dans les pactes d'associés et se retrouvent dans le cadre de sociétés d'exercice libéral notariale mais ne sont que très rarement statutaires ou l'on ne les trouvent que dans les statuts de SELAS ou de SELAFA. Pour l'ensemble des autres formes de SEL, il est plus souvent effectués des pactes extrastatutaires qui revêtent un aspect particulier notamment au sein des professions juridiques qui par nature sont particulièrement conscientes de la portée de leurs engagements contractuels.

Exemple de clause d'exclusion :
L'exclusion de plein droit intervient par la mise en liquidation judiciaire ou en cas de dissolution d'un des associés.
Champs d'application l'exclusion : L'exclusion d'un ou plusieurs associés peut également être prononcée dans les cas suivants :
(Enumération des cas et de la manière dont devra être caractérisée la mésentente)
Forme de la décision : L'exclusion est prononcée par décision collective des associés à laquelle ne participe pas l'associé intéressé, à la majorité (qualifiée éventuellement) des droits de vote et à la condition que soient présents ou représentés (quorum) des associés ne tenant pas compte des voix détenues par l'associé intéressé.
Consultation préalable des associés : Les associés sont consultés à l'initiative du Président ou de tout associé qui ferait diligence.
Règles de procédure d'exclusion : A la suite de cette consultation les formalités suivantes seront effectuées :
(il convient alors de prévoir la procédure de convocation de l'associé à exclure, son mode de défense, le délai qui est laissé pour préparer sa défense, présentation des arguments à l'assemblée des associés et délai de prononcé de la sanction)
Modalité de la prise d'effet de l'exclusion : l'exclusion prends effet à compter de son prononcé en présence ou en l'absence de l'associé concerné.
Condition du rachat forcé des parts : La décision de l'assemblée des associés devra prévoir à peine de nullité l'ensemble des modalités du rachat des parts ou actions de l'associé exclu en ce qui concerne l'identité de l'acquéreur des parts, du prix, de l'agrément du nouvel associé et des conditions de délais de la cession. Cette décision fera l'objet d'une notification à l'associé exclu dans les quinze jours de la décision par courrier recommandé avec accusé de réception.
Détermination du prix : En cas de désaccord sur le prix de cession des parts, il est convenu que les associés pourront nommé un tiers pour la détermination du prix de cession suivant les modalités qui seront établies au sein du règlement intérieur de la société.
Sort des droits pécuniaires de l'associé exclu : Les droits pécuniaires de l'associé exclus se trouvent suspendus à la date du prononcé de l'exclusion le résultat distribuable en fin d'exercice comptable fait donc l'objet d'une distribution à l'associé exclu au prorata de ses droits dans le résultat et au *prorata temporis*.

Les *Family Buy Out*

Guillaume LEVEQUE

Les entreprises familiales sont aujourd'hui capitales pour le maintien d'un maillage régulier des activités économiques sur le territoire national. Elles démontrent à ce titre leur performance régulièrement. Elles sont saluées comme étant les championnes de la croissance durable, et cela notamment grâce à leur politique de réinvestissement des bénéfices passés. On constate effectivement que la nécessité de ressortir une rentabilité accrue pour un dividende toujours plus attrayant, ne se retrouve que peu dans ce type de structure. Si le paternalisme d'antan n'est plus en vigueur, il n'en demeure pas moins que les entreprises familiales rechignent plus aux plans de restructurations sociales et privilégient la dimension de l'investissement et de la capitalisation par des niveaux souvent relativement élevés de trésorerie.

Jusqu'à une réforme de 1999, le chef d'entreprise, qui souhaitait transmettre avec des sociétés permettant la liberté déjà évoquée afin de stabiliser sa vision de la transmission, devait constituer une *holding* pour chacun de ses enfants a qui était ensuite vendue une partie de ses titres et en apportait le solde. Il fallait alors un apport important car le capital minimum était alors de 1,5 millions de francs. Une fois les *holdings* constituées, le chef d'entreprise pouvait transmettre à ses enfants et transformer sa société d'exploitation en SAS dont les seuls ou principaux associés devenaient les *holdings* détenues majoritairement par ses enfants. Avec l'ouverture des SAS à des associés personnes physiques puis en abaissant significativement le minimum de capital social, la législation a permis d'adapter les schémas imaginés par la pratique à des transmissions d'entreprises familiales. C'est ainsi, avec la généralisation des SAS et au recours des actions à droit de vote multiple, à la dévolution de la gérance ainsi que de s'assurer du devenir du cercle des actionnaires de la société afin de maintenir l'esprit de la société le plus longtemps possible est d'assurer ainsi une transition en douceur dans la gestion.

Ainsi, la transmission à titre gratuit (1) ou onéreux (2) et l'accompagnement par les générations cédantes s'effectue sur de longue période assurant une stabilité de la politique sociale des entreprises, un transfert progressif du pouvoir, un maintien de la culture de l'entreprise, le tout sans que ces transmissions n'aient à amputer lourdement les finances de l'entreprise.

Si la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions est venue permettre des méthodes de transmissions nouvelles comme les RAAR, les donations-partages trans-générationnelles, libéralités graduelles et résiduelles, les mandats posthumes et globalement permettant une plus grande contractualisation des transmissions. Nous n'aborderons pas dans ces développements la technique même de ces transmissions celles-ci ayant fait l'objet des développements de la première commission de notre congrès.

Ce qui nous retiendra dans les développements qui suivront c'est la nécessaire combinaison de tous les mécanismes commerciaux et fiscaux permettant aujourd'hui au droit de la famille de sécuriser les transmissions familiales.

1 – La transmission à titre gratuit

La possibilité d'une transmission à titre gratuit ne peut dépendre que du contexte familial, social et économique du chef d'entreprise (A). N'oublions pas que les sociétés familiales se caractérisent souvent par un fort réinvestissement des revenus dans l'entreprise ce qui fragilise l'épargne personnelle du dirigeant et ampute d'autant ses sources de revenus possibles une fois qu'il aura atteint l'âge de la retraite et fait jouer ces droits. Si une transmission totale à titre gratuit de l'entreprise n'est pas réalisable pour ses raisons de revenus (bien qu'il existe des alternatives financières), la culture des conseils aux entreprises est le plus souvent de trouver une solution de transmission à titre onéreux (puisque nombre d'entre eux ne sont pas habilités à procéder à des donations, l'article 931 du Code civil imposant une forme notariée de la donation sous peine de nullité) quitte à rechercher des éléments de diminution du prix de cession.

Ensuite une longue phase préparatoire, parfois difficile, mais nécessaire à la bonne fin du projet (B) s'instaure car la charge financière de ces opérations, si elle reste moins lourde que les cessions à titre onéreux pure et simple, demeure le plus souvent le point bloquant de l'opération (C) d'où la nécessité de s'interroger sur la nécessité et l'opportunité de maintenir les biens immobiliers dans le giron de l'exploitation (D).

Il convient que le dirigeant d'entreprise et le reste de sa famille intègre les différentes étapes de ce type de transmission car il revient au notaire ou au conseil de famille de garder à l'esprit que la société objet de la transmission est souvent un membre de la famille, dont on entend les enfants dire qu'il la considère comme leur « *petite sœur* ». C'est l'enjeu de ce type de transmission la pérennité d'une famille et de son équilibre. La psychologie de la famille est donc à prendre en compte et à formaliser aux moyens des pactes familiaux déjà évoqués de sorte que chaque enfant joue la partition de la transmission jusqu'au bout et sans fausse note. Il ne pourra être question de faire machine arrière et la

pédagogie devra faire apparaitre que chacun à bien eu sa part. Le bilan patrimonial et la consultation patrimoniale de chacun devra pouvoir être formalisé de sorte que ressorte bien les conséquences chiffrées de ce type de transmission ce qui apaisera bien souvent les prétentions des uns et des autres.

Ce seront des éléments importants permettant de mesurer la faisabilité du projet mais aussi et surtout permettra de remarquer les besoins de rééquilibrage parfois nécessaires et de réincorporation d'avantages anciens permettant une remise à niveau de chacun. Ces transmissions sont souvent l'occasion de réintégration et de réajustement de l'épargne du dirigeant pour apporter des contreparties financières aux enfants non allotis de l'entreprise. Les relations sont ici plurielles à plus d'un titre car si on liste les intervenants dont l'opinion et les capacités de réponses devant être prise en compte sont nombreuses :

- le dirigeant : concernant son acceptation du départ, sa situation retraite, ses besoins financiers, les conditions de son accompagnement, la sécurisation de la transmission ;
- son conjoint : au sujet de tous les ajustements de leur régime matrimonial, en prévision de la transmission de l'entreprise mais de la protection successorale du conjoint survivant ;
- ses associés éventuels : sur l'acceptation de la transmission et modalités d'accueil des nouveaux associés, ainsi que sur la formalisation des accords trouvés, l'adaptation des statuts ;
- les enfants repreneurs : pour le financement, l'adaptation de situation matrimoniale, la formalisation des accords avec les associés déjà en place et l'adaptation des statuts et parfois la transformation de la société pour trouver le statut social qui leur conviendra le mieux ;
- les enfants non-repreneurs : afin de trouver les meilleures contreparties possibles, sinon la juste valeur des titres et formaliser les pactes de rétrocession aux enfants repreneurs et les contreparties financières si besoins en est ;
- l'expert comptable pour la valorisation de l'entreprise, ce qui n'interdit pas au notaire de se faire préalablement sa propre opinion ;
- le banquier : pour le financement des soultes et des acquisitions de parts qui suivront ;
- l'assureur : pour les besoins d'assurance homme clés, l'épargne financière postérieure à la cession de parts en assurance-vie ou en contrat de capitalisation, les contres garanties de passif.
- éventuellement le conseiller fiscale ou l'avocat fiscaliste : concernant l'organisation fiscal de son patrimoine postérieurement à la cession.

Tout l'enjeu d'une transmission réussi sera de parvenir à coordonner toutes ces parties pour que chaque aspect de la transmission soit réussie et participe à son niveau à la bonne continuité de l'entreprise. Chaque intervenant aura

à agir au niveau personnel de chaque autre intervenant mais aussi au niveau collectif au sein même de la société.

Intervenants	Au plan personnel	Au plan de l'entreprise
Le dirigeant	– Il est le chef d'orchestre, – Il arbitre en fonction de sa situation financière personnelle, – Il décide de l'égalité entre ses enfants, – Il décide de l'opportunité d'un pacte Dutreil et de la chronologie de la cession, – Il propose ou non un tutorat, ou un suivi opérationnel, – Se prépare à la rupture avec le monde de l'entreprise	– Formaliser ses modes opératoires, – Création de comités de direction, – Consolidation des capitaux propres de l'entreprise, – Il présente le nouveau projet d'entreprise, pour convertir le stress du changement en énergie positive surtout dans le domaine managérial – Diffusion du projet de transmission à la clientèle et aux partenaires historiques de l'entreprise
Le conjoint du dirigeant	– Changement de régime matrimonial, – Choix de devenir dans ses fonctions dans l'entreprise,	– Agrément du conjoint en cas de changement de régime matrimonial imposant la procédure d'agrément – La préparation de sa retraite ou de sa démission
Les associés de la société	– Réflexion sur leur devenir dans l'entreprise, – Préparation de leur sortie en cas de clause de sortie conjointe, – Réflexion quant à leur souhait de voir le repreneur agréé le cas échéant	– Agrément de la stratégie familiale – Constitution de comité de gestion – Réattribution de certaines fonctions réservées auparavant au dirigeant
L'Enfant(s) repreneur(s)	– Réflexion autour de son régime matrimonial, – Réflexion sur son plan de financement, – Conception stratégique d'un nouveau projet industriel ou commercial, – Réflexion autour de la nécessité de son accompagnement par l'ancienne équipe, – Réflexion autour de la faisabilité des pactes Dutreil dont il sera seul à pouvoir assurer le respect, – Audit social de l'entreprise dans laquelle il n'a peut être pas exercé directement, et mise en place d'une nouvelle donne sociale, – Réflexion autour de la constitution d'une *holding* de reprise en fonction de sa fiscalité personnelle et de son niveau réel d'endettement.	– Réflexion sur la fonction à donner à différents comités fondés pour son assistance, – Remise à plat et appropriation de l'ensemble des conventions extrastatutaires dont la reprise n'est pas de plein droit, – Recomposition de l'équipe dirigeante et mise en place de nouvelles règles de management au sein de l'entreprise avec opportunité d'apporter des solutions aux risques sociaux, – Adaptation de la société en groupe ou changement de forme sociale si le repreneur y trouve intérêt notamment en terme de financement.
L'Enfant(s) non repreneur(s)	– Réflexion sur sa présence ou non dans le cercle des associés (porteur de parts, salariés de l'entreprise, souhait de sortir du cercle de l'entreprise),	Néant

	– Contrepartie dans le cadre de la donation-partage, – Sort de la soulte qui lui sera versée.	
L'Expert comptable		L'évaluation de l'entreprise pourra être effectuée par l'Expert comptable ou le Commissaire aux comptes de l'entreprise, qui auront accès à beaucoup d'informations de pondération du prix. Mais il convient que le rédacteur des conventions puisse appréhender cette estimation car il portera seul la responsabilité de son utilisation.
Le Banquier	Il finance le rachat et le paiement des soultes	Il s'intéressera à tous les mécanismes de remontée de trésorerie qui financeront le remboursement du prêt accordé
L'Assureur	Il sera le conseil du chef d'entreprise dans le cadre de l'utilisation des fonds souvent investis en assurance vie ou en contrat de capitalisation.	Il sera le conseil de l'épargne salariale et de l'ensemble des assurances sur le risque social de l'entreprise.
Le Notaire	Il sera le conseil et le rédacteur dans les opérations de donation et de rédaction de l'ensemble des actes préparatoires à cette transmission : – Donation (partage ou non, en avancement d'hoirie ou hors part, – Les RAAR le cas échéant, – Les mandats à effet posthume, – Les changements de régime matrimoniaux le cas échéant, pour les cédants et les repreneurs – La rédaction des pactes Dutreil et la détermination des sanctions en cas de non respect des obligations de conservation, – La sortie des éléments immobiliers immobilisés dans la société d'exploitation le cas échéant, – La rédaction des statuts en cas de sociétés *holdings* de reprise avec la reprise d'engagement de conservation – La rédaction des cessions de parts et garantie de passif d'usage avec le séquestre éventuellement prévue à ce titre ou les délégations de créances qui peuvent être mises en place dans le cadre des contres garanties de passif et le cas échéant les nantissement-séquestre concernant les assurances décès des repreneurs	Il sera le conseil de l'entreprise en ce qui concerne : – L'adaptation des statuts au nouveau cercle d'actionnaires, – Le conseil de la rédaction des pactes d'associés, – Le conseil des conventions de blocage de comptes courants d'associés éventuellement, – Il effectuera les quittances du bon remboursement des comptes courants d'associés et organisera leur paiement à terme le cas échéant, – Il veillera à justifier de la valeur des biens immobiliers immobilisés en cas de réévaluation du bilan ou en cas de « *coup d'accordéon* » qui pourrait avoir lieu pour un refinancement de la reprise par ce biais.

A Opportunité et faisabilité

Dans le cadre du FBO, les pactes d'actionnaires se trouvent également être des pactes familiaux plus ou moins complexes qui ne pourront s'appuyer que sur une cohésion familiale forte doublée d'obligations contractuelles nécessaires quant aux intérêts en jeux. En effet, sans interférer sur la commission portant sur les relations plurielles au sein de la famille objet de la première commission de notre congrès, il convient d'observer attentivement la composition de la société ou du groupe concerné, ainsi que la composition familiale (A-1), la situation matrimoniale (A-2) des initiateurs de la transmission et celle des repreneurs. Car si les relations familiales sont bonnes, il conviendra de sécuriser la transmission au moyen des outils fournis par le droit des affaires qui viennent formaliser ce qui sous-tend nombre de donation ou donation-partage et qui seront les modes d'emploi de la bonne réussite de l'opération. Les opérations de FBO sont en effet des situations dont l'opportunité pourra être conditionnée par la composition familiale de l'entrepreneur qui ne souhaiterait peut-être pas transmettre à l'un de ses enfants, mais également par son niveau de fortune. Il convient d'avoir une vision globale de la situation qui permettra de faire la bonne analyse d'une situation complexe psychologiquement, mais qui aura un retentissement définitif sur la situation familiale.

A-1 Sur le plan de la composition familiale

Trois cas de figures peuvent se présenter :

- la famille ne présente qu'un seul enfant repreneur sans autre frère ou sœur et dans ce cas aucune difficulté liée au rapport des donations ne pourra être invoquée par qui que ce soit.
- au contraire, la famille se compose de plusieurs enfants, il convient alors de répartir les rôles de chacun des repreneurs et d'adapter la structure sociale en conséquence. Et si seul un enfant souhaite reprendre va se poser la question de l'équilibre de la transmission pour assurer l'absence de remise en cause des transmissions qui seront effectuées.
- enfin, le chef d'entreprise transmet à titre gratuit une proportion de sa société à un certain nombre de cadre de la société ou de repreneurs.

Ainsi, si le donateur a plusieurs enfants, la donation-partage s'imposera comme une évidence avec toutes les problématiques de soulte et d'équilibre entre les enfants ou les tiers bénéficiaires de la donation-partage. La valeur des lots sera figée au jour de la donation-partage (article 1078 du Code civil) de sorte que les titres ne soient pas réévalués au cours du règlement de la succession du donateur de sorte que la plus-value latente ne soit profitable qu'aux enfants allotis des titres dans la donation-partage. Pour cela deux conditions restent à respecter :

– qu'il n'y ait pas de réserve d'usufruit sur une somme d'argent,

– il faut que chaque héritiers réservataires reçoivent un lot et qu'ils l'acceptent.

Suivant le contexte familial il pourra donc être constaté l'égalité de la donation partage ou au contraire son inégalité. L'égalité pourra être constaté par la remise à chaque enfant de biens différents ou de parts de la société qui doit faire l'objet de la transmission. On remarquera que dans ce cas l'on voit poindre la nécessité de la misse en place de convention de cession à court, moyen ou long terme de sorte que les non-exploitant de l'entreprise ne puissent prendre le pouvoir ou céder au plus offrant quelques années plus tard. Le pacte de famille au travers de l'adaptation des statuts de la société ou de pactes extrastatutaires devient indispensable.

Précisions : M. et Mme ont deux enfants, faute de pouvoir ou de vouloir transmettre d'autres biens à leurs enfants, il est fait donation d'un 1/6e chacun de l'entreprise, de sorte que l'enfant repreneur puisse garantir son investissement et prévoir une chronologie de la reprise des 5/6e restant. Pour lui garantir cela plusieurs aménagements seront nécessaires à commencer par la mise en place de convention de cession suivant la chronologie souhaitée tout en garantissant des variations de durée de validité dépendant de sa situation professionnelle.

Précisions : Mais aussi suivant une méthode de détermination du prix faisant en sorte que la plus-value qui lui soit imputable ne soit pas à financer pour désintéresser ces actionnaires. Mais aussi des règles de distribution du dividende qui soient de nature à lui octroyer le revenu nécessaire au remboursement des crédits nécessaires.

Il faut en effet, retenir que le but poursuivi, bien que libéral, reste une opération financière (surtout en cas de soultes au profit des frères et sœurs).

C'est pourquoi, un complément de la donation doit être envisagé dans ce type de transmission sur le plan des transmissions avec des RAAR (pour les donations-partages inégalitaires notamment ou préciputaires).

A-2 En fonction de la composition patrimoniale

Dans de nombreuses sociétés familiales françaises, l'outil de travail du chef d'entreprise constitue l'essentiel du patrimoine de la famille tant en qualité qu'en quantité. De ce fait, il convient de pouvoir envisager le respect des droits du conjoint survivant qui pourrait alors pâtir de la transmission et assurer l'équilibre au sein de la fratrie pour le jour où la succession des cédants devra avoir lieu. Ainsi, selon le contexte familial et la situation du donateur, il peut être procédé à plusieurs types de donations. Il pourra y avoir donation-partage égalitaire si le repreneur reçoit des titres et les autres héritiers d'autres biens du donateur. Se pose alors toute la question de la préparation de la transmission, dont nous traiterons plus loin car c'est

l'aménagement du bilan de l'entreprise qui peut être prépondérant. Ce type de transmission se prépare en réaménageant parfois en profondeur le patrimoine du donateur et celui de la société transmise.

Les donations-partages portant sur des titres attribués à tous les enfants sont de nature à compliquer légèrement les transmissions, car il convient de trouver un accord au sein de la fratrie sur la cession de titres dont ils ne sont pas encore propriétaires et pour un prix qui reste à déterminer, avec un plan de financement qui n'est pas encore arrêté. Déjà à cette étape l'ensemble des conventions traitées dans nos développements sont susceptibles de trouver leur place.

Mais il est aussi primordial à ce niveau de constater la composition de l'actif de la société, car il convient de se demander si un « *nettoyage* » en profondeur n'est pas nécessaire. Il convient notamment de surveiller l'existence de biens immobiliers au bilan et de participations dans des sociétés. A ce titre, il conviendra d'ailleurs de distinguer ce que sont des participations immobilières et des participations opérationnelles qui ont un véritable lien avec l'objet industriel de l'entreprise. Si pour des raisons fiscales, il est parfois préconisé l'acquisition de biens immobiliers (siège de l'exploitation) pour le bénéfice de l'amortissement, et l'économie de loyer. Il reste que ce sont des éléments de valorisation très important qui ont pour inconvénient de survaloriser l'entreprise. En conséquence, il conviendra de s'interroger sur les opportunités de sortir l'immobilier de l'entreprise au moyen de méthodes très classique comme la vente (en pleine propriété ou démembrée), par apport en société (par le haut ou par le bas) ou par des méthodes moins courantes comme la distribution de dividendes à titre onéreux.

En tout état de cause cette réflexion aura pour effet de permettre éventuellement l'allégement du coût de la transmission par une moindre valeur, mais aussi à rendre possible l'égalité des lots.

Précisions : M. X est l'actionnaire majoritaire d'une SAS qu'il détient avec ses trois enfants. Deux d'entre eux sont prêts à reprendre l'entreprise qui détient un bien immobilier en plus de son fonds de commerce. Chacun de ces éléments est valorisé de la manière suivante :
Immeuble : 500 000,00 € emprunts pour 350 000,00 €
Fonds de commerce : 1 200 000,00 € soit une valeur de 1 350 000,00 €
Les parts de la société sont au nombre de 300 000 parts et ont une valeur unitaire de 4,50 €

M. X 85 % et chacun de ses enfants détient 5 %
Fonds de commerce 1,2 M € et l'immeuble 0,5 M€

Monsieur X. de par son niveau de fortune envisage de donner dans la limite des abattements successoraux en vigueur, ne souhaitant aller plus loin et ayant besoin du prix de cession pour assurer ses vieux jours. En conséquence,

il est proposé à Monsieur X de sortir le bien immobilier de la société au moyen d'une cession de l'immobilier à une SCI qu'il détient avec ses enfants.
La société est alors composée de la manière suivante :
Trésorerie : 333 350,00 € emprunts pour 350 000,00 €
Fonds de commerce : 1 200 000,00 € soit une valeur de 1 350 000,00 € qui peut être considérée comme égale du fait de la plus-value latente qui a été matérialisée par la vente.
Et une SCI : Immeuble : 500 000,00 € emprunt d'acquisition : 450 000,00 €
La valeur de la SCI est donc de la valeur de son actif net soit 50 000,00 € divisée en 3 000 parts d'une valeur unitaire de 16,66 €

M. X 85 % et chacun de ses enfants détient 5 % l'immeuble 0,5 M €

Aussi afin d'équilibrer les lots Monsieur X pourra donc transmettre de la manière suivante et après avoir organisé la sortie du bien immobilier :
A ses enfants repreneurs :
M. X va donc pouvoir répartir les choses de la manière suivante :
En donnant ses parts de la SCI à l'enf ant non repreneur (après avoir pris soin de conclure un bail adéquat à la situation) et 25 961 actions de la SAS et en attribuant aux enfants repreneur 35 406 actions chacun de la SAS

Dans la SAS : M. X 52,75 % – chacun de ses enfants : Le non-repreneur : 13,65 % Les repreneurs : 16,8 % chacun	**Dans la SCI : l'enfant non repreneur se trouve avoir 90 % des parts et chacun des enfants repreneur détiennent 5 % afin de pouvoir enclencher le régime des sociétés mères-filles suivant l'organisation de la transmission.**

Ce qui aura pour effet de garantir au repreneur la majorité simple en assemblée générale ordinaire et la minorité de blocage pour les enfants repreneurs afin que la transmission soit réelle. Il convient de préciser que la SAS détient aussi de la trésorerie en quantité importante qui va permettre de lancer de nouvelles actions industrielles et commerciales ou permettre de faciliter la transmission aux enfants par plus de gage pour les créanciers ou la possibilité de rembourser par anticipation un certain nombre de crédits liés à l'acquisition.

Il est nécessaire, comme indiqué dans l'exemple précédent, de penser l'organisation de l'entreprise comme un aménagement indispensable à sa solvabilité, et au besoin de financement des activités de l'entreprise mais aussi pour son financement en améliorant le gage des créanciers.

A-3 Nécessité de gage pour les créanciers

Les montages d'opération en FBO, s'ils sont motivés par une intention libérale, n'en sont pas moins la certitude d'un gage minimum au profit des prêteurs évitant de même les problèmes liés à la solvabilité future du repreneur.

Il convient de retenir que reposant sur une libéralité, il n'en demeure pas moins que l'opération globale opère une mutation à titre onéreux au profit du chef d'entreprise dans un cadre familial. En effet, dans ce type de montage le repreneur se trouve avoir recours à un prêt pour des montants plus ou moins importants et doit ainsi se prémunir d'un taux d'endettement plus présentable aux yeux des organismes prêteurs qu'il sollicite.

Pour qu'un organisme financier souhaite financer la reprise par FBO, comme pour toute autre entreprise, un plan de développement est nécessaire, il sera donc bien d'avoir une présentation du bilan et un business plan qui soit attractif. Mais bien au-delà de cet aspect évident, la gestion des dernières années seront primordiales. Car le niveau de fonds propres est bien souvent insuffisant. Il faut donc anticiper et réduire autant que possible son besoin de dividende ou jouer sur ses modalités de paiement.

Le niveau des capitaux propres d'une entreprise est souvent le premier critère d'évaluation d'une société, et en tout cas le plus évident, il vaut donc mieux préférer la mise en réserve à la distribution du dividende. De même qu'une trésorerie excédentaire est indispensable à l'accord financier, de sorte que le fonds de roulement soit assuré, et la distribution du dividende assuré par la présence de trésorerie en quantité suffisante.

L'existence de comptes courants d'associés peut également être dans une moindre mesure un souci. En effet, l'existence de comptes courants d'associés précise que l'ambition du précédent chef d'entreprise était tourné vers son entreprise sans que soit privilégié son niveau de vie personnelle, mais peut aussi apparaitre comme une faiblesse de l'entreprise qui n'aurait pas eu les moyens de payer le dividende ou qui n'aurait pas eu la capacité de financement nécessaire à ces actions opérationnelles. Cela obscurcit l'évaluation du prix réel de l'entreprise, mais dans le même temps ces comptes courants d'associés pourront être un gage futur pour les créanciers au moyen de leur nantissement ou de conventions de blocage et un mode de paiement du prix à terme.

Le gage des créanciers pour les repreneurs peut alors s'exercer sur les éléments suivants :

– les parts ou actions de la société,

– les comptes courants d'associés,

– les placements financiers souscrits par le cédant qui pourra les nantir au profit de l'établissement financier qui accompagne le projet.

Pour autant, il convient de proscrire tous les mécanismes qui auront pour effet de faire garantir l'emprunt de la reprise par des sûretés sur la société cible (*C. com. art. L. 225-216-1*) sous peine de voir la garantie annulée et les dirigeants sociaux encourir une amende de 9 000,00 € (*C. com. art. L. 242-24-3*).

A-4 Préparation de la retraite

Si la donation est un point primordial de ce type d'opération, il n'en demeure pas moins que le dénouement des opérations aboutit à une cession de l'entreprise qui conditionnera le niveau de revenu disponible du chef d'entreprise après une transformation totale de la fiscalité de son patrimoine.

A l'occasion de la cession des titres de la société, le chef d'entreprise risque d'avoir à supporter un impôt de plus-value (A-4.1), mais aussi avoir un certain nombre de régularisations au titre de son impôt sur le revenu, (A-4.2) car la nature des revenus perçus va se trouver profondément modifiée ainsi qu'au titre de l'impôt sur la fortune (A-4.3) qui sera profondément remanié de part la disparition des biens professionnels de son patrimoine et leur subrogation par d'autres biens.

A-4.1 L'impôt sur la plus-value

Cet impôt de plus-value conditionne très souvent le niveau de vie du chef d'entreprise postérieurement à la cession. En effet, c'est le prix net vendeur qui va conditionnée le revenu financier futur du cédant. L'information sur l'impôt de plus-value au cédant est donc une question qui est impérativement à éclaircir dès l'élaboration de la consultation préalable à la cession. Il conviendra d'envisager le droit commun de l'impôt de plus-value (a) avant d'en exposer les exceptions pour départ en retraite (b) les moyens de réduction de la plus-value au moyen de donation-cession ne seront pas traités car c'est l'ensemble de l'opération de FBO qui abouti à ces donations-cessions.

a) Le Droit commun

C'est si important qu'il est parfois la préoccupation majeure du cédant. Quand une personne cède des actions ou des parts de société soumises à l'impôt sur les sociétés, elle bénéficie d'un abattement sur la plus-value d'un tiers par année de détention au-delà de la 5e année. On est ainsi exonéré de plus-value si l'on justifie d'une détention des parts ou actions durant 8 ans. Mais l'on reste tenu d'acquitter les prélèvements sociaux, c'est à dire 12,3 % et ce pour toutes les sociétés dont les titres sont nominatifs pour les cessions intervenants à compter du 1er janvier 2014.

Aussi pour éviter cela, il convient parfois de procéder à une donation des parts avant de les céder et ainsi les « *purger* » de plus-value. Pour autant, l'abus de droit étant un risque inhérent à ce type d'opération, il convient de toujours contrôler que le donateur est alors mené par l'*animus donandi*. Il convient de pouvoir justifier d'un dessaisissement des parts ou actions de société et que leur prix restera à la seule disposition des bénéficiaires de la donation. Mais qu'en est-il des donations avec réserve d'usufruit ? Il faut dans ce cas dissocier plusieurs cas de figures qui après être apparus éclaircis par les avis

successifs du CCRAD, mais comme nous le verrons des décisions judiciaires récentes sont venues semer le trouble dans un domaine dont le régime commençait à se stabiliser.

Répartition du prix de cession entre usufruitier et nu-propriétaire : pour l'administration fiscale, il y a alors deux débiteurs de l'impôt de plus-value. On applique le barème de l'article 669 du Code général des impôts sur le prix de cession et d'acquisition. La seule plus-value sera celle de l'usufruitier et si l'usufruit est détenu depuis plus de huit ans on ne paiera que les prélèvements sociaux.

Le réinvestissement en démembrement : deux règles s'appliquent en la matière le nu-propriétaire est le débiteur de l'impôt. Si le prix est réinvesti en démembrement, la plus-value est conservée au profit du nouveau propriétaire. Depuis le 1er janvier 2006, la plus-value du nu-propriétaire est celle de droit commun. Ainsi, lorsque les parts sont détenues depuis plus de 8 ans il n'y a alors plus que les prélèvements sociaux qui soient acquittés par le nu-propriétaire. Pour calculer la plus-value taxable, on déduit le prix de cession, les frais de cession et on ajoute les frais d'acquisition. Si on donne la nue-propriété et qu'il est prévu un réinvestissement, il faut mettre les droits de mutation à titre gratuit à la charge des donataires de telles sortes qu'ils puissent imputer ces frais sur l'impôt de plus-value. Il faut en conséquence donner des parts en pleine propriété afin de pouvoir couvrir les frais de mutation à titre gratuits nécessaires.

La donation avec réserve d'un quasi-usufruit : le chef d'entreprise conserve le pouvoir de disposer donc il cède seul les actions et perçoit le prix, les enfants auront la créance de restitution au décès du chef d'entreprise qui s'inscrit au passif de la succession.

Ou bien on donne la nue-propriété avec réserve d'usufruit simple. Puis on cède les titres et on reporte l'usufruit sur le prix. Le quasi-usufruitier perçoit le prix. Le débiteur de l'impôt est le quasi-usufruitier. Or le CCRAD précise qu'il n'y a pas abus de droit si le donateur ne conserve pas la libre disposition du prix.

b) Le dispositif relatif à l'exonération en cas de départ en retraite

L'article 35 de la loi de finance rectificative pour l'année 2005 a institué un nouveau dispositif d'exonération de l'impôt sur le revenu des plus-values professionnelles insérées à l'article 151 septiès A du Code général des impôts.

Ce dispositif s'applique notamment aux plus-values réalisées dans le cadre d'une activité libérale lorsque les conditions suivantes sont remplies :

– l'activité doit avoir été exercée pendant au moins cinq années,

– la cession doit être réalisée à titre onéreux et la société être soumise à l'impôt sur le revenu,

– le cédant doit cesser toute activité de direction dans la société et faire

valoir ses droits à la retraite soit dans l'année qui suit la cession, soit dans l'année précédant la cession,

– le cédant ne doit pas détenir plus de 50 % des parts de la société cessionnaire.

L'entreprise ne doit pas employer plus de 250 salariés et faire plus de 50 millions d'euros de chiffres d'affaires et avoir un total de bilan inférieur à 43 millions d'euros.

L'introduction d'un abattement pour durée de détention : L'article 150-OD bis du Code général des impôts qui est d'une portée générale et qui est le pendant de l'article 150 OD ter (*cf. supra*). Cet article prévoit que l'impôt de plus-value à 18 % (auquel s'ajoute les prélèvements sociaux et le RSA pour un montant global de 12,30 %) est diminué d'un tiers par année écoulée au-delà de la cinquième année.

Mais dans ce régime la date de référence est le 1er janvier 2006 malgré que les titres aient pu être acquis avant. Ainsi cette exonération portant sur les titres nominatifs détenus pendant huit ans ne s'appliquera de plein droit qu'à compter du 1er janvier 2014.

A-4.2 L'impôt sur la fortune

Si le principe d'unité et d'unicité du patrimoine a prédominé tout l'ordonnancement du droit patrimonial, et sans aborder la question des patrimoines d'affectation, il convient de retenir que le droit fiscal reconnaît que le patrimoine du contribuable n'est pas seul et unique. En conséquence, la transparence fiscale (a) d'une structure sociétaire ou son opacité vient interférer sur la qualification professionnelle (b) ou personnelle du bien. De plus nous verrons que la qualification de biens personnels (par opposition aux biens professionnels) permet malgré tout des engagements de conservation en matière d'ISF (c) et nous verrons que l'ouverture du capital aux salariés n'aura qu'un impact limité sur le calcul de leur ISF (d).

a) Les parts de sociétés soumises à l'impôt sur le revenu

Les termes de l'article 885-0 du Code général des impôts [1] précise que le particulier qui exerce sont activité professionnelle au sein d'une société de personnes soumise à l'impôt sur le revenu ou une société de capitaux soumise sur option à l'impôt sur le revenu, permet de retenir la qualification de bien professionnel de facto sans que des conditions particulières ne soient requises. Il reste nécessaire que l'activité de la société soit reconnue comme étant industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, qui sont des activités professionnelles

(1) Article 885-0 du Code général des impôts : « *Sont également considérées comme des biens professionnels les parts de sociétés de personnes soumises à l'impôt sur le revenu visées aux articles 8 et 8 ter lorsque le redevable exerce dans la société son activité professionnelle principale.* »

au sens de la législation fiscale. Une activité donnant lieu à la perception de revenus fonciers ou mobiliers n'ayant pas de caractères professionnels.

b) Les parts de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés

La détention de droits sociaux de quelque nature que ce soit doit faire l'objet d'une déclaration à l'impôt de solidarité sur la fortune dès lors que l'actif net du contribuable excède 800 000,00 € (et bientôt 1 300 000,00 €). Pour autant les règles d'assiette de cet impôt ne font pas dépendre de la masse taxable les biens dits professionnels et dont la définition et les conditions d'exonération sont portées à l'article 885 O bis du Code général des impôts [2].

---

(2) Article 885 0 bis du Code général des impôts : « *Les parts et actions de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, de plein droit ou sur option, sont également considérées comme des biens professionnels si leur propriétaire remplit les conditions suivantes : 1º Etre, soit gérant nommé conformément aux statuts d'une société à responsabilité limitée ou en commandite par actions, soit associé en nom d'une société de personnes, soit président, directeur général, président du conseil de surveillance ou membre du directoire d'une société par actions. Les fonctions énumérées ci-dessus doivent être effectivement exercées et donner lieu à une rémunération normale. Celle-ci doit représenter plus de la moitié des revenus à raison desquels l'intéressé est soumis à l'impôt sur le revenu dans les catégories des traitements et salaires, bénéfices industriels et commerciaux, bénéfices agricoles, bénéfices non commerciaux, revenus des gérants et associés mentionnés à l'article 62.*

2º Posséder 25 % au moins des droits financiers et des droits de vote attachés aux titres émis par la société, directement ou par l'intermédiaire de son conjoint ou de leurs ascendants ou descendants ou de leurs frères et sœurs. Les titres détenus dans les mêmes conditions dans une société possédant une participation dans la société dans laquelle le redevable exerce ses fonctions sont pris en compte dans la proportion de cette participation ; la valeur de ces titres qui sont la propriété personnelle du redevable est exonérée à concurrence de la valeur réelle de l'actif brut de la société qui correspond à la participation dans la société dans laquelle le redevable exerce ses fonctions. Les parts ou actions détenues par une même personne dans plusieurs sociétés sont présumées constituer un seul bien professionnel lorsque, compte tenu de l'importance des droits détenus et de la nature des fonctions exercées, chaque participation, prise isolément, satisfait aux conditions prévues pour avoir la qualité de biens professionnels, et que les sociétés en cause ont effectivement des activités soit similaires, soit connexes et complémentaires.

Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, la condition de possession de 25 % au moins du capital de la société n'est pas exigée des gérants et associés visés à l'article 62.

Sont également considérées comme des biens professionnels les parts ou actions détenues directement par le gérant nommé conformément aux statuts d'une société à responsabilité limitée ou en commandite par actions, le président, le directeur général, le président du conseil de surveillance ou le membre du directoire d'une société par actions, qui remplit les conditions prévues au 1º ci-dessus, lorsque leur valeur excède 50 % de la valeur brute des biens imposables, y compris les parts et actions précitées.

Sont également considérées comme des biens professionnels, dans la limite de 150 000,00 euros, les parts ou actions acquises par un salarié lors de la constitution d'une société créée pour le rachat de tout ou partie du capital d'une entreprise dans les conditions mentionnées aux articles 220 quater ou 220 quater A tant que le salarié exerce son activité professionnelle principale dans la société rachetée et que la société créée bénéficie du crédit d'impôt prévu à ces articles. »

Observation étant ici faite que ces dispositions s'appliquent pour l'impôt de solidarité sur la fortune depuis celui dû au titre de l'année 2004. Les différentes conditions de ce texte se trouvent être cumulatives, et appellent les observations suivantes en matière de qualité des dirigeants (b.1), de proportion de détentions (b.2) et de nature de l'activité sociale (b.3).

b.1) Les fonctions de dirigeant de la société

Les propriétaires des titres doivent occuper, suivant le type de société considérée, les postes suivants :

Les gérants,

Le président du conseil d'administration,

Le directeur général,

Les directeurs généraux délégués,

Les membres du directoire,

Le président du conseil de surveillance ;

chacun des associés en nom dans les sociétés de personnes soumises à l'impôt sur les sociétés.

Il est indispensable que ces fonctions soient effectivement exercées et qu'elles donnent lieux à une rémunération normale [3] excédant 50 % des sources de revenus professionnels du redevable. Selon la jurisprudence, la rémunération retenue est celle versée au titre du seul mandat social, même lorsque le dirigeant exerce son activité professionnelle salariée ou une activité technique dans l'entreprise considérée.

Si le contribuable considéré devait avoir plusieurs participations, exception faite des interdictions statutaires, légales ou réglementaires, ses participations ont le caractère de biens professionnels lorsque les sociétés ont des activités similaires, connexes ou complémentaires. Dans ce cas, l'exonération s'applique dès lors que le total des rémunérations perçues de ces sociétés représente plus de 50 % des revenus professionnels du contribuable.

b.2) La condition de proportion de détention de la société

Le seuil de détention de parts de société est de 25 % permettant ainsi, à des dirigeants minoritaires en capital comme en droit de vote.

La détermination de ce seuil de 25 % du capital social tient compte non pas des parts détenues par chaque associé mais l'ensemble des parts ou actions détenues par le foyer fiscal considéré.

De plus, les participations que ces mêmes associés détiennent par l'intermédiaire d'une autre société possédant une participation dans la société ou s'exercent les fonctions, dans la limite d'un seul niveau d'interposition et dans la proportion de détention de la société interposée.

---

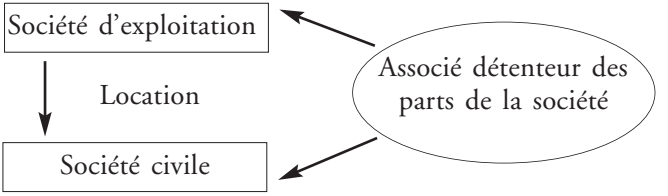
(3) Cass Com 23 avril 2003 et instruction du 3 octobre 2005 : BOI 7 S-7-05

L'activité doit être de nature industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. En sont donc exclues toutes activités dont la nature serait civile telle les activités de gestion de patrimoine mobilier ou immobilier. Si les sociétés considérées doivent avoir une activité mixte, il convient alors de proratiser la valeur des parts détenues de la manière suivante :

$$\frac{\text{Valeur nette de l'actif professionnel}}{\text{Valeur réelle totale du patrimoine social}} = \text{quote-part exonérée au titre des biens}$$

Pour autant, le fait pour une société de louer ou mettre à disposition des biens immobiliers ne suffit pas à l'exclure définitivement de la qualification de biens professionnels ; car l'article 885 0 ter dispose que « *seule la fraction de la valeur des parts ou actions correspondant aux éléments du patrimoine social nécessaire à l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale de la société est considérée comme un bien professionnel.* » Ainsi, la location au profit d'une société bénéficiant de la qualification de bien professionnel pour l'associé détenteur des parts de la société d'exploitation, ont alors la qualification fiscale de biens professionnels malgré une activité juridique civile. Cette situation simple et courante est ci-après schématisée :

Si comme, il a été indiqué plus haut, les sociétés de gestion mobilière ne sont pas exonérées d'ISF, ce propos se trouve mitigé par la notion de *holdings* d'animation. En effet, une tolérance administrative existe au profit des sociétés *holding* lorsqu'elles sont animatrices effectives de leur groupe ; c'est à dire qu'elles participent activement à la politique du groupe et qu'elles rendent des services administratifs, financiers ou comptables. Ces sociétés dès lors qu'elles dirigent la politique productive du groupe sont soumises à l'article 885 0 bis malgré leur caractère civil. Si toutefois les conditions ne sont pas remplies, les parts peuvent être partiellement exonérées si le redevable est également dirigeant de la société d'exploitation.



Exemple : Monsieur X exerce une profession dans la société A dont les titres sont exonérés d'ISF. Pour atteindre le seuil de 25 %, Monsieur X a dû agréger la participation que la société B contrôlée par son épouse détenait A. Les titres de la société B seront partiellement exonérés à hauteur de :

– Valeur brute des parts de A détenues par la société B.
– Valeur réelle de l'actif brut de B.

Comme il a pu être constaté, la qualification de biens professionnels correspondant à des critères d'application stricte, excluant de ce fait beaucoup de cas de détention de parts ou actions de SEL, ce qui pourra être compensé par le fait de conclure des pactes de conservation de titres.

c) L'exonération des titres faisant l'objet d'engagement collectif de conservation

Les pactes de conservation issus de la loi pour l'initiative économique, connus sous l'appellation de Pacte DUTREIL I puis DUTREIL II, ne sont plus à présenter, mais restent des outils indispensables à une transmission réussie, surtout si le cédant doit conserver quelques années sa participation dans la société. Nous envisagerons les titres concernés par ces engagements (c.1), puis les engagements collectifs (c.2) et les risques encourus lors de leur remise en cause par l'administration ou les associés eux-mêmes (c.3).

c.1) Les titres concernés

Les titres concernés par ce mécanisme de conservation des titres sont les mêmes que ceux qui rendent possibles l'application de l'article 885 0 bis du Code général des impôts (*cf. supra*) tout comme une exonération partielle est possible sur les titres détenus par l'interposition de *holding* d'animation ou non.

c.2) L'engagement collectif de conservation des titres

L'exonération des trois quarts d'assiette à laquelle donnent droit les pactes sont prévus pour une durée minimale de six ans par des associés représentant une certaine fraction du capital. Il convient donc d'observer quel est l'objet de l'engagement (a) qui est pris par les signataires (b) pour une durée qui peut se révéler variable (d) et ce par acte authentique ou sous seing privé (c).

a. L'objet de l'engagement

Dans le cadre de société d'exercice libéral le capital devant être conservé et concerné par les pactes est de 34 % des droits financiers et droit de vote. Et cette proportion est la proportion minimale devant être concernée tout au long du pacte. Et ce quelles que soient les opérations de haut de bilan effectuées et quelle que soit la cause de variation de cette proportion.

Pour le calcul de ce pourcentage, il convient de tenir compte de l'ensemble des associés signataires de l'acte et notamment des titres détenus par une société possédant une participation dans la société dont les titres font l'objet de l'engagement de conservation.

b. Les signataires de l'engagement

Les engagements de conservation doivent être signés par le redevable ainsi que d'autres associés, personnes physiques (I) ou morales (II).

Dans les deux cas un signataire doit effectué une fonction de dirigeant de la société pendant toute la durée du pacte. Pour autant, il est tout à fait possible

aux parties à l'engagement de se relayer dans ces fonctions de direction, en sachant qu'il peut s'agir de la même fonction ou de toutes autres fonctions à la condition qu'elles soient bien concordantes avec celles citées à l'article 885 0 bis.

1 Le cas d'une personne physique signataire

Dans le cadre de signature de l'engagement de conservation par une personne physique sur des titres non négociables, il semble être de prudence de faire signer chacun des membres du couple afin qu'aucune contestation ne s'élève par la suite. Si les titres sont démembrés, il sera également de prudence de faire signer usufruitiers et nus-propriétaires, au même titre que tous les indivisaires.

L'article 885 I bis du Code général des impôts [4] dispose que les ayants droits peuvent bénéficier de l'antériorité de signature du pacte. S'il n'est pas

---

(4) Article 885 I bis du Code Général des Impôts : *Les parts ou les actions d'une société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale ne sont pas comprises dans les bases d'imposition à l'impôt de solidarité sur la fortune, à concurrence des trois quarts de leur valeur si les conditions suivantes sont réunies :*

a. Les parts ou les actions mentionnées ci-dessus doivent faire l'objet d'un engagement collectif de conservation pris par le propriétaire, pour lui et ses ayants cause à titre gratuit avec d'autres associés ;

b. L'engagement collectif de conservation doit porter sur au moins 20 % des droits financiers et des droits de vote attachés aux titres émis par la société s'ils sont admis à la négociation sur un marché réglementé ou, à défaut, sur au moins 34 % des parts ou actions de la société.

Ces pourcentages doivent être respectés tout au long de la durée de l'engagement collectif de conservation qui ne peut être inférieure à six ans. Les associés de l'engagement collectif de conservation peuvent effectuer entre eux des cessions ou donations des titres soumis à l'engagement.

La durée initiale de l'engagement collectif de conservation peut être automatiquement prorogée par disposition expresse, ou modifiée par avenant sans pouvoir être inférieure à six ans. La dénonciation de la reconduction doit être notifiée à l'administration pour lui être opposable.

L'engagement collectif de conservation est opposable à l'administration à compter de la date de l'enregistrement de l'acte qui le constate. Dans le cas de titres admis à la négociation sur un marché réglementé, l'engagement collectif de conservation est soumis aux dispositions de l'article L. 233-11 du Code de commerce.

Pour le calcul des pourcentages prévus au premier alinéa, il est tenu compte des titres détenus par une société possédant directement une participation dans la société dont les parts ou actions font l'objet de l'engagement collectif de conservation visé au a et auquel elle a souscrit. La valeur des titres de cette société bénéficie de l'exonération partielle prévue au premier alinéa à proportion de la valeur réelle de son actif brut qui correspond à la participation ayant fait l'objet de l'engagement collectif de conservation.

L'exonération s'applique également lorsque la société détenue directement par le redevable possède une participation dans une société qui détient les titres de la société dont les parts ou actions font l'objet de l'engagement de conservation.

Dans cette hypothèse, l'exonération partielle est appliquée à la valeur des titres de la société détenus directement par le redevable, dans la limite de la fraction de la valeur réelle de l'actif brut de celle-ci représentative de la valeur de la participation indirecte ayant fait l'objet d'un engagement de conservation.

Le bénéfice de l'exonération partielle est subordonné à la condition que les participations soient conservées inchangées à chaque niveau d'interposition pendant toute la durée de l'engagement collectif ;

possible à un associé de s'adjoindre au pacte déjà existant, rien ne s'oppose à ce qu'un associé déjà engagé dans un pacte de conservation ne souscrive un deuxième pacte avec d'autres associés. De plus, les cessions entre associés, ou donations au profit de personnes ayant déjà consenti à l'engagement sont autorisées sans remise en cause de l'antériorité de l'engagement.

II Le cas d'une personne morale signataire

Le pouvoir de signer l'engagement collectif de conservation appartient au représentant légal de la société dans les mêmes conditions que pour tout acte de disposition car l'engagement porte engagement d'inaliénabilité des titres durant la période de six de conservation des titres.

S'il y a interposition, la société qui détient directement les titres de l'entreprise devra adhérer à l'engagement de conservation.

(4 suite) *En cas de non-respect des dispositions du huitième alinéa par suite d'une fusion entre sociétés interposées, l'exonération partielle accordée au titre de l'année en cours et de celles précédant cette opération n'est pas remise en cause si les signataires respectent l'engagement prévu au a jusqu'à son terme. Les titres reçus en contrepartie de la fusion doivent être conservés jusqu'au même terme.*

c. L'un des associés mentionnés au a exerce effectivement dans la société dont les parts ou actions font l'objet de l'engagement collectif de conservation son activité professionnelle principale si celle-ci est une société de personnes visée aux articles 8 et 8 ter, ou l'une des fonctions énumérées au 1º de l'article 885 O bis lorsque celle-ci est soumise à l'impôt sur les sociétés, de plein droit ou sur option ;

d. La déclaration visée à l'article 885 W doit être appuyée d'une attestation de la société dont les parts ou actions font l'objet de l'engagement collectif de conservation certifiant que les conditions prévues aux a et b ont été remplies l'année précédant celle au titre de laquelle la déclaration est souscrite ;

e. En cas de non-respect de la condition prévue au a par l'un des signataires, l'exonération n'est pas remise en cause à l'égard des autres signataires, dès lors qu'ils conservent entre eux leurs titres jusqu'au terme initialement prévu et que la condition prévue au b demeure respectée. Dans le cas où cette dernière condition n'est pas respectée, l'exonération pour l'année en cours et celles précédant la rupture n'est pas remise en cause pour les autres signataires s'ils concluent, dans un délai d'un an, un nouvel engagement collectif de conservation, incluant a minima les titres soumis à l'engagement précédent, éventuellement avec un ou plusieurs autres associés, dans les conditions prévues au a et au b.

En cas de non-respect des conditions prévues au a ou au b par suite d'une fusion ou d'une scission au sens de l'article 817 A ou d'une augmentation de capital, l'exonération partielle accordée au titre de l'année en cours et de celles précédant ces opérations n'est pas remise en cause si les signataires respectent l'engagement prévu au a jusqu'à son terme. Les titres reçus en contrepartie d'une fusion ou d'une scission doivent être conservés jusqu'au même terme. Cette exonération n'est pas non plus remise en cause lorsque la condition prévue au b n'est pas respectée par suite d'une annulation des titres pour cause de pertes ou de liquidation judiciaire.

Au-delà du délai de six ans, l'exonération partielle accordée au titre de la période d'un an en cours lors du non-respect de l'une des conditions prévues au a ou au b est seule remise en cause.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités d'application du présent article, notamment les obligations déclaratives incombant aux redevables et aux sociétés.

c. La forme de l'engagement

L'engagement de conservation collectif doit être enregistré auprès de l'administration fiscale. Et s'il porte sur des titres cotés l'engagement devra faire l'objet d'un agrément de l'autorité des marchés financiers (AMF).

d. La durée de l'engagement

L'engagement ne peut pas avoir une durée initiale inférieure à six ans qui peut être prorogée ou reconduite, de façon expresse ou tacite, voir également, par avenant pour la rédaction duquel, il faudra redoubler de vigilance afin qu'il ne puisse pas être interpréter comme un nouveau pacte. Aussi, les conditions déterminantes de cet avenant ne devraient pas pouvoir modifier les conditions de la conservation et les sanctions de l'inobservation de ces obligations. En effet, il conviendra d'être particulièrement méfiant sur le risque de contestation par l'administration fiscal qui pourrait alors invoquer la novation des obligations contenues au pacte pour redresser les associés signataires.

c.3) La remise en cause de l'engagement

La remise en cause d'un engagement collectif de conservation a des conséquences très variables selon la cause du non respect de l'engagement collectif interrompu par cause de décès (a) ou par la survenue d'un acte de cession au cours de l'engagement collectif de conservation (b).

a. La conséquence en cas de transmission à titre gratuit

Comme il a été indiqué plus haut, le décès d'un signataire ne vient pas modifier ou remettre en cause l'engagement collectif, à la condition que les héritiers de l'associé reprennent à leur compte l'obligation de conservation pour le temps restant. De plus, en cas de donation au profit d'une personne partie au pacte ou non, si cette dernière reprend l'engagement celui-ci ne se trouve pas remis en cause [5].

b. La conséquence en cas de transmission à titre onéreux

Si les cessions entre signataires sont neutres d'un point de vue fiscal, lorsqu'elles sont réalisées au profit d'un tiers à l'engagement de conservation, remet en cause l'engagement tant pour le cédant que pour les autres parties au pacte.

Pour le cédant, l'exonération est remise en cause et assortie d'un intérêt de retard qui était de 0,75 % par mois de retard et qui a été ramené à 0,40 % par mois à compter du 1er janvier 2006. Pour autant, si le pacte est respecté durant les six premières années et n'est contesté qu'après seule l'exonération d'ISF pour l'année en cours sera remise en cause.

Pour les autres signataires tout dépend si le seuil de titres concernés reste supérieur à 34 %; car sinon l'engagement se trouve remis en cause collectivement et impose à ses associés de réitérer un pacte respectant les

(5) Instr. 23 février 2004: BOI 7 S-3-04

conditions posées dans un délai d'un an, faute de quoi ils seraient soumis à pénalités. Mais en toute hypothèse, l'antériorité du pacte est perdue et c'est une nouvelle période de six années qui s'ouvre.

d) L'imposition sur la fortune des titres détenus par les salariés

La loi de finance pour l'année 2006 a eu pour effet d'exonérer de 75 % la valeur des titres d'une société détenus par ses salariés, et ce, sous la condition d'une détention durant six ans et à l'exclusion de tout autre régime de faveur.

d.1) Les titres concernés

Il s'agit des parts ou actions de société soumises à l'impôt sur les sociétés ou parts de sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu visé à l'article 8 et 8 ter du Code général des impôts. Cette exonération prévue à l'article 885 I quater [6], prévoit que la condition n'est pas dans la forme de la société mais dans son activité qui doit être de nature industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale.

---

(6) Article 885 I quater du Code général des impôts : I. – *Les parts ou actions d'une société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale ne sont pas comprises dans les bases d'imposition à l'impôt de solidarité sur la fortune, à concurrence des trois quarts de leur valeur, lorsque leur propriétaire exerce son activité principale dans cette société comme salarié ou mandataire social, ou y exerce son activité principale lorsque la société est une société de personnes soumise à l'impôt sur le revenu visée aux articles 8 à 8 ter.*

L'exonération est subordonnée à la condition que les parts ou actions restent la propriété du redevable pendant une durée minimale de six ans courant à compter du premier fait générateur au titre duquel l'exonération a été demandée.

Les parts ou actions détenues par une même personne dans plusieurs sociétés bénéficient du régime de faveur lorsque le redevable exerce une activité éligible dans chaque société et que les sociétés en cause ont effectivement des activités, soit similaires, soit connexes et complémentaires.

L'exonération s'applique dans les mêmes conditions aux titres détenus dans une société qui a des liens de dépendance avec la ou les sociétés dans laquelle ou lesquelles le redevable exerce ses fonctions ou activités au sens du a du 12 de l'article 39.

L'exonération s'applique dans les mêmes conditions aux parts de fonds communs de placement d'entreprise visés aux articles L. 214-39 et suivants du Code monétaire et financier ou aux actions de sociétés d'investissement à capital variable d'actionnariat salarié visées à l'article L. 214-40-1 du même Code. L'exonération est limitée à la fraction de la valeur des parts ou actions de ces organismes de placement collectif représentative des titres de la société dans laquelle le redevable exerce son activité principale ou de sociétés qui lui sont liées dans les conditions prévues à l'article L. 233-16 du Code de commerce. Une attestation de l'organisme déterminant la valeur éligible à l'exonération partielle doit être jointe à la déclaration visée à l'article 885 W.

II. - Les parts ou actions mentionnées au I et détenues par le redevable depuis au moins trois ans au moment de la cessation de ses fonctions ou activités pour faire valoir ses droits à la retraite sont exonérées, à hauteur des trois quarts de leur valeur, d'impôt de solidarité sur la fortune, sous réserve du respect des conditions de conservation figurant au deuxième alinéa du I.

d.2) Les activités exercées par les associés salariés

Les propriétaires de parts ou actions de société soumises à l'impôt sur les sociétés doivent exercer au sein de la société leur activité principale comme salarié ou mandataire sociaux, à moins qu'ils n'aient fait valoir leur droit à la retraite. Il faut que les titres soient détenus depuis au moins trois ans au moment de la cessation des fonctions. Lorsque cette condition d'exercice de son activité principale n'est plus remplie par le contribuable, l'exonération partielle cesse de s'appliquer, sauf en cas de départ en retraite, sans être remise en cause pour les années antérieures.

d.3) La durée et conditions de la détention

Les propriétaires des parts ou actions doivent conserver durant six ans minimum les titres concernés. Dans la mesure où les titres doivent rester la propriété du redevable pendant six ans, la cession ou la donation des titres pendant ce délai entraîne la remise en cause de l'exonération. Il faut alors acquitter un complément d'ISF assorti de l'intérêt de retard de 0,40 % par mois de retard. En cas d'opération de fusion ou de scission n'a pas vocation à remettre en cause l'exonération accordée au salarié, s'il conserve les titres reçus en contrepartie de l'opération jusqu'au terme de son engagement de conservation. Et dans l'hypothèse ou les titres du salarié se trouvent annulés pour cause de perte ou de liquidation judiciaire, l'exonération déjà obtenue n'est pas remise en cause, et ce sans conditions particulières.

2 – Phase préparatoire

Au cours de cette phase préparatoire, il convient de faire un inventaire des envies des repreneurs et cela dans tous les domaines de la vie de l'entreprise. Il conviendra de tenir compte des rôles effectifs de chacun afin de structurer l'organigramme de l'entreprise. Il est à ce titre fait appel de plus en plus fréquemment à des psychologues d'entreprise, qui par leur analyses assistent les entreprises dans leur politique de communication interne et par là même dans la constitution de leur organigramme.

(6 suite) *III. - En cas de non-respect de la condition de détention prévue au deuxième alinéa du I et au II par suite d'une fusion ou d'une scission au sens de l'article 817 A, l'exonération partielle accordée au titre de l'année en cours et de celles précédant ces opérations n'est pas remise en cause si les titres reçus en contrepartie sont conservés jusqu'au même terme. Cette exonération n'est pas non plus remise en cause lorsque la condition prévue au deuxième alinéa du I et au II n'est pas respectée par suite d'une annulation des titres pour cause de pertes ou de liquidation judiciaire.*

IV. - L'exonération partielle prévue au présent article est exclusive de l'application de tout autre régime de faveur.

NOTA : LOI 2005-1719 2005-12-30 art. 26 III Finances pour 2006 : dispositions d'application.

Quelle qu'en soit la manière il conviendra de répartir les taches entre repreneur exploitant ou bailleur de fonds en transformant notamment la SARL familiale en SA avec conseil de surveillance. Chacun devant alors trouver une place en fonction de ses qualités personnelles et de leur implication dans la société.

A Répartition des tâches en cas de pluralité de repreneur

La répartition des taches en cas de pluralité de repreneur est certainement la clé de la réussite de la reprise d'une entreprise. Il convient évidemment en fonction des aptitudes, centres d'intérêts et des compétences de chacun d'eux de se répartir les taches.

Une fois ces taches déterminées et l'organisation de l'entreprise établie, il convient d'établir les règles de fonctionnement interne permettant un contrôle du bon fonctionnement de l'ensemble.

Pour se faire une multitude de moyens existent car les relations entre repreneurs peuvent n'avoir qu'une portée strictement organisationnelle avec les certifications, labellisation et autres chartes. Mais il est tout à fait envisageable de prendre acte statutairement ou dans des actes contraignants pour les associés. Il pourra être établi des comités en fonction des différents besoins constatés en fonction des associés. Pour autant, il est statistiquement plus souvent rencontré des règlements intérieurs qui ont pour but d'organiser la prise de décision en fonction des différents postes de fonctionnement. Quel que soit le type d'organisation retenu et le type de support utilisé qu'il soit statutaire ou extrastatutaire, il convient de parfaitement définir qu'elles sont les sanctions envisageables en cas de non respect de l'organisation.

Il est en effet impératif pour les professionnels, comme pour les associés, de bien garder à l'esprit que l'affectio societatis est très fragile et résiste parfois difficilement aux crises économiques notamment. La répartition des taches, leur encadrement et les sanctions en cas de non respect sont indispensables car c'est l'équilibre de la société qui en dépends. C'est ce constat simple qui bien souvent impose l'existence de ce type de document, car ils permettent dans les cas ou la liberté contractuelle existe de faire exister et grandir une organisation unique de l'entreprise.

B Adaptation de la structure exploitante, des statuts sociaux des actionnaires et des pactes Dutreil réputés acquis

L'adaptation de la structure exploitante pourra revêtir plusieurs impacts très intéressants fiscalement en raison des droits d'enregistrement sur les parts ou actions de sociétés. Aussi l'endettement de la société pourra se trouver plus ou moins difficilement remboursée en fonction de leur statut social. En effet, le statut de salarié ou de travailleur non salarié permettra de réduire le

coût de la rémunération des nouveaux associés et contribuera efficacement au remboursement de la reprise.

B-1 Nécessité de changement de forme sociale et incidence sur le statut social des repreneurs

Il convient de se rappeler que ce mode de transmission est mixte, ni complètement gratuit, ni complètement à titre onéreux, en conséquence le coût de la fiscalité tient en l'état le civil, et dans ce cas si la donation permet de limiter la fraction de l'entreprise qui supportera un impôt de plus-value et de CSG, il n'en demeure pas moins que les droits d'enregistrements varieront de 3 % à 1,10 % plafonné à 5 000 € par conséquent la forme de la société est donc tout à fait primordiale.

C'est en cela que la forme de la société est immédiatement conditionnée par la fiscalité de la reprise. Il est d'ailleurs très souvent constaté que la transformation est une condition suspensive des conventions de cession. Pour autant, le changement de forme sociale doit avoir une durée de maintien qui justifie de l'absence d'abus de droit. Et le statut social du repreneur peut s'avérer très lourd de sens car il conditionne immédiatement le coût de la rémunération du repreneur et la capacité de remboursement de la société (*cf. comparaison du coût fiscal entre couverture social des salariés et des TNS*).

B-2 Opportunité des pactes DUTREIL

Si jusqu'à il y a peu la majorité des états développés connaissaient des systèmes de défiscalisation des transmissions d'entreprises. La France connaissait ce problème affectant les entreprises et leur trésorerie utilisée à des fins de paiement des impôts, faisant du système confiscatoire de l'imposition des transmissions d'entreprise la cause de fréquentes disparitions d'entreprises familiales notamment. La distribution de la trésorerie de l'entreprise nécessaire au paiement de l'impôt de transmission était depuis toujours un problème de transmission par l'entrepreneur à ses descendants. Mais les articles 787 B et 787 C dits pactes Dutreil ont vu le jour. Ils sont aujourd'hui le gage fiscal d'une transmission peu coûteuse. Si leur déploiement sur le territoire tarde encore pour des raisons de méconnaissance des entrepreneurs, et par l'accroissement des abattements successoraux. Il s'avère également que la présentation qui en est faite semble toujours un peu réductrice car notamment dans le cadre de société familiale. L'établissement de ce type de pacte parait une triangulation de la relation sociale inutile mais indispensable en même temps. En effet, il est souvent évident dans ces sociétés qu'elles seront transmises à tel ou tel héritier (bien qu'évident, il est indispensable de le dire), que la transmission se fera à l'occasion du départ en retraite du gérant mais la réalité est plus cruelle que cela et des décès prématurés sont fréquemment rencontrés. Il est souvent entendu

que la reconnaissance légale des engagements « *réputés acquis* » et d'un engagement collectif conclu « *post mortem* » par les héritiers semble diminuer l'idée de la nécessité d'engagement collectif écrit et enregistré. Mais il semble que dans la pratique l'écrit reste important et pour le moins préférable car les engagements réputés acquis présentent nombres d'inconvénients.

B-2.1 Quant au champ d'application

L'engagement réputé acquis et l'engagement conclu post mortem semblent pouvoir s'appliquer que sur les titres des sociétés exerçant directement une activité éligible. Seraient donc exclues les sociétés interposées. Mais nous le verrons les conditions d'application des pactes réputés acquis ne se trouvent pas pertinentes dans tous les cas et la nécessité d'anticiper et d'établir des pactes écrits et antérieurs aux opérations de transmission sont nécessaires. Ils seront d'ailleurs utiles dans les transmissions à cause de mort ou dans les transmissions à titre gratuit organisées en pleine propriété ou avec réserve d'usufruit. Les pactes Dutreil sont applicables aux transmissions d'entreprises individuelles ou sociétaires ayant une activité commerciale, artisanale, agricole ou libérale en sont exclues les sociétés ayant une activité civile.

B-2.2 Quant aux conditions d'application

L'engagement réputé acquis impose des conditions supplémentaires par rapport au régime général de l'article 787 B (détention du seuil en pourcentage de droits financiers et de droit de vote depuis deux ans par un groupe de personnes limitativement énumérées, exercice d'une fonction éligible depuis deux ans). L'engagement « *post mortem* » nécessitera que les héritiers soient unanimes pour conclure les engagements. L'exercice de la fonction par le transmettant pendant trois ans risque de ne pouvoir être constaté.

Il est alors fait de ce type de pacte écrit une assurance de l'entreprise permettant au bénéficiaire du pacte de profiter de sa fiscalité avantageuse et de ne pas détourner la trésorerie de l'entreprise de sa vocation première de financement du fonctionnement de l'entreprise et pas de financement de la fiscalité de transmission. Alors si l'opportunité de ce type de pacte apparait évidente, aux professionnels de la transmission d'entreprise et des professionnels du conseil, c'est bien parce qu'il permettra les éléments suivants :

– d'inclure des titres de sociétés interposées avec parfois jusqu'à deux niveaux d'interposition ;

– faire courir l'engagement collectif avant le décès des actionnaires parties au pacte ;

– inclure d'autres parties que les seuls héritiers de l'associé notamment pour assurer de remplir la condition de direction s'ils ne sont pas en mesure de remplir cette fonction

– s'appliquer bien que l'actionnaire ne détient pas depuis deux ans le seuil en capital ou ne remplit pas sur cette même période la fonction de direction.

Mais il est possible de faire de ces pactes de vrais outils de transmission choisis. Dans l'hypothèse ou la détention du seuil de détention du capital depuis deux ans, les fonctions de direction depuis deux ans et que la transmission porte directement sur les titres d'une société éligibles, si les donataires peuvent diriger la société pendant trois ans à compter de la transmission. L'engagement écrit permet de réduire la période de blocage des titres, mais il conviendra d'étudier les possibilités de maintien des conditions de direction par les enfants qui ne sont pas nécessairement tous du métier.

Il continue pour autant a y avoir quelques difficultés liées aux obligations de conservation dans le temps qui sont encore souvent considérées comme des freins. Le respect scrupuleux des durées de ces engagements collectifs et personnels entraîne donc la nécessité d'organiser civilement le sort des personnes qui ne respecteraient pas leurs engagements.

Si ces engagements permettent une réduction de 75 % de l'assiette des droits d'enregistrement pour les actes à titres gratuits pour les entreprises individuelles comme pour les entreprises détenues sous une forme sociale. Ces engagements extrêmement efficaces en termes de réduction d'impôt sont naturellement très surveillées par l'administration fiscale qui peut chercher à vérifier leur application réelle. Il faut donc parfaitement informer et sensibiliser les bénéficiaires de la transmission. Et il est souhaitable de prévoir le plus possible de garde-fous pour éviter les ruptures d'engagements par inadvertance ou par mésentente. Les pactes d'actionnaires prévoyant une inaliénabilité des titres et une mise en place de sanctions financières équivalentes à la remise en cause de l'avantage fiscal à la charge exclusive du bénéficiaire défaillant seront des sanctions très régulièrement rencontrées et très efficaces.

C'est la raison pour laquelle, des pactes écrits sont préconisés ainsi que, lorsque l'organisation familiale le permet, d'effectuer des donation-partage avec soulte, car en présence de plusieurs héritiers ou donataires, la doctrine administrative admet que la transmission ait lieu avec charge d'acquitter une soulte aux autres présomptifs héritiers. Si cette tolérance est la bien venue, il ne faut pas se voiler la face car les cessions peuvent porter sur des valeurs très significatives, les soultes étant alors de montant trop importants pour pouvoir être financés dans des délais et une fiscalité raisonnable. Si l'idée d'effectuer des apports à titre onéreux ou mixte à une *holding* de reprise a été suggéré, il convient de retenir beaucoup de prudence car l'article 787 B-f du Code général des impôts semble ne se destiner qu'aux apports à titre pur et simple.

• Trois conditions :

– Engagement collectif de 2 ans ;

– Engagement individuel : une structure sociale de détention des titres est alors intéressante en cas de volonté d'anticiper le décès du repreneur mais aussi dans le but de centraliser les titres dans une *holding* de reprise qui sera aussi la garante de l'engagement.

– Condition de direction effective : une structure sociale peut alors être partie à la convention et nommée à un poste de direction de l'entreprise car c'est alors cette structure qui nomme un représentant, qui lui peut varier à l'infini sans que la condition de direction ne puisse être contredite car la structure sociale dirigeante est alors garante de la continuité de la direction.

• *Timing* de transmission en vertu des exonérations de plus-value sur titre

Les solutions de transmission à titre purement gratuit sont rarissimes car l'entrepreneur ayant le plus souvent garanti la pérennité de son entreprise n'aura pas toujours optimisé son revenu préférant la solvabilité de son entreprise. Les opérations de donation n'ouvrant pas droit à la perception d'un impôt de plus-value, cette question n'est pas toujours intégrée initialement. Mais le caractère mixte de la transmission doit nécessairement prendre en compte les dispositions en terme de plus-value et notamment dans le cadre d'un départ en retraite de l'entrepreneur. En effet, les cessions intrafamiliales seront le plus souvent acter à l'occasion d'un départ en retraite du dirigeant et dans ce cas exonérée de plus-value au titre de l'article 150-O D ter [7].

B-2.3 Opportunité de ne pas conserver l'immobilier dans l'entreprise

Il est très souvent déconseillé au chef d'entreprise de conserver ou d'introduire son immobilier professionnel dans la société d'exploitation de son activité, les buts en son classiques et récurrents :

– Diminuer le gage des créanciers.

– Se réserver la possibilité de transmettre l'entreprise avec ou sans les biens immobiliers.

– Rendre l'entreprise plus facile à céder en :

• Diminuer la valeur

• Faciliter le financement en évitant l'interdiction de garantie sur les actifs de la société cible

• Faciliter la transmission à titre gratuit :

• Diminution de la valeur du lot attribué au repreneur

• Possibilité d'allotir les donataires ou héritiers non repreneurs au moyen des biens immobiliers

– Lors de la transmission à titre onéreux, l'imposition des plus-values est parfois moins lourde lorsque les biens immobiliers sont séparés de l'exploitation.

(7) Qui peuvent s'étendre au groupe familial dans certaines conditions portée à l'instruction fiscale 5C-1-07 en son article 143

Cela est particulièrement sensible pour les entreprises exploitées en société.

Mais à l'inverse, par le jeu de l'exonération « *Dutreil* » la transmission à titre gratuit peut se révéler moins onéreuse lorsque les biens sont la propriété de la société d'exploitation.

Ce choix qui remonte à l'acquisition du bien immobilier est donc de première importance car il conditionne la transmission de l'entreprise dans son ensemble et la sortie des biens immobiliers d'entreprises et une chose très lourde de conséquences juridiques et fiscales. La séparation se fera alors par des méthodes classiques de vente ou de vente démembrée si des besoins d'optimisation se font jour. Ou par des méthodes moins immédiates par des systèmes d'apports à des *holdings*, de filialisation, ou encore de distribution de dividendes.

C Apport à titre onéreux ou pur et simple

Le *family buy out* se caractérise par un apport à une société des titres donnés dans le but de permettre un financement par cette structure du rachat de la société familiale « *cible* ». S'il n'y a pas de caractère hostile comme il peut l'être constaté dans nombre de reprise de société par leur concurrent les techniques restent les mêmes. En effet, le recours à des sociétés *holdings* de rachat reste de mise mais plus pour les mêmes raisons. En effet, la *holding* prédatrice dans un cadre de reprise pourra souhaiter troubler les pistes de qui est le véritable repreneur. Ici le but poursuivi par la *holding* n'est pas d'opacifier la situation mais bien de pouvoir faire jouer l'ensemble des leviers juridiques, fiscaux et comptables de la *holding* de reprise.

Se pose donc les questions traditionnelles de la reprise d'entreprise, quelle sera la forme de société à préférer pour la reprise, s'il en faut une ? Quels seront les associés ? Quelle sera la forme des apports se trouveront-il être purs et simples ou à titre onéreux. Et c'est là une spécificité du FBO car c'est bel et bien la société qui s'acquitte de la soulte due par le bénéficiaire de la transmission.

C-1 La réponse à un besoin de liquidité

Comme il convient de le rappeler, la société *holding* se trouve souvent être représentée par une société civile ou une société par actions simplifiées, mais il ne suffit pas de mettre en avant la souplesse de ces sociétés. En effet, comme l'indique notre propos, le FBO est un pacte de famille avec ces droits et ces obligations. Il convient donc non pas de rechercher à tout prix la souplesse mais aussi la forme de société la plus adéquate pour faire respecter les engagements pris. De plus, il convient de garder à l'esprit la justification de cette *holding*.

La constitution d'une *holding* permet d'obtenir les liquidités nécessaires au rachat de parts ou d'actions de société à des associés ou actionnaires qui

souhaitent se retirer de la société. Les sociétés familiales sont le siège de la nécessité de trésorerie, notamment lorsque le dirigeant a plusieurs enfants. En effet, la constitution de la société *holding* aura pour finalité de pouvoir répondre à la nécessité d'emprunt pour acquitter les soultes ou racheter les parts ou actions de société des autres cohéritiers. La *holding* pourra alors rembourser sa dette au moyen de la remontée des dividendes dans la *holding* de rachat. Dans l'hypothèse ou d'autres associés seront actionnaires ou associés de la société d'exploitation, il sera nécessaire de mettre en place différents mécanismes afin d'assurer le remboursement du prêt de la *holding*. Il pourra alors être instauré un dividende de premier rang, un dividende prioritaire ce qui permettra d'assurer la solvabilité de la *holding*.

C-2 Un effet de levier financier, juridique et fiscal

L'un des avantages d'une opération de FBO est de permettre à des repreneurs d'acquérir le contrôle de la cible par le biais du seul contrôle de la *holding* d'acquisition. Cet effet de levier juridique, implique l'intervention, d'un ou plusieurs investisseurs financiers pour une part plus ou moins importante du capital de la *holding*. Le financement de l'acquisition des parts restantes de la société ne se fait pas uniquement par recours à l'endettement mais également par utilisation des fonds propres de la *holding* d'acquisition. En conséquence, les dirigeants repreneurs et les investisseurs financiers doivent apporter à la *holding* un certain niveau de capitaux propres. Le montant des fonds propres sera principalement déterminé par le respect d'un ratio dettes/fonds propres exigé par les banques ; ce ratio dépend des capacités de remboursement du groupe financé mais également des cycles économiques traversés. La capitalisation de la *holding* est réalisée par voie d'une ou plusieurs augmentations de capital, ainsi que par l'émission, le cas échéant, d'autres valeurs mobilières, préalablement ou concomitamment à la mise en place des financements et à la réalisation de l'acquisition de la société cible.

Lorsque des actionnaires vendeurs de la cible participent à l'opération de FBO, leur contribution au capital de la *holding* d'acquisition est fréquemment constituée par l'apport de tout ou partie de leurs titres de la cible. Le prix d'acquisition payable en numéraire est mécaniquement réduit en conséquence.

D'un point de vue financier, il est plus intéressant pour le repreneur de procéder à une acquisition par le biais d'un endettement que d'acheter sur ces fonds personnels des parts de la société et ce surtout lorsque la rentabilité de l'entreprise est supérieure aux taux d'emprunts. Mais, il convient de rester prudent car c'est bien sur la capacité d'autofinancement de la société que tout repose, une baisse de la rentabilité entrainera immédiatement une difficulté dans le remboursement du crédit nécessaire. Cette faculté de dégager

de l'autofinancement devra d'ailleurs être appréhendée par la ventilation dans la valorisation de l'entreprise des postes comptables de charges fixes, variables et propres au dirigeant.

L'effet de levier juridique consiste dans le fait qu'une participation majoritaire dans la *holding* permettra de prendre le contrôle de la *holding* bien sur mais aussi de la société cible détenue majoritairement par la *holding*. Comme il l'a été évoqué au développement sur le maintien des pactes par la constitution de sociétés nouvelles. Et un levier fiscal bien sur qui est également la force du LBO (*Leverage Buy Out*), qui par le biais de l'intégration fiscale permet, dès lors que la société *holding* détient 95 % au moins de la société filiale, d'imputer le bénéfice de la société cible avec le déficit de la société *holding*. Il est renvoyé à ce titre aux développements sur les limites de l'endettement de la *holding* de reprise ci-après.

C-3 Un financement qui peut être participatif

Dans les opérations simples, les fonds propres sont exclusivement représentés par des actions de capital.

Dans d'autres cas plus complexes, les valeurs mobilières donnant accès à terme au capital social sont émises (bons de souscription d'actions, obligations convertibles en actions). Leur but est d'aménager entre les actionnaires de la *holding* une différenciation dans la détention du capital qui soit différente des sommes apportées et qui évolue en fonction des objectifs imposés par les financeurs de l'opération. Dans le cas de bons de souscription d'actions, seul le prix de souscription (prix de l'option) est versé dès la constitution de la *holding*, la libération du prix de souscription des actions auxquelles ces bons donnent droit étant reporté, généralement au moment du débouclage de l'opération de FBO (vente ou LBO secondaire). Les bons de souscription d'actions sont donc fréquemment utilisés comme un outil incitatif pour les dirigeants repreneurs (*V. infra n° 170*). L'émission d'obligations convertibles en actions a, quant à elle, pour particularité d'assurer un rendement (intérêts des obligations) aux fonds apportés par ce biais dès la constitution de la *holding*.

Les actions de préférences sont parfois utilisées dans les opérations de FBO (mais moins fréquemment que dans les opérations de capital risque). Par la liberté créatrice qu'elles offrent, elles permettent de mettre en place, entre autres, une dissociation de l'exercice du pouvoir (comme déjà indiqué) et des avantages pécuniaires. Toutefois, en raison des contraintes qui s'imposent lors de l'émission d'actions de préférences, le recours à ce type d'action reste peu courant hormis dans un certain nombre d'opération de financement de surfaces commerciales par des foncières en partenariat avec leurs adhérents ou pour répondre aux besoins particuliers des acteurs concernés.

Si ces modes de financement paraissent parfois déjà élaborés, il a été souligné par Monsieur Nicolas DUCROS [8] qu'à l'avenir les conseillers en gestion de patrimoine indépendants (CGPI) pourraient mettre à profit leur expérience sur le marché du capital-risque. Selon ces conseillers il existe pour eux une véritable opportunité sur le segment des PME et PMI surtout lorsque les valorisations sont trop faibles pour intéresser les banques d'affaires traditionnelles. Lorsque l'entrepreneur à la tête d'une entreprise d'une valeur de deux ou trois millions d'euros a des difficultés à trouver le financier pour une cession, Monsieur Loïc RONZANI [9] confirme que : « *lorsque l'activité génère suffisamment de cash-flows, il reviendra naturellement au CGP de fournir une offre d'OBO [de FBO ou de LBO] et ce sera d'autant plus simple quand il ne sera pas nécessaire d'y associer un fonds de* private equity. »

C-3.1 Les limites à l'endettement de la *holding* de reprise

Les limites de l'endettement de la *holding* de reprise sont bien entendu à la fois fiscales et financières. En effet, il est nécessaire de retenir et d'assurer la distribution de dividende de la société d'exploitation car c'est elle qui va assurer le financement du remboursement du prêt. De plus, la fiscalité intervient largement dans la capacité de remboursement car la société *holding* n'aura pour activité à comptabiliser uniquement les dividendes et les impôts et remboursement afférents. En conséquence, la fiscalité revêt une importance primordiale d'autant que le risque d'abus de droit est fort et dans un second temps de « l'*amendement CHARASSE* » codifié à l'article 223 B-7 du Code général des impôts.

a) L'abus de droit

Il est souvent reproché par la constitution d'une société *holding* de souhaiter s'accaparer indirectement les réserve de la société. En effet, le rachat à soi-même peut dans certaines circonstances être risqué. Les actionnaires personnes physique de la « *cible* » qui cèdent à une société *holding* matérialisent leur plus-value à un taux d'imposition raisonnable voir avoir le régime de faveur pour durée de détention dans des conditions très favorables. Il est alors constaté une dette de la *holding* vis-à-vis des actionnaires qui seront remboursés de leur prix au moyen du dividende de la société cible et ce en quasi-franchise d'impôt. Il apparait donc ici, et dans certains cas, que le remboursement des comptes courants d'associés au moyen des dividendes déguise une distribution de réserves.

(8) AGEFI Actifs, n° 488 du 8 avril au 14 avril 2011, *Un moyen pour les dirigeants de profiter des liquidités de leurs PME.*

(9) Loïc RONZANI est associé gérant de la société Augusta (groupe MAGDAE) spécialisé dans les problématiques de cession et de transmission des entreprises familiales.

Dans le cadre de l'article L. 64 du LPF [10], il est donc non opposable à l'administration fiscale ce type d'opération car elle déguiserait une réalisation ou un transfert de bénéfices. Selon une jurisprudence bien établie, il ne peut y avoir abus de droit que si les actes litigieux ont un caractère fictif ou, à défaut, n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales de l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportés eu égard à sa situation et à ses activités réelles. Il peut donc y avoir abus de droit en cas de *holding* fictive.

La fictivité de la *holding* pourrait être caractérisée dans différents cas de figure :

– société cible détenue à 100 % par un associé qui sera l'unique associé de la *holding*;

– défaut de tenue des assemblées, absence de comptabilité, etc…

– l'exclusivité d'un but fiscal de la société : il faut alors qu'aucune autre motivation n'existe et ne soit apparente et que ces autres motivations soient le moyen d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales qui aurait dues être supportées.

Cette aspect de l'abus de droit est surement le plus dur à appréhender car il a été jugé que les actes passés et ayant pour « *principal effet* » d'atténuer ces charges ne suffit pas à caractériser l'abus de droit. La Cour de cassation ne reconnait pas à l'optimisation fiscale et à sa recherche de caractère permettant de retenir l'abus de droit fiscal. Cette position est d'ailleurs régulièrement retenue comme la recherche d'un gain économique ne pouvant caractériser un abus de droit.

En revanche, ne saurait être un abus de droit la cession à intervenir au profit d'une *holding* constituée des enfants du dirigeant de la société cible et ce même s'il est usufruitier des parts de la société *holding*. En effet, il ya bien alors cession des parts à un tiers et ne saurait être une vente à soi-même.

---

(10) CE, n° 320313, 27 janvier 2011 : les demandes des associés tendant à la décharge des cotisations supplémentaires ont été rejetées par les juges du fond au motif que le montage avait pour objet d'organiser une distribution indirecte des bénéfices. Les magistrats se fondent notamment sur la « *similitude des associés dans les deux sociétés, le court laps de temps qu'il s'était écoulé* » entre les différentes opération de création de la *holding*, de cession, de titres et de distribution d'un dividende. Pour annulé l'arrêt le Conseil d'Etat qui se fonde sur ce texte considère que la création de la *holding* présentait pour les requérants « *un intérêt d'ordre financier et patrimonial durable, en permettant à la société qu'ils contrôlaient notamment de dégager une capacité d'emprunt supérieure à celle des associés en obtenant de meilleures conditions, des financements extérieurs* ». La constitution de société *holding* n'est donc pas un indice de l'abus de droit, la concomitance non plus. Mais l'optimisation financière constitue bien un intérêt durable pour le contribuable qui peut alors l'opposer à l'administration fiscale.

b) L'amendement Charasse

Dans le cadre des opérations de FBO le recours à la *holding* de reprise se justifie essentiellement par le fait d'opter pour un régime d'intégration fiscale (ou au moins de société mère-fille). A ce titre, la *holding* se constitue seule redevable de l'impôt dû sur l'ensemble des résultats de son groupe. Ce régime permet ainsi d'opérer une compensation entre les résultats négatifs et positifs de la *holding* et de ses filiales et, concrètement dans le cas d'un FBO, une imputation des charges financières et frais d'acquisition sur les bénéfices de la cible dans une certaine limite.

Le régime de l'intégration fiscale n'est applicable qu'aux sociétés soumises en France, de plein droit ou sur option, à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun [11]. Les sociétés intégrées doivent avoir les mêmes dates d'exercice fiscal. Depuis les modifications apportées par la loi de finances rectificative pour 2006 (*L. n° 2006-1771, 30 déc. 2006*), le taux de détention du capital des sociétés intégrées par la société tête de groupe est déterminé en faisant abstraction des titres attribués aux salariés dans le cadre d'un plan d'options de souscription ou d'achat d'actions (*C. com., art. L. 225-177 à L. 225-184*) ou d'un plan d'attribution gratuite d'actions (*C. com., art. L. 225-197-1 à L. 225-197-5*) et des attributions de titres réservées aux adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise (*C. trav., art. L. 3332-18 à L. 3332-24*), mais ce dans la limite de 10 % du capital de la société et tant que le détenteur exerce ses fonctions au sein de la société et conserve lesdits titres. Ce qui s'avère être un point important quant à l'évolution des modes de rémunération d'un certain nombres de cadres ou dirigeants d'entreprise.

Ce régime de l'intégration s'applique sur simple option. L'option doit être notifiée, accompagnée de l'accord des filiales concernées, dans le délai du dépôt de la déclaration de résultat de l'exercice précédant celui au titre duquel l'intégration sera effective, soit trois mois à compter de la clôture de l'exercice. Ainsi, sauf dans l'hypothèse de l'acquisition d'un groupe déjà intégré, une société nouvellement créée doit nécessairement clore un exercice avant de se constituer tête de groupe fiscal. Ce qui impactera immédiatement le business plan du repreneur devant anticiper le besoin de trésorerie lié à la fiscalité.

Le résultat d'ensemble du groupe est constitué de la somme des résultats des sociétés. Certains ajustements doivent ensuite être opérés afin de neutraliser les opérations internes au groupe et d'éviter ainsi soit une double déduction

(11) Article 223 A du CGI, la *holding* doit détenir, de manière continue au cours de l'exercice, directement ou indirectement par l'intermédiaire de sociétés du groupe, 95 % au moins du capital des sociétés qu'elle souhaite intégrer fiscalement. À l'inverse, le capital de la société mère ne doit pas être détenu, directement ou indirectement, à 95 % ou plus par une autre personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun.

soit une double imposition de ces opérations. Ces ajustements concernent notamment les distributions de dividendes intragroupes (*CGI, art. 223 B, al. 3)* et la déductibilité des charges financières dans l'hypothèse où une société du groupe serait sous-capitalisée (*CGI, art. 223 B, al. 14 à 19*). Ce régime permet ainsi à la *holding* de compenser ses déficits fiscaux (générés par ses charges financières et frais engagés dans le cadre de l'acquisition) avec les bénéfices réalisés par la société cible.

L'article 223 B, alinéa 7 du CGI, communément appelé amendement Charasse, prévoit une limite au principe de déduction des charges financières de la *holding* dans l'hypothèse d'une acquisition à « *soi-même*». Cet article prévoit en effet un dispositif de réintégration d'une partie des charges financières engagées par la *holding* dans l'hypothèse où les titres de la cible sont acquis auprès des personnes qui contrôlent, directement ou indirectement, la *holding* ou auprès de sociétés que ces personnes contrôlent, directement ou indirectement, au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce.

Dans cette hypothèse, la *holding* doit réintégrer dans le résultat d'ensemble du groupe fiscal une partie des charges financières déduites pour la détermination de ce résultat, correspondant au « r*apport du prix d'acquisition de ces titres à la somme du montant moyen des dettes, de chaque exercice, des entreprises membres du groupe*». Depuis les modifications apportées par la loi de finances rectificative pour 2006 précitée (*commentées dans une instruction administrative en date du 2 avril 2008 publiée au BOI 4 H-2-08*), cette réintégration doit être opérée pendant l'exercice d'acquisition des titres de la cible et les huit exercices suivants pour les acquisitions réalisées au cours des exercices ouverts à compter du 1er janvier 2007 (la période de réintégration maximale étant de 15 ans pour les acquisitions antérieures). Cette réintégration cesse dès lors que la cible acquise sort du groupe fiscalement intégré (sauf si la sortie du groupe résulte d'une fusion avec une autre société membre de ce groupe) ou si la ou les personnes qui contrôlaient la *holding*, au moment de l'acquisition à « *soi-même*», ne la contrôlent plus. Ce dispositif s'applique désormais « *même si la société rachetée ne devient pas membre du même groupe que la société cessionnaire, dès lors que la première est absorbée par la seconde ou par une société membre ou devenant membre du même groupe que la société cessionnaire*».

Dans les hypothèses où un groupe fiscalement intégré ne peut pas être mis en place, des solutions alternatives permettant une imputation des déficits fiscaux de la *holding*.

L'absorption de la cible par la *holding* est parfois envisagée pour permettre une imputation directe des charges financières de l'absorbante sur les bénéfices de la cible absorbée. Toutefois, aux termes d'une instruction en date du 3 août 2000 (*BOI 4 I-2-00*), l'administration a indiqué que si une telle

opération a « *pour but exclusif d'imputer fiscalement les frais d'acquisition sur les bénéfices de la société acquise* » ou constitue pour la société acquise puis fusionnée « *une opération déséquilibrée, sans contrepartie suffisante pour elle* », elle pourra être remise en cause sur le fondement de l'abus de droit ou de l'acte anormal de gestion. Pour apprécier le but poursuivi, l'administration se fonde sur un faisceau d'indices parmi lesquels :

– le délai séparant l'acquisition de la fusion ;

– le niveau de capitalisation de la *holding*;

– l'importance des dettes d'acquisition subsistant lors de la fusion par rapport au financement initial ; et

– l'exercice ou non par la *holding*, avant la fusion, d'une activité autre que la détention de titres.

L'administration précise en outre que le fait que les deux sociétés aient formé ou auraient pu former un groupe intégré fiscalement est sans incidence sur la qualification fiscale de l'opération. Afin de vérifier que l'opération de fusion ne sera pas requalifiée sur le fondement de l'abus de droit, il est toujours possible de consulter l'administration fiscale dans le cadre d'une demande de rescrit. On relèvera que l'administration fiscale a, en 2007, assoupli sa position en cas de fusion rapide entre deux *holdings* financières, cette position intéresse les opérations de FBO secondaires : en effet, dans une telle hypothèse, la déductibilité des charges financières ne sera pas remise en cause dès lors que les conditions suivantes sont remplies (*Rescrit n° 2007/48 (FE), 23 oct. 2007*) :

– la fusion des deux sociétés ne doit pas entraîner de rupture dans l'application du régime fiscal des groupes de sociétés prévu à l'article 223 A du CGI ;

– le capital de la société absorbée ne doit comprendre aucun intérêt minoritaire susceptible d'être lésé par l'opération de fusion ; et

– l'opération de fusion ne doit concerner que des structures de financement et n'entraîner par conséquent aucun appauvrissement des sociétés opérationnelles.

Lorsque la *holding* réalise pour la cible des prestations de services, généralement de nature administrative et financière, elle dégage alors des bénéfices imposables desquels pourront être déduits les frais et charges financières engagés dans le cadre de l'acquisition. Grâce à cette activité opérationnelle, la *holding* peut également déduire la TVA décaissée au titre des frais d'acquisition. Enfin, les sommes versées par la société cible en contrepartie des prestations de services réalisées constituent, pour cette dernière, des charges déductibles. Néanmoins, la réalisation de prestations de services pour la cible ne doit pas constituer un acte anormal de gestion pour cette dernière et doit donc être appréciée avec réalisme.

L'EIRL : un double objectif de protection patrimoniale et d'accès au crédit

Ludovic ARNAUD

Les remous économiques de ces dernières années ont fait vaciller de nombreuses entreprises. Certaines d'entre elles, et non des moindres, ont même chaviré sous l'ampleur de la déferlante. L'importance exceptionnelle de ce phénomène n'a pas démenti un constat traditionnel : l'organisation juridique de l'exploitation est un facteur de résistance financière des entités économiques. En effet, la structure utilisée conditionne la confiance des partenaires et l'accès au crédit.

Cet accès au crédit répond, bien souvent, à la problématique de capitalisation des entreprises françaises. Il est néanmoins constant que les concours bancaires sont offerts aux seules entreprises pouvant apporter les garanties de solvabilité jugées suffisantes par le créancier. Il ne parait pas envisageable, pour autant, de nier toute protection au patrimoine personnel de l'entrepreneur vis à vis des pouvoirs du prêteur. L'on remarque cependant au cours des périodes de difficultés économiques une propension des créanciers à exiger des garanties excessives [1], voire sans rapport avec le concours sollicité et avec le risque réel de l'opération envisagée. Outre les sûretés réelles ou personnelles que sont amenés à fournir les entrepreneurs à leurs créanciers, ces derniers bénéficient du droit de gage général sur le patrimoine de l'emprunteur. La responsabilité indéfinie du débiteur forme ainsi l'un des effets les plus puissants du principe de l'unité du patrimoine, qui permet en contrepartie de s'attacher la confiance des créanciers.

Face aux difficultés économiques et aux défaillances des entreprises, le législateur a entrepris depuis de nombreuses années d'offrir le choix d'un cadre protecteur aux chefs d'entreprises. En effet, il est rapidement apparu à la fin des trente glorieuses que le patrimoine de l'entrepreneur individuel offrait, en même temps que l'accès au crédit, trop de prises à l'action des créanciers. Il s'est donc agit d'encourager l'initiative économique par la limitation des risques entrepreneuriaux.

---

(1) Bien que cette pratique soit aujourd'hui sanctionnée par l'article L. 650-1 du C. com.

Aussi, en 1985 le législateur a permis aux entrepreneurs individuels de constituer, seuls, une société d'exploitation dénommée EURL (Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée). Cette personne morale nouvelle, créée par une fiction de la loi, devait permettre à l'entrepreneur d'exploiter sereinement son activité à l'abri des poursuites des créanciers contre son patrimoine personnel, sans pour autant réduire le concours des établissements bancaires. Cette innovation est venue mettre un terme à la pratique des sociétés fictivement pluripersonnelles. Force est de constater l'échec relatif de ce dispositif [2], lequel n'a pas autant séduit les entrepreneurs que ne le présageait le législateur de l'époque. Les observateurs [3] indiquent que le truchement d'une personne morale entre le chef d'entreprise et son outil d'exploitation ainsi que les obligations comptables sont la cause de ce désamour. Au surplus, la dichotomie réalisée entre la personnalité morale de l'EURL et la personnalité physique de son unique associé est souvent remise en cause par les engagements personnels souscrits par l'associé pour garantir le remboursement des créanciers de la société. Notons qu'en 2008, plus de la moitié des créateurs d'entreprises ont choisi d'exercer en nom personnel. Cette tendance s'est accentuée avec l'instauration du régime de l'auto-entrepreneur [4], mais avait déjà été détectée en 2003 à l'occasion de la création du mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité [5], lequel est relativement peu employé par les entrepreneurs individuels [6].

A la lumière de ces constatations, sur fond de crise économique, il est apparu opportun aux pouvoirs publics de protéger le patrimoine personnel des chefs d'entreprises afin d'ouvrir le monde de l'entrepreneuriat au plus grand nombre. Ainsi, dans une logique d'inspiration consumériste, le législateur tend à protéger des effets d'une défaillance économique le patrimoine personnel de cet « *entrepreneur-consommateur* ». Cette volonté, figurée par le mécanisme de l'auto-entrepreneur, vise à ouvrir l'accès à l'entrepreneuriat à des opérateurs non initiés en leur offrant une solution d'exploitation clefs en mains. A cette fin, le législateur a franchi un pas de plus vers la protection

---

(2) En 30 ans, seules 165 000 EURL ont été créées : F. Hurel, *Rapport Novelli en faveur d'une meilleure reconnaissance du travail indépendant*, 10 janv. 2008, p. 4.

(3) Notamment : Hubert Fabre, Stéphane Gorrias, et Reinhard Dammann, *La protection du patrimoine du débiteur personne physique*, Rev. Proc. coll. n° 3, 2010.

(4) Au 1er trimestre 2010, il en est compté plus de 360 000, *Rapport Novelli*, précité.

(5) Loi n° 2003-721, du 1er août 2003, dont le champ d'application matériel a été étendu à tous les immeubles par l'effet de la loi LME n° 2008-776, du 4 août 2008.

(6) Alain Lienhard, *Entreprise individuelle à responsabilité limitée : naissance du patrimoine d'affectation*, Recueil Dalloz 2010, p. 252 : « *peu d'entrepreneurs sont, à leur début d'activité, propriétaires d'un bien immobilier personnel* ».

des avoirs de l'entrepreneur. Alors qu'en 1985 la solution pour y parvenir avait été trouvée dans le dévoiement du droit des sociétés, en 2010 la technique adoptée tient en la modification profonde de notre conception du patrimoine en droit privé.

La loi du 15 juin 2010 [7] a en effet créé l'EIRL (Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée) et permis la constitution d'un patrimoine d'affectation. Désormais, l'entrepreneur peut choisir de constituer deux patrimoines distincts, l'un voué à l'exploitation de son activité professionnelle, l'autre accueillant ses biens personnels. Avec cette mesure, prise à l'heure des « *droits opposables* », le législateur semble avoir créé le « *droit d'entreprendre sans risque* » [8], voire « *le droit pour le débiteur de ne pas payer ses dettes* » [9].

Il n'est cependant pas souhaitable que l'inclination du législateur en faveur d'une protection accrue du chef d'entreprise occulte l'aléa inhérent à toute activité économique. D'ailleurs, entreprendre sans risque, est-ce bien entreprendre ? La meilleure démonstration d'une volonté de réussir ne tient-elle pas dans l'engagement des biens personnels de l'entrepreneur ?

Il est à craindre que ne soient limités par un excès de protection, l'accès au crédit du chef d'entreprise et finalement sa liberté d'entreprendre.

Le travail du législateur consiste donc à trouver l'équilibre subtil entre la protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur (1) et la sauvegarde des droits des créanciers (2). Le succès de l'EIRL – nouvelle figure du droit français – en dépend [10].

1 – La protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur : gage de la liberté d'entreprendre

Le succès du statut de l'auto-entrepreneur a mis en lumière le désir d'entreprendre des français. Toutefois, cette volonté s'est matérialisée dans ce nouvel outil grâce à l'idée, aujourd'hui rependue, selon laquelle on ne réalise un projet professionnel que s'il est dénué de risque, mieux, on ne s'engage que si le profit est certain.

(7) Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 (JO 16 juin 2010) relative à l'EIRL, codifiée aux articles L. 526-6 et s. du C. com. et ses textes d'application : Ord. n° 2010-1512 du 9 déc. 2010 (JO 10 déc. 2010) portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, D. n° 2010-1706 du 29 déc. 2010 (JO 31 déc. 2010 p. 23450), A. du 29 déc. 2010 (JO 31 déc. 2010 p. 23464).

(8) Stephan Torck, *Les alternatives à l'EIRL*, Revue Lamy, Droit civil, 2010, n° 77.

(9) G. Ripert, *Le droit de ne pas payer ses dettes,* DH 1936, chr., p. 57.

(10) Les ambitions affichées sont grandes puisque le gouvernement attend près de 100 000 créations d'EIRL avant la fin de l'année 2012.

C'est en somme l'idée d'une « *entreprise sous bénéfice d'inventaire* » qui préside à la réalisation des projets professionnels.

C'est sur ce credo qu'est aménagé le statut de l'EIRL afin de promouvoir la création d'entreprises françaises. Dans cet esprit, la liberté d'entreprendre est préservée par la protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur. Cette protection est assurée, d'une part, en vertu du choix offert à l'entrepreneur quant aux éléments à affecter à son activité (A) et, d'autre part, par la limitation de sa responsabilité (B).

A La création du patrimoine d'affectation

Quelle que soit l'activité exercée par l'entrepreneur individuel, la loi du 15 juin 2010 permet à celui-ci d'affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel. Le législateur a pris soin de préciser que cette opération n'emporte pas la création d'une personne morale.

La protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur n'est pas réalisée, comme à l'habitude, par son inclusion dans une gangue protectrice, mais au contraire par la désignation des biens qui peuvent servir d'assiette aux poursuites des créanciers professionnels. Cette désignation donne lieu au placement des biens visés dans un patrimoine *ad hoc*. A l'inverse de la déclaration d'insaisissabilité des immeubles personnels, l'affectation au patrimoine professionnel de l'EIRL fonctionne comme une « *déclaration de saisissabilité* ».

A cet effet l'entrepreneur doit déposer une déclaration d'affectation – selon l'activité exercée – auprès du registre de publicité légale ou du greffe du tribunal de commerce compétent. Cette déclaration comporte nécessairement la désignation des biens affectés en nature, quantité et valeur, ainsi que la nature de l'activité à laquelle ils sont attachés.

Le deuxième alinéa de l'article L. 526-6 du Code de commerce dispose que le patrimoine affecté peut être composé de deux types d'éléments ; les uns sont indispensables à l'activité alors que les autres sont facultatifs.

Ce patrimoine est ainsi obligatoirement composé « *de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle* ».

A la manière du fonds de commerce, ce patrimoine ne prend naissance que par l'affectation des éléments indispensables à l'exploitation du fonds. Cette condition assure le créancier de l'entrepreneur de pouvoir agir sur les éléments qui fondent l'activité, tels que la clientèle ou le titre de jouissance du local d'exploitation. Par dérogation, les entrepreneurs agricoles peuvent décider de ne pas affecter les terres supportant leur exploitation.

Nous regretterons la redondance de l'énumération du texte quant à la nature des biens affectés et l'imprécision de la notion de titularité des biens.

Le terme de propriété aurait été plus opportun et aurait évité la tentation d'affecter au patrimoine professionnel des biens dont l'entrepreneur n'est pas propriétaire et qui ne sont donc pas saisissables par le créancier.

A la lecture du texte, il semble que la liberté de l'entrepreneur soit limitée quant au choix des éléments composant obligatoirement le patrimoine affecté. Cette restriction à l'auto-détermination permet aux créanciers d'avoir l'assurance d'une assiette de garantie suffisante et de dispenser leurs crédits en conséquence.

Toute latitude n'est cependant pas retirée à l'entrepreneur puisqu'il peut choisir d'affecter également des biens qui, sans être nécessaires à l'exploitation, sont utilisés pour la réaliser. Ainsi, le patrimoine affecté « *peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter* ». Cette liberté d'affectation permet à l'entrepreneur d'augmenter les possibilités de concours bancaires en augmentant l'assiette du gage du créancier. Il n'est toutefois pas envisageable d'affecter des biens qui ne seraient ni nécessaires ni utiles à l'exploitation. De plus, un même bien ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté.

La protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur est également assurée par la capacité de celui-ci à faire évoluer la composition du patrimoine affecté à l'aide de déclarations complémentaires. L'entrepreneur peut donc adapter la protection initiale en fonction de l'évolution de ses objectifs.

La liberté de l'entrepreneur s'exprime également dans la possibilité de déterminer les revenus qu'il verse dans son patrimoine non affecté. C'est donc à dire que la loi permet ainsi la protection du patrimoine personnel en autorisant l'entrepreneur à retirer du gage des créanciers professionnels l'intégralité des revenus tirés de l'exploitation des biens affectés. En revanche, s'il le souhaite, l'entrepreneur peut immobiliser une partie de ces revenus dans le patrimoine affecté afin d'élargir sa capacité d'endettement.

La limitation des risques entrepreneuriaux est donc assurée au moyen de la relative liberté d'affectation offerte à l'entrepreneur ; elle l'est aussi, de manière plus significative, par la limitation de sa responsabilité.

B La responsabilité limitée de l'entrepreneur

La limitation de la responsabilité de l'entrepreneur émane principalement de la distinction réalisée entre les patrimoines personnel et affecté de ce dernier.

Bien que ces patrimoines soient différenciés par suite de la déclaration d'affectation, il n'en demeure pas moins qu'ils sont tous deux attachés à la personne de l'entrepreneur. Le patrimoine affecté ne donne lieu à la création d'aucune personnalité juridique nouvelle et n'est logé dans aucune structure séparée. Le patrimoine affecté n'est donc, en substance, qu'une subdivision

du patrimoine initial de l'entrepreneur. En témoigne par exemple l'article L. 526-10, alinéa 4 du Code de commerce qui fait renaître l'unité du patrimoine de l'entrepreneur afin de rendre ce dernier responsable de la valeur des biens affectés « *sur la totalité de son patrimoine, affecté et non affecté [...]* ».

Il faut donc en effet relativiser l'affirmation de la création d'un patrimoine d'affectation. Le législateur a en réalité seulement modifié la théorie du patrimoine en ce qui concerne l'indivisibilité de celui-ci.

Toujours est-il que le droit de gage général des créanciers professionnels s'opère désormais sur un terrain réduit : celui du patrimoine affecté. Le régime juridique de l'EIRL établit en ce sens une distinction claire entre les patrimoines privé et professionnel : le droit de gage n'est composé pour les créanciers personnels que des biens non affectés et, pour les créanciers professionnels, que des biens affectés. L'affectation limite ainsi la responsabilité de l'entrepreneur sans porter atteinte au droit de propriété.

L'affectation des biens au patrimoine professionnels constitue donc une protection efficace du patrimoine personnel de l'entrepreneur. Faut-il encore que cette séparation puisse être opposée aux créanciers.

L'article L. 526-12 du Code de commerce organise les effets de la déclaration d'affectation et détermine les droits des créanciers qui en résultent, sur le patrimoine personnel ou affecté de l'entrepreneur.

Ainsi, la déclaration d'affectation peut être opposée de plein droit aux créanciers dont les droits sont nés postérieurement à son dépôt. Cette déclaration peut également être opposée aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt à la double condition que l'entrepreneur l'ai prévu dans la déclaration et qu'il en avertisse personnellement chaque créancier dans le mois du dépôt. L'information adressée aux créanciers ouvre à ces derniers un droit d'opposition, qui ne saurait toutefois avoir pour effet d'interdire la constitution du patrimoine affecté.

Il n'en demeure pas moins que les créanciers, voyant s'amoindrir l'assiette de leur droit de gage, diminueront proportionnellement leurs concours bancaires. Afin de maintenir l'offre de crédit, l'entrepreneur pourrait alors être amené à fournir au créancier une garantie complémentaire prenant la forme d'une sûreté réelle prise sur un bien dépendant du patrimoine non affecté, ou d'une sûreté personnelle apportée par un tiers. Rien ne semble interdire cette possibilité, qui ruinerait tout de même l'effet de limitation du gage des créanciers privilégiés. De plus, la doctrine s'interroge actuellement sur la possibilité pour l'entrepreneur de cautionner lui-même, à titre personnel, les engagements qu'il prend en qualité d'EIRL. Cette possibilité n'est pas à ce jour clairement démontrée, mais irait de toute manière à l'encontre de l'esprit de la loi relative à l'EIRL.

Afin d'éviter cet écueil qui ruinerait les prévisions du législateur, le gouvernement a souhaité mettre en place un régime de mutualisation des risques de l'entreprise permettant d'apporter aux créanciers des garanties complémentaires. Le principe est celui de la privatisation des bénéfices, soumis à l'impôt, et de la collectivisation des risques par la garantie fournie par OSEO et la SIAGI [11]. OSEO s'est engagé à accompagner la mise en place de l'EIRL. Cet opérateur de l'État offrira à l'établissement bancaire de l'EIRL une garantie pouvant atteindre 70 % des crédits, cette banque devant s'engager, pour sa part, à ne retenir de garanties que sur les actifs affectés à l'activité [12]. La SIAGI [13], filiale notamment de l'assemblée permanente des chambres de métiers et de l'artisanat, a pris un engagement similaire.

Par ailleurs, les EIRL auront, comme les autres chefs d'entreprise, la possibilité de saisir le médiateur du crédit pour le cas où les garanties sur les actifs affectés à l'activité seraient mal appréciées par les organismes de prêt et conduiraient à des demandes de garantie excessives au regard des prêts sollicités [14].

Enfin, comme pour toute mesure de protection patrimoniale, l'efficacité de la protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur et la limitation de sa responsabilité s'apprécient à l'aune du droit des entreprises en difficultés. Le Code de commerce a accueilli des dispositions particulières à l'EIRL, relatives aux procédures de traitement comme de prévention des difficultés [15]. Ces dispositions mettent en œuvre un principe clair : le droit des entreprises en difficulté s'applique distributivement patrimoine par patrimoine [16]. Par conséquent, sauf exception, la procédure relative à l'activité professionnelle de l'EIRL ne touchera que le patrimoine affecté correspondant.

L'efficacité des mesures de protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur ne doivent pas conduire ce dernier à l'impunité. Afin d'éviter les conséquences de l'impéritie de l'entrepreneur et de maintenir la dispensation de crédit, le statut de l'EIRL prévoit des limites à la protection du patrimoine. Si l'entreprise est à responsabilité limitée, l'entrepreneur ne saurait pour autant se comporter de manière irresponsable.

---

(11) Arnaud Raynouard, *Rapport de synthèse*, JCP N n° 51, 24 décembre 2010, 1392.

(12) *Revue de droit bancaire et financier,* n° 1, janvier 2011, comm. 6.

(13) Société interprofessionnelle artisanale de garantie des investissements ; en 2009, elle a garanti 5 386 opérations, cumulant un total de 587,4 millions d'euros de crédits et 176,8 millions d'euros de risques, soit une quotité garantie moyenne de 30,1 %.

(14) Rép. min. à QE n° 80164, JOANQ. 19 oct. 2010, p. 11390.

(15) Art. L. 680-1 à L. 680-7 de C. de commerce.

(16) Corinne Saint-Alary-Houin, *L'EIRL : la nouvelle donne pour l'entrepreneur,* Droit et Patrimoine, n° 202, 2011.

2 – Les limites de la protection du patrimoine de l'entrepreneur : gage de l'accès au crédit

Le crédit repose sur une notion de confiance. Cette confiance est celle du créancier qui juge de la faculté future du débiteur de pouvoir honorer ses engagements. Cette confiance est accordée par le créancier en considération du patrimoine actuel du débiteur et de son accroissement prévisible. L'EIRL, par la remise en cause de la notion d'unité du patrimoine, rompt le rapport qui existait alors entre la dette contractée et le droit de gage du créancier. En effet, la possibilité de modifier à l'envie l'assiette du patrimoine professionnel détourne l'EIRL de la confiance du créancier et de la prévisibilité du recouvrement des sommes prêtées. Si le créancier n'a plus de sécurité, le débiteur n'a plus de crédit [17].

Afin de ne pas couper les entrepreneurs de l'accès au crédit, le législateur a manifesté sa volonté de moraliser la gestion de l'entreprise, de sorte que les créanciers soient assurés de l'efficacité de leurs poursuites en présence d'un débiteur défaillant ou de mauvaise foi.

Ainsi la gestion de l'entreprise est assujettie à de nombreuses règles dont l'inobservation permet aux créanciers de passer outre la séparation des patrimoines (A). La même protection est assurée aux créanciers lorsque l'entrepreneur fautif bénéficie d'une procédure collective (B).

A Disparition de la séparation des patrimoines de l'entrepreneur *in bonis*

Avant même d'envisager la réunion des patrimoines réalisée à titre de sanction de l'entrepreneur, il y a lieu de remarquer que la déclaration d'affectation est inopposable aux créanciers antérieurs à celle-ci, faute de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées par le tribunal, malgré l'opposition qu'ils y auront formé [18].

Le Code de commerce prévoit des règles strictes d'affectation au patrimoine professionnel, de gestion et de comptabilité pour l'EIRL. L'article L. 526-12 du même Code dispose qu'en cas de fraude ou de manquement grave aux règles applicables, l'entrepreneur se trouve responsable des dettes sur l'ensemble de ses biens et droits. La fraude pourrait également être combattue par le jeu de l'action paulienne de droit commun. Cette fraude consisterait par exemple à transférer systématiquement l'ensemble des revenus d'activité dans le patrimoine privé et vider le patrimoine professionnel

(17) Etienne Dubuisson, *L'EIRL et son crédit,* Revue Lamy Droit des Affaires, n° 53, octobre 2010.
(18) Art. L. 526-12 du C. com.

de son autonomie. La notion de manquement grave pourrait quant à elle recouvrir l'absence d'affectation de biens nécessaires à l'exploitation, ou à l'inverse, l'excès d'apport de biens non utiles à l'activité, aux dépens des créanciers personnels. De la même manière, le défaut de tenue d'une comptabilité autonome, ou l'absence de paiement des impôts et cotisations sociales permettrait aux créanciers de faire tomber le masque de l'affectation [19].

Par ailleurs, aux termes de l'article L. 526-9 du Code de commerce, tout élément d'actif du patrimoine affecté, autre que des liquidités, d'une valeur déclarée supérieure à 30 000 euros doit faire l'objet d'une évaluation par un professionnel. Lorsque la valeur déclarée lors de l'affectation est supérieure à celle proposée par le professionnel, l'entrepreneur individuel est responsable à l'égard des tiers, pendant une durée de cinq ans, sur la totalité de son patrimoine, affecté et non affecté, à hauteur de la différence entre la valeur proposée par le professionnel et la valeur déclarée. La même responsabilité sera mise en jeu en cas d'absence de recours à un professionnel pour évaluer les biens affectés.

En outre, en cas d'insuffisance d'actifs non affectés, les créanciers personnels auront toujours la possibilité d'agir sur le bénéfice réalisé par l'entrepreneur lors du dernier exercice clos, mais non sur les biens affectés [20].

Au travers de la remise en cause de l'affectation des biens, l'on décèle la volonté du législateur de maintenir l'offre de crédit par la protection des intérêts des créanciers contre les manœuvres anormales de l'entrepreneur. La même volonté est présente en cas de procédure collective ouverte au profit d'un entrepreneur défaillant.

B La réunion des patrimoines de l'entrepreneur failli

Le droit des procédures collectives a été adapté à la pluralité de patrimoine de l'EIRL. Ainsi, la procédure ne concerne plus une personne mais un patrimoine, de sorte que les biens du patrimoine non affecté échappent aux affres de la procédure relative au patrimoine affecté. Cependant, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée en difficulté peut être sanctionné lorsque sa situation est causée par l'inobservation des règles applicables à son statut, ou en cas de manœuvre frauduleuse. Dans ces situations, le législateur prévoit la remise en cause partielle de la séparation des patrimoines de l'entrepreneur (B-1) ou la déchéance totale de la séparation (B-2).

---

(19) Art. L. 526-14 du C. com ; art. L. 273-B du Livre de procédure fiscale ; art. L. 133-4-7 du C. séc. soc.

(20) Art. L. 526-12, al. 10 du C. com.

B-1 La remise en cause partielle de la séparation des patrimoines de l'EIRL

Lorsque l'entrepreneur commet une faute dans la gestion du patrimoine affecté qui l'entraîne à la faillite, il lui est fait application de la sanction réservée d'ordinaire aux dirigeants de personnes morales. Ainsi la séparation des patrimoines est partiellement remise en cause en cas d'insuffisance d'actif après liquidation judiciaire [21]. Dans ce cas l'EIRL peut être condamné à s'acquitter du montant de l'insuffisance d'actif. La somme mise à la charge de l'EIRL ayant commis une faute de gestion s'impute alors sur son patrimoine non affecté. Si l'EIRL ne paie pas les sommes mises à sa charge, il encourt alors la sanction de faillite personnelle.

Compte tenu de la rédaction des textes, on ne peut prendre en considération pour cette sanction que le patrimoine affecté touché par la faillite. Les autres patrimoines affectés sont hors de portée. En conséquence, il suffirait à l'EIRL de loger ses actifs dans divers patrimoines affectés et de ne conserver dans son patrimoine personnel que des valeurs négligeables afin d'éviter les inconvénients de cette sanction.

B-2 La déchéance complète de la séparation des patrimoines

Face aux atteintes les plus graves aux droits des créanciers, la séparation des patrimoines doit disparaitre complètement. Cette remise en cause totale de l'affectation est organisée par diverses actions menées par les créanciers.

Lorsque les patrimoines ne sont pas matériellement distincts ou qu'il existe entre eux un lien indéfectible, nonobstant la déclaration d'affectation, les créanciers peuvent mener une action en réunion de patrimoine [22]. Cette action en réunion s'approche de l'action en confusion des patrimoines. Aux termes de cette action, un ou plusieurs autres patrimoines du débiteur-entrepreneur peuvent être réunis au patrimoine visé par la procédure. Cette action pourra donc être diligentée en cas de relations financières anormales entre les patrimoines. Cette notion peut recouvrir l'existence de flux anormaux, d'imbrication de patrimoines, ou même à l'inverse d'absence de flux entre deux patrimoines.

Ces confusions peuvent également provenir de l'inobservation pure et simple des règles d'application de l'EIRL telles que l'obligation de tenir une comptabilité séparée, d'ouvrir un compte bancaire spécifique, et de respecter la procédure d'affectation au patrimoine professionnel. De la même manière que pour l'insuffisance d'actif, notons que la réunion poursuivie par cette action ne concerne que les patrimoines imbriqués à l'exclusion des autres.

---

(21) Art. L. 651-2 du C. com.

(22) Art. L. 621-2, al. 2 du C. com.

Le Code de commerce met en place un nouveau cas de reprise des poursuites en cas de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif [23]. Lorsque cette liquidation judiciaire est relative à un EIRL dans le cadre de son patrimoine affecté, et que des cas de fraude sont détectés à l'égard d'un ou de plusieurs créanciers, le tribunal peut autoriser les actions individuelles de ceux-ci sur les biens compris dans le patrimoine non affecté de cet entrepreneur. La séparation des patrimoines peut ainsi être combattue à titre de sanction des manœuvres frauduleuses de l'entrepreneur.

L'idée que le fraudeur ne mérite pas la protection patrimoniale semble devoir dominer. Toutefois, seuls les fraudeurs imprévoyants seront sujets à l'extension des poursuites des créanciers sur leur patrimoine personnel. En effet, il semble possible de loger, d'une part, les actifs professionnels dans un patrimoine d'affectation en qualité d'EIRL et, d'autre part, les actifs personnels dans un patrimoine fiduciaire afin d'éviter les poursuites contre celui-ci. La combinaison de la fiducie-gestion et de l'EIRL permet ainsi de protéger efficacement le patrimoine personnel de l'entrepreneur, même en cas de faute de gestion.

En définitive, le législateur semble s'être donné des moyens à la hauteur de son ambition en équilibrant la protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur et la préservation des intérêts des créanciers. Sans pouvoir encore dresser un bilan sur l'efficacité du statut de l'EIRL, il est possible de voir en celui-ci une promesse de protection du patrimoine des entrepreneurs, dont le succès dépendra en partie de la recommandation qu'en feront les juristes.

S'il s'agit bien, avec l'EIRL, de « *permettre à ceux qui n'ont pas vraiment l'esprit d'entreprise d'entreprendre tout de même* » [24], il ne faudra pas perdre de vue que tout écart de conduite peut être sanctionné par la remise en cause de l'opacité juridique du patrimoine affecté. Les entrepreneurs ne devront donc pas se laisser tromper par l'impression d'impunité créée par le statut de l'EIRL.

---

(23) Art. L. 643-11, VI du C. com

(24) Pierre-Michel Le Corre, *L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté*, Recueil Dalloz 2011 p. 91.

Le contrat de fiducie : tour d'horizon

Ludovic ARNAUD

Le XXe siècle fut celui du Contrat ; le XXIe sera celui des Biens. La progression de l'importance économique des propriétés incorporelles en est l'éclatante démonstration. Cette impulsion doit permettre au droit français de se renouveler et d'amorcer une profonde mutation. En ce sens, d'aucuns ne voyant plus le patrimoine comme la seule émanation de la personnalité juridique, mais comme celle du potentiel économique mis à son service, ont souhaité placer cette institution dans le commerce juridique.

L'idée n'est pas nouvelle ; très tôt des auteurs [1] ont considéré que le patrimoine devait s'adapter aux exigences changeantes et variées de la vie. Cette position, si elle avait alors prospéré, aurait remis en cause le « *dogme* » de l'unicité du patrimoine, dont la règle fait partie de la culture juridique française.

Selon un adage bien connu, la culture est ce qui reste lorsque l'on a tout oublié. Aussi tout juriste garde-t-il en mémoire la fameuse trilogie : tout patrimoine suppose à sa tête une personne, un sujet de droit ; toute personne a nécessairement un patrimoine ; toute personne n'a qu'un patrimoine.

Par son étymologie latine, cette icône de la pensée juridique française semble trouver ses origines dans le droit romain. Il n'en est rien. En réalité la règle de l'unicité du patrimoine était inconnue du droit romain et de l'ancien droit français. Celle-ci est une création de la doctrine française du XIXe siècle, mise en place par les auteurs AUBRY et RAU [2]. Aux termes de cette doctrine, le patrimoine, compris comme le prolongement de la personnalité, rassemble tous les éléments d'actif et de passif dont une personne est titulaire. La personnalité étant indivisible, le patrimoine l'est aussi.

Pourtant, s'il est vrai que la personne est une et indivisible dans son identité physique, elle est multiple et plurale dans ses activités sociales, de sorte que c'est par une certaine fiction que semble assise l'unité du patrimoine sur l'unité de la personne. D'ailleurs, l'unité de la personne, loin d'expliquer l'unité du patrimoine, n'est sans doute qu'une autre manière de la formuler.

---

(1) Notamment : Gény F., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Essai critique, LGDJ, 2e éd., 1919, reprint 1995, n° 67, p. 141 et s.

(2) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e éd., t. VI, § 573-582, p. 229 et s. ; 5e éd., t. IX. p. 333 et s.

Cette théorie du patrimoine a donc introduit une rigidité jugée parfois inopportune en interdisant à une personne, et particulièrement à un entrepreneur individuel, de cantonner son passif professionnel sur ses actifs professionnels afin de protéger son patrimoine personnel.

Néanmoins, ces objections ont été rejetées et l'idée de dissociation du patrimoine et de la personne dont il émane a longtemps été écartée par le Code civil, respectant en cela la théorie classique de l'unicité du patrimoine, dégagée par les auteurs AUBRY et RAU. C'est ainsi que le droit de gage général des créanciers, responsabilité indéfinie du débiteur, est énoncé par le Code civil en des termes inchangés depuis 1804 : « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* » [3]. Invariablement, le Code civil a donc affirmé le principe d'unicité du patrimoine malgré des dissonances se faisant de plus en plus audibles.

Cependant les juristes français ne sont pas restés insensibles à ces nouvelles considérations et ont mis en place des exceptions au principe pour faire face à ces préoccupations et permettre à un entrepreneur de cantonner le gage de ses créanciers professionnels.

Préférant dénaturer le contrat de société plutôt que de porter directement atteinte au principe de l'unicité du patrimoine, c'est en 1985 que le législateur a créé l'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (EURL) [4] permettant d'isoler un patrimoine professionnel par le truchement de la personnalité morale. Cette technique a été reconduite en 1999 pour la création de la Société par Actions Simplifiée Unipersonnelle (SASU) [5]. Poursuivant la même finalité, sans toutefois utiliser la notion de patrimoine d'affectation, le législateur dans son œuvre de modernisation de l'économie [6] a prévu la possibilité pour un entrepreneur individuel de déclarer insaisissables, par ses futurs créanciers professionnels, la résidence principale puis l'ensemble des biens immobiliers non utilisés professionnellement. L'impératif de survie personnelle et familiale prévaut alors sur la force des engagements.

Ces atteintes, quoique relatives, à la théorie de l'unicité du patrimoine, n'en laissent pas moins subsister le principe. Mieux, il ne faut pas voir dans ces dispositifs la remise en cause de la théorie classique ; au contraire, ils s'accordent avec elle plus qu'ils ne la renversent :

---

(3) C. civ., art. 2284

(4) Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 (JO 12 juill. 1985)

(5) Loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 (JO 13 juill. 1999)

(6) Loi n° 2003-721, 1er août 2003, (JO 5 août 2003) ; et Loi n° 2008-776, 4 août 2008, (JO 5 août 2008)

– Le recours à la personnalité morale de l'EURL s'harmonise complètement avec la théorie du patrimoine puisque la société et l'associé unique disposent chacun d'un seul patrimoine, étranger l'un de l'autre.

– De même, la déclaration d'insaisissabilité n'a pas pour vocation de créer une nouvelle universalité, mais seulement d'exclure certains biens du périmètre des poursuites des créanciers professionnels.

Toutefois, le recours à ces techniques n'a pas été jugé suffisant pour préserver les intérêts des entrepreneurs. Il est donc apparu nécessaire d'aller plus loin dans la dissociation du patrimoine pour assurer la pérennité de l'entreprise mais également pour ouvrir de nouvelles voies d'exploration au droit bancaire et financier.

Des études sociologiques ont montré clairement que les hommes de l'économie ne sont nullement gênés par l'idée de scission du patrimoine et n'ont d'ailleurs aucune idée de l'impératif catégorique de son unité. En outre, il est constant que les vérités économiques reconnues en matière commerciale tendent à se répandre sur le droit civil.

Fort de ce constat et en raison de l'augmentation des éléments d'extranéité dans les relations juridiques, de la concurrence des droits étrangers et du besoin de capitalisation des entreprises, le législateur a récemment mis en application dans le droit français la théorie du patrimoine d'affectation [7], en consacrant l'institution de la fiducie [8].

L'apparition des ces nouvelles figures juridiques paraît être la manifestation de cette tendance de l'activité commerciale à susciter la création du droit. Il est notable, en effet, que la pratique avait déjà amorcé cette mutation par divers mécanismes fiduciaires innomés, susceptibles de comporter un transfert temporaire de propriété. On peut ainsi mentionner : la vente à réméré, le prêt et la prise en pension de titres financiers, le gage de comptes d'instruments financiers, les conventions de portage, voire certains modes de cessions de créances tels que les cessions *Dailly* et les fonds communs de créances.

Ces quasi-fiducies illustraient l'adaptabilité du concept de fiducie au système français. Pourtant, à trois reprises (1989, 1992 et 1995) le législateur a tenté,

---

(7) Nous verrons que l'instauration de cette théorie n'est pas totale en droit français compte tenu de la relative perméabilité du patrimoine fiduciaire.

(8) Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 (JO 21 février 2007) relative à la fiducie, modifiée par : la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (JO 5 août 2008), l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté (JO 19 déc. 2008), l'ordonnance n° 2009-112 portant diverses mesures relatives à la fiducie (JO 31 janv. 2009), et la loi n° 2009-525 du 12 mai 2009. Et poursuite de cette volonté avec la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 (JO 16 juin 2010) relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL).

en vain, d'introduire cette institution dans le droit français, jusqu'à ce que la loi la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, n'instaure ce nouveau contrat de fiducie dans le Code civil [9]. Se faisant, le législateur a marqué un pas de plus sur le terrain du fractionnement du patrimoine.

A bien y regarder, cette innovation n'est pas surprenante tant elle formait depuis longtemps l'Arlésienne du droit français, qui ne parvenait pas à adopter une position de principe à son sujet, en raison notamment, de la réputation d'opacité sulfureuse du trust anglo-saxon qui devait lui servir de modèle.

La volonté d'instituer la fiducie provenait, à vrai dire, bien moins du souvenir de l'ancienne fiducie romaine hantant le droit français, que de la redoutable séduction qu'exerçait l'institution du trust des pays de *Common Law*. Cette nouvelle institution a été conçue comme un instrument de compétitivité juridique et économique, tant au plan interne que dans les rapports internationaux. Il est vrai que la technique fiduciaire est de plus en plus adoptée par les Etats partenaires et concurrents de la France, par exemple le Québec en 1994, le Luxembourg en 2003, l'Italie en 2006, mais aussi le Japon, le Liban ou la Russie. D'autre part, dans un contexte d'intensification de la concurrence des instruments juridiques, le *trust* des pays de *Common Law* a accentué le risque de délocalisation d'opérations économiques d'acteurs étrangers ou français [10].

Dès lors, tout comme son illustre modèle de droit anglo-saxon, la relation triangulaire mise en place par la fiducie semblait promettre une large liberté de manœuvre et ouvrir la voie aux opérations les plus diverses. Force est de constater que tel n'est malheureusement pas le cas. La liberté d'expression attendue de ce nouvel outil à géométrie variable a été muselée par son régime juridique, empreint de la crainte d'une évasion fiscale massive.

Une brève présentation de ce régime juridique atypique (1) permettra d'évoquer les conditions de la constitution du contrat de fiducie (2).

1 – L'économie du contrat de fiducie

La fiducie est définie comme « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé*

(9) La jurisprudence également se refusait à introduire cette notion en droit français. La chambre commerciale de la Cour de cassation a condamné la notion de fiducie en ce qui concerne la cession de créance à titre de garantie par un célèbre arrêt rendu le 19 décembre 2006. (Cass. Com 19 déc. 2006, D. 2007, Jur. 344.).

(10) Philippe Marini, *La fiducie, enfin !*, JCP E. n° 36, 6 sept. 2007.

au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires» [11]. Il s'agit donc d'un mécanisme qui associe toujours trois personnages :

– Un constituant, qui souhaite affecter des biens à un objectif qu'il détermine.

– Un fiduciaire, concrètement investi de ces biens pour agir à la poursuite de l'objectif ainsi fixé.

– Et un bénéficiaire, qui percevra les biens une fois que cet objectif aura été atteint.

On notera que la loi permet de faire jouer un même rôle par plusieurs personnes, que ce soit en rang partagé ou subséquent. A l'inverse, ces trois personnages peuvent aussi être incarnés par deux acteurs seulement. En effet, le constituant et le fiduciaire peuvent également endosser le rôle du bénéficiaire, en fonction de l'objectif défini par le contrat [12]. Lorsqu'il s'agira de faire gérer des biens pour son compte, le constituant pourra aussi être le bénéficiaire du contrat de fiducie. De même, quand le contrat aura pour finalité la constitution d'une sûreté, le créancier portera souvent la double casquette de fiduciaire et de bénéficiaire.

La fiducie a été pensée par le législateur comme un outil aux multiples utilités et à géométrie variable, flexible et adaptable aux besoins du constituant. Aussi, la finalité de la fiducie n'est-elle pas déterminée par la loi, qui frappe cependant de nullité absolue tout contrat qui procèderait d'une intention libérale au profit du bénéficiaire [13].

En pratique, il est pourtant vraisemblable que le contrat de fiducie sera le plus souvent utilisé pour assurer la gestion d'un bien ou pour constituer une sûreté. Néanmoins, ces objectifs ne constituent que des exemples de fonctionnalités offertes par le mécanisme de fiducie. Sous les seules limites de l'opportunité du montage et de l'imagination de son constituant, celui-ci peut utiliser la fiducie pour toutes les opérations qu'il envisage.

Pour réaliser cette ambition d'universalité, la loi ne distingue pas selon les objectifs possibles de la fiducie et définit dans le Code civil un régime juridique unique, formant un tronc commun aux différents contrats fiduciaires. Schématiquement, les dispositions du Code civil présentent la fiducie comme le transfert de divers biens dans un patrimoine déterminé. Intéressons nous à la nature de ce transfert (A) avant d'envisager les biens qui en sont l'objet (B).

A Le transfert fiduciaire

• Les dispositions introduisant en droit français le contrat de fiducie ont été logées dans le Code civil en son Livre III relatif aux différents moyens

(11) Art. 2011 C. civ.
(12) Art. 2016 C. civ.
(13) Art. 2013 C. civ.

dont on acquiert la propriété. Aussi, malgré de légitimes hésitations, la doctrine majoritaire analyse-t-elle le transfert fiduciaire comme un véritable transfert de propriété dont le mécanisme tiendrait son originalité de la nature du droit de propriété transmis.

A chaque étape de ce contrat ce n'est pas la garde ou la gestion des biens qui est seulement confiée au fiduciaire, puis remise par celui-ci au bénéficiaire ; il s'agit en réalité de leur propriété qui est transférée vers le patrimoine fiduciaire.

Cette interprétation des textes est confortée par la volonté manifestée par le législateur de compléter l'article 2011 du Code civil, qui met en place le transfert fiduciaire, par un second alinéa ainsi rédigé : « *Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires selon les stipulations du contrat de fiducie* ».

Toutefois, cette disposition, placée dans la loi relative à l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises [14], n'est pas entrée en vigueur par suite d'une décision de non-conformité à la Constitution prononcée par le Conseil constitutionnel, qui y a vu un cavalier législatif [15].

La reconnaissance d'un transfert de propriété a pour conséquence que nul ne peut se constituer fiduciaire sur ses propres biens. Il ne peut donc y avoir de confusion entre les qualités de constituant et de fiduciaire, ce qui permet d'ailleurs, de restreindre la fraude aux droits des créanciers.

Ce transfert initial de propriété par le constituant est justifié par la restitution attendue, s'il ne s'agit que de gérer pour son compte, ou par la transmission à un tiers bénéficiaire si l'opération vise à constituer une sûreté ou à poursuivre un objectif de transmission.

• A la lecture du dispositif législatif et de son interprétation doctrinale, il est permis de s'interroger sur le point de savoir quel peut être l'intérêt d'organiser le régime juridique de la fiducie autour du mécanisme de transfert de propriété. Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que le droit positif permettait déjà, en dehors de tout transfert de propriété, de réaliser des opérations juridiques dissociant finement la propriété d'une chose et ses utilités afin de les répartir entre son propriétaire et un titulaire particulier investi de droits, même temporaires, sur celle-ci. Force est de constater que l'intérêt réside, en théorie, dans le rôle joué par le fiduciaire qui, même guidé par le cadre des objectifs définis par le constituant, agit comme un propriétaire. Cette qualité

(14) L. n° 2009-1255, 19 oct. 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, art. 16.

(15) Cons. const., 14 oct. 2009, n° 2009-589. – et A. Lienhard : D. 2009, n° 36, act. lég. p. 2412. et Aynès L. et Crocq P., *La fiducie préservée des audaces du législateur*, D. 2009, p. 2559.

lui confère une liberté d'action, supérieure à celle résultant d'une simple détention ou d'un mandat de droit commun. Le transfert de propriété joue donc un rôle important dans la définition du contrat de fiducie.

Par suite, la fiducie se distingue des contrats spéciaux ayant pour objet de confier à un tiers l'exécution d'une mission déterminée en faveur d'une ou plusieurs personnes désignées, mais ne comportant aucun transfert de propriété, tels que le mandat, le séquestre ou le contrat d'entreprise.

On peut également constater lors du dénouement du contrat de fiducie, un second transfert de la propriété des biens au profit, cette fois, du bénéficiaire. Au cas de décès du constituant ou à défaut de bénéficiaire, les biens font retour dans le patrimoine originaire.

Sous la réserve qu'il ne soit lui-même bénéficiaire, le fiduciaire ne reçoit donc la propriété des biens que parce qu'il est destiné à ne pas la conserver. Voilà ainsi soulevée une des difficultés majeures d'interprétation du régime juridique de la fiducie : celle de la nature du droit de propriété transféré. Même si cela est dérogatoire aux conceptions habituelles, l'on pressent que la fiducie s'articule autour d'une sorte de démembrement de propriété d'un nouveau genre.

• Il est en effet remarquable que les deux transferts de propriété évoqués n'ont pas la même portée. Si la propriété transférée au bénéficiaire correspond bien à celle, exclusive, absolue et perpétuelle définie par l'article 544 du Code civil, il en est autrement pour celle que reçoit le fiduciaire. La propriété de ce dernier est canalisée par les termes du contrat de fiducie, tant dans sa durée que dans les prérogatives qu'elle autorise. La loi prévoit en effet que la fiducie est par essence temporaire, soumise à la limite de 99 ans à compter de la signature du contrat. La propriété du fiduciaire, en cette qualité, prend fin en même temps que le contrat. La propriété du fiduciaire n'a pas plus vocation à l'exclusivité, tant l'action de celui-ci est soumise au contrôle du constituant et tant il demeure sujet à révocation de sa mission contre son gré, à l'initiative du constituant ou du bénéficiaire. Il faut donc bien admettre que la propriété dont jouit le fiduciaire est d'un nouveau type et constitue une propriété avec charge au bénéfice d'autrui.

Autrement dit, il s'agit d'une « *propriété finalisée* » [16], asservie même, qui confère au fiduciaire le moyen de poursuivre un but défini par le constituant. Cette propriété ne peut alors être confondue avec d'autres. D'ailleurs, la doctrine utilise désormais l'expression de « *propriété fiduciaire* » pour traduire l'idée que s'il est certain que le constituant perd la propriété de son bien, il est aussi vrai que le fiduciaire en récupère seulement des utilités limitées. Nous le voyons, la propriété fiduciaire n'est pas dotée des mêmes atours que

(16) Michel Grimaldi, *Théorie du patrimoine et fiducie*, Revue Lamy Droit Civil, 2010 n°77.

la propriété définie traditionnellement par le Code civil ; il en résulte une incertitude quant à sa nature profonde.

Si l'article 2011 du Code civil précise que le fiduciaire doit tenir les biens transmis séparés de son patrimoine propre, c'est précisément parce qu'à défaut, ils auraient pu se confondre avec eux. C'est donc-à-dire que le fiduciaire détient un droit de propriété sur les biens transmis, fongible d'une certaine manière, avec les autres droits du fiduciaire.

Cette incertitude permet pourtant à une doctrine, qui demeure minoritaire [17], de tendre à démontrer l'inexistence de ce droit de propriété. Il est vrai, par exemple, que l'article 2018 du Code civil impose que soit indiquée au contrat l'étendue des pouvoirs du fiduciaire. Il est effectivement possible de tirer argument de cette constatation pour renier au fiduciaire tout droit de propriété, puisque ses prérogatives doivent être définies contractuellement. Doit-on alors considérer le fiduciaire comme un simple détenteur du bien d'autrui, mandataire du constituant ? Ce point de vue, bien que séduisant à de nombreux égard et permettant d'asseoir l'institution de la fiducie sur des mécanismes éprouvés, ne semble pas pouvoir prospérer. Ainsi que nous l'avons indiqué plus haut, le législateur souhaite que le droit de propriété du fiduciaire soit clairement reconnu en droit français, moins pour des motivations juridiques, qu'en raison de considérations économiques favorisant l'entrée en droit interne de la finance islamique.

Que le transfert de bien dans le patrimoine fiduciaire s'analyse, comme l'indique la doctrine majoritaire, en un transfert de propriété sui generis, ou en un droit de détention particulier, il diffère des solutions habituellement retenues par le Code civil à l'occasion d'une transmission de biens. En effet, la définition de l'objectif de la fiducie dans son contrat constitutif éloigne celle-ci des autres modes de transferts de biens, exempts de finalité particulière au profit d'un bénéficiaire, tels que les prêts à usage ou d'argent.

• Par ailleurs, il paraîtrait contraire à l'institution même de la fiducie, que les divers droits de propriété transmis à un même fiduciaire soient contenus avec ses actifs personnels dans une seule et même masse de biens, soumis en conséquence au droit de gage général de ses créanciers personnels. C'est pourquoi, dans la définition qu'il donne de la fiducie, l'article 2011 du Code civil précise que le fiduciaire tient les actifs fiduciaires « *séparés de [son] patrimoine propre* ».

Ce faisant, la loi indique clairement qu'un patrimoine d'affectation est créé. Il s'ensuit que la fiducie ne peut être assimilée aux affectations de

(17) Notamment : Rémy Libchaber, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Defrénois, n° 15-16/07.

patrimoine qui engendrent la naissance d'une personnalité morale individualisée. Les biens transférés sont donc isolés du patrimoine personnel du fiduciaire qui les a reçus. La question se pose alors de savoir si ces mêmes biens sont déconnectés du patrimoine du constituant.

Nous verrons au cours de prochains développements que l'isolement de ces biens dans le patrimoine d'affectation n'est pas absolu. Cela est patent du point de vue du constituant, pour qui l'étanchéité recherchée entre son patrimoine personnel et le patrimoine fiduciaire n'est pas toujours atteinte. Cette perméabilité du patrimoine affecté peut être une cause de préjudice pour le constituant, d'autant plus grande que le nombre des éléments affectés est important.

B Les biens affectés

Le législateur a souhaité ouvrir largement le champ d'application matériel de la fiducie. L'article 2011 du Code civil énonce ainsi, par une certaine redondance, que peuvent être affectés au patrimoine fiduciaire « *des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs* ». Cette énonciation suggère faussement que les droits et les sûretés sont autre chose que des biens. Les sûretés constituent pourtant des droits, réels ou personnels. Les travaux préparatoires de la loi laissent toutefois entrevoir que cette énumération a pour objectif d'assurer les opérateurs économiques de l'existence d'une fiducie sûreté et de permettre son utilisation comme un moyen de crédit.

Peuvent être remis en fiducie des immeubles ou des meubles. Parmi les meubles peuvent être transférés les éléments corporels et incorporels. La référence aux ensembles de biens permet, à cet égard, d'asseoir la faculté de transférer dans le patrimoine fiduciaire les universalités de fait que constituent les fonds d'exercice professionnels. La fiducie peut porter sur des droits réels principaux (propriété, servitude…) comme sur des droits réels accessoires (sûretés réelles…).

La loi précise ensuite que le transfert peut porter sur des sûretés. Il peut s'agir de sûretés réelles (hypothèque, gage, nantissement…) ou personnelles (cautionnement, garantie autonome…). Il pourra s'agir également de créances alors même qu'elles ont un caractère conditionnel, de droits d'auteurs, de marques, etc. Fort heureusement, le Code civil autorise la mise en fiducie de biens à venir, dont le contrat devra alors prévoir le mode de détermination et la manière dont ils rejoindront le patrimoine fiduciaire.

En revanche, le texte n'a pas prévu l'apport de dettes à la masse fiduciaire. Naturellement, à l'inverse, les dettes nées de la gestion du patrimoine fiduciaire demeureront attachées à celui-ci en raison de sa nature d'universalité de droit. La loi prévoit tout de même (à titre supplétif) que si les dettes dont répond

l'actif fiduciaire obèrent complètement ses facultés de remboursement, la charge de ces dettes se reportera sur le patrimoine personnel du constituant. Notons que cette prescription particulière de la loi constitue à n'en pas douter, une dérogation importante à la théorie du patrimoine d'affectation.

L'imprécision de la loi divise les courants doctrinaux quant à l'admission de dettes dans le patrimoine fiduciaire. Certains auteurs souhaitent exclure toute instauration d'une fiducie portant sur une dette ou des obligations [18], alors que d'autres estiment qu'une libéralisation s'impose [19], conformément aux travaux préparatoires de la loi. A nouveau, il appartiendra à la jurisprudence, ou au législateur ultérieurement, de préciser le champ d'application du texte et son éventuelle extension au transfert d'un passif.

En ce qui concerne la territorialité du contrat, à défaut de précision de la loi, les auteurs s'entendent pour considérer que les biens transmis peuvent indifféremment se situer en France ou à l'étranger. A cet égard, il semble particulièrement important de préciser dans le contrat de fiducie le choix du droit applicable au contrat, à défaut, s'appliquerait la *lex locci* du fiduciaire effectuant la prestation caractéristique du contrat.

2 – Les conditions de la constitution du contrat de fiducie

Compte tenu de l'importance patrimoniale des opérations fiduciaires, le législateur a souhaité encadrer l'action des parties par des règles d'interprétation stricte, en ce qui concerne le fond (A) et la forme (B) du contrat.

A Les conditions de fond

La loi prévoit que le régime juridique de la fiducie ne trouve à s'appliquer qu'aux termes de dispositions expresses (A-1), mises en places au profit de personnes déterminées (A-2) et conformément à des objectifs qu'elles ont définis (A-3).

A-1 La fiducie ne se présume pas

L'article 2012 dispose que la fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse. Il ne fait pas de doute que la source principale de fiducie demeurera le contrat ; la source légale devant être réservée à des objectifs particuliers. Ainsi le recours à la fiducie légale ne devrait constituer que l'exception, là où le principe sera l'institution contractuelle de la fiducie.

L'affectation de biens dans un patrimoine fiduciaire nécessite donc généralement qu'un contrat ait été conclu au préalable. Ce dernier, en tant que contrat spécial, détermine l'assiette de la fiducie d'un commun accord entre les parties.

---

(18) P. Crocq, *Le Cœur du dispositif fiduciaire*, Lamy droit civil, n° 40, p. 61.

(19) R. Libchaber, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, précité.

Bien que la loi soit muette à ce sujet, il y a tout lieu de considérer que le contrat de fiducie est de nature synallagmatique, ce qui ne manque pas d'emporter de nombreuses conséquences. À l'égard des parties, tout d'abord, le recours à la fiducie n'est qu'une simple faculté, en particulier pour le constituant. Celui-ci est à ce titre libre d'accepter de conclure une telle opération ou de privilégier une autre sûreté.

De plus, en raison du caractère exprès prévu à l'article 2012 du Code civil, le juge ne pourra pas requalifier une opération en contrat de fiducie lorsque l'accord ne respectera pas cette exigence. Par ailleurs, l'exigence d'un contrat exprès constitue un apport essentiel de la loi en même temps qu'une limite à la liberté des parties : la fiducie ne pourra être constituée par d'autres actes juridiques, éventuellement unilatéraux tel qu'un testament.

Nous sommes ici en présence d'une conséquence en accord avec l'exclusion des libéralités. Notons seulement, pour mesurer les possibilités écartées par la loi, que les dispositions testamentaires ne constituent pas nécessairement des libéralités, compte tenu de la possibilité de réaliser un legs rémunératoire. Il résulte également du caractère exprès du régime juridique de la fiducie, la non application de celui-ci aux formes préexistantes de fiducies innommées, tels notamment les cessions Dailly, ou le gage-espèces. Il serait en effet inopportun de soumettre ces mécanismes particuliers au régime juridique de la fiducie du seul fait de son apparition dans le Code civil et de troubler si fortement la sécurité juridique.

A-2 Les participants à l'opération de fiducie

Nous l'avons vu, la fiducie est une opération triangulaire, qui suppose la présence d'un constituant (A-2.1), d'un fiduciaire (A-2.2), ainsi que celle d'un bénéficiaire (A-2.3). Nous verrons également que la loi reconnaît au constituant le droit de se faire assister par un tiers pour la sauvegarde de ses intérêts (A-2.4).

A-2.1 Le Constituant

Le constituant de l'opération, aussi appelé le fiduciant, est la partie contractante qui se dessaisit du bien transféré au patrimoine fiduciaire. Plusieurs personnes peuvent revêtir la qualité de constituant d'un même contrat de fiducie.

Les dispositions de la loi de 2007 n'autorisaient que les personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés à devenir constituant d'un contrat de fiducie. La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a, depuis, ouvert la possibilité aux personnes physiques de constituer un tel contrat. Désormais, toute personne, physique (a) ou morale (b) peut constituer une fiducie selon certaines conditions communes (c).

a) Le constituant personne physique

Le contrat de fiducie, comme étant soumis aux règles de droit commun des contrats, doit être l'expression d'un consentement exempt de vice. Le constituant doit donc, fort logiquement, posséder la capacité de contracter.

Plus précisément, compte tenu de la potentielle aliénation des biens transférés, le constituant devra être investi de la capacité et des pouvoirs de disposition de ses biens. Il semble que cette capacité doit être exigée du constituant quelle que soit la finalité de la fiducie. Le contrat de fiducie instauré pour la gestion d'un bien, ne devrait pas faire exception à la règle, même s'il ne contient pas en lui le germe d'une aliénation du bien transféré, mais celui du retour dans le patrimoine originaire. En effet, l'article 1424 du Code civil relatif à la cogestion des biens communs prévoit, sans distinction de l'objectif poursuivi par le contrat, que les époux mariés sous le régime légal de la communauté d'acquêts ne peuvent, l'un sans l'autre, transférer un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire. Ce dernier alinéa de l'article 1424 du Code civil ne permet aucune restriction : toute fiducie est soumise à cogestion, même si elle porte sur un bien dont l'aliénation relève de la gestion concurrente et peut ainsi être réalisée par chacun des époux.

En ce qui concerne les incapables, conformément au droit commun, un mineur ne peut pas constituer un contrat de fiducie. D'ailleurs, les représentants légaux d'un mineur ne peuvent pas transférer ses biens dans un patrimoine fiduciaire [20].

Le majeur soumis à un régime de curatelle ne peut quant à lui constituer de contrat de fiducie qu'avec l'assistance de son curateur [21]. En revanche, même avec une autorisation, le tuteur ne peut pas transférer les biens du tutélaire dans un patrimoine fiduciaire [22]. Lorsque le régime d'incapacité du majeur est mis en place au cours de l'exécution du contrat de fiducie, le fiduciaire ne peut exercer aucune fonction d'assistance ou de représentation de l'incapable [23]. Le législateur a ainsi veillé à ne pas amoindrir l'intérêt du mandat de protection future. Notons, enfin, que la recension des actes d'administration et de disposition instituée par le décret du 22 décembre 2008 place le contrat de fiducie parmi les actes de disposition. [24]

(20) Art. 408-1 C. civ.

(21) Art. 468 al 2 C. civ.

(22) Art. 509-5 C. civ.

(23) Art. 445 C. civ.

(24) D. n° 2008-1484 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle.

b) Le constituant personne morale

Alors que la fiducie issue de la loi de 2007 n'était ouverte qu'aux personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés, la loi du 4 août 2008 a élargi cette possibilité à l'ensemble des personnes morales.

Compte tenu de la nature du contrat de fiducie qui constitue un acte de disposition, il importe de vérifier qui au sein de la personne morale peut prendre la décision de transfert et signer l'acte de constitution de fiducie. D'une manière générale, la réponse est donnée par l'application des règles générales du droit des sociétés et les dispositions statutaires régissant spécifiquement la personne morale.

Rappelons seulement que s'agissant des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée, les actes effectués par leur représentant légal engagent la société même au delà de l'objet social, sauf mauvaise foi avérée du tiers fiduciaire. La procédure d'approbation des conventions réglementées trouvera également à s'appliquer si le fiduciaire ou le bénéficiaire du contrat est un représentant légal, un administrateur ou un associé de la société.

En revanche, lorsque le constituant est une société de personnes, les pouvoirs du gérant à l'égard des tiers sont limités à l'objet social et n'engagent la société que dans cette limite.

Enfin, comme nous l'avons évoqué, le régime juridique du contrat de fiducie est empreint de la crainte du législateur d'une évasion fiscale importante. Il est aussi modelé par celle du blanchiment de capitaux et du financement d'activités illicites.

Par conséquent, les personnes morales ayant leur siège social dans un Etat refusant de pratiquer l'échange d'informations ou ne pratiquant qu'un échange réduit, son exclues du bénéfice de la fiducie. Le constituant doit donc être résident, soit d'un Etat membre de la Communauté Européenne, soit d'un Etat ayant conclu avec la France une convention fiscale limitant les doubles impositions.

Aux conditions inhérentes à la personnalité du constituant que nous venons d'aborder, s'ajoute une exigence commune à tous les constituants.

c) Condition commune

Le constituant, ainsi déterminé, doit en toute hypothèse avoir nécessairement la qualité de propriétaire du bien, comme le sous-entend la formule retenue à l'article 2011 du Code civil : le constituant « *transfère des biens* » à un fiduciaire dans le cadre de l'opération de fiducie.

Ainsi, par exemple, il semble impossible au constituant de transférer dans le patrimoine fiduciaire un bien grevé d'une clause de réserve de propriété (publiée).

A-2.2 Le fiduciaire

Le fiduciaire constitue la seconde partie contractante. Conformément aux objectifs du législateur et de l'administration fiscale, le fiduciaire doit être en mesure d'apporter la preuve de sa probité et de la sécurité financière des opérations qu'il réalise. Dès lors, le législateur a réservé la possibilité d'être fiduciaire à certaines entités économiques rompues à la gestion de biens pour le compte d'autrui et permettant, par les contrôles auxquels elles sont soumises, de lutter contre le blanchiment de capitaux.

Seuls peuvent ainsi avoir la qualité de fiduciaires [25] :

– Les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier. Il s'agit des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque (telles que la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement) et de nombreuses opérations connexes à leurs activités (telles que les opérations de change, sur valeurs mobilières et tout produit financier, de conseil et d'assistance en matière de gestion de patrimoine et financière).

– Les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même Code, savoir : le Trésor public, la Banque de France, la Poste, la Caisse des dépôts et consignations, l'Institut d'émission d'outre-mer et des départements d'outre-mer, car ces institutions et services peuvent effectuer des opérations de banque sous certaines conditions.

– Les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même Code. Ces entreprises sont des personnes morales, autres que les établissements de crédit, qui fournissent des services d'investissement à titre de profession habituelle pour le compte de tiers.

– Les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du Code des assurances. A ce titre, peuvent notamment être fiduciaires les entreprises qui sous forme d'assurance directe contractent des engagements dont l'exécution dépend de la durée de la vie humaine, couvrent les risques de dommages corporels liés aux accidents et à la maladie, couvrent d'autres risques y compris ceux liés à une activité d'assistance ainsi que les mutuelles régies par le Code de la mutualité.

– Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire. Cette possibilité a été introduite par la loi LME du 4 août 2008 partant du constat que les avocats assumaient déjà la mission de mandataire de leurs clients, qu'ils étaient soumis à une obligation de garantie et astreints à des contrôles disciplinaires.

---

(25) Art. 2015 C. civ.

Pour remplir la mission de fiduciaire l'avocat doit remplir au moins trois conditions :

• Avoir souscrit une assurance de responsabilité spécifique.

• Effectuer une déclaration écrite préalable de l'activité de fiduciaire à son Bâtonnier. La sanction d'une telle obligation devrait être la nullité relative des actes et les mesures disciplinaires à l'encontre de l'avocat, sans préjudice de la mise en jeu de sa responsabilité civile professionnelle.

• Tenir une comptabilité et un compte séparés spécialement affectés à chaque fiducie, distincts de ceux personnels de l'avocat et de ceux des sous-comptes Carpa, qui seront contrôlés par l'Ordre.

Le Conseil de l'Ordre a précisé que l'avocat fiduciaire demeure, dans l'exercice de cette activité, soumis aux devoirs de son serment et tenu au secret professionnel. Pour l'exercice de l'activité fiduciaire, l'avocat doit dans toute correspondance indiquer expressément sa qualité de fiduciaire. Il doit par ailleurs dissocier le traitement informatique et matériel des dossiers de fiducie avec celui des autres dossiers.

Les conflits d'intérêts s'apprécient par rapport au constituant et au bénéficiaire. L'avocat désigné par le constituant en qualité de tiers, au sens de l'article 2017 du Code civil, ne peut appartenir à la même structure d'exercice que celle à laquelle appartient l'avocat fiduciaire.

En raison de l'application des règles déontologiques propres à la profession d'avocat, il est remarquable que l'avocat fiduciaire ne peut assurer la gestion d'un fonds de commerce ou prendre la qualité de dirigeant de fait d'une société en nom collectif.

Terminons en indiquant que tout comme le constituant, le fiduciaire doit être résident d'un Etat fiscalement partenaire de la France.

A-2.3 Le bénéficiaire

A défaut de disposition spécifique, force est de constater qu'une personne physique aussi bien qu'une personne morale peut revêtir cette qualité. Il est cependant nécessaire que le bénéficiaire dispose de la capacité juridique. Le bénéficiaire peut être désigné dans l'acte constitutif ou ultérieurement, dès lors que l'acte constitutif précise les modalités de sa désignation. Le Code civil [26] expose que le constituant et le fiduciaire peuvent également revêtir la qualité de bénéficiaire du contrat. Naturellement, il peut toujours s'agir d'un tiers.

En outre, la loi ne fait pas du bénéficiaire une partie au contrat de fiducie, de sorte que celui-ci peut être investi de ce rôle à son insu et que le contrat ne saurait lui imposer une obligation quelconque.

(26) Art. 2016 C. civ.

Le tiers dont il s'agit n'est pas un véritable tiers, puisqu'il bénéficie de la stipulation pour autrui contenue dans le contrat de fiducie.

Il en résulte, dès la conclusion du contrat, que le bénéficiaire est investi d'un droit contre le fiduciaire. Ce droit est un droit de créance, qui se manifeste en cas de fiducie transmission par un droit de revendication du bénéficiaire. La stipulation pour autrui donne un droit d'option au bénéficiaire qui peut accepter, ou non, les termes du contrat. De son coté, le constituant peut révoquer le contrat jusqu'à son acceptation par le bénéficiaire. En revanche, à compter de l'acceptation formelle par le bénéficiaire, la modification ou révocation du contrat nécessitera l'accord de celui-ci.

A-2.4 Le tiers protecteur

Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers protecteur [27]. Le rôle de ce tiers consiste à s'assurer de la préservation des intérêts du constituant dans le cadre de l'exécution du contrat de fiducie. Le tiers protecteur peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant.

Dans le cadre de sa mission, le tiers protecteur peut demander au fiduciaire de rendre compte de sa gestion, de saisir le juge en vue du remplacement du fiduciaire, ou encore d'obtenir communication de la comptabilité fiduciaire et des contrats souscrits. Le tiers peut également se voir transférer par le constituant l'ensemble de ses prérogatives et agir au nom de celui-ci.

La loi ne précise pas qui peut être désigné tiers protecteur. Aussi, considérant que la nomination d'un tel contrôleur dénote une certaine divergence d'intérêts entre le constituant et le fiduciaire, il nous paraît souhaitable que le contrat de fiducie prévoit dès sa conclusion l'indication du mode de nomination du tiers, de sa qualité et de la nature des documents qui devront lui être fournis par le fiduciaire.

Reprenant à son compte la théorie consumériste de renonciation aux « *droits acquis* », l'ordonnance du 30 janvier 2009 a interdit le jeu de la clause contraire lorsque le constituant est une personne physique. Ainsi, la faculté pour le constituant personne physique de désigner un tiers protecteur de ses intérêts, en cours de fiducie, est d'ordre public.

Il semble en effet opportun que le constituant personne physique puisse à tout moment pour une raison quelconque, de santé, de compétence ou de simple convenance, transmettre ses prérogatives à un tiers, qu'il constitue gardien de ses intérêts. En outre, cette faculté offre au consommateur-constituant une protection face à un fiduciaire nécessairement professionnel. Le fiduciaire,

(27) Art. 2017 C. civ.

également, pourrait tirer avantage de l'intervention d'un tiers. Cela lui permettrait effectivement de constituer pour l'avenir la preuve du travail bien fait, face à un consommateur procédurier. Il nous faut cependant raison garder et ne pas perdre de vue que, par son étymologie, la fiducie repose sur la confiance…

Cette confiance se trouve cristallisée dans la définition, *ab initio*, des objectifs de l'opération fiduciaire.

A-3 Les objectifs de la fiducie

L'article 2011 du Code civil énonce que le fiduciaire agit dans un « *but déterminé* » au profit du bénéficiaire. La loi manque toutefois de définir le but qui peut ainsi être poursuivi.

S'il est vrai, comme nous l'avons évoqué ci-dessus, que le contrat de fiducie est une institution à géométrie variable dont le nombre d'utilité n'a d'égal que l'imagination de la pratique, il n'en demeure pas moins remarquable que celle-ci s'accorde à ne reconnaître que trois typologies d'utilisation de la fiducie. Les finalités envisagées sont celles de gestion (A-3.1), de sûreté (A-3.2) et de transmission (A-3.3). Nous n'envisagerons cette dernière utilisation que pour mieux l'exclure, tout au moins lorsqu'elle constitue une opération motivée par l'*animus donandi*. Nous ne brosserons le portrait des deux autres finalités qu'à grands traits, des développements ultérieurs devant tenter de démontrer l'intérêt et l'application pratique de ces objectifs.

A-3.1 La fiducie gestion

La fiducie gestion est utilisée par le constituant pour mettre en valeur le bien affecté, ou tout au moins en assurer la conservation pendant la durée du contrat de fiducie. Le fiduciaire gère le patrimoine affecté au moyen des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi et précisés par le contrat, à charge pour lui de le transmettre à l'issue du contrat au bénéficiaire. Lorsque le bénéficiaire sera le constituant lui-même, ou à défaut de désignation d'un bénéficiaire, le constituant recouvrira sa propriété à l'issue de la période contractuelle. A n'en pas douter, le fiduciaire n'œuvre pas dans un but philanthropique et le bénéficiaire devra donc s'acquitter auprès de celui-ci du versement d'une somme correspondant au montant de la rémunération de sa mission.

A-3.2 La fiducie sûreté

La fiducie-sûreté organise quant à elle la possibilité pour un débiteur de transférer la propriété d'un bien (au créancier ou à un tiers), à titre de garantie du paiement de sa dette. A l'extinction de la créance, le bien affecté fait retour dans le patrimoine du constituant. En revanche, lorsque le constituant ne s'est pas libéré de sa dette, cette fiducie-sûreté revient à admettre l'abandon, du bien au profit du créancier.

En pratique, les sociétés consentant le crédit affecteront à une filiale spécialement dédiée la détention du patrimoine fiduciaire. Enfin, par le biais de cette fiducie, est d'une part assurée l'insaisissabilité du patrimoine d'affectation par les tiers, notamment en cas d'une procédure collective, contre le constituant, et d'autre part le fiduciaire conserve la possibilité d'organiser conventionnellement les modalités d'organisation de la dette consentie au constituant (le rang, les concours, les quotités, les syndications...).

A-3.3 La Fiducie-libéralité

Le trust anglo-saxon dont la vigueur a décidé le législateur français à instaurer la fiducie connaît la possibilité de réaliser une transmission du bien affecté à titre gratuit au profit du bénéficiaire. La loi française interdit quant à elle, avec force, le recours à la fiducie-libéralité. En effet, l'article 2013 du Code civil dispose que le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette restriction importante a été justifiée par la crainte que ne soit encouragée la fraude au droit des successions et le contournement de la réserve héréditaire.

Les travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi de 2007 ont indiqué que l'instauration du mandat à effet posthume, ainsi que des libéralités graduelles et résiduelles par la loi 2006-728 du 23 juin 2006 dénuait de tout intérêt la fiducie libéralité.

Il convient cependant d'observer que la finalité des opérations de fiducie et de mandat à effet posthume est radicalement différente. Le mandat à effet posthume ne donne pas lieu au transfert de patrimoine qui caractérise la fiducie. Le mandat offre seulement le pouvoir d'administrer et de gérer tout ou partie d'une succession pour le compte d'un héritier dans un temps limité et en respectant un formalisme exigeant. Pourtant, loin de recouper entièrement les utilités attendues du mandat, la fiducie-libéralité aurait tout de même permis d'en pérenniser les effets et aurait donc conservé tout son intérêt.

L'article 2013 du Code civil précise au surplus dans son second alinéa que la nullité prévue est d'ordre public. Autrement dit, il s'agit d'une nullité absolue, insusceptible de confirmation et prescrite par trente ans. Le caractère absolu de cette nullité tend à protéger l'intérêt général du droit des successions, mais aussi du crédit. On ne saurait en effet faciliter l'affaiblissement du gage des créanciers par l'accomplissement d'une libéralité.

Il est certain qu'on ne saurait trop conseiller au rédacteur de l'acte de fiducie d'insérer dans un exposé préliminaire les motivations profondes du constituant afin d'éviter la qualification du contrat en libéralité et l'annulation de celle-ci.

Voilà donc rencontrée la première cause de nullité prévue par le législateur dans son dispositif. Nous verrons qu'il a parsemé le régime juridique de la fiducie d'autres causes de nullité. Ceci est particulièrement vérifiable en ce qui concerne le respect du formalisme constitutif de la fiducie.

B Les conditions de forme

Le régime juridique de la fiducie prévoit un formalisme jugé excessivement contraignant et trop sévèrement sanctionné, tant en ce qui concerne la conclusion de l'acte constitutif (B-1) que la publicité de l'opération (B-2).

B-1 L'acte instituant la fiducie

La fiducie semble en effet, dès sa naissance, marquée au fer de la méfiance du législateur qui craint que sa créature, en lui échappant, n'ouvre la voie aux maux qu'il redoute le plus: la fraude, le blanchiment d'argent et l'évasion fiscale. Pour parer à toute éventualité, la loi a entouré la constitution de la fiducie d'un corset de formalités en exigeant un écrit dont le contenu est contraint (B-1.1) et la forme règlementée (B-1.2).

B-1.1 Un contrat écrit, au contenu obligatoire

Le législateur a omis de préciser *expressis verbis* l'obligation de consigner par écrit l'accord des parties; la doctrine s'en est émue. Après avoir constaté la nécessité d'un contrat écrit (a), nous observerons les mentions que celui-ci doit comporter (b).

a) La nécessité d'un contrat écrit

La loi ne précise nullement que le contrat de fiducie doit être écrit, on ne saurait pour autant nourrir de doutes sérieux à cet égard.

En premier lieu, l'article 2012 du Code civil énonce que la fiducie « *doit être expresse* » excluant donc une tacite constitution. L'écrit semble d'emblée s'imposer. Ensuite, l'article 2019 du Code civil dispose que la nomination ultérieure du bénéficiaire doit être effectuée au moyen d'un acte écrit, ce qui suppose que l'acte initial était également écrit. Enfin, l'article 2018 du même Code précise que six mentions spécifiques doivent nécessairement être portées sur l'acte constitutif. Comment alors faire autrement que par un contrat écrit. L'exigence d'un contrat écrit est une règle de forme *ad validitatem*, puisque son inobservation a pour conséquence la nullité de l'acte.

b) Les mentions obligatoires du contrat de fiducie

Nous allons voir que le législateur a prévu au travers de l'article 2018 du Code civil une liste de mentions obligatoires quelle que soit la finalité de la fiducie instaurée (1°). En dehors de ce tronc commun du droit fiduciaire, l'ordonnance du 30 janvier 2009 est venue compléter les mentions obligatoires de droit commun en cas de constitution d'une fiducie sûreté (2°).

1°) Les mentions obligatoires de droit commun

L'article 2018 donne la liste des mentions obligatoires que tout contrat de fiducie doit comporter, à peine de nullité absolue.

Ainsi le contrat doit déterminer, savoir :

• Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ;

• La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat ; Sans anticiper sur les développements relatifs au dénouement du contrat, précisons que celui-ci peut s'éteindre avant l'arrivée du terme prévu, que ce soit par la révocation du contrat, la survenance du décès du constituant (sauf en matière de fiducie sûreté), ou encore par la réalisation de l'objectif déterminé.

• L'identité du ou des constituants ;

• L'identité du ou des fiduciaires ;

• L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation ; ainsi que nous l'avons dit, la désignation ultérieure du bénéficiaire doit être réalisée au moyen d'un contrat écrit.

• La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.

On voit par là même que les pouvoirs du fiduciaire ne se présument pas et ne sont pas reconnus de façon supplétive par la loi. Il ne faut cependant pas confondre les pouvoirs du fiduciaire dans ses relations avec le constituant et les pouvoirs qu'il détient à l'égard des tiers. Dans ce dernier cas, il est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire [28].

La loi ne le prévoit pas expressément, mais il semble également important de qualifier l'acte en tant que contrat de fiducie, car nous le savons, la fiducie ne se présume pas et doit être expresse.

Comme en toute matière, l'inconvénient de la méthode énumérative choisie par le législateur tient au caractère incomplet de cet inventaire. Ce faisant, le législateur a omis divers points, d'une importance pourtant assez grande.

En effet, la loi ne définit pas les règles applicables aux modifications apportées à l'économie du contrat. Les intervenants peuvent changer puisque le fiduciaire peut être révoqué, le bénéficiaire inter changé et le constituant cédé. Les biens affectés peuvent être désaffectés ou de nouveaux biens peuvent s'adjoindre à eux. Les objectifs ou la durée peut aussi varier.

La seule règle relative à ces modifications est fiscale puisque l'article 2019 du Code civil prévoit l'enregistrement du contrat de fiducie et de ses avenants.

---

(28) Art. 2023 C. civ.

Il semble, dans le silence des textes que le contrat modificatif doive respecter les mêmes dispositions que le contrat initial.

Par ailleurs, il n'est pas exigé que soit mentionnée une éventuelle rémunération du fiduciaire. Le contrat peut donc librement être réalisé à titre onéreux ou gratuit, bien que la qualité du fiduciaire fasse douter du caractère gratuit d'une telle prestation.

Enfin, le législateur de 2007 n'a pas introduit dans l'énumération de l'article 2018 l'obligation de mentionner la ou les créances garanties alors même qu'il s'agit d'une impérieuse nécessité pour les sûretés conventionnelles. La doctrine a vu dans cette omission la reconnaissance d'une fiducie rechargeable, puisque non soumise au principe de spécialité. Ces mentions sont toutefois devenues obligatoires aux termes de l'ordonnance du 30 janvier 2009, lorsque le contrat met en place une fiducie-sûreté.

2°) Les mentions obligatoires spécifiques à la fiducie-sureté

La loi 2009-526 du 12 mai 2009 a précisé les règles applicables aux fiducies-sûreté au sein de deux corps d'articles relatifs à la propriété cédée à titre de garantie. Le premier, inséré aux articles 2372-1 et suivants du Code civil traite de la propriété mobilière, tandis que le second, constitué des articles 2488-1 et suivants du même Code, concerne la propriété immobilière.

Deux types de mentions obligatoires sont prévus par ces textes, l'un devant assurer la connaissance par le constituant de la portée de son engagement, l'autre étant lié à la convention de rechargement de la garantie conférée.

• Les articles 2372-2 du Code civil, pour la fiducie mobilière, et 2488-2, pour la fiducie immobilière, ajoutent deux mentions à celles que requiert l'article 2018 du même Code pour la validité de tout contrat de fiducie : lorsque la fiducie est conclue à titre de garantie, « *le contrat mentionne à peine de nullité la dette garantie et la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire* ». Cette mention a pour but de garantir une parfaite connaissance par le constituant personne physique de la portée de son engagement et de s'assurer que s'il n'exécute pas son obligation, le bénéficiaire de la fiducie ne pourra conserver un bien dont la valeur est supérieure à la créance garantie sans l'indemniser. Cette valeur peut, dans le silence de la loi, être estimée amiablement par les parties ou à dires d'expert si celles-ci le désirent. En revanche, lorsqu'il s'agira de mettre en œuvre la sûreté, cette valeur sera déterminée par un expert, toute clause contraire étant réputée non écrite.

• Les articles 2372-5, pour la fiducie mobilière, et 2488-5, pour la fiducie immobilière, prescrivent que la fiducie peut être rechargée. Ces articles disposent en effet que « *la propriété cédée [...] peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif*

pourvu que celui-ci le prévoit expressément». La convention de recharge, par laquelle la propriété est affectée à la garantie de nouvelles créances, est soumise aux conditions de forme, d'enregistrement et de publicité nécessaires à la validité du contrat de fiducie [29]. Cette convention permet d'offrir le bien en garantie au créancier originaire ou à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé. Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge. L'ordre des créanciers garantis par la même fiducie est déterminé par la date de l'enregistrement, pour la fiducie mobilière, ou de l'inscription, pour la fiducie immobilière, du contrat de fiducie et de la convention de recharge. L'ensemble de ces règles est d'ordre public.

B-1.2 La nature de l'écrit

Si le législateur ne précise pas expressément que la constitution du contrat de fiducie doit être consacrée par un écrit, il ordonne, en revanche, que ce contrat soit dans certaines hypothèses, reçu en la forme authentique. Le principe du consensualisme permet d'indiquer que lorsque la loi n'en dispose autrement, le contrat peut être établi librement sous signatures privées ou aux termes d'un acte authentique. Nous ne ferons pas l'offense à nos lecteurs de rappeler ici les avantages décisifs de la forme authentique du contrat, qui doivent la faire préférer à toute autre.

• Le contrat solennel de fiducie :

Le Code civil dispose alors, à peine de nullité, que le contrat de fiducie doit être reçu en la forme authentique en raison de la nature des biens affectés ou de leur mode de détention. Ainsi, le contrat doit résulter d'un acte authentique lorsqu'il porte sur des biens dépendant d'une communauté conjugale ou sur des biens indivis (art. 2012, al. 2).

Il en résulte donc que l'authenticité s'impose dans tous les cas où les biens font l'objet d'une propriété partagée :

– L'authenticité s'impose d'abord à des époux mariés sous un régime de communauté qui veulent constituer une fiducie sur des biens communs, meubles ou immeubles. Nous l'avons vu, le contrat de fiducie réalisé par des époux communs en biens obéit à la règle de cogestion ; ce même contrat doit au surplus être reçu par un notaire.

– L'authenticité s'impose également à des indivisaires qui veulent constituer une fiducie sur leurs biens indivis, et ce sans distinction suivant la source de l'indivision, la nature du bien et leur qualité personnelle.

(29) Art. 2372-5 et 2488-5 C. civ., dont les dispositions sont d'ordre public.

L'authenticité est donc obligatoire que la fiducie concerne des biens acquis conjointement par des époux séparés de biens, des biens dépendant d'une communauté dissoute, des biens acquis par un partenaire lié par un pacte civil de solidarité stipulant une clause d'indivision (art. 515-5-1 C. civ.), des biens dépendant d'une indivision successorale, et, plus généralement, sur tout bien acquis par deux ou plusieurs personnes physiques ou même morales.

Le recours à la forme authentique du contrat se justifie par la protection des parties contre les conséquences jugées dangereuses du mécanisme fiduciaire. Le notaire, à qui la jurisprudence reconnaît invariablement le devoir de s'assurer de l'efficacité juridique (mais aussi économique) de ses actes, veillera à ce que le consentement des parties soit éclairé et exempt de tout vice. Dans ce cas, en raison de la complexité du mécanisme et de sa relative nouveauté, pourquoi le législateur n'a-t-il pas jugé bon d'imposer l'authenticité de l'acte, quel que soit le bien affecté, chaque fois que le constituant est une personne physique, agissant en qualité de consommateur ?

La réponse à cette interrogation tient peut être à ce que l'on considère traditionnellement que le patrimoine du constituant consommateur est essentiellement constitué de sa résidence principale. L'authenticité du contrat de fiducie est donc ici requise pour les besoins de la publicité foncière, quelle que soit la nature du droit immobilier et la qualité du constituant. Cette fois, la sanction de la nature authentique de l'acte ne sera plus la nullité du contrat de fiducie, comme formalité ad validitatem, mais la seule inopposabilité de l'acte aux tiers comme formalité ad pobationem. Nous remarquerons cependant que le législateur déjoue les règles du droit commun en énonçant que c'est la formalité de publicité elle-même qui est sanctionnée par la nullité du contrat.

• La forme authentique pour les besoins de la publicité foncière

L'opposabilité aux tiers de l'affectation fiduciaire d'un immeuble nécessite, comme nous le verrons par la suite, une formalité de publicité foncière. Parallèlement, le décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 pose la règle suivant laquelle « *tout acte sujet à publicité dans un bureau des hypothèques doit être dressé en la forme authentique* ». Il résulte de ce ceci que tout acte d'affectation fiduciaire d'un immeuble doit être réalisée aux termes d'un acte reçu en la forme notariée.

B-2 La publicité de l'acte instituant la fiducie

Les articles 2019 et 2020 du Code civil énoncent une série de mesures destinées à placer le contrat de fiducie à la connaissance des tiers et de l'administration fiscale. Les formalités à respecter ont trait à l'enregistrement fiscal de l'acte (B-2.1), à sa publication au fichier immobilier (B-2.2) et à

son inscription au registre national des fiducies (B-2.3). Au delà de ces règles générales, le contrat de fiducie devra donner lieu à l'accomplissement des formalités propres aux biens affectés suivant les règles qui leur sont spécifiques.

B-2.1 L'enregistrement fiscal du contrat

Le contrat de fiducie et ses avenants doivent, à peine de nullité, être enregistrés, dans le mois de sa date au service des impôts du siège du fiduciaire, ou à celui des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France (Noisy-le-Grand 93160, 10 rue du Centre).

Nous voyons donc apparaître une nouvelle nullité fiscale, à côté de celle déjà prévue par l'article 1589-2 du Code civil concernant les promesses unilatérales de vente. Un tel formalisme s'applique aussi à la transmission des droits des parties, ainsi qu'à la désignation ultérieure du bénéficiaire s'il ne l'avait pas été initialement lors de la conclusion du contrat de fiducie. Ces éléments doivent d'ailleurs, à peine de nullité, donner lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions.

Précisons que l'enregistrement de l'acte de fiducie est soumis à la perception du droit fixe de 125 €.

La loi ne prévoit pas qui du fiduciaire ou du constituant doit réaliser la formalité d'enregistrement et qui est le redevable des droits. Tout porte à croire qu'il s'agit du fiduciaire, en sa double qualité de professionnel et de possesseur des biens transférés.

Il est à noter que l'article 223 VH du Code général des impôts (non encore codifié) crée une obligation de déclaration d'existence de la fiducie dont le régime est précisé par l'article 344 M. de l'annexe III au Code général des impôts. Aux termes de cet article, la déclaration d'existence est déposée dans les quinze jours de la création de la fiducie auprès du service des impôts des entreprises du siège ou du lieu du principal établissement du fiduciaire ou, en cas de pluralité de fiduciaires, de celui expressément désigné dans le contrat de fiducie pour agir pour le compte de la fiducie.

Lorsque le fiduciaire n'est pas domicilié en France, la déclaration d'existence est déposée auprès du service des impôts des non-résidents. La déclaration d'existence est établie sur un formulaire homologué conformément aux articles 371 AL et 371 AM de l'annexe II au Code général des impôts (non codifié). Elle comporte la dénomination exacte de la fiducie, les nom et adresse du fiduciaire ou, en cas de pluralité de fiduciaires, de celui expressément désigné dans le contrat de fiducie pour agir pour le compte de la fiducie, les noms et adresses des constituants de la fiducie, l'objet de la fiducie, et la date d'effet de l'événement objet de la formalité. La déclaration est signée par le fiduciaire ou, en cas de pluralité de fiduciaires, par celui expressément

désigné dans le contrat de fiducie pour agir pour le compte de la fiducie ou de son mandataire. Comment comprendre qu'il soit demandé aux parties d'adresser aux mêmes services fiscaux des informations semblables à des dates si rapprochées... sinon par la volonté de circonscrire tout risque de fraude.

B-2.2 La publicité foncière

Lorsque le patrimoine fiduciaire est composé d'immeubles ou de droits réels immobiliers, l'opération de fiducie doit, toujours à peine de nullité, faire l'objet d'une publication à la conservation des hypothèques. Cet acte est soumis à la formalité fusionnée, de sorte que l'enregistrement garanti par la publicité foncière, doit alors être effectué dans un délai de deux mois à compter de la signature de l'acte authentique. La formalité de publicité foncière emporte perception de la taxe de publicité foncière au taux normal, ainsi que le salaire du conservateur. Ces perceptions sont liquidées sur le montant de la valeur des biens transférés.

L'indication obligatoire du bénéficiaire nous paraît former une problématique particulière. Dans le cas général, le contrat fiduciaire prévoit une « *stipulation pour autrui* » ce qui signifie que le bénéficiaire n'est pas partie à l'acte. Dans la plupart des cas d'ailleurs, il ne sera pas intervenant à l'acte. Dans le cadre de la fiducie-gestion, le fiduciaire réunit également sur sa tête la qualité de « *bénéficiaire* ». Les mêmes vérifications et indications devront figurer dans les actes destinés à être publiés.

Pour les inscriptions d'une fiducie-sûreté, plusieurs précautions doivent être prévues. En effet, le contrat prévoyant une fiducie-sûreté vient à l'appui d'une convention de crédit, qu'il vient compléter ou dans laquelle il vient s'insérer, dès lors, s'agissant de sûreté, et par parallélisme des formes, ils devront figurer dans l'acte destiné à l'inscription et aux diverses mesures de publicité, les caractéristiques essentielles de l'acte à l'origine de la créance garantie et tout particulièrement sa nature, sa durée ou le montant en principal de la somme garantie. Comme dans le cadre d'inscriptions hypothécaires, le contrat fiduciaire donnera lieu à l'établissement d'un bordereau contenant les caractéristiques essentielles de l'acte de prêt à la garantie duquel a été prévue la fiducie-sûreté. Enfin, les problématiques tenant à l'assurance du bien immobilier muté sont très intéressantes car définies dans la convention d'origine.

B-2.3 Le registre national des fiducies

Un décret [30] a mis en place un traitement automatisé de données à caractère personnel : le registre national des fiducies. Ce registre était prévu en 2007 dès l'instauration de la fiducie et attendu par l'article 2020 du Code

(30) Décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 (JO 4 mars 2010).

civil. Son objectif est de centraliser les informations relatives aux contrats de fiducie pour faciliter la lutte contre l'évasion fiscale, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. En complément, un arrêté [31] harmonise la mise en service par la direction générale des impôts d'un traitement automatisé d'informations nominatives dénommé Base nationale des données patrimoniales. Cet arrêté prévoit que les informations relatives aux contrats de fiducies sont extraites de cette base, aux fins de constitution du registre national des fiducies. Il précise également que les données relatives à ces contrats sont conservées au sein de la base nationale des données patrimoniales pendant dix ans à compter de l'extinction du contrat de fiducie. Soulignons que l'inobservation de cette obligation d'inscription n'est pas encore pourvue d'une sanction.

La question est de savoir si l'opposabilité du transfert fiduciaire, par exemple à l'égard des ayants cause du constituant ou des tiers qui traitent avec le fiduciaire, résultera de la publicité au registre général des fiducies, ou si l'on doit appliquer le droit commun, donc la nécessité de respecter les formalités de publicité diverses selon les biens concernés. En l'absence de disposition légale particulière, c'est cette seconde solution qui devrait s'imposer.

En ce sens, conformément aux travaux parlementaires, n'ont accès au registre national que les autorités judiciaires, l'administration fiscale et les autorités chargées de la lutte anti-blanchiment. L'objectif est manifestement de moraliser les opérations de fiducie qui seront mises en œuvre, mais certainement pas de permettre la publicité et l'opposabilité aux tiers du contrat de fiducie. Il est cependant regrettable que la sécurité financière ait été assurée au détriment de la sécurité juridique.

iSTANBUL 2011
MOUVEMENT JEUNE NOTARIAT

(31) Arrêté du 12 avril 2010 (JO 13 mai 2010).

L'application du contrat de fiducie

par Ludovic ARNAUD

Aux dispositions d'ordre public, relatives à la constitution du contrat de fiducie, succède au stade de leur application, un corps de règles tout aussi impératif. Le socle juridique de la fiducie, issu de la loi du 19 février 2007, a été complété en 2009 par d'utiles précisions concernant la propriété cédée à titre de garantie, mobilière et immobilière.

A la lecture des textes, il s'avère que la mise en œuvre du contrat de fiducie doive répondre à un certain nombre de contraintes civiles, fiscales et comptables. Seuls les aspects civils seront ici abordés, les autres dépassant trop largement l'objet de notre étude (l'objectif fiscal de la loi sera cependant évoqué dans des développements ultérieurs [1]). La loi a pourvu beaucoup d'entre eux d'une solution appropriée, mais la brièveté des travaux législatifs n'a pas permis d'envisager la totalité de leurs problématiques. C'est pourquoi le législateur semble faire désormais le choix de remettre périodiquement sur le métier la trame du régime juridique de la fiducie. Il est ainsi à craindre qu'elle ne demeure à tout jamais parcellaire.

Pour autant, faut-il nécessairement voir en cela la manifestation de l'impéritie prétendue du législateur moderne ? Cela n'est pas certain, puisqu'à divers égards, l'indétermination de la loi et de ses dispositifs est à même d'engendrer une relative liberté d'action. Peut-être le dessein du législateur se trouve-t-il là : ménager une liberté contractuelle, composée au travers du prisme de l'intérêt public. Nous ne pouvons qu'espérer, comme en bien d'autres matières, que l'inachèvement du texte sera de nature à favoriser le dynamisme et la flexibilité de la fiducie. D'ailleurs, pour ne prendre qu'un exemple, force est de constater que la fiducie-sûreté présente des atouts indéniables : à défaut de précision, il s'agit de la seule sûreté réelle conventionnelle qui puisse porter indifféremment sur tout bien, meuble ou immeuble, corporel ou incorporel, présent ou futur, et sur un très long terme. Il ne fait cependant aucun doute que la liberté contractuelle n'est pas totale. Elle est soumise au joug d'un régime juridique dont la cohérence est parfois sacrifiée sur l'autel de la lutte contre le blanchiment de capitaux et l'évasion fiscale.

---

(1) Pour une étude complète le lecteur pourra se reporter utilement au Formulaire Notarial, Jurisclasseur, Fiducie fasc. 20.

Dans ce contexte, la question se pose alors de savoir quelle est la marge de manœuvre offerte au constituant pour assurer l'exécution du transfert fiduciaire (1) et quelle est la pertinence de celui-ci au regard de ses applications prévisibles (2).

1 – L'exécution du contrat de fiducie

Schématiquement, la fiducie est une opération qui se caractérise par le transfert de la propriété d'un bien par un constituant à un fiduciaire, dans un but déterminé au profit d'un bénéficiaire. Les effets de ce contrat se produisent ainsi par un mécanisme de stipulation pour autrui. De fait, les prérogatives reconnues aux divers acteurs sont distinctes et varient suivant le rôle qu'ils jouent dans le scenario mis en place. Il convient d'en prendre toute la mesure (B).

Ces développements seront précédés de remarques liminaires relatives au rapport du droit général des contrats translatifs de propriété avec l'exécution du droit spécial du contrat de fiducie (A).

A Remarques liminaires

Que l'on songe par exemple à la société unipersonnelle, à la cession Dailly ou à la stipulation pour autrui, il peut sembler que la fiducie vienne de manière seulement surnuméraire et trop tardive, tenter de répondre à des questions déjà résolues par le droit positif. Il va de soit, en effet, que la pratique a adopté des mécanismes juridiques permettant de répondre aux attentes de la vie économique. A cette fin, la validité de diverses opérations fiduciaires a été reconnue par la loi et la jurisprudence, sans attendre pour cela l'intervention législative de 2007. Loin d'évincer le jeu de ces fiducies innommées issues du droit commun, et impropre à les absorber complètement, la fiducie nouvelle n'en constitue bien souvent qu'une alternative (A-1). Cette remarque tient en ce que l'opération fiduciaire emprunte pour beaucoup aux mécanismes des contrats qu'elle vient compléter. Se pose alors la question de savoir si le droit commun des contrats «*parasités*» doit trouver à s'appliquer à l'opération fiduciaire. Cette interrogation est prégnante si l'on veut bien considérer que le transfert fiduciaire s'analyse potentiellement en une double vente (A-2). Ces considérations mettent en lumière les difficultés que rencontrera le notaire pour satisfaire son obligation d'assurer l'efficacité juridique de la convention des parties.

Ces divers points n'ont pas été évoqués par les travaux parlementaires qui ont pourtant abordé des questions plus sensibles encore. A ce titre, ces travaux ont appelé de leurs vœux la possibilité d'exécuter la fiducie aux fins de *defeasance* (A-3). Malgré cela, la loi est demeurée muette sur ce point, ne prévoyant pas expressément qu'une dette puisse être transférée dans le

patrimoine fiduciaire. L'esprit du texte semble le permettre, bien qu'il paraisse difficile d'outrepasser sur ce seul fondement les possibilités offertes par le droit général des biens et des contrats.

A-1 La fiducie innommée

Des mécanismes fiduciaires préexistaient à l'instauration de la fiducie par la loi du 19 février 2007. Bien qu'elles n'aient pas mis enœuvre un patrimoine fiduciaire, ces fiducies innommées visaient déjà les objectifs recherchés désormais par la loi de 2007 : permettre la création d'outils de crédit et de gestion de nature à éviter le concours d'autres créanciers titulaires d'une sûreté traditionnelle sur le bien en cause. Surtout, en matière de crédit, faire en sorte que la faillite du débiteur n'affecte pas les garanties qu'il a consenties.

Ces opérations fiduciaires innommées ont été introduites en droit français par le Code civil en premier lieu, puis majoritairement par la pratique bancaire et financière du XXe siècle. Ces opérations sont semblables les unes aux autres en raison de leur fonctionnement qui tient de l'altération du droit de propriété, mobilisé là où il ne devrait pas l'être. Ces mécanismes, souvent prévus par le Code civil dans le domaine du droit patrimonial, ont été détournés par la pratique financière pour en faire des instruments efficaces du droit des affaires. Les opérations de type fiduciaire qui n'ont pas offert de débouché en matière bancaire ou financière n'ont pas connu le même essor [2].

D'autres mécanismes fiduciaires se sont ensuite ajoutés aux opérations issues du Code civil, et ont suscité un engouement assez important [3].

Nous verrons quels peuvent en être les exemples en termes de gestion (A-1.1) et de sûreté (A-1.2) avant de constater que la fiducie de l'article 2011 du Code civil n'est pas destinée à les éradiquer (A-1.3). Il nous est permis de penser, bien au contraire, que loin de s'éteindre avec l'arrivée de la fiducie nouvelle, les fiducies innommées viendront parfois au secours des contrats de fiducies nommées, irrégulièrement constitués.

A-1.1 Les fiducies-gestion innommées

Les exemples de mécanismes fiduciaires innommés aux fins de gestion sont nombreux. Parmi les plus caractéristiques citons les Fonds communs de placement et les Fonds communs de créances. Il s'agit d'opérations consistant à isoler dans un patrimoine autonome des actifs gérés pour le compte de bénéficiaires. Le fonds est une copropriété de parts sociales qui constitue une universalité

(2) Legs de *residuo*, vente à réméré. Force est de constater que ces opérations inusitées ont pour objet la transmission. En serait-il de même de la fiducie nouvelle si elle permettait, la réalisation d'opération de transmission à titre de libéralité.

(3) Fonds commun de créance ou de placement, loi Dailly, ...

gérée par un tiers au bénéfice des porteurs de parts. Il est notable que les parts sociales gérées sont séparées pour un temps du patrimoine de leur souscripteur, et ne se confondent pas avec ceux de la société de gestion et de la société dépositaire des actifs. Au cas présent, nous sommes en présence d'une dissociation de patrimoine qui forme un semblant de patrimoine d'affectation.

Citons également, sans les développer, les fiducies-gestion innommées que constituent les comptes à rubriques ou comptes à affectation spéciales régis par l'article L. 214-46 du Code monétaire et financier [4], les opérations de portage, le quasi-usufruit, les sociétés unipersonnelles, l'assurance-vie, les libéralités graduelles et résiduelles ou encore le mandat à effet posthume [5].

A-1.2 Les fiducies-sûreté innommées

Les exemples sont ici d'autant plus nombreux qu'ils émanent en majorité de la pratique des affaires. Les créanciers de tous ordres ont constaté très tôt que leur position est meilleure s'ils disposent de la chose servant de garantie, que ce soit par un droit de rétention ou un droit de propriété. Ainsi la recherche d'un droit d'appropriation de la chose par le créancier a été constante et atteinte, notamment, par la clause de réserve de propriété. D'autres mécanismes ont été mis en place, tels le réméré, le report en bourse, la cession Dailly, la pension livrée, le prêt de titre garanti, ou encore le gage-espèces. Toutefois, ces techniques de garantie ne peuvent pas être assimilées à la fiducie de l'article 2011 du Code civil en ce qu'elles n'aboutissent pas à la création d'un patrimoine d'affectation au sens de la loi nouvelle.

Les fiducies innommées disposent de caractéristiques propres qui leur permettent de conserver leur autonomie de fonctionnement et leur indépendance par rapport à la fiducie instituée par la loi du 19 février 2007. Qu'en est-il réellement ?

A-1.3 Le maintien des opérations fiduciaires innommées aux côtés de la fiducie nouvelle

Pour la plupart, les conventions que nous venons de recenser s'apparentent à une fiducie dans la mesure où elles emportent transfert de propriété (sans patrimoine d'affectation) et organisent la gestion du bien transféré dans l'intérêt d'un bénéficiaire. Doit-on alors considérer qu'il faille requalifier de telles opérations en fiducie et, par conséquent, prononcer leur nullité pour non respect des conditions de constitution de ce contrat ?

---

(4) Le compte bancaire est ouvert au nom d'un titulaire unique, mais avec une pluralité de bénéficiaires ayant un droit de disposition sur les sommes inscrites en compte.

(5) Le mandat à effet posthume forme une véritable « convention fiduciaire », M. Grimaldi, *Le mandat à effet posthume*, Defrénois 2007, art. 38509, p. 3.

Le caractère nécessairement exprès de la fiducie permet d'éloigner ce risque. Le principe demeure donc celui du caractère non fiduciaire du transfert de propriété. Par ailleurs, il ressort de deux arrêts rendus par la Chambre commerciale de la Cour de cassation en ce qui concerne le fonctionnement du transfert de droit par cession de créance et gage-espèces [6] que les transferts fiduciaires sont encore possibles en dehors même de l'institution de la fiducie prévue à l'article 2011 du Code civil.

Par ailleurs, il parait peu probable de voir un contrat de fiducie, répondant aux conditions légales, être requalifié en contrat de droit commun au motif qu'il en épouse la forme ou les effets.

A l'inverse, il est fort à parier que les contrats de fiducies innommées formeront le dernier rempart contre la nullité absolue des contrats de fiducie non conformes. Il est en effet à craindre que beaucoup de ces contrats ne soient sujet à l'annulation, tant les règles impératives du contrat de fiducie sont nombreuses et impitoyablement sanctionnées.

Il nous semble que la jurisprudence aura très rapidement à se prononcer sur la possible dégénérescence du contrat de fiducie déclarée en un contrat de fiducie innommée.

A-2 La fiducie et le droit commun

Le législateur, dans sonœuvre créatrice, n'a pas cru utile de préciser quelles interactions pouvaient s'établir entre le contrat de fiducie et le corpus de règles dans lequel il l'a inséré. A n'en pas douter, cela relève pour lui de l'évidence.

On relèvera cependant qu'en droit, comme ailleurs, « *ce qui va sans le dire, va encore mieux en le disant* ». Telle n'est donc pas la maxime mise en application par le législateur, resté taisant en bien des domaines. Suivre cette sentence eu pourtant fourni des réponses à bien des questions que ne manqueront pas de se poser les praticiens amenés à rédiger les contrats de fiducie.

En effet, à défaut de précision de la loi, le droit commun des contrats semble devoir trouver application. Les règles qui devront être respectées, en dehors même de toute prévision législative, seront pour la plupart la conséquence de la nature reconnue au transfert fiduciaire. Nous l'avons vu, la doctrine majoritaire analyse le mécanisme fiduciaire comme un véritable transfert, comparable à l'aliénation, d'un droit de propriété d'un nouveau genre.

---

(6) Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-16.395, RLDC 2007/36, n° 2449, note Houtcieff D. : une cession de créances à titre de garantie de droit commun n'est pas translative de propriété mais constitue un nantissement de créances.

Cass. com., 6 févr. 2007, n° 05-16.649, RLDC 2007/39, n° 2563, note Legeais D. : le gage-espèces d'une somme d'argent constitue demeure possible sous la forme d'un transfert fiduciaire.

L'imprécision de la loi à cet égard nous paraît insoutenable.

Le praticien doit-il alors tirer toutes les conséquences de cette analyse ?

Doit-il considérer, par exemple, que les multiples droits de préemption et de préférences légaux ou conventionnels portant sur des droits mobiliers ou immobiliers, réels ou personnels au profit de personnes publiques ou privées trouvent à s'appliquer ? A quel stade du mécanisme fiduciaire doit-on alors permettre au titulaire du droit de préemption d'exercer ses prérogatives : est-ce lors du transfert fiduciaire ou à l'occasion du retrait du bien du patrimoine affecté ?

Pour simplifier le débat, ne prenons qu'un exemple de droit de préemption : celui du droit de préemption urbain, qui a bien souvent servi de modèle pour l'élaboration de nombreux autres droits de préemption. Pour son application l'article L. 213-1 du Code de l'urbanisme prévoit que sont soumis « *au droit de préemption [...] tous immeubles [...], lorsqu'ils sont aliénés, à titre onéreux, sous quelque forme que ce soit, à l'exception de ceux qui sont compris dans un plan de cession arrêté en application de l'article L. 631-22 ou des articles L. 642-1 et suivants du Code de commerce* ».

La fiducie, opérant un transfert de propriété à titre onéreux, répond à cette définition et entre donc dans le champ d'application du droit de préemption urbain. Quant à savoir à quelle étape du mécanisme fiduciaire ce droit s'applique, il nous semble pouvoir répondre que c'est à la sortie du patrimoine fiduciaire que devrait s'exercer le droit de préemption car la mise en fiducie ne constitue en réalité qu'une potentialité de cession à titre onéreux. Comment imaginer en effet que le droit de préemption puisse trouver à s'appliquer à une fiducie-gestion dont la finalité est le retour du bien dans le patrimoine du constituant ? Comment encore peut-on envisager la contrepartie offerte par la commune qui ne peut se constituer fiduciaire ? Pour autant cette solution n'est pas satisfaisante à tous égards en raison de l'automaticité du second transfert de propriété et de la rapidité nécessaire au respect des droits du créancier et des prévisions contractuelles. L'adopter reviendrait en outre à considérer le premier transfert comme une opération purement intercalaire distincte d'une aliénation d'un droit de propriété.

Peut-être l'application d'un tel droit de préemption devrait-elle être distributive, en fonction notamment de la finalité du contrat de fiducie. Toutefois, conditionner le jeu du droit de préemption à des considérations subjectives incitera immanquablement à l'utilisation de la fiducie aux fins de fraude à la loi. Face à ce dilemme, ne pourrions-nous pas alors mettre à profit une notion issue du droit fiscal : la théorie des mutations conditionnelles ? Le droit de préemption ne s'appliquerait qu'en l'absence de retour du bien au constituant, lors du dénouement de l'opération. Une

telle solution supposerait néanmoins la traçabilité des opérations de fiducie qui, nous l'avons vu, n'a pas été organisée de façon égale selon les biens qui en sont l'objet.

De la même manière, le transfert fiduciaire devra-t-il s'accompagner des précautions habituelles, savoir :

– Lorsque le bien transféré aura fait l'objet au profit du constituant d'une donation ou donation partage avec clause d'interdiction d'aliéner ?

– Lorsque le bien transféré est un immeuble à usage d'habitation et forme le logement de la famille du constituant personne physique au sens de l'article 215 alinéa 3 du Code civil ?

– Lorsque le bien transféré est un immeuble à usage d'habitation et que le bénéficiaire sera une personne physique protégée par le droit de rétractation de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation ?

– Ne faudrait-il pas également faire peser sur le constituant, par analogie au transfert de propriété réalisé par le contrat de vente, les obligations de délivrance et de garantie prévues par l'article 1603 du Code civil ?

Ces questions ne sont évidemment pas exhaustives tant la multitude des biens transmissibles est grande.

La réponse à y apporter dépend en grande part de la nature qui sera reconnue au transfert fiduciaire par la jurisprudence ou par le législateur. Dans le silence des textes, la prudence devrait inciter les praticiens à mesurer l'intérêt de telles précautions avant de les mettre enœuvre. L'on sait en diverses matières que l'excès de précautions peut s'avérer préjudiciable aux parties et occasionner la perte d'une chance, que ne manqueront pas d'alléguer des clients insatisfaits [7].

Au delà de la détermination de la nature du transfert fiduciaire, il restera à définir le stade où devront être mise enœuvre ces précautions. Les unes devront être seulement exécutées à l'occasion du transfert du bien au bénéficiaire tandis que les autres le seront lors de la mise en fiducie. On peut à cet égard rappeler que le législateur prévoit la protection du conjoint commun en biens par l'alinéa deux de l'article 1424 du Code civil dès la conclusion du contrat de fiducie, quel que soit l'objet et la cause de celui-ci. Il est vrai cependant que cette disposition régit plus les pouvoirs généraux des époux sur les biens communs, qu'elle ne met en place la protection d'un intérêt spécifique. Il n'empêche, l'esprit de la loi est peut-être là : ne considérant pas la fiducie comme une simple opération intercalaire mais comme une opération translative, il s'agit de protéger *ab initio* les intérêts en présence.

---

(7) Pour ne citer qu'un exemple : réalisation des publicités légales prescrites en matière de cession de fonds de commerce, à l'occasion d'une cession de fonds purement artisanal.

Certaines difficultés ont pourtant été résolues par des textes, telle notamment la question des droits fiscaux attachés au double transfert de propriété fiduciaire. Afin de distinguer le transfert juridique du transfert fiscal, le législateur s'est servi d'un principe de neutralité et de translucidité fiscales. Ainsi, d'un point de vue fiscal, le « *véritable* » transfert de propriété est considéré comme ayant lieu à l'issue de la fiducie. Il n'est pas certain que cette interprétation puisse être transposée en droit civil, à moins de créer une fiction supplémentaire à ce mécanisme déjà si évanescent. Malgré tout, la question demeure entière et la réponse à y apporter sera nécessairement nuancée.

A-3 La fiducie et le passif fiduciaire

Le Sénateur Philippe MARINI, auteur de la proposition de loi relative à la fiducie a eu l'occasion de préciser après l'entrée en vigueur de la loi du 19 février 2007, que l'instauration du contrat de fiducie procède d'une analyse économique [8]. L'intention du législateur est de permettre de gérer des dettes au travers de la fiducie. Pourtant dans sa version modifiée en 2009, l'article 2011 du Code civil indique que la fiducie est le théâtre d'un transfert de biens, de droits ou de sûretés, ou d'un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs. Le législateur ne se prononce pas sur la possibilité de transférer des dettes dans le patrimoine fiduciaire. Il n'est cependant pas certain que ce silence interdise le transfert d'un passif au fiduciaire. Toujours est-il que le Code civil ne fait allusion qu'au « *passif fiduciaire* » sans en donner de définition ni en retracer l'origine. On l'aura compris, deux situations se profilent : soit le passif fiduciaire est préexistant à la fiducie et il doit lui être apporté, soit il n'existe pas de passif attaché aux biens apportés au fiduciaire et celui-ci naîtra alors de la gestion de ces biens dans le patrimoine fiduciaire.

Lorsque le passif est préexistant à la fiducie, on se trouve en présence d'une opération de *defeasance*. Cette opération est définie par le Conseil national de la comptabilité comme « *une technique d'ingénierie financière qui permet d'atteindre un résultat équivalent à l'extinction d'une dette figurant au passif de son bilan, par le transfert de titres à une entité juridique distincte qui sera chargée du service de la dette, cette opération n'ayant pas pour effet de libérer juridiquement l'entreprise de son obligation initiale* » [9].

Il s'agit donc d'une manœuvre juridique à finalité essentiellement comptable qui sert à désendetter une entité économique en transférant ses dettes à une autre entité chargée de les apurer ou de les gérer.

---

(8) Philippe Marini, *Bilan et perspectives, réflexions croisées*, revue Lamy Droit civil, n° 40, 2007.
(9) CNC, avis 15 déc. 1988.

Les entreprises françaises font généralement appel aux institutions de droits étrangers comme le trust pour réaliser ces opérations. L'objectif du législateur a donc été de ramener ces transferts et les intérêts économiques qui en résultent dans le giron du droit français. Le mécanisme fiduciaire semble ce prêter sans difficulté à cet exercice : le constituant transfère au fiduciaire des dettes mais également les droits qui en assurent le service. Ce faisant, le constituant fait disparaitre de son bilan les dettes transférées.

En outre, il est frappant que les normes comptables introduites pour le traitement spécifique de la fiducie prévoient l'utilisation de ce mécanisme pour réaliser des opérations de *defeasance* en dépit de toutes considérations juridiques [10]. Le Conseil national de la comptabilité a en effet rendu un avis relatif à ce traitement, suivant lequel « *le patrimoine d'affectation pourra comprendre des éléments d'actifs et de passifs se traduisant par le transfert d'un actif net ou d'un passif net. En revanche, le transfert de passifs isolés est exclu* » [11].

Au vu du régime de rigueur lourdement sanctionné de la loi relative à la fiducie, il semble qu'il faille pour l'instant se rallier à l'avis de la doctrine et mener une interprétation littérale du texte de l'article 2011 du Code civil. En l'état actuel de la loi, rien ne permet donc juridiquement de prévoir une opération de defeasance au moyen d'un contrat de fiducie.

C'est, au surplus, l'opération de transfert fiduciaire qui constitue le patrimoine fiduciaire, lequel ne peut donc pas préexister à ce transfert. Dès lors, même l'analyse économique et comptable fondée sur les notions d'actif net et de passif net ne saurait s'affranchir des règles de droit. D'ailleurs, comment comprendre le transfert d'un « *passif net* » dans le patrimoine fiduciaire, lorsque l'on sait que l'article 2025 du Code civil ouvre le patrimoine du constituant au gage des créanciers en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire ?

Apparemment sans réponse, cette interrogation permet sérieusement de douter de la possibilité de réaliser une opération de defeasance en se fondant sur le nouveau mécanisme fiduciaire puisque les dettes ne sont ni expressément, ni implicitement visées. Il est tout de même probable et souhaitable que cette position soit modifiée à l'avenir par une prochaine intervention législative, permettant enfin à la loi de réaliser les objectifs auxquels la destinait son auteur.

Sous l'empire de l'article 2011 en vigueur à ce jour, seuls peuvent ainsi constituer un passif fiduciaire les dettes nées de la gestion du patrimoine fiduciaire qui y tomberont naturellement. Ainsi que nous venons de l'évoquer,

---

(10) Art. 12. Loi 2007-211 du 19 février 2007 : « *Les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 du Code civil forment un patrimoine d'affectation* ».
(11) CNC avis 7 février 2008.

nous constaterons que ces dettes peuvent, malgré l'autonomie annoncée des patrimoines, rejaillir sur le patrimoine du constituant et plus exceptionnellement encore, sur celui du fiduciaire.

B Les droits et obligations des organes fiduciaires

Le contrat de fiducie mêle l'intervention des parties à l'acte, du bénéficiaire et éventuellement d'un tiers vérificateur. Si la formation du contrat dépend principalement de la volonté du constituant, son exécution relève de l'action du fiduciaire. Ainsi après avoir donné l'impulsion nécessaire au démarrage de l'opération, le constituant ne joue plus qu'un rôle marginal (B-1), laissant place au fiduciaire qui occupe alors le premier rôle (B-2). A ce stade, peuvent apparaître deux autres personnages : le bénéficiaire et le tiers vérificateur (B-3).

B-1 Les droits et obligations du constituant

La loi définit d'emblée la fiducie comme un contrat par lequel le constituant transfère des biens au fiduciaire. Ce transfert, plus qu'une simple obligation, est le point de départ du mécanisme fiduciaire, sans lequel aucune fiducie ne serait possible.

Nous aborderons donc en premier lieu les obligations du constituant (B-1.1) avant d'envisager les droits de celui-ci (B-1.2).

B-1.1 Les obligations du constituant

Alors que la loi semble ne destiner qu'une charge au constituant : celle de transférer le bien au fiduciaire (a), le contrat peut, quant à lui, prévoir toutes sortes d'obligations à la charge du constituant (b).

a) L'obligation légale de transfert des biens

La qualification même du contrat de fiducie dépend de la réalité du transfert fiduciaire. Cette obligation est consubstantielle du contrat de fiducie.

Il pèse donc sur le constituant une obligation de délivrance de la chose dès la conclusion du contrat de fiducie, de sorte que le fiduciaire dispose, sauf précision contraire, d'une action en revendication des biens affectés, il peut à cet effet s'avérer utile de stipuler une clause pénale à titre comminatoire. L'exception pour inexécution semble pouvoir être invoquée, de même que la résolution du contrat.

Cette obligation devrait être appréciée selon les principes généraux du droit civil en sorte que la délivrance devrait être conforme et réalisée selon l'article 1610 du Code civil, « *au temps convenu par les parties* ». Si les parties n'ont rien prévu, la délivrance est exigible immédiatement. Une fiducie-gestion consentie avec délivrance différée pourrait permettre plus de souplesse au constituant, mais s'accorde mal avec l'intérêt bien compris du mécanisme fiduciaire.

Notons que la règle *res perit domino* s'applique au transfert fiduciaire et qu'en conséquence les risques de la chose sont transmis au fiduciaire en même temps que la propriété de celle-ci.

b) Les obligations conventionnelles

Le contrat de fiducie peut prévoir diverses obligations à la charge du constituant, même s'il reste peu vraisemblable qu'elles soient instaurées en nombre important. Cependant, il convient de rappeler que la loi ne se prononce pas sur le caractère gratuit ou onéreux du contrat. Il sera donc opportun de prévoir dans le contrat les conditions de la rémunération du fiduciaire et le débiteur de celle-ci. Par ailleurs des obligations spécifiques seront utilement prévues au contrat lorsque le constituant conservera la garde du bien transféré. On imagine très bien à ce titre qu'il soit obligatoire pour le constituant de poursuivre le contrat d'assurance du bien transféré, ou que certaines impositions et déclarations fiscales demeurent à sa charge.

B-1.2 Les droits du constituant

Hormis le droit de regard et de contrôle de l'exécution du contrat par le fiduciaire, la loi reconnaît au constituant la possibilité de conserver la jouissance du bien transféré. Ainsi, le régime de la fiducie prévoit expressément en l'article 2018-1 du Code civil la faculté de conclure une convention de mise à disposition au profit du constituant.

Cette possibilité procure une plus grande souplesse à la fiducie en permettant au constituant d'utiliser son bien comme moyen de crédit tout en ne s'en dessaisissant pas. Ce faisant, le constituant peut également conserver un moyen efficace de s'assurer de la saine gestion du bien transmis.

Lorsque cette convention organise le transfert d'un bien immobilier dans le cadre de la fiducie-sûreté, son mécanisme se rapproche alors, par sa physionomie, de l'antichrèse-bail [12] : sûreté réelle immobilière avec dépossession puis location au profit du débiteur du bien remis en garantie. La dépossession dans l'antichrèse ne résulte cependant pas d'un transfert fiduciaire. La similitude s'arrête donc là. La convention de mise à disposition peut s'avérer fiscalement intéressante dans la mesure où, si elle n'était pas conclue, le constituant pourrait demeurer redevable légal de taxes alors même qu'il ne tirerait plus de revenus du bien.

Cette réserve de jouissance peut être également utile au constituant lorsqu'elle porte sur des biens nécessaires à son activité économique, tel par exemple, le fonds de commerce dont il finance l'acquisition au moyen d'un

(12) L'antichrèse a été renommée « Gage Immobilier » par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 (art. 2387 C. civ.). Le créancier possesseur de la jouissance de la chose peut donner l'immeuble à bail à un tiers, ou au débiteur lui-même (art. 2390 C. civ.).

prêt garanti par une fiducie-sûreté. Il est donc éminemment opportun de prévoir dans l'acte constitutif de la fiducie, les modes de mise à disposition, les pouvoirs respectifs des parties, la durée de la convention, etc.

L'intérêt de préciser les modalités de la mise à disposition est d'autant plus grand que la loi exclut à cette occasion le jeu de certaines règles du droit commun. Ainsi l'article 2018-1 précise-t-il que le droit des baux commerciaux (dans l'hypothèse du transfert fiduciaire d'un immeuble à usage professionnel) et le droit de la location-gérance (dans l'hypothèse du transfert fiduciaire d'un fonds de commerce) ne sont alors pas applicables, sauf stipulation contraire dans le contrat de fiducie. Un fonds de commerce peut donc être remis à titre de garantie dans le patrimoine fiduciaire, sans publicité spécifique, ce qui constitue un avantage par rapport au nantissement de fonds de commerce. Toutefois, si le fonds de commerce contient des brevets et marques, leur transfert fiduciaire devra sans doute être publié à l'Institut national de la propriété industrielle, aux fins d'opposabilité aux tiers.

L'article 2018-1 du Code civil ne prévoit d'exception au jeu des règles de droit commun qu'à l'occasion de la convention de mise à disposition d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel. Il est possible de s'interroger alors sur l'éventuelle mise à disposition de biens d'une autre nature que celles expressément visées par la loi. Rien ne semble empêcher cette réserve de jouissance au profit du constituant mais les règles afférentes à cette réserve et à sa publicité seront applicables dans les conditions de droit commun.

On mesure ici tout l'intérêt de cette pratique en ce qu'elle permet, notamment, de réunir en une même sûreté des biens mixtes, meubles et immeubles, dont la jouissance est conservée par le débiteur en contrepartie d'un loyer venant compenser la dette.

Reste toutefois qu'en raison des dispositions de l'article 2276 du Code civil (en fait de meubles la possession vaut titre) dans l'hypothèse du transfert d'un meuble corporel, il sera difficile en pratique de rendre la fiducie opposable aux tiers et, en même temps, de permettre au constituant d'en conserver la jouissance.

Les droits du constituant peuvent également se mesurer à l'aune des obligations du fiduciaire et des droits du bénéficiaire. Lorsqu'il définit les pouvoirs du fiduciaire, le constituant peut se réserver certaines prérogatives sur le patrimoine fiduciaire. Il faut cependant veiller à éviter que cette réserve de pouvoir ne dénature le contrat de fiducie et ne puisse être considérée comme une fraude aux droits des créanciers.

En effet, le fiduciant peut à tout moment désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du

contrat [13]. Si cette vérification de la mission du fiduciaire ne suffisait pas, ou s'il en résultait la connaissance de troubles causés au patrimoine affecté, le constituant pourrait alors demander en justice le dessaisissement et le remplacement du fiduciaire manquant à ses devoirs ou mettant en péril les intérêts qui lui sont confiés [14].

Enfin, le constituant peut, en vertu de l'article 2028 du Code civil révoquer le contrat de fiducie tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire. Après acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice.

La démarche du fiduciant ressemble donc à s'y méprendre à celle du propriétaire de la chose transférée s'assurant, dans l'espoir de reconquérir celle-ci, que sa valeur – si ce n'est sa substance – est pérennisée par l'action du fiduciaire sur qui reposent désormais tous les regards.

B-2 Le fiduciaire

La fiducie se caractérise par le transfert de propriété au profit du fiduciaire. La propriété transmise n'est pas absolue, mais finalisée en vue de la satisfaction d'un objectif défini par les parties. L'énonciation de cet objectif forme l'une des nombreuses mentions obligatoires du contrat, dont découlent les pouvoirs du fiduciaire et la définition de ses droits et obligations.

Le droit de propriété conféré au fiduciaire lui assure de nombreux pouvoirs sur le patrimoine affecté (B-2.1), pourtant, comme ce droit de propriété n'est pas absolu son exercice apparaît contrôlé (B-2.1).

B-2.1 Les pouvoirs du fiduciaire

Sans grande surprise, le Code civil distingue, à la manière du droit des sociétés, l'étendue des pouvoirs du fiduciaires selon qu'il s'agit de ses rapports avec le constituant (a) ou avec les tiers (b).

Le rôle de conseil du notaire rédacteur du contrat de fiducie s'avère ici d'une grande importance dans la mesure où les pouvoirs définis pas le contrat peuvent autoriser les actes de disposition du patrimoine affecté.

a) Les pouvoirs du fiduciaire dans ses rapports avec le fiduciant

Compte tenu de la gravité des actes susceptibles d'être réalisés par le fiduciaire, l'article 2018 du Code civil prescrit à peine de nullité du contrat de fiducie la mention expresse des pouvoirs qui lui sont alloués.

La mention doit préciser « *l'étendue [des] pouvoirs d'administration et de disposition* » du fiduciaire.

Il s'ensuit que la liberté contractuelle est ici entière, et permet de restreindre ces pouvoirs à la seule conservation des biens transmis, ou à l'inverse de les

(13) Art. 2017 C. civ.

étendre jusqu'à la disposition totale du patrimoine. En tout état de cause, le constituant ne saurait priver le fiduciaire de tout pouvoir, et devrait à tout le moins conférer à ce dernier les prérogatives nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Outre la détermination de la nature des actes susceptibles d'être accomplis, le contrat peut stipuler les modalités de mise enœuvre de ces prérogatives. Ainsi, les parties peuvent-elles prévoir par exemple que les actes les plus graves ne pourront être engagés qu'après accord écrit du constituant. Notons que les pouvoirs non consentis au fiduciaire par le constituant ne profitent pas de plein droit à ce dernier puisque le bien ne se trouve plus dans son patrimoine.

Par conséquent le notaire chargé par le fiduciaire, agissant es qualité, de la vente d'un bien «*fiducié*» devra faire preuve de la plus grande vigilance et se procurer le contrat de fiducie et ses avenants éventuels afin de vérifier les pouvoirs du fiduciaire. La vérification des pouvoirs par le notaire doit être systématique car la théorie de l'apparence, capable de sauver la convention des parties, ne sera pas à même de limiter la responsabilité professionnelle du praticien.

De plus, le contrat peut prévoir l'intervention de plusieurs fiduciaires. Les parties devront alors définir les pouvoirs respectifs de chacun d'eux et la possibilité d'agir ensemble ou séparément.

Cette opportunité sera utile pour la mise en place d'un consortium (ou *pool*) bancaire. Parfois, des assureurs s'unissent également pour couvrir un risque trop important pour un seul. Bien souvent, le consortium est dirigé par un établissement chef de file qui préside à la conservation et à la mise en jeu des garanties. La fiducie permet désormais de mettre en place la syndication souhaitée en remplacement de la société en participation, utilisée jusque là par la pratique. Le droit commun en la matière laisse à penser que les fiduciaires ont un pouvoir concurrent sur le patrimoine fiduciaire. Il appartient donc au contrat de définir les pouvoirs de chacun des fiduciaires.

Par ailleurs, à défaut de précision contractuelle, la nature *intuitu personae* du contrat semble interdire la substitution du fiduciaire par un tiers. Cette possibilité ne pourrait, à la marge, être admise qu'en vue de la réalisation d'une opération déterminée au moyen d'un pouvoir spécial. La rédaction du contrat se doit d'être explicite à cet égard.

Naturellement, en cas de dépassement de ses pouvoirs, le fiduciaire s'expose à la mise en jeu de sa responsabilité dans les conditions de droit commun, mais également à la révocation de ses pouvoirs. Il est en outre, aux termes de l'article 2026 du Code civil, responsable sur son patrimoine propre des fautes qu'il

(14) Art. 2027 C. civ.

commet dans l'exercice de sa mission. Si les rapports entre les parties sont assez largement régis par les stipulations contractuelles, les pouvoirs du fiduciaire vis à vis des tiers au contrat sont en revanche soumis aux prévisions légales.

b) Des limitations de pouvoirs inopposables aux tiers de bonne foi

L'article 2023 du Code civil dispose que « dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs ».

Ce principe semble à tous égard calqué sur la règle applicable aux pouvoirs des dirigeants de sociétés. Les questions posées sont donc les mêmes, et les réponses à y apporter identiques [15]. Notons que l'objectif du législateur est porté sur la sécurité juridique des tiers, la limitation des pouvoirs ne leur est donc pas opposable. Faudra-t-il considérer, comme en droit des sociétés [16], que le tiers pourra en revanche opposer au fiduciaire la limitation de ses pouvoirs afin de remettre en cause une opération ? Cela nous semble vraisemblable.

Utilisant la même analogie, la jurisprudence sera certainement amenée à réaliser une distinction entre les actes effectués par le fiduciaire en dépassement de ses pouvoirs (le patrimoine fiduciaire étant à « *responsabilité théoriquement limitée* »), et en violation de l'intérêt de la fiducie (classiquement sanctionnée par la nullité absolue). De plus, la seule connaissance par le tiers de l'existence d'un contrat de fiducie et de sa publicité, ne sont pas suffisantes pour caractériser la mauvaise foi du tiers.

Enfin, il appartiendra à la jurisprudence de déterminer la qualité de tiers au contrat. Bien que le bénéficiaire de la fiducie et le tiers vérificateur ne soient pas parties au contrat, il ne nous semble pas possible de leur reconnaître la qualité de tiers dès lors qu'ils auront accepté le bénéfice du contrat ou la mission de contrôle.

Si l'omnipotence du fiduciaire forme bien le principe de sa mission, celle-ci demeure jalonnée de multiples obligations qui permettent le contrôle de sa réalisation.

B-2.2 Le fiduciaire, un propriétaire sous contrôle

La mission du fiduciaire s'effectue dans un cadre légal (a) dont l'inobservation est lourdement sanctionnée (b).

a) Le cadre obligatoire de la mission fiduciaire

D'une manière générale, le fiduciaire a pour obligation de réaliser la mission qui lui est confiée contractuellement. Pour ce faire, ce dernier doit agir

(15) Cozian, Viandier, Deboissy, *Manuel Droit des sociétés*, Litec, p. 122 et s.
(16) Cass. 2e civ. 23 oct. 1985, *rev. Droit des sociétés*, 1986, p. 408.

dans l'intérêt de la fiducie. A ce stade une difficulté peut apparaître lorsque le fiduciaire souhaite gérer le bien transféré par l'intermédiaire de services qu'il propose lui-même (fiduciaire établissement bancaire ou d'assurance). Ce conflit d'intérêt peut également apparaître lorsque le fiduciaire avocat doit représenter le constituant, ou mieux, lorsqu'un adversaire du constituant se recommande des conseils de l'avocat fiduciaire. C'est en ce sens également que l'article 445 du Code civil énonce que le fiduciaire ne peut exercer une charge curatélaire ou tutélaire à l'égard du constituant.

A cet égard, l'article 1596 du Code civil dispose, à peine de nullité, que le fiduciaire ne peut pas se rendre adjudicataire, ni par lui-même, ni par personne interposée des biens composant le patrimoine fiduciaire. Cet article qui est d'application stricte [17] peut paraître totalement inadapté aux fiducie-sûretés. En effet, faut-il comprendre que la banque créancière du constituant, en sa qualité de fiduciaire et bénéficiaire de la fiducie, ne pourra devenir adjudicataire des biens donnés en fiducie ? Cela n'est pas souhaitable. Une telle interdiction n'existe pas en matière de saisie immobilière, par exemple. Cette incohérence, sauf à faire l'objet d'une interprétation différente, peut donc constituer un frein au développement de la fiducie-sûreté.

D'autre part, l'article 2021, alinéa 1er du Code civil prévoit que lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention. Cette mention constitue une présomption simple qui permet de renverser la charge de la preuve sur la personne qui prétendrait que l'acte a été accompli à des fins personnelles par le fiduciaire, nonobstant cette mention.

A défaut de mention de sa qualité, le fiduciaire ne pourra établir qu'il a agi en qualité de fiduciaire que s'il prouve la connaissance, par les tiers auxquels il oppose sa qualité, qu'il agissait en tant que tel.

Cet article dispose également que lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire. Le notaire rédacteur de l'acte de fiducie devra donc veiller au respect de cette obligation lors de la formalisation de l'acte.

Par ailleurs, le fiduciaire a l'obligation de rendre compte de l'exécution de sa mission. Cette reddition de compte doit s'effectuer dans les conditions nécessairement prévues au contrat en vertu de l'article 2022 du Code civil.

Si la loi énonce cette obligation, elle n'en détermine cependant pas les conditions. En conséquence la liberté contractuelle permettra d'adapter les obligations du fiduciaire en fonction de la nature des biens transmis et de la qualité du constituant. Il y aura lieu de prévoir la contrainte périodique pour le fiduciaire, savoir :

---

(17) Cass. 3e civ., 3 nov. 1981 : JCP G 1982, IV, 34

– de justifier de l'opportunité des actes qu'il a accomplis sur le patrimoine transféré et de leur conformité à la mission définie ;

– de rendre compte au constituant de tout ce qu'il aura reçu en sa qualité et dans l'accomplissement de sa mission, même ce à quoi le constituant n'avait pas droit,

– de dresser inventaire, comportant la liste des recettes et des dépenses du fiduciaire, avec pièces justificatives à l'appui.

Ne nous y trompons pas : compte tenu de la personne du fiduciaire (établissement bancaire, compagnie d'assurance, avocat...), la liberté contractuelle prônée par le législateur se réduira à peau de chagrin en présence d'un constituant personne physique. En effet, le contrat de fiducie prendra bien souvent la forme d'un contrat d'adhésion laissant peu de place à la volonté du constituant dans la détermination des obligations du fiduciaire. Ce qui semble inexorable concernant les obligations du fiduciaire et également prévisible pour les sanctions de sa mission.

b) Les sanctions de la mission du fiduciaire

La mission du fiduciaire est soumise au régime de la responsabilité pour faute dans les conditions du droit commun de la responsabilité contractuelle envers le constituant et délictuelle à l'égard des tiers.

La particularité du régime de responsabilité du fiduciaire consiste à rendre celui-ci responsable sur son patrimoine propre des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission [18].

Par ailleurs, la commission d'un abus de confiance par le fiduciaire est susceptible de mettre en jeu sa responsabilité pénale.

Enfin, lorsque le fiduciaire met en péril les intérêts qui lui sont confiés, qu'il manque à ses devoirs, ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, l'article 2027 du Code civil prévoit la possibilité pour le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 de demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou de solliciter son remplacement. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant. Cette solution exprime clairement la perte de confiance dans la personne du fiduciaire mais aussi dans le bien fondé de l'opération tout entière.

Au détour de cette sanction particulière on perçoit l'importance de la notion de confiance dans l'institution de la fiducie que ce soit du point de vue du constituant, ou des bénéficiaire et tiers désigné.

(18) Art. 2026 C. civ.

B-2.3 Le bénéficiaire et le tiers désigné

Le bénéficiaire se trouve dans une situation analogue à celle connue des bénéficiaires de stipulation pour autrui. C'est-à-dire que ce dernier peut prendre les mesures conservatoires nécessaires en cas d'inaction du fiduciaire. Le bénéficiaire dispose d'un droit d'option : il peut accepter ou refuser la fiducie. Lorsqu'il accepte le bénéfice du contrat, celui-ci ne peut plus être modifié qu'avec son accord ou par décision de justice [19]. La loi ne précise pas la sanction de l'inobservation de cette règle. Tout porte à croire qu'elle sera l'inopposabilité au bénéficiaire des modifications.

Le tiers contrôleur dispose du pouvoir de demander au fiduciaire de rendre compte de l'exécution de sa mission. Il peut également saisir le juge en vue du remplacement du fiduciaire. Le tiers peut être en outre investi de pouvoirs plus larges définis par le contrat, allant jusqu'à la transmission complète des prérogatives du constituant. Cette transmission complète des pouvoirs ne saurait toutefois avoir pour effet de remplacer le constituant. Rappelons en effet que le bien affecté est issu du patrimoine de ce dernier et a vocation à y retourner.

Ainsi définie, cette opération ne montre pas d'emblée tous ses atouts qui ne se dévoileront d'ailleurs, qu'au fil des besoins de la pratique.

2 – La pertinence du mécanisme fiduciaire

La promotion de l'opération fiduciaire a été réalisée au moyen d'une « *publicité quelque peu trompeuse* ». En effet, à en juger par les effets d'annonce de la loi elle même, le mécanisme fiduciaire repose sur un patrimoine d'affectation [20]. Nous le savons, sans toutefois vider la théorie de son sens, les dispositions finales de la loi lui font plusieurs entorses. Il est certain que ces contournements du principe ne feront pas reculer les entrepreneurs les plus fermement attirés par l'aventure fiduciaire, mais il est à craindre qu'ils ne constituent un frein à l'engagement des plus timorés d'entre eux.

En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le législateur a en effet ouvert une voie d'eau dans la coque protectrice du patrimoine personnel du constituant, théoriquement protégé par l'étanchéité existant entre ces deux patrimoines. Remarquons au passage que le législateur, au détour d'une disposition anodine, refreine ainsi avec pudeur l'audace de son innovation. A l'inverse, les créanciers personnels du constituant, dans l'exercice de leur droit de suite, ont la possibilité de rattraper les biens qui se dérobent à eux

(19) Art. 2028 al.2 C. civ.

(20) Notamment : art. 12 de la loi 2007-211 du 19 février 2007.

par l'affectation au patrimoine fiduciaire. La question des droits des créanciers sur les patrimoines personnels et fiduciaires est donc ouverte (A).

Les éléments exposés à cet égard ne seront pas décisifs pour le choix de l'apport en fiducie des biens du constituant. S'ils semblent propres à emporter l'adhésion du constituant, ils ne seront pas suffisants pour orienter la décision du créancier. Nul n'ignore, en effet, que l'efficacité d'une sûreté se mesure à l'aune du droit des procédures collectives. Il est donc indispensable d'envisager l'ouverture d'une telle procédure au profit du constituant pour éclairer le consentement du créancier fiduciaire (B).

Ne faisons pas mystère qu'il est de la substance même de la fiducie de ne pas offrir au constituant une protection inébranlable de son patrimoine : ceci, dans son intérêt bien compris d'obtention de crédit auprès de créanciers avides de garanties. Voilà résumé l'art législatif, qui consiste à rechercher l'équilibre parfait entre l'objectif de protection du constituant et la sauvegarde des intérêts des créanciers. Le praticien, quant à lui, est un funambule jouant sur le balancier fiduciaire au gré des intérêts en présence.

Fort de ces constats, nous relèverons que la loi a façonné la fiducie comme un outil qui, sans être véritablement universel, permet de cumuler toutes sortes d'utilités dont la variété évoluera au fil de son utilisation (C).

A Les créanciers et le patrimoine fiduciaire

Ce titre sonne comme celui d'une fable, dont la morale pourrait en peu de mots se résumer ainsi : en quelques mains qu'il passe, le bien grevé sera saisi par le créancier qu'il garantit. C'est en ce sens que l'article 2025 du Code civil permet à certains créanciers du constituant de lever la protection mise en place par ce dernier entre ses biens personnels et ceux qu'il a transférés dans le patrimoine fiduciaire. Premièrement : les créanciers titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie conservent leur droit de saisir le patrimoine fiduciaire. Ceci constitue une illustration classique du droit de suite attaché aux créances privilégiées.

Deuxièmement : peuvent également saisir ce patrimoine, les créanciers victimes d'un transfert fiduciaire effectué en fraude de leurs droits. Ici encore, la loi ne fait qu'une application particulière de la règle plus générale de l'article 1167 du Code civil qui protège le créancier en lui ouvrant l'action paulienne contre tout acte par lequel le débiteur diminue volontairement ses droits. A cela non plus, rien d'étonnant la loi réalisant une stricte application du droit commun.

Hormis ces deux hypothèses, le premier alinéa de l'article 2025 du même Code pose un principe qui s'accorde mieux à l'idée d'affectation : le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine.

Toutefois, le législateur fait voler en éclat l'idée même, d'un patrimoine d'affectation en droit français par le deuxième alinéa de l'article 2025 du même Code, qui dispose qu'en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de tous ses créanciers. Cette règle a pour conséquence de rendre le constituant indéfiniment responsable des dettes nées de la gestion des biens fiduciaires. La mise en œuvre de cette responsabilité se portera d'abord sur les biens affectés eux-mêmes, ensuite sur ceux que le constituant aura conservés, c'est-à-dire sur tous les biens dont il est titulaire. Ce recours contre le patrimoine personnel du constituant est subsidiaire de sorte que les créanciers ne peuvent poursuivre l'exécution de leur créance contre le patrimoine personnel du constituant qu'après avoir discuté les biens fiduciaires. De la sorte, les créanciers fiduciaires disposent du droit de gage général que leur aurait ôté un véritable patrimoine d'affectation. Nous atteignons ici les limites de l'innovation du législateur, lui même trop attaché à l'unicité du patrimoine pour se résoudre à la supprimer complètement.

La loi offre cependant au constituant la possibilité de mettre en place un véritable patrimoine d'affectation conventionnel en érigeant deux obstacles aux actions des créanciers fiduciaires sur son patrimoine personnel, savoir :

– Par une stipulation du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire. Cette obligation du fiduciaire peut être assimilée à un contrat de cautionnement.

– Par une clause du contrat limitant l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est toutefois opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée.

Ainsi, sous réserve que le créancier n'accepte de limiter ses poursuites au patrimoine fiduciaire, la loi offre toujours à ce dernier une masse de biens sur laquelle exercer ses prérogatives, qu'il s'agisse du patrimoine fiduciaire, ou subsidiairement du patrimoine personnel du constituant ou du fiduciaire.

Il est cependant à craindre pour le constituant que le fiduciaire ne refuse de prendre à sa charge le passif fiduciaire, mais également que le créancier n'accepte pas de limiter l'obligation au passif à la seule consistance du patrimoine fiduciaire. De la même manière que les créanciers demandent à l'associé unique de l'EURL de se constituer caution des engagements de celle-ci, il est vraisemblable en raison du caractère onéreux du contrat, que le fiduciaire et les créanciers rendront illusoires la séparation des patrimoines.

La portée pratique de telles dérogations semble donc réduite.

En ce qui concerne le bénéficiaire : le droit commun s'applique et les créanciers de ce dernier n'ont aucun pouvoir sur le patrimoine fiduciaire. Cependant

il est à noter que l'action oblique autorisée par l'article 1166 du Code civil peut permettre aux créanciers du bénéficiaire d'accomplir à sa place des actes conservatoires que celui-ci négligerait de réaliser.

On pressent la velléité des créanciers chirographaires du constituant-bénéficiaire qui peuvent tenter par l'action oblique de prendre la décision de renoncer à la fiducie. Cette renonciation à la fiducie par son seul bénéficiaire a pour conséquence d'y mettre fin et de voir les biens affectés retourner dans le patrimoine du constituant. La question qui se posera alors est celle de savoir si la renonciation au bénéfice de la fiducie peut constituer un acte conservatoire.

Du point du vue du fiduciaire, les créanciers personnels de celui-ci n'ont pas de recours sur les biens affectés. L'article 2024 du Code civil prévoit même une protection particulière du patrimoine fiduciaire puisqu'il n'est pas affecté par « *l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire* ». En d'autres termes, les créanciers personnels du fiduciaire, ne peuvent prétendre exercer un droit quelconque sur les biens affectés par le constituant. Quoi qu'il en soit, en raison de la qualité requise par la loi pour être fiduciaire, l'hypothèse ne devrait se rencontrer que rarement.

Qu'en est-il en cas d'ouverture d'une telle procédure au profit du constituant ?

B L'intérêt de la fiducie en cas de procédure collective du constituant

Lorsqu'elle concerne une entreprise, la mise en fiducie résultera parfois de la volonté de son propriétaire de se détacher d'une affaire peu rentable et vouée à l'échec. D'autres fois, le propriétaire sera déjà hors de ses affaires lorsqu'il manifestera sa volonté d'affectation, qu'il s'agisse d'isoler dans le patrimoine fiduciaire un bien non rentable ou à l'inverse de protéger dans ce patrimoine des biens personnels. Il n'est pas certain, dans ces dernières hypothèses, que le constituant puisse réaliser cette affectation solo consensu. En effet, lorsque le professionnel connaît des difficultés certaines dans l'exploitation de son unité économique, une procédure spécifique peut être mise en place. Cette dernière est déterminée par un régime exorbitant du droit commun, dont le caractère contraignant varie en fonction de l'importance des difficultés rencontrées.

La loi tend à améliorer le traitement des difficultés de l'entreprise en le rendant plus précoce. Ainsi depuis 2005 la loi n'exige plus du débiteur qu'il soit en situation de « *cessation des paiements* » pour traiter ses difficultés, mais offre à celui-ci la possibilité de se placer sous la protection du tribunal dès l'apparition de difficultés « *qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation de paiements* » [21]. L'accent est mis sur l'anticipation

des difficultés puisque l'entrepreneur peut choisir, pour autant qu'il ne se trouve pas en état de cessation des paiements, entre la voie préventive du mandat ad hoc et de la conciliation ou, celle judiciaire, de la sauvegarde, dans l'hypothèse où celui-ci n'éprouve qu'une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible [22]. Lorsque cet entrepreneur se trouve en situation de cessation des paiements depuis moins de quarante cinq jours, il s'achemine cette fois vers la voie judiciaire, du redressement ou de la liquidation.

Gageons que les créanciers n'accepteront le recours à la fiducie que pour autant que leurs droits soient préservés du tumulte de la procédure collective ouverte au profit du constituant. Toujours est-il que la protection du créancier ne sera pas identique en fonction de l'époque de constitution de la fiducie (B-1), et de la nature de la procédure mise en place (B-2). *(Un exposé complet des règles des différentes procédures dépasserait trop largement l'objet de notre étude, nous n'indiquerons donc que les principales dispositions relatives à la fiducie* [23]).

B-1 Le sort des contrats de fiducie en cours lors de l'ouverture de la procédure

L'ouverture de certaines des procédures, postérieurement à la conclusion du contrat de fiducie, fait planer un risque sur la sécurité juridique du transfert fiduciaire et sur l'incommutabilité du titre de propriété du fiduciaire. En effet, bien qu'elle soit libre, l'affectation fiduciaire est porteuse d'insécurité juridique pour les parties lorsqu'elle intervient à l'aube de la procédure judiciaire, c'est-à-dire durant ce qu'il est convenu d'appeler la « *période suspecte* » (B-1.2). De manière plus classique le contrat de fiducie aura été conclu antérieurement à la période suspecte et sera toujours en cours lors du prononcé du jugement d'ouverture de la procédure (B-1.1). La différence de traitement des contrats de fiducie en fonction des ces deux situations implique pour le notaire, rédacteur du contrat de fiducie, des vérifications préalables relatives à la santé économique du constituant.

B-1.1 Le sort des contrats de fiducie en cours lors de l'ouverture de la procédure

Affirmant une fois encore le caractère exorbitant de droit commun des procédures collectives, le législateur a prévu aux articles L. 622-13 pour la sauvegarde et L. 631-14 pour le redressement judiciaire, que les contrats en cours

(21) Art. L. 620-1 C. com. (L. n° 2005-845, 26 juill. 2005).

(22) Art. L. 611-4 C. com.

(23) Pour une étude complète : Voir notamment C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Domat Droit privé, Montchréstien,

nécessaires à la continuation de l'activité du débiteur peuvent être poursuivis ou résiliés à la demande de l'administrateur, malgré l'opposition d'un créancier. Ces articles disposent également que le contrat de fiducie n'a pas la nature d'un contrat en cours et qu'il n'est pas susceptible d'une résiliation par l'administrateur. Le contrat de fiducie peut donc comporter une clause de résiliation en cas d'ouverture de procédure judiciaire au profit du constituant.

En revanche, ces mêmes dispositions réservent un sort différent au contrat de mise à disposition des actifs fiduciaires qui est un contrat à exécution successive. Cette convention est soumise au régime des contrats en cours, de sorte que l'administrateur peut en demander la résiliation ou la poursuite en fonction de son utilité pour le redressement de l'activité.

Ces règles s'appliquent à l'ensemble des contrats de fiducie, lesquels feront l'objet d'une attention particulière lorsqu'ils auront été formés alors que le constituant connaissait déjà des difficultés certaines.

B-1.2 Le transfert fiduciaire durant la période suspecte

Les actes de disposition réalisés par le commerçant, à l'aube de graves difficultés financières, font l'objet d'une certaine suspicion de fraude aux droits de ses créanciers. Ainsi, le législateur prévoit expressément la remise en cause de divers actes réalisés par l'entrepreneur qui a cessé ses paiements. La survenance de cette cessation des paiements détermine l'ouverture d'une période suspecte (a). Cette notion de cessation des paiements est étrangère à la procédure de sauvegarde laquelle ne peut être déclenchée par le débiteur qu'en amont de la cessation, pour s'en prémunir. Par conséquent, la notion de période suspecte est également inconnue de cette procédure de sauvegarde. Aussi, les contrats de fiducie réalisés par le constituant-débiteur, avant l'ouverture d'une telle procédure, ne sont pas susceptibles d'être remis en cause sur ce fondement. En revanche, les mêmes actes effectués préalablement à l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire sont soumis au régime des nullités énoncé par les articles L. 632-1 et suivants du Code de commerce [24] (b).

a) La période de suspicion

Rappelons brièvement que l'article L. 631-1 du Code de commerce énonce que le débiteur qui se trouve « *dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements* ». Peu importe à cet égard, l'importance respective du passif et de l'actif, le critère déterminant étant le résultat de leur comparaison. Il est probable que les débiteurs tente-

(24) Et art. L. 641-14 C. com., pour la liquidation judiciaire renvoyant aux art. L.632-1 et s. C. com.

ront de transférer par fiducie leurs dettes afin de ne pas se trouver en situation de cessation de paiement. Nous le savons, cela n'est pas encore possible.

La période suspecte s'écoule entre la date de la cessation des paiements et celle du jugement ouvrant la procédure. Le juge fixe donc dans ce jugement la date de la cessation des paiements. A défaut, celle-ci est réputée être intervenue au jour du jugement d'ouverture. La date de la cessation des paiements ne peut être portée à une époque antérieure de plus de dix-huit mois au prononcé du jugement d'ouverture. Cette limitation forme un « *butoir* » contre l'atteinte à la sécurité juridique des actes passés par le constituant-débiteur avant l'ouverture de la procédure.

b) le régime des nullités de la période suspecte

Au cours de la période suspecte, le débiteur peut accomplir certains actes au mépris des intérêts de l'entreprise ainsi que de l'égalité des créanciers. Que ces opérations revêtent ou non un caractère frauduleux, elles sont susceptibles de faire l'objet d'une action en nullité prévue aux articles L. 632-1 et suivants du Code de commerce. Cette action ne peut être exercée, auprès du tribunal qui a ouvert la procédure, que par l'administrateur, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan, le liquidateur ou le ministère public [25]. Il ressort de ces dispositions que le créancier lésé ne peut intenter cette action. Il a toutefois la possibilité de recourir à l'action paulienne de l'article 1167 du Code civil, qui nécessitera en outre, la preuve d'une fraude caractérisée du débiteur et de son cocontractant. La différence essentielle entre ces deux actions réside dans leurs objectifs ; alors que l'action paulienne a pour but la satisfaction des intérêts d'un créancier agissant isolément, l'action en nullité de la période suspecte vise au redressement de l'entreprise, de sorte qu'elle a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur.

Cette reconstitution est opérée par l'anéantissement rétroactif des actes accomplis par le débiteur, durant la période suspecte. Cette sanction s'apparente à une nullité absolue, rétroactive et opposable aux tiers, qui entraîne la restitution des prestations réciproques. En considération du risque qu'ils font courir au patrimoine du débiteur, les actes suspects sont annulés par le tribunal de plein droit, ou de manière facultative.

Aux termes de ces dispositions, sont nuls de plein droit, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants :

> « [...] –Tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ».

(25) Art. L. 632-4 C. com.

« – Tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant [...] ».

N'encourent donc la nullité de plein droit que les fiducies ayant pour objet de garantir une dette née antérieurement. Cette solution est également applicable pour la fiducie rechargeable. De plus, lorsque le bénéficiaire ou le fiduciaire avait connaissance de la cessation des paiements lors de la constitution de la fiducie, ce contrat pourra aussi être annulé.

Il convient de souligner que la cession de créances à titre de garantie par bordereau Dailly continue de bénéficier d'un traitement de faveur lorsqu'elle intervient pendant la période suspecte. Le juge a en effet accepté de la soustraire aux nullités de la période suspecte lorsqu'elle est consentie pour des crédits antérieurs. A cet égard, la fiducie sûreté est moins avantageuse que la cession Dailly.

B-2 La garantie des créanciers au travers des procédures de continuation ou de liquidation

La mise en œuvre d'une procédure collective est souvent le théâtre d'un conflit d'intérêt entre les créanciers qui souhaitent recouvrer leur créance par la réalisation des biens du débiteur et ce dernier qui tente de se soustraire à leurs poursuites. Les évolutions récentes du droit des procédures collectives vont dans le sens d'un apaisement de la procédure et d'un accompagnement du débiteur en amont de ses difficultés et, lorsque celles-ci sont avérées, d'une protection destinée à sauvegarder la pérennité de l'activité économique. La fiducie ne fait pas exception à cette logique. A cet effet, lorsque les biens affectés sont utiles à la poursuite de l'activité, les procédures de sauvegarde et de redressement tendent à neutraliser les actions des créanciers (B-2.1) pour ne les laisser prospérer qu'après l'échec de ces manœuvres de sauvetage (B-2.2).

B-2.1 La relative paralysie du contrat de fiducie en période de sauvegarde

Les procédures de sauvegarde et de redressement sont mises en place lorsque l'activité du débiteur peut encore être maintenue afin d'apurer ses dettes. En ce sens, le Code de commerce prévoit de paralyser les effets du contrat de fiducie-sûreté lorsque les biens affectés sont utiles à la continuation de l'activité.

L'article L. 622-23-1 de ce Code dispose en effet que lorsque les biens présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention de mise à disposition au profit du constituant débiteur, « *aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers* ». La loi a favorisé le critère objectif de la convention de mise à disposition, au critère subjectif de l'utilité du bien, habituellement rencontré.

La cession envisagée par ce texte n'est pas celle qui a déjà eu lieu par la mise en fiducie, mais celle qui pourrait être mise en œuvre par le fiduciaire à l'effet de réaliser sa garantie par la vente des biens affectés. Cette interdiction est prévue à peine de nullité de l'acte de cession.

Il en résulte l'intérêt pour le notaire chargé d'établir un acte de vente d'un bien affecté en fiducie, de vérifier, outre les pouvoirs du fiduciaire, la bonne santé économique du constituant et, à tout le moins, l'absence d'ouverture de procédure judiciaire à son profit.

L'interprétation a contrario de cet article permet cependant d'envisager la mise en œuvre de la garantie fiduciaire à l'égard des actifs fiduciaires exclus de la convention de mise à disposition. Cette garantie pourra donc également jouer lorsque l'administrateur aura décidé de résilier la convention de mise à disposition en vertu de l'article L. 622-13 qui la qualifie de contrat en cours. De plus, l'interdiction sus visée ne s'applique pas en cas de défaut de paiement d'une créance née après le jugement d'ouverture.

De la sorte, il apparaît que la fiducie dispose d'un avantage sur les sûretés traditionnelles, lesquelles ne permettent pas aux créanciers de poursuivre le paiement de leur créance après l'ouverture de la procédure collective, en raison de l'interdiction des poursuites individuelles. Si l'on prend l'exemple de l'hypothèque, celle-ci assure une moins bonne protection du créancier que la fiducie-sûreté avec dépossession en cas de procédure collective, même au stade de la période d'observation.

Par ailleurs, lorsque la poursuite de l'activité le justifie, le Code de commerce permet au débiteur constituant sur autorisation du juge-commissaire de payer des créances antérieures au jugement d'ouverture pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire [26]. Il est possible de s'interroger sur l'utilité de cette disposition qui ne s'appliquera qu'à défaut de convention de mise à disposition ; c'est-à-dire lorsque le bien affecté n'aura pas de réelle utilité pour l'activité. Comment donc justifier par la poursuite de l'activité ce retour dans le patrimoine du constituant ? Quoi qu'il en soit, ici encore, la fiducie-sûreté assure une garantie efficace du créancier, qui ne pourra certes pas réaliser les actifs fiduciaires mais aura été payé immédiatement. De ce point de vue, la fiducie-sûreté offre au créancier un véritable droit de rétention amélioré en ce qu'il évite véritablement le concours des autres garanties.

Le Code de commerce prévoit également en son article L. 624-16 la possibilité pour le bénéficiaire de revendiquer, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens meubles remis à titre précaire au débiteur ou ceux transférés

(26) Art. L. 622-7 C. com.

dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant.

Enfin, précisons que ces dispositions prévues pour la procédure de sauvegarde sont applicables en cas de redressement judiciaire en vertu de l'article L. 631-14 du Code de commerce. Toutefois, lorsque la procédure de redressement judiciaire a été ouverte à la suite de la résolution d'un plan de sauvegarde pour cessation des paiements du constituant [27] et que le débiteur a transféré des biens ou droits dans un patrimoine fiduciaire avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde ayant donné lieu au plan résolu, le droit commun reprend vigueur.

B-2.1 Le jeu de la garantie fiduciaire lors de la liquidation

Précisons le d'emblée, lorsqu'elle comporte un objectif de gestion, la fiducie s'accorde mal avec les tourments d'une liquidation judiciaire et n'assure pas le rôle de protection du patrimoine que lui ont dévolu les parties. L'objet de la fiducie-gestion n'est pas, à l'évidence, de résister aux assauts des créanciers du constituant mais de pérenniser des actifs dans une situation *in bonis*. Bien souvent, au théâtre de la fiducie-gestion, la pièce à trois personnages est mise en scène par deux personnes seulement : le fiduciaire et le constituant-bénéficiaire.

Dans cette situation précise, comme pour abaisser le masque de l'insolvabilité « *organisée* » du débiteur, le Code de commerce prévoit que l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire à l'égard du constituant entraîne la résiliation de plein droit du contrat de fiducie et le retour dans son patrimoine des droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire [28]. Le jeu de cette sanction est en revanche inapplicable aux fiducie-sûreté car le créancier, qu'il soit ou non le fiduciaire, aura toujours la qualité de bénéficiaire, même si cela n'est qu'en second rang derrière le constituant.

En ce qui concerne les fiducies-sûreté,

> « à défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie.
>
> Lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier, ce dernier peut exiger de lui la remise du bien, dont il peut alors librement disposer, ou, si le contrat de fiducie le prévoit, la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix » [29].

---

(27) Art. L. 626-27 al.3 C. com.

(28) Art. L. 641-12-1 C. com.

(29) Art. 2372-3 C. civ. pour les garanties mobilières et Art. 2488-3 C. civ. pour les garanties immobilières.

Par conséquent, le créancier est libre d'exercer ses poursuites selon les prévisions contractuelles, sans craindre de retard causé par la théorie des contrats en cours, inapplicable aux contrats de fiducie-sûreté et de mise à disposition au stade de la liquidation judiciaire [30].

C'est donc à l'occasion de la liquidation judiciaire du débiteur et de la mise en place d'un plan de cession que le relief des avantages de la fiducie-sûreté sur les autres sûretés traditionnelles est le plus saillant. En effet, pendant l'exécution du plan de cession le créancier traditionnel (et notamment hypothécaire) ne peut pas mener à bien sa garantie, pas plus qu'un pacte commissoire ou l'attribution judiciaire du bien grevé. Le résultat du plan sera souvent le désintéressement partiel du créancier.

Dans le même temps, la fiducie sûreté trouvera à s'appliquer pleinement car en vertu du transfert fiduciaire les biens affectés ne pourront pas faire partie du plan. De plus, le droit à restitution du constituant et la convention de mise à disposition ne pourront être cédés sans l'accord du créancier bénéficiaire.

A condition que le bien affecté ne soit pas antérieurement grevé, la fiducie offre donc *ab initio* au créancier une réelle exclusivité, là ou les sûretés traditionnelles n'offrent qu'une « *vocation à l'exclusivité* » [31]. Le créancier fiduciaire n'est donc primé par aucun autre créancier.

Enfin, si le lourd formalisme constitutif et l'absence de publicité organisée de manière générale (notamment pour les meubles corporels) ne dissuadent pas les parties au contrat de fiducie d'y recourir, le contrat de fiducie-sûreté est voué à un avenir prometteur en raison de la garantie efficace qu'il procure au créancier et à la potentialité de crédit qui en résulte pour le constituant. Néanmoins, à l'étude des utilités prévisibles de cette nouvelle figure juridique, l'avenir radieux promis à la fiducie risque bien d'être émaillé de quelques obstacles insurmontables en l'état actuel du droit positif.

C La pertinence du contrat de fiducie au travers de ses utilisations

Le contrat de fiducie forme une relation triangulaire qui semble promise à de nombreuses applications pratiques. Il est certainement un peu tôt pour en mesurer toute l'étendue et pour en conseiller l'usage sans précaution. Le succès de cette nouvelle figure du droit français dépend en partie de l'accueil que lui feront les praticiens du droit. Assurément, avant de conseiller à ses clients l'usage

(30) Art. L. 641-11-1 C. com.

(31) Jean-Jacques Ansault, Dr. et pat. 2010 -192, *Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles : que choisir ?*

de la fiducie, le notaire devra s'assurer de la qualité du fiduciaire et de la compréhension par le constituant des rouages de ce mécanisme encore inhabituel.

A cet égard, l'exposé écrit des motivations du constituant semble constituer un préalable indispensable à toute mise en place d'un contrat de fiducie. Cet exposé permettra de déterminer l'opportunité de l'utilisation de la fiducie au regard de l'objectif poursuivi et la forme de fiducie à utiliser pour atteindre celui-ci.

Le législateur a fait du contrat de fiducie un triangle à géométrie variable puisqu'il permet de s'adapter à autant d'objectifs que l'imagination des praticiens pourra en déterminer. Quelques objectifs sont d'ores et déjà prévisibles en matière de gestion du patrimoine fiducié (C-1) et de constitution de sûreté (C-2). Il semble également envisageable de mettre en place un contrat de fiducie aux fins de transmission à titre gratuit, et d'associer opération fiduciaire et intention libérale, malgré l'interdiction des fiducies-libéralité (C-3).

C-1 Fiducie-Gestion

La fiducie-gestion constitue le tronc commun du régime juridique du contrat de fiducie. De nombreuses possibilités sont donc offertes par ce régime ; il est à l'évidence impossible de les évoquer toutes, d'autant que la plasticité de ce contrat lui permet de répondre aux situations les plus diverses.

L'affectation fiduciaire peut avoir pour objectif de protéger les actifs personnels du constituant contre les poursuites de ses créanciers professionnels.

Ainsi, le plus souvent, le constituant placera dans le patrimoine fiduciaire les actifs professionnels qui pourront être soumis au gage des créanciers. Dans ce cas, le constituant devra conclure un pacte adjoint de mise à disposition lui permettant de conserver la jouissance des biens affectés. Cependant, l'application de l'article 2025 du Code civil peut anéantir la protection mise en place en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, en permettant aux créanciers fiduciaires d'exercer leurs poursuites sur le patrimoine personnel du débiteur. La protection patrimoniale n'est donc pas complète. Aussi, le constituant peut également choisir de n'affecter que les biens dépendant de son patrimoine personnel. Il apparaitra, de la sorte, plus difficile aux créanciers professionnels d'atteindre le patrimoine personnel du constituant. Cette solution nécessitera cependant une convention de mise à disposition plus complexe que dans le cas de l'affectation du patrimoine professionnel en raison, notamment, de la fluctuation plus importante des éléments qui le composent.

Parmi les nombreuses applications possibles de la fiducie-gestion, celle-ci peut servir à compléter les dispositions d'un mandat à effet posthume. Le

recours à ce mandat est souvent motivé par la prodigalité d'un héritier ou l'incapacité de celui-ci à gérer les biens qui lui seront dévolus lors de la succession de ses parents.

Ce mandat est par essence temporaire et ne prend naissance qu'au décès du mandant. Afin de permettre la gestion des biens dépendant de la succession pendant une durée plus longue, voire pendant la vie de l'héritier à protéger, l'institution d'un contrat de fiducie peut s'avérer efficace. En effet, le contrat de fiducie, d'une durée de 99 ans renouvelable, permet de faire gérer par le fiduciaire tout type de biens. Afin d'éviter que le contrat de fiducie-gestion ne s'éteigne par le décès de son constituant, il parait nécessaire que celui-ci ait la personnalité morale. Cette condition implique toutefois les coûts liés à la constitution de la personne morale et à l'apport des biens à la société fiduciant. Dans ce schéma, la société apporte alors les biens au patrimoine fiduciaire et prend également la qualité de bénéficiaire du contrat de fiducie. Cette société ne peut être considérée comme fictive car elle possède au bilan les droits de restitution des biens affectés et dispose des revenus de ces mêmes biens. Il faudra également prévoir la transmission des parts sociales aux héritiers à protéger et indiquer dans les statuts de la société des conditions particulières pour la renonciation au contrat de fiducie. Malgré les coûts qu'elle engendre, cette solution devrait permettre de sécuriser la conservation d'un patrimoine familial et assurer des revenus aux héritiers titulaires de parts sociales.

C-2 Fiducie-sûreté

La fiducie-sûreté présente l'avantage de constituer la seule sûreté réelle conventionnelle qui puisse grever indifféremment tout bien, meuble ou immeuble, corporel ou incorporel, présent ou futur. La souplesse d'utilisation de cette garantie permet également de constituer une sûreté pour une très longue durée, avec ou sans dépossession du débiteur.

Cette malléabilité autorise les parties à prévoir la garantie de tout type d'opération. De plus le droit des procédures collectives offre à la fiducie des avantages indéniables par rapport aux sûretés traditionnelles, telle par exemple que l'hypothèque conventionnelle.

Il n'en demeure pas moins que ces garanties peuvent être complémentaires. Ainsi la fiducie peut permettre à un créancier le refinancement d'une dette sans pour autant exiger son remboursement. A cette fin on peut imaginer d'affecter au patrimoine fiduciaire un bien qui serait hypothéqué. La sûreté réelle conservera son rang et les droits du créancier d'origine seront préservés par préférence au créancier fiduciaire. Il y aura lieu de prévoir dans la convention fiduciaire le rang, l'ordre, les modalités de remboursement partiel et les garanties attachées aux créances.

La fiducie comporte également un avantage lorsque le constituant ne souhaite plus conserver la propriété du bien affecté. Il lui suffira de céder ses droits fiduciaires sans que cela n'entraîne la déchéance du terme de l'emprunt, alors que la vente d'un bien grevé d'hypothèque obligerait à rembourser le prêt par anticipation et à demander la mainlevée de l'inscription au créancier. Par ailleurs, les instigateurs de la loi relative à la fiducie ont voulu permettre la syndication bancaire et la structuration des financements.

La syndication de crédits permet aux prêteurs de mutualiser le risque de défaillance d'un emprunteur. Dans ce schéma, soit le prêteur principal transfère une partie de sa participation dans un crédit à d'autres prêteurs, soit il est prévu dès la conclusion du contrat que plusieurs prêteurs s'uniront pour consentir le crédit.

Dans ce dernier cas, il est possible d'utiliser la fiducie pour désigner un prêteur « *chef de file* » en qualité de fiduciaire, à charge pour celui-ci d'organiser avec les co-prêteurs en fonction de leurs rang et droits respectifs, en cas de défaillance du constituant débiteur, la répartition du produit de la vente des biens remis en fiducie. Ainsi, la banque chef de file jouera dans cette hypothèse le rôle de « *security trustee* » de droit anglais et remplacera efficacement le système des mandats tout en évitant le recours nécessaire à la procédure de transmission des sûretés en cas de cession par un membre du pool, de sa participation au sein de celui-ci. En effet, le *security trustee* enregistre les sûretés en son nom pour le compte des autres créanciers, alors que le pool bancaire de droit français repose sur l'inscription d'une sûreté sur la tête de chacun des créanciers.

Cette solution, prônée par les travaux parlementaires de la loi relative à la fiducie, est aujourd'hui discutée par la doctrine. En effet, la loi de 2007 a créé un article 2328-1 dans le Code civil selon lequel « *toute sûreté réelle peut être inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'obligation garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation* ». La rédaction de ce texte vise uniquement les sûretés réelles à l'exclusion des sûretés personnelles. Au surplus, ce texte n'envisage que la possibilité que la sûreté soit inscrite pour le compte des créanciers et non la possibilité qu'elle soit constituée au nom de l'agent des sûretés pour le compte des créanciers. En conséquence, ce texte ne permettra pas d'avoir en droit français un mécanisme véritablement similaire à celui du *security trustee* avec ses avantages en cas de cession de participation.

A cet égard, il n'est pas rare que les établissements de crédit fiduciaires fassent l'objet d'une absorption ou d'une cession. En vertu de l'article 2029 du Code civil, ces évènements sont la cause du dénouement du contrat de fiducie, à moins que celui-ci ne prévoie les modalités de sa continuation.

Il semble alors opportun d'envisager ces éventualités dès la conclusion du contrat.

La fiducie-sûreté, en permettant la dépossession du bien affecté, assure le créancier de la bonne gestion du bien et de la production de revenus nécessaires au remboursement de la créance.

En outre, l'avantage de la fiducie à titre de sûreté réside dans l'universalité du patrimoine affecté. Ainsi, une seule et même sûreté peut grever l'ensemble des biens alors que pris individuellement, ceux-ci n'auraient pas pu offrir de garantie équivalente au prêteur. La fiducie-sûreté permet donc au constituant d'accroître sa capacité d'endettement.

La fiducie laisse ainsi entrevoir des opportunités nombreuses d'amélioration de l'offre de crédit par la protection accrue des droits des créanciers. Les praticiens doivent donc utiliser la liberté contractuelle de la convention fiduciaire pour aménager des perspectives nouvelles en matière de sûretés, tout en assurant la sécurité juridique du constituant, qui sera bien souvent une personne physique, protégée par ailleurs par le droit de la consommation.

C-3 Fiducie-transmission

L'article 2013 du Code civil prohibe fermement toute fiducie opérée dans une intention libérale au profit du bénéficiaire. Les raisons de cette interdiction tiennent plus en la crainte de l'administration fiscale, qui voit en cette figure juridique un moyen d'éluder les droits de mutation à titre gratuit, qu'en la préservation de l'ordre public successoral.

Toujours est-il que les dispositions de l'article 2013 sont sanctionnées par la nullité absolue. Le caractère absolu de cette sanction a pour conséquence la stricte interprétation du texte.

Dès lors, il semble possible de procéder à l'établissement de contrat de fiducie à titre gratuit. En effet, la gratuité du contrat n'implique pas en elle-même la preuve d'une intention libérale. Ainsi ne devraient pas encourir la nullité les contrats de fiducie qui constitueraient une donation rémunératoire ou une donation à charge dont la contrepartie confèrerait un caractère onéreux au contrat.

Le caractère gratuit de l'acte de fiducie peut également être justifié par l'état de besoin du bénéficiaire. L'intention libérale peut être écartée sur le fondement d'une obligation légale, naturelle ou juridictionnelle de versement d'une pension alimentaire ou d'une prestation compensatoire. On peut ainsi envisager qu'un constituant veuille assurer le versement d'une rente ou de revenus à l'un de ses enfants. Sur l'un de ces fondements, le constituant peut loger dans le patrimoine fiduciaire un contrat d'assurance vie ou tout autre

actif générant des revenus, que le fiduciaire sera chargé de verser au bénéficiaire. Afin de verrouiller le système mis en place, le constituant devra s'assurer que le bénéficiaire accepte le bénéfice du contrat.

Cependant, le contrat de fiducie prendra fin au décès du constituant. En vue de permettre le versement de cette rente au delà de la vie du constituant, celui-ci peut utiliser le truchement d'une personne morale.

Cette opération nécessite que les motifs du contrat de fiducie soient clairement exposés dans l'acte de fiducie afin d'éviter toute requalification en libéralité.

Afin d'éviter ce risque de requalification et l'écueil du devenir des parts sociales de la société constituant, il est envisageable, pour autant que les parents soient titulaires d'un actif suffisant, de procéder au moyen d'une fiducie sûreté. En effet, l'opération se déroulera en deux phases, qui peuvent d'ailleurs être concomitantes : dans un premier temps, le parent peut faire donation à son enfant du versement d'une rente viagère ; dans un second temps, un ou plusieurs biens frugifères seront apportés dans un patrimoine fiduciaire afin de garantir le versement de la rente.

S'agissant d'une fiducie sûreté, le décès du constituant ne mettra pas fin au contrat de fiducie qui pourra s'exécuter tout au long de la vie de l'enfant gratifié. Tout risque de requalification est ici écarté puisque ce n'est plus l'opération fiduciaire qui constate l'obligation du constituant envers le bénéficiaire mais l'acte de donation préalable.

Enfin, notons que l'article 2029 du Code civil dispose que le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique. L'article 2030 du même Code, énonce que dans ce cas, le patrimoine fiduciaire fait de plein droit retour à la succession. Ne pourrait-on pas alors voir dans ces dispositions l'autorisation d'une fiducie-libéralité-testamentaire ? Le constituant pourrait en effet régler la dévolution de sa succession par voie testamentaire de sorte qu'en l'absence d'atteinte à la réserve, les biens fiduciés soient dévolus aux personnes choisies dans une intention libérale, sans toutefois que la nullité du contrat de fiducie ne puisse être encourue.

Le dénouement de la fiducie

Ludovic ARNAUD

La fiducie est définie comme un contrat par lequel des droits sont temporairement transférés par un constituant à un fiduciaire qui, les tenant séparés de son patrimoine propre, agit dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. L'originalité de ce contrat résulte ainsi de la détermination d'un objectif précis dont la réalisation doit intervenir en un temps défini.

L'objectif du constituant pourra être atteint, selon les cas, de manière successive au travers de l'exécution de la mission du fiduciaire, ou par l'extinction du contrat et la transmission des biens qui en découlera. Nous rencontrons à cet égard la dichotomie existant entre la fiducie constituée aux fins de gestion ou de sûreté. Parfois, les prévisions contractuelles des parties seront bouleversées par l'extinction prématurée du contrat qui trouvera sa cause dans les dispositions de la loi ou les prévisions contractuelles.

Pour se prémunir des conséquences ruineuses d'un dénouement non désiré de la fiducie ou pour au contraire précipiter celui-ci, il apparaît indispensable de mettre en relief les causes (1) puis les effets (2) de la terminaison de ce contrat. Force est d'ailleurs de constater que la loi offre en cette matière une large place à la liberté contractuelle par un régime supplétif de volonté qui en l'état, n'apporte pas toute satisfaction. Il semble donc opportun que les parties déterminent *ab initio* les conditions de l'extinction de leurs rapports fiduciaires.

1 – Les causes du dénouement du contrat de fiducie

Les articles 2028 à 2030 du Code civil énumèrent limitativement les causes d'extinction du contrat, lesquelles sont liées soit à l'opération de fiducie (A) soit aux intervenants de l'opération (B). La loi permet en outre, dans des hypothèses limitées, de prévoir la survie du contrat malgré l'apparition d'une cause de dénouement de l'opération fiduciaire. A défaut de prévision légale expresse, l'extinction du contrat devra jouer nonobstant toute clause contraire du contrat, lequel ne peut alors présider à sa propre destinée.

A Les causes d'extinction liées à l'opération

Ainsi que nous l'avons évoqué, le contrat de fiducie a cela de remarquable qu'il est nécessairement mis en place de manière temporaire et dans un but déterminé. Il est donc naturel de considérer la survenance du terme (A-1) et la réalisation de l'objectif poursuivi (A-2) comme des causes d'extinction du contrat.

A-1 Le terme du contrat

L'article 2018 du Code civil, relatif aux mentions obligatoires du contrat de fiducie impose l'indication de la durée du transfert fiduciaire, laquelle ne peut excéder 99 ans à compter de la signature du contrat. La durée peut être déterminée par l'indication d'un délai chiffré ou d'une date précise. Il parait vraisemblable qu'elle puisse également n'être que déterminable, par l'indication d'un évènement certain dont la date n'est pas encore connue à l'époque de la signature de contrat de fiducie. La durée ainsi déterminée correspond à celle du contrat de fiducie qui prend fin à son terme. Toutefois, une prorogation du contrat semble possible avant l'arrivée du terme initial et selon les modalités applicables aux modifications du contrat.

A-2 La réalisation de l'objectif poursuivi

Tout comme la durée de l'opération, l'objectif que celle-ci tend à satisfaire constitue une mention obligatoire du contrat. Reprenant ici encore une logique développée en matière de droit des sociétés, le législateur prévoit que la satisfaction de l'objectif poursuivi épuise la fiducie de son objet et cause son extinction. Cette extinction naturelle de la fiducie n'appelle pas de critique mais doit amener à la prudence lorsque le souhait des parties est d'instaurer une fiducie-sûreté rechargeable. Dans ce cas, il sera opportun de munir la fiducie d'un objet assez large pour qu'elle ne s'éteigne pas après le remboursement de la première créance garantie.

B Les causes de dénouement liées aux intervenants

La loi ménage au profit du constituant (B-1) puis du bénéficiaire (B-3) la possibilité de mettre fin à la fiducie de manière anticipée. En revanche, en raison de ses qualités professionnelles, telle n'est pas la situation du fiduciaire (B-2), lequel ne peut précipiter la fin du contrat que de manière accidentelle et en dehors de sa volonté.

B-1 Le constituant

Le contrat de fiducie peut être dénoué du chef du constituant par l'exercice du droit de révocation qui lui est reconnu (B-1.1), par l'apparition de difficultés financières (B-1.2) et par son décès lorsqu'il est une personne physique (B-1.3).

B-1.1 La révocation du contrat

Le constituant peut révoquer le contrat de fiducie tant que le bénéficiaire ne l'a pas lui-même accepté [1].

Après acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice.

Ces dispositions sont le reflet des solutions classiques dégagées en matière de stipulation pour autrui. Il s'ensuit que l'acceptation par le bénéficiaire peut intervenir préalablement ou concomitamment à la signature du contrat de fiducie [2]. La faculté ouverte au constituant de remettre en cause le contrat de fiducie fait courir un risque certain au créancier de la fiducie-sûreté. C'est notamment pourquoi ce dernier prendra le plus souvent la qualité de bénéficiaire du contrat et l'acceptera de manière expresse et univoque. En effet, la signature du contrat de fiducie par le fiduciaire ne vaut pas, à elle seule, acceptation de son bénéfice. Cette révocation, sauf abus de droit, n'a pas à être motivée par le constituant et présente un caractère discrétionnaire. Le législateur a ainsi créé une sûreté d'un nouveau genre : « *la sûreté révocable ad nutum par son constituant* [3] ». Ce faisant, la loi marque par là même les pouvoirs exorbitant du constituant qui peut défaire seul ce qu'il à fallu créer à deux. A la lecture de cette disposition, il est permis de s'interroger sur la nature des droits que le constituant réellement abandonnés au fiduciaire.

B-1.2 Le contrat de fiducie face au jeu des procédures collectives

Le constituant endosse souvent la qualité de bénéficiaire du contrat lorsqu'il s'agit de gérer l'actif fiduciaire. Dans cette hypothèse, le Code de commerce prévoit que l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire à l'égard du constituant entraîne la résiliation de plein droit du contrat de fiducie et le retour dans son patrimoine des droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire [4].

Par ailleurs, de façon plus indirecte, le contrat de fiducie peut être mis à mal par une disposition spécifique du Code de commerce, dans le cadre d'une procédure de redressement. En effet, lorsque la poursuite de l'activité le justifie, le débiteur-constituant peut, sur autorisation du juge-commissaire, payer des créances antérieures au jugement d'ouverture pour obtenir le retour dans son patrimoine personnel de biens et droits transférés à titre

(1) Art. 2028 C. civ.

(2) Cass. 1re civ. 19 déc. 2000, n° 98-14.105, Bull. civ. I n° 333.

(3) P. Crocq, *Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés*, D. 2007, P. 1354 et s.

(4) Art. L. 641-12-1 C. com.

de garantie dans un patrimoine fiduciaire [5]. Ce faisant, le constituant vide le contrat de fiducie de sa substance.

B-1.3 Le décès du constituant

Lorsque le constituant est une personne physique, son décès met fin au contrat de fiducie [6]. Toutefois, donner une portée générale à cette règle reviendrait à dénuer de sens la constitution d'une fiducie-sûreté. L'on perçoit mal quel serait le type de créancier qui accepterait de voir sa garantie remise en cause par le décès de son débiteur. En revanche, l'on perçoit bien l'intérêt qu'en retirerait la succession du débiteur, libérée de toute dette, ou du moins affranchie de la garantie prise pour son remboursement.

Ce n'est pourtant qu'au travers d'une loi du 12 mai 2009 que le législateur a prévu une exception à cette règle en indiquant que par dérogation à l'article 2029, le décès du constituant personne physique ne met pas fin au contrat de fiducie constitué à titre de sûreté [7].

B-2 Le fiduciaire

L'article 2029 du Code civil dispose que contrat de fiducie prend fin lorsque le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution ou disparaît par suite d'une cession ou d'une absorption (le caractère accessoire de la sûreté est ici écarté par le législateur) et, s'il est avocat, en cas d'interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau.

La loi ne prévoit pas le sort du contrat en présence d'une pluralité de fiduciaire. La question est d'importance, notamment dans les hypothèses de crédits ou d'assurances syndiqués alors que ces établissements font relativement souvent l'objet de fusion ou cession. La question est également prégnante dans les cas où le fiduciaire est un avocat et que la fiducie est constituée (par une personne morale) pour une durée de 99 ans. Il semble qu'il faille dans ces cas se reporter aux prévisions contractuelles. A cet égard, la loi précise que l'extinction du contrat ne joue de plein droit qu'à défaut de stipulation du contrat de fiducie prévoyant les conditions dans lesquelles il se poursuit.

Il paraît opportun d'utiliser la liberté contractuelle préservée par la loi pour prévoir dans le contrat les conditions de sa poursuite malgré la disparition des fiduciaires ou de l'un d'eux. Il est vraisemblable que les prévisions du contrat peuvent prévoir distributivement la survie du contrat et sa mise à mort, en fonction des évènements rencontrés.

---

(5) Art. L. 622-7 C. com.

(6) Art. 2029 C. civ.

(7) Art. 2372-1 C. civ. pour la garantie mobilière, et Art. 2488-1 C. civ. Pour la garantie immobilière.

B-3 Le bénéficiaire

Le bénéficiaire du contrat de fiducie dispose ni plus ni moins d'un droit de créance contre le fiduciaire par la seule volonté du constituant. Afin d'exercer ce droit, il doit opter pour l'acceptation ou la renonciation au bénéfice du contrat. L'option doit résulter d'une volonté exprimée, sans toutefois, qu'aucune forme ne soit prescrite pour cela. Eu égard aux enjeux de cette option, il apparaît de bonne pratique que cette renonciation soit constatée par un écrit conservé par les parties.

L'article 2029 sus visé dispose que lorsque la totalité des bénéficiaires renonce à la fiducie, le contrat prend fin de plein droit, sauf stipulations du contrat prévoyant les conditions dans lesquelles il se poursuit.

Il en résulte qu'en cas de pluralité de bénéficiaires, la renonciation de l'un ou de plusieurs d'entre eux, pourvu que l'un d'eux au moins accepte le contrat, est sans effet sur la validité de l'opération. En cette matière également, l'utilité des prévisions contractuelles apparaît comme une évidence, d'autant plus lorsque le contrat est constitué au profit d'un unique bénéficiaire.

2 – Les conséquences juridiques du dénouement du contrat

Le contrat de fiducie est constitué par le transfert fiduciaire d'un bien appartenant au constituant. Si la nature de ce transfert est fort discutée en doctrine quant à savoir s'il s'agit ou non du transfert du droit de propriété classique, il en revanche certain que le dénouement de l'opération rétablit l'entière propriété du bien, sur la tête du constituant ou du bénéficiaire suivant le cas.

Il devient alors possible de dissocier les effets du contrat, suivants qu'ils sont liés au transfert de la propriété pleine et entière au profit d'un tiers (A), finalisant cette mutation conditionnelle, ou qu'ils sont liés au retour du bien dans le patrimoine du constituant par le jeu d'un accident de parcours (B).

A L'effet normal du contrat : le transfert de propriété

Le mécanisme de la fiducie s'appui sur le transfert de la propriété d'un bien dans le patrimoine fiduciaire. Lors de l'accomplissement de son objet, la fiducie a pour effet de faire transiter la propriété pleine et entière de l'actif fiduciaire dans le patrimoine du bénéficiaire que peut incarner le fiduciaire (A-1), le constituant ou un tiers à l'opération (A-2).

A l'occasion de ce nouveau transfert il ne fait nul doute que la propriété mouvementée correspond à celle, exclusive et absolue, de l'article 544 du Code civil. Il s'ensuit que l'interrogation qui se présente alors, fait écho à celle qui s'est présentée lors de premier transfert du bien ; le droit commun des aliénations de droits de propriété trouve-t-il ici à s'appliquer pleinement ?

Comme à l'accoutumée, la réponse semble devoir être nuancée bien qu'il soit permis de penser que si le droit commun devait s'appliquer au transfert fiduciaire, c'est à n'en pas douter lors de cette seconde mutation que se trouverait son terrain de prédilection.

A-1 Le dénouement de la fiducie-sûreté

Schématiquement, la fiducie sûreté est constituée dans le but de garantir le remboursement d'une créance. Le plus souvent, le constituant sera le débiteur de l'obligation et le fiduciaire son créancier. Le créancier pourra également être en réalité un tiers au contrat qui constituera sa garantie par « *entiercement* ». Le créancier prendra la qualité de bénéficiaire du contrat. Il est aussi possible autant que de besoin, que le constituant prenne également cette qualité en rang subséquent. Lorsque le débiteur parvient à honorer sa dette, le contrat prend fin et les actifs fiduciaires retournent dans le patrimoine du constituant. A l'inverse, si le débiteur ne parvient pas à rembourser sa dette, le créancier cherchera à mettre sa garantie à exécution.

Si le débiteur est soumis à une procédure collective, nous avons vu au chapitre précédent les intérêts du contrat de fiducie pour le créancier qui est placé hors procédure, les biens remis en garantie n'étant plus la propriété du constituant. Lorsque le débiteur est *in bonis* et ne fait l'objet d'aucune mesure de protection, de conciliation ou de mandat *ad hoc*, le Code civil [8] articule la procédure de recouvrement selon que le créancier dispose ou non de la qualité de fiduciaire :

• Lorsque le fiduciaire est le créancier, à défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, il acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie.

Dans ce domaine également, la loi offre aux parties une grande liberté contractuelle puisque ces dispositions ont un caractère supplétif. Ainsi, le contrat peu prévoir par exemple, que l'actif fiduciaire sera vendu à un tiers ou encore transmis à une personne débitrice du constituant qui désintéressera directement le fiduciaire.

Lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier, ce dernier peut exiger de lui la remise du bien, dont il peut alors librement disposer. Cependant, si le contrat de fiducie le prévoit, le créancier peut exiger du fiduciaire la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix.

Dans tous les cas, la valeur du bien ou du droit cédé doit être déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, sauf si elle résulte

(8) Art. 2372-3 et -4 C. civ. pour la garantie mobilière et Art. 2488-3 et -4 C. civ. pour la garantie immobilière.

d'une cotation officielle sur un marché organisé au sens du Code monétaire et financier ou si le bien est une somme d'argent. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Si le bénéficiaire de la fiducie a acquis la libre disposition du bien ou du droit cédé ainsi qu'indiqué ci-dessus, il verse au constituant, l'éventuelle différence entre la valeur du bien remis en garantie, ou son prix de vente et la dette restant due. Ce versement doit intervenir après paiement préalable des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire.

A-2 Le dénouement de la fiducie-gestion

La fiducie-gestion est la modalité de droit commun de la fiducie. Il s'agit d'un contrat par lequel le constituant confie au fiduciaire le soin de gérer des actifs à charge des les lui restituer ou de les transmettre à un tiers bénéficiaire. En raison de la prohibition des fiducies-libéralité, le transfert secondaire de la propriété des actifs fiduciaires doit s'opérer à titre onéreux. La loi ne détermine pas le régime de cette transmission et n'indique donc pas la nature de la contrepartie que doit offrir le bénéficiaire. Il pourra donc s'agir d'un prix payable en numéraire ou converti en une obligation de faire.

Le dénouement normal de la fiducie-gestion est donc réalisé par ce transfert de propriété après la réalisation de l'objectif assigné au fiduciaire ou la survenance du terme déterminé par le contrat.

L'article 2030 du Code civil dispose que lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant. On peut en conclure d'une part que la désignation du constituant comme bénéficiaire du contrat de fiducie-gestion n'est pas obligatoire, d'autre part, que le transfert de propriété est automatique. Il est également possible de tirer de cette disposition légale la conclusion que de manière analogue, le transfert au profit d'un tiers bénéficiaire est aussi automatique.

En raison de l'automaticité des transferts de propriété, il apparait opportun de moduler leurs conditions aux termes de la convention des parties et de prévoir à cette occasion une reddition de comptes et une obligation de délivrance de la part du fiduciaire. De manière récurrente, se pose à ce stade également l'épineuse question de l'application du droit commun des contrats de mutation, et notamment du droit de préemption qui parait mal s'accorder avec l'idée d'automaticité. Ici encore, le silence gardé par le législateur est lourd de conséquence et d'insécurité juridique.

B L'effet du dénouement pathologique du contrat : le retour du bien chez son propriétaire

Le contrat de fiducie peut connaître une issue prématurée en raison d'un incident relatif au constituant, au fiduciaire ou au bénéficiaire. Des conséquences semblables découlent de ces trois sources d'extinction du contrat. D'une manière générale, lors de la survenance d'un tel évènement, les actifs fiduciaires retournent dans le patrimoine du constituant. De la même manière qu'en cas de dénouement heureux de la fiducie, ce retour joue de plein droit.

Les mêmes observations peuvent être présentées à cette occasion.

Néanmoins, il est à noter que le transfert à rebours des actifs fiduciaire reçoit une exécution particulière lorsque l'extinction du contrat de fiducie est causée par le décès du constituant. En effet, en pareille occurrence, les droits fiduciés reviennent naturellement à la « *succession* » de ce dernier. La loi ne précise pas que les biens reviennent à la succession légale du constituant à l'exclusion de sa succession testamentaire.

« *Là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer* », a-t-on coutume de dire… par son silence, le législateur ne vient-il pas d'ouvrir la boîte de pandore et d'autoriser de fait les fiducies-libéralité à cause de mort ?

La fiducie : outil juridique de compétitivité économique

Ludovic ARNAUD

La volonté du législateur d'introduire en droit français la notion de fiducie est longtemps restée vaine. Ainsi les premières tentatives, initiées dès l'année 1986, ont-elles seulement constitué des coups de semonce annonçant le débarquement prochain sur les rives du droit français, d'une fiducie à la saveur anglo-américaine.

En lieu et place du dispositif de grande envergure que semblait promettre la proposition de loi, c'est un équipage frêle et désarmé que les observateurs, désabusés, ont vu accoster le 19 février 2007 [1]. Ce n'est qu'au fil du temps que le législateur est ensuite venu, comme au gré des marées, élargir le champ de tir de la fiducie et l'agrémenter de quelques utilités attendues par les hommes de terrain [2].

Le champ lexical de la guerre est ici utilisé à dessein. Il y a en effet quelques velléités belliqueuses à l'initiative de cette innovation du droit français. L'adoption du projet de fiducie en 2007 tient en la prise de conscience des effets de la mondialisation sur l'ordre juridique interne, et inversement, de l'influence que peuvent avoir nos outils juridiques sur le théâtre des opérations économiques mondiales. Il s'agissait ici de « *combattre* » l'hégémonie du *trust* anglo-américain sur les opérations économiques de grande ampleur.

L'internationalisation des rapports de droit et, par conséquent, l'intensification de la concurrence des instruments juridiques a accentué le risque de délocalisation d'opérations réalisées par les acteurs économiques nationaux ou étrangers [3]. Chaque Etat lancé dans cette bataille économico-juridique dispose de son lot d'exemples de telles délocalisations dans les pays de *common law* [4].

Pour se « *battre* » à armes égales contre l'institution du trust, de nombreux Etats ont souhaité enrichir leur arsenal juridique d'un instrument comparable,

---

(1) Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 (JO 21 février 2007) relative à la fiducie.

(2) Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (JO 5 août 2008), l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté (JO 19 déc. 2008), l'ordonnance n° 2009-112 portant diverses mesures relatives à la fiducie (JO 31 janv. 2009), et la loi n° 2009-525 du 12 mai 2009.

(3) Sénateur Philippe Marini, *Enfin la fiducie à la française* !, D. 2007, n° 20, p. 1347.

(4) Notamment en matière de *defeasance*.

par sa finalité, au *trust* des pays de *common law*. Ainsi, par un large phénomène d'acculturation, plusieurs Etats de tradition civiliste [5] ont, avant nous, adapté la figure du trust dans leur ordre juridique interne par l'adoption du contrat de fiducie. L'enjeu de compétitivité du droit français a donc présidé, par un même phénomène, à l'adoption du contrat de fiducie « *à la française* ». La proposition de loi semblait pourvoir la fiducie d'attraits semblables à ceux de son rival ; force est pourtant de constater que la main du législateur a tremblé lors de l'écriture de la loi s'écartant ainsi de la proposition et faisant de la fiducie un outil balançant entre « *équilibre et incohérence* » [6].

La fiducie, telle qu'elle est définie désormais, semble affublée d'un uniforme trop étroit pour elle, lui conférant une marge de manœuvre insuffisante et refreinant l'essor international auquel la destinait pourtant son instigateur. Malgré la volonté affichée par les dispositifs législatifs, la fiducie « *à la française* » paraît donc inapte à rivaliser parfaitement avec son concurrent anglo-américain, et à accueillir tout à fait les formes d'opérations financières en provenance des pays de l'Or noir (1). Pourtant, afin de favoriser le développement de cette institution, sans toutefois créer un effet d'aubaine fiscale, le législateur a adjoint au régime de droit civil de la fiducie, un régime de droit fiscal dont la neutralité constitue l'épine dorsale (2).

N'ayant pas vocation à protéger véritablement l'entrepreneur individuel, et n'épousant pas complètement le rôle international qui lui est dévolu, la fiducie peut laisser chez certains observateurs l'impression qu'elle est passée à côté des objectifs qui lui étaient assignés [7]. D'aucuns diront alors qu'à la guerre, comme à la chasse, une cible manquée de peu constitue un échec total. Heureusement, le législateur, dans sa toute puissance, dispose d'un fusil à plusieurs coups qui lui permettra d'ajuster son tir et de parfaire ainsi sa création. Gageons alors qu'il l'épaulera bientôt à nouveau pour libérer la fiducie de son carcan juridique, afin que le combat ne demeure pas inégal.

1 – La compétitivité économique

A en croire l'engouement général pour les institutions juridiques de droit étranger, il semble que celles-ci permettent de réaliser, avec plus de souplesse et de liberté que celles de droit français, les opérations économiques de grande envergure.

---

(5) Québec, Luxembourg, Italie, Japon, Liban, Russie, Colombie et récemment la Suisse.

(6) François Barrière, *La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence*, JCP E. 2007, n° 36.

(7) Christian Larroumet, *La loi du 19 février 2007 sur la fiducie : propos critiques*, D. 2007 p. 1350 et s.

Ce goût immodéré pour l'étranger est le plus souvent cristallisé dans l'institution du *trust* des pays de *common law*. C'est donc fort logiquement qu'il est apparu nécessaire à certains d'harmoniser le droit français avec la pratique de cette institution anglo-américaine, tandis que d'autres [8] voyaient en ces apparences de souplesse et de liberté l'effet d'un trompe l'œil.

Il est vrai que l'importation du système du trust en France est réalisée en vue de l'appropriation de la liberté qu'il parait offrir aux parties.

Selon les auteurs, cette vision surprend par son angélisme tant elle revient à considérer la liberté des parties comme provenant de l'institution du *trust*, laquelle n'est en réalité qu'un effet de la liberté offerte par la *common law*.

Ce qui est donc visé par la fiducie n'est pas tant l'institution du *trust* en elle-même, mais plutôt la substance du droit qui la fait vivre.

Aussi, pour produire les mêmes effets que le trust, la fiducie devrait-elle être cultivée sur le même terreau que lui. Cela nécessiterait alors l'infléchissement de théories classiques placées au cœur même de notre système juridique, telle notamment celle de la réserve héréditaire.

Heureusement, pourrait-on dire, l'on voit par la limitation du champ d'application de la fiducie aux seules opérations à titre onéreux, que le législateur n'est pas prêt à sacrifier le droit interne sur l'autel de la concurrence internationale entre modèles juridiques. Il s'ensuit que la fiducie n'est pas complètement apte, en son état actuel, à concurrencer le *trust* (A).

Par ailleurs, comme un nouvel exemple de sa souplesse, le trust offre la possibilité aux parties de développer des opérations de finance islamique dont l'émergence récente attire les convoitises, tandis que l'imprécision de la loi française quant à la nature du transfert fiduciaire fait encore douter de la possibilité de réaliser de telles opérations au moyen d'un contrat de fiducie (B).

L'on est en proie, ici encore, à cette même interrogation inhérente au régime de la fiducie. L'importance de la réponse qui y sera apportée se comprend d'autant mieux à la lecture de l'estimation *a minima* réalisée par les services fiscaux français, dont il résulte que la finance islamique représente environ 400 à 500 milliards d'euros d'investissement à travers le monde. Cette finance islamique concerne les investisseurs qui souhaitent s'engager au travers d'instruments financiers respectueux des principes du droit et de la jurisprudence islamiques, plus communément désignés sous le vocable « *Chari'a* ». Afin de permettre le développement de la finance islamique en France, et donc d'attirer une part de cette manne financière, l'administration

(8) Not. : Rémy Libchaber, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Defr. n° 17/2007, p. 1194 et s.

fiscale a prévu un régime fiscal particulier [9] et le législateur a tenté, en vain, d'y adapter le régime de la fiducie, quitte, nous le verrons, à le dévoyer de manière inopportune [10].

A - La fiducie et le *Trust* anglo-américain

Le trust est une opération juridique qui n'est pas définie uniformément. Il est néanmoins possible de préciser que par son truchement un fondateur (*settlor*) se dessaisit de tout ou partie de ses biens (*trust found*), et charge une personne de confiance (trustee), personne physique ou morale, de les gérer dans l'intérêt exclusif d'un bénéficiaire (*beneficiary*) selon des conditions précisées, éventuellement dans un document (le *deed of trust*).

Cette opération que la fiducie ambitionne de concurrencer s'en distingue par divers aspects.

Tout d'abord, en réservant la fiducie à des opérateurs déterminés, en la personne du fiduciaire, la fiducie française d'oppose profondément au trust. Cette distinction se retrouve également dans de nombreux systèmes juridiques civilistes ayant adopté la fiducie, de manière à assurer la sécurité du constituant.

Les formalités d'enregistrement obligatoires à peine de nullité, ne se rencontrent pas en matière de *trust*, lequel permet ainsi plus aisément la réalisation d'opérations simples et au dénouement rapide ou encore, destinées à rester confidentielles.

Ensuite, le *trust* constitue une division de la propriété, qui attribue au trustee la propriété juridique (*legal estate*), et au *beneficiary* la propriété économique (*equitable interest*). Le bénéficiaire du *trust* détient donc un droit de propriété réel en complément de ses droits personnels, à la différence du bénéficiaire de la fiducie française qui ne détient qu'un droit de créance personnel, le droit de propriété exclusif étant transféré au fiduciaire. Cette différence entre les deux mécanismes est propre à emporter de nombreuses conséquences au détriment de la fiducie [11]. De plus, les droits du beneficiary lui sont reconnus dès sa désignation dans le *deed of trust* alors que ceux du bénéficiaire ne le sont qu'à compter de son acceptation du bénéfice du contrat.

Alors que la fiducie-libéralité est prohibée en droit français, il est bien connu qu'à l'opposé, le trust peut être constitué à cause de mort ou avoir comme objet des libéralités du vivant du *settlor*, par la constitution de *trust* de famille.

---

(9) Instr. adm. 3 CA/09, 4 FE/09, 5 FP/09, 6 IDL/09 et 7 E/09, 25 févr. 2009, publiées *in* BOI 25 févr. 2009, n° 22.

(10) Laurent Aynès et Pierre Crocq, *La fiducie préservée des audaces du législateur*, D. 2009, p. 2559.

(11) Notamment, nous le verrons, en matière de finance islamique.

Dans l'inventaire des distinctions existant entre les deux institutions il est remarquable que les sources de chacun de ces mécanismes ne sont pas identiques. En effet, alors que la fiducie ne peut être créée que par contrat ou par la loi, le *trust*, quant à lui, peut être établi par une manifestation explicite unilatérale par acte entre vifs ou à cause de mort du settlor, par décision judiciaire ou par contrat écrit. Lorsqu'il ne résulte pas d'un écrit, le trust doit respecter trois règles fondamentales (les *three certainties* [12]) pour être valable :

– Une intention certaine : par le *trust*, le *settlor* est dépossédé de ses biens, il doit donc faire preuve d'un consentement certain et non vicié. Par exception, deux formes de trust sont constituées sans le consentement express du settlor (le *resulting trust* et le *constructive trust* [13]).

– Une désignation précise des biens. Cette exigence se retrouve dans la fiducie pour laquelle elle constitue une mention obligatoire du contrat.

– Une désignation ou une déterminabilité du bénéficiaire. Cette obligation est à quelques nuances près, identique dans le régime de la fiducie.

Remarquons, que l'institution du trust permet au settlor de s'auto-déclarer *trustee* et de faire passer ses biens de sa main gauche à sa main droite. Ceci est interdit dans la fiducie de droit français en raison du transfert de propriété qui doit nécessairement intervenir entre le constituant et le fiduciaire.

Par ailleurs, la perméabilité du patrimoine personnel du constituant de la fiducie et du patrimoine fiduciaire [14] est contraire à l'idée même de patrimoine d'affectation. A l'inverse, les biens personnels du settlor ne peuvent être appréhendés en raison de créances relatives aux biens transférés au trustee. Cette distinction apparaît déterminante dans le choix des opérateurs économiques entre la fiducie et le trust lequel traite plus favorablement le *settlor*. Dans le même registre, l'impossibilité juridique de réaliser une opération de defeasance au travers d'une fiducie permet au trust de conserver tout son intérêt pour la mise en place d'un tel mécanisme.

Enfin, le régime juridique de la fiducie met l'accent sur la liberté contractuelle et la limitation du recours au juge afin de prévenir les litiges et d'accélérer leur traitement. A l'inverse, le trust selon un adage célèbre « *vit à l'ombre du palais de justice qui lui apporte conseil et contrôle* ». En effet, le *trustee* est assisté par le juge tout au long de sa mission, alors que l'intervention du juge français n'est prévue que pour déterminer le remplaçant du fiduciaire en cas de manquement à ses devoirs [15].

---

(12) Elles ont été définies par Lord Langdale : *knight vs knight*, 1840, 3 Beav 148, p. 173.

(13) Les lecteurs se reporteront utilement à l'article de Claire Dergatcheff, *Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires : pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg,* JCP E, 2007 n° 36 p. 46.

(14) Art. 2025, al. 2 et 3 C. civ.

(15) Art. 2027 C. civ.

Les différences mises en exergue entre les régimes juridiques de la fiducie et du *trust*, démontrent la difficulté éprouvée par le législateur français à trouver un équilibre entre, d'une part, la protection de l'ordre public national et, d'autre part, le désir de pouvoir concurrencer le *trust*.

Aussi, le régime juridique de la fiducie est-il empreint de l'ambivalence des objectifs poursuivis, sans pourtant qu'aucun d'eux ne soient parfaitement atteint. Reconnaissons néanmoins, compte tenu des spécificités de chacun des modèles juridiques, que la manœuvre n'était pas aisée. Il est finalement permis, à cet égard, de se demander si le législateur français n'a pas lâché la proie pour l'ombre…

B La fiducie et la finance islamique

La finance islamique est au cœur des préoccupations du gouvernement français qui a récemment pris conscience de l'importance économique du développement de celle-ci et de l'avance prise par les marchés financiers londoniens pour son traitement. Au cours de l'année 2008 l'Autorité des marchés financiers (AMF) avait, en ce sens, défini les conditions d'acceptation à la négociation des *sukuk* sur un marché réglementé en France [16], s'agissant de financer l'acquisition d'actifs au moyen de fonds en provenance du Moyen-Orient.

La finance islamique est également appelée finance éthique car elle respecte les principes de la « *chari'a* » au nombre desquels figure la prohibition des intérêts. Voilà qui, soit-dit en passant, donne un argument de poids à ses promoteurs, en la période actuelle de crise de confiance dans les marchés financiers et de quête de leur moralisation.

Le mot arabe « *chari'a* » peut revêtir la signification de « *chemin* ». Par les principes et les recommandations qu'elle contient, la « *chari'a* » définit ce qu'est un comportement acceptable dans tous les aspects de la vie des musulmans. Le domaine de son intervention est large et concerne, aussi bien la vie spirituelle, que sociale, privée, publique, économique et commerciale. Concrètement, la « *chari'a* » désigne la loi islamique non codifiée. Indiquons, de manière volontairement simplifiée, qu'il s'agit d'un corps de règles qui a pour source le Coran (texte sacré qui rend compte du message de Dieu) et les *Hadith* (textes regroupant les prophéties). Les principes du droit musulman sont interprétés par les scholars, jurisconsultes spécialistes, lesquels déterminent notamment la conformité des opérations financières aux principes de la « *chari'a* ».

Il a semblé à l'administration fiscale française que la fiducie était propre à recevoir le mécanisme islamique du *sukuk* dans le respect des principes qui président en la matière. Afin d'accueillir les opérations de *sukuk*, une série

(16) RLDA 2008/30, n° 1800

d'instructions fiscales a été publiée le 25 février 2009 [17] qui s'attache à définir ces opérations et le régime fiscal sinon favorable, du moins neutre, qui leur est applicable.

> « Les *sukuk* peuvent être définis comme des instruments financiers permettant de fournir aux sociétés un accès aux marchés de capitaux. Ces instruments sont souvent décrits comme l'équivalent d'une émission d'obligations conforme à la *chari'a* prenant la forme de certificats d'investissement représentant une participation des porteurs de *sukuk* proportionnelle dans la détention de la propriété de l'actif tangible sous-jacent. Ces instruments sont structurés de sorte à pouvoir être cotés sur les marchés financiers. En pratique, ils sont utilisés en complément d'autres techniques financières conformes à la *chari'a* (telles que la *mousharaka* ou l'*istisna'a*) afin d'obtenir une rémunération basée sur la performance des actifs sous-jacents financés » [18].

L'administration fiscale définit les sukuk comme des titres représentant pour leur titulaire un titre de créances ou un titre participatif dont la rémunération et le capital sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur, affectés au paiement de la rémunération et au remboursement des sukuk. Leur porteur bénéficie d'un droit de copropriété indirect sur ce ou ces actifs qu'il peut exercer en cas de défaillance de l'émetteur. Le ou les actifs concernés sont des actifs tangibles ou l'usufruit de ces actifs tangibles.

Malgré la volonté politique de favoriser l'utilisation des *sukuk* en France, il est apparu assez vite que les caractéristiques de ces opérations ne s'accordaient pas complètement avec celles de la fiducie.

En effet, les scholars dans leur interprétation de la *chari'a* indiquent clairement que les porteurs de *sukuk*, bénéficiaires de la fiducie, doivent impérativement détenir la propriété du bien financé ou au moins un droit assimilable à un doit réel. La finalité de cette règle est de faire participer le porteur de *sukuk* à la responsabilité de l'opération.

Le contrat de fiducie n'offre cependant au bénéficiaire qu'un droit de créance contre le fiduciaire et non un droit de propriété sur les actifs fiduciaires, contrairement au *trust* qui, nous l'avons vu, scinde la propriété entre le *trustee* et le *beneficiary*. Il s'ensuit que les opérations *de sukuk* réalisées au moyen d'un contrat de fiducie ne sont pas déclarées *Halal* (autorisées car conformes à la *chari'a*) par les *scholars* et que ces opérations sont pratiquées de manière usuelle au travers d'un *trust* de *common law*.

---

(17) Instruction précitée.

(18) Sous la dir. de J.-P. Laramée, *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, Secure Finance, nov. 2008.

Par conséquent, malgré les instructions fiscales sus visées, la fiducie était peu utilisée pour mettre en place des opérations de *sukuk* en France. La volonté politique de développer ces opérations n'ayant pas faibli, il restait à franchir l'étape de l'initiative législative qui jusque là faisait défaut afin de préparer la fiducie française à l'arrivée de la finance islamique.

A cette fin, un amendement adopté par le Sénat et l'Assemblée nationale lors des travaux préparatoires de la loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, et qui était ainsi devenu l'article 16 de la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 [19], se proposait de modifier la notion de fiducie. Il s'est donc agi d'adapter la fiducie en vue de la rapprocher du trust et de permettre ainsi son utilisation dans le cadre d'émission de *sukuk*.

La modification envisagée avait pour objet de reconnaître au bénéficiaire de la fiducie un droit réel sur les actifs fiduciaires. C'est ainsi que l'article 16 de la loi ajoutait un alinéa 2 à l'article 2011 du Code civil affirmant que « *Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie* ».

Il a été reproché à cette modification d'être opérée en des termes trop peu précis pour offrir une sécurité juridique suffisante aux opérations fiduciaires. En effet, la notion d'exercice de la propriété fiduciaire ne signifie pas clairement que le bénéficiaire en est investi réellement. Il était donc permis de s'interroger sur le sens exact de ce nouveau texte et sur la nature des droits de chacun des acteurs de la fiducie [20].

Ensuite, il semblait contestable que pour répondre aux seuls besoins particuliers de la finance islamique, la nouvelle loi se propose de modifier la nature juridique d'absolument toutes les fiducies sans pour autant qu'une réflexion ne soit menée sur le devenir des fiducies sûretés mobilisant la propriété du fiduciaire comme garantie [21].

Enfin, conférer un droit réel au bénéficiaire de la fiducie revenait à ne reconnaître au fiduciaire qu'un simple droit réel accessoire sur les actifs fiduciaires. Dès lors, deux difficultés seraient apparues nettement :

• L'affirmation du principe général de la fiducie basé sur la notion de patrimoine d'affectation, appartenant au fiduciaire, serait devenue contradictoire avec la reconnaissance du droit de propriété du bénéficiaire.

• Les fiducies-sûretés reposant sur la propriété du fiduciaire, en raison de la dégradation du droit de propriété de celui-ci, se seraient muées, en sûretés

(19) Proposition de loi AN n° 1728, 2008-2009

(20) L. Aynes et P. Crocq, *La fiducie sauvée des audaces du législateur*, précité.

(21) F. X. Lucas, *La fiducie au Pays de l'or noir*, Bull. Joly Sociétés 2009, 825.

classiques qui n'auraient plus justifié le bénéfice du régime de faveur de la fiducie-sûreté.

On perçoit bien alors ce qu'il serait advenu de la fiducie si une telle disposition avait été insérée dans le Code civil. Le Conseil constitutionnel a censuré ce texte par une décision rendue le 14 octobre 2009, indiquant qu'il constituait un cavalier législatif, sans rapport avec l'objet général de la loi dans laquelle il avait été introduit. De ce fait, le débat sur le fond a été évité et les *sukuk* ne peuvent toujours pas être mis en place à l'aide d'une fiducie. Cette situation peut laisser craindre que cette même disposition ne soit réintroduite au sein d'une nouvelle loi, mieux à même de l'accueillir. Plutôt que de dévoyer exagérément l'outil fiduciaire pour le faire entrer dans le moule du droit coranique, envisageons de recourir pour ces opérations de finance islamique à des instruments existants et permettant dès à présent d'y procéder. A cet effet, les fonds commun de placement contractuels [22], conférant un droit de propriété sur les part souscrites par les porteurs de *sukuk*, conformément à la *chari'a*, forment une alternative intéressante [23].

2 – Le principe de neutralité fiscale

La défiance de l'administration fiscale à l'endroit des opérations fiduciaires a modelé le régime juridique et fiscal du contrat de fiducie. En effet, le législateur a « *délégué* » au ministère de l'économie et des finances le soin de déterminer le régime fiscal de la fiducie, malgré les dispositions fiscales contenues dans la proposition de loi Marini.

La méfiance du législateur fiscal à l'égard de cette opération est motivée par le risque présumé de dissimulation fiscale. Afin d'éviter cet écueil, les dispositions fiscales de la proposition de loi relative à la fiducie ont été profondément remaniées, leur faisant perdre une large part de leur logique fiscale [24].

Toujours-est-il que le régime fiscal de la fiducie est fondé sur deux objectifs, mis en lumière par un principe qui émerge des dispositions légales. D'une part, la fiducie ne doit pas permettre aux parties de réaliser une opération de défiscalisation, d'autre part, le régime fiscal de la fiducie doit sinon assurer la compétitivité économique de cette institution, du moins ne pas la défavoriser. Il s'ensuit que le régime fiscal de la fiducie sans pouvoir être favorable aux parties, ne doit pas à l'inverse s'avérer coûteux pour elles : il doit être neutre.

---

(22) Art. L. 214-35-2 et suivants du Code monétaire et financier.

(23) Jacques Bertran de Balanda et Foued Bourabiat, *Fiducie et finance islamique*, Droit et Pat. 2010, n° 192. (à condition que le régime fiscal des FCP soit modifié en ce sens).

(24) Jean-Pierre Le Gall, *De la proposition de loi Marini à la loi : une perte de logique fiscale*, JCP E, 2007, n° 36, n° 2058.

Le dispositif fiscal mis en place témoigne donc de la volonté de permettre à la fiducie de concurrencer efficacement le trust anglo-saxon ; il n'est pourtant pas certain qu'il y parvienne complètement. Le régime fiscal du trust et celui de la fiducie ne sont pas similaires et ne produisent pas les mêmes effets : alors que la fiscalité du trust se décline en fonction du but poursuivi, celle de la fiducie est organisée autour d'un régime unitaire.

Pour atteindre son objectif de neutralité, le législateur a souhaité faire abstraction du transfert fiduciaire et imposer le constituant, là où le régime anglo-saxon reconnaît une véritable personnalité fiscale au trust, laquelle est redevable de l'impôt.

L'on pourrait donc douter de l'opportunité de ce principe de neutralité tant il amène par exemple à établir l'impôt en considérant que les biens transférés sont encore dans le patrimoine du constituant [25]. Cela ne correspond pas à la réalité juridique. Voilà donc une illustration frappante de l'indépendance du droit fiscal.

La neutralité fiscale affichée de l'opération fiduciaire ne se vérifie pas à toutes les étapes du contrat. Nous verrons ce qu'il en est au stade de la constitution de la fiducie (A), de sa gestion (B) puis de son dénouement (C).

A La neutralité fiscale à l'épreuve de la constitution de la fiducie

La constitution de la fiducie peut déclencher plusieurs types d'imposition : d'une part, les droits d'enregistrement et de publicité foncière liés à la formalité obligatoire de publicité du contrat (A-1) et d'autre part, les impôts directs et la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) (A-2). A Les droits d'enregistrement et de publicité foncière

A-1 Les droits d'enregistrement et de publicité foncière

Appliquant le principe de neutralité fiscale, le Code général des impôts (CGI) fait abstraction du transfert de propriété intervenant au profit du fiduciaire de sorte qu'aucun droit de mutation n'est dû.

De plus, le contrat de fiducie fait obligatoirement l'objet d'une formalité d'enregistrement. Lorsque le contrat de fiducie porte sur des biens meubles seulement, l'enregistrement devra être réalisé dans le mois de l'acte, au coût de 125 € [26]. Quand la fiducie comprend des droits immobiliers, l'acte devra être soumis à la formalité fusionnée auprès de la conservation des hypothèques compétente dans les deux mois de la signature du contrat. A cette occasion, la taxe de publicité foncière, et le salaire du conservateur seront dus. Le redevable

(25) Art. 668 ter du Code général des impôts (CGI) : « *Pour l'application des droits d'enregistrement, les droits du constituant résultant du contrat de fiducie sont réputés porter sur les biens formant le patrimoine fiduciaire [...]* ».

(26) Art. 1133 quater CGI.

de ces charges fiscales devrait être le fiduciaire en sa qualité de nouveau possesseur des biens, ce qui rompt le principe de neutralité fiscale de la fiducie.

Précisons à l'occasion de la constitution de la fiducie que si elle est établie dans une intention libérale, le législateur a prévu, outre la sanction civile de nullité, des sanctions fiscales. En effet, dans un tel cas les parties devront s'acquitter des droits de mutation à titre gratuit, exigible entre personnes non parentes [27]. Pour l'application de ces dispositions, l'intention libérale est notamment caractérisée lorsque la transmission est dénuée de contrepartie réelle ou lorsqu'un avantage en nature ou résultant d'une minoration du prix de cession est accordé à un tiers par le fiduciaire dans le cadre de la gestion du patrimoine fiduciaire. Dans ce dernier cas, les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent sur la valeur de cet avantage. Au surplus, la fiducie-libéralité sera sanctionnée sur le terrain de l'abus de droit [28].

A-2 Les impôts directs et la TVA

De prime abord, il y a lieu de déterminer la valeur d'apport des biens en fiducie. La loi n'offre pas de solution à cet égard. Il y a donc lieu de suivre les recommandations du conseil national de la comptabilité, lequel a défini [29] un critère fondé sur la notion de contrôle. Si le constituant perd le contrôle du bien apporté, celui-ci doit être évalué à sa valeur vénale, si en revanche il en conserve le contrôle, le bien doit être évalué à sa valeur comptable.

Le principe de neutralité s'applique différemment suivant que le transfert est effectué par un constituant agissant (A-2.1) ou non (A-2.2) à titre professionnel.

A-2.1 Le constituant professionnel

L'article 238 quater B du CGI dispose que les profits ou les pertes ainsi que les plus ou moins-values résultant du transfert, réalisé en application d'une opération de fiducie, de biens inscrits à l'actif du bilan du constituant ne sont pas compris dans le résultat imposable de l'exercice de transfert. La neutralité du transfert au regard des plus-values est soumise au respect de diverses conditions tenant au constituant, aux caractéristiques du contrat et à la qualité du bénéficiaire. Ce régime de neutralité fiscale est comparable à celui des opérations de fusion auxquelles est reconnu un caractère intercalaire.

Lorsque les conditions posées par cet article sont satisfaites, le constituant est exonéré de l'impôt afférent aux plus-values de transfert. De même, le

(27) Art. 792 bis CGI : 60 %.

(28) Application conjuguée de l'art. L. 64 du LPF et 792 bis et 1729 du CGI : pénalité de 80 %, de sorte qu'avec les droits de mutation à titre gratuit, la fiscalisation de l'opération est supérieure à l'émolument reçu.

(29) CNC, avis n° 2008-03, 7 fév. 2008.

principe de neutralité a pour conséquence que les pertes ou moins-values ne soient pas constatées dans le résultat imposable du constituant.

Si le constituant est assujetti à la TVA, le transfert de biens en fiducie doit être considéré comme une cession ayant pour conséquence l'assujettissement des biens affectés. L'exception classique, constituée par la cession d'une universalité de biens, trouve ici également à s'appliquer [30].

A-2.2 Le constituant agissant dans le cadre de son patrimoine privé

Le principe de neutralité trouve à s'appliquer également lorsque la fiducie est réalisée à des fins personnelles.

En vertu de l'article 238 quater N du CGI, le transfert de biens ou droits dans un patrimoine fiduciaire par un constituant agissant dans le cadre de son patrimoine privé n'est pas un fait générateur d'impôt sur le revenu si les conditions suivantes sont réunies :

– Le constituant est désigné comme le ou l'un des bénéficiaires dans le contrat de fiducie ;

– Le fiduciaire inscrit, dans les écritures du patrimoine fiduciaire, les biens ou droits transférés pour leur prix ou valeur d'acquisition par le constituant.

Lorsque l'une des conditions ci-dessus n'est pas remplie, le principe de neutralité ne joue plus et les plus-values sont imposées aux conditions de droit commun. Le transfert du bien en fiducie n'entraîne aucune conséquence particulière en matière de TVA en présence d'un constituant non assujetti à cette taxe.

B La gestion du patrimoine fiduciaire

Le principe de neutralité rencontré à l'occasion de la constitution de la fiducie trouve également à s'appliquer lors de son fonctionnement. Suivant la même méthode, il est possible de présenter brièvement les règles propres aux droits d'enregistrement ou plus précisément droits de mutation à titre onéreux (B-1), aux impôts sur le revenu et TVA (B-2) et aux impôts directs locaux (B-3).

B-1 Les droits d'enregistrement

La modification du contrat de fiducie requiert, à peine de nullité, la formalité de l'enregistrement ou de publicité foncière dans les mêmes conditions que la constitution de la fiducie. Cette formalité sera exigible quelle que soit la source de la modification, en ce compris l'apport d'un bien complémentaire.

Par ailleurs, la taxe annuelle de 3 % sur les immeubles détenus par une fiducie est applicable dans les conditions de droit commun [31]. Par l'application du principe de neutralité, les droits du constituant sont réputés porter sur

(30) Art. 257 bis CGI.
(31) Art. 990 D CGI.

les biens formant le patrimoine fiduciaire. En conséquence, lors de la cession par le constituant de ses droits sur la fiducie, les droits de mutation exigibles seront déterminés en fonction de la nature des éléments qui composent le patrimoine fiduciaire [32]. De la même manière, les droits de mutation à titre onéreux d'un élément affecté, par le fiduciaire, sont déterminés en fonction de la nature du bien dont s'agit.

Précisions en ce qui concerne l'Impôt de Solidarité sur la Fortune (ISF) que les biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ou ceux éventuellement acquis en remploi, ainsi que les fruits tirés de l'exploitation de ces biens ou droits, sont compris dans le patrimoine du constituant pour leur valeur vénale nette au 1er janvier de l'année d'imposition [33]. L'application des dispositions du droit commun de l'ISF se fait à droit constant en matière de fiducie, de sorte que les abattements et exonérations prévues par son régime peuvent être utilisés.

B-2 Les impôts directs et la TVA

Le principe de neutralité fiscale de la fiducie s'exprime également lors de la détermination de l'imposition du résultat de la fiducie chez le constituant. Nous distinguerons le cas du constituant professionnel agissant en tant que tel (B-2.1), de la situation du fiduciant qui agit dans le cadre de la gestion de son patrimoine personnel (B-2.2).

B-2.1 Le constituant professionnel

L'article 238 quater F du CGI détermine un régime de translucidité fiscale très proche de celui applicable aux sociétés de personnes. De manière schématique, les résultats du patrimoine fiduciaire sont ainsi déterminés au vu de l'activité du fiduciaire mais seront taxés entre les mains du constituant. La neutralité fiscale est ici encore à lœuvre pour éviter toute recherche d'optimisation.

Pour la détermination du résultat, la loi précise que lorsque les droits du constituant représentatifs des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire sont inscrits à son bilan, la part de bénéfice correspondant à ces droits est déterminée selon les règles applicables au bénéfice réalisé par le constituant. Le résultat doit être déterminé selon les règles qui sont applicables au constituant, selon que celui-ci est une personne soumise à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt sur le revenu.

Afin de permettre la détermination du résultat, le fiduciaire doit souscrire une déclaration d'existence de la fiducie dans les quinze jours de la création

(32) Art. 668 ter CGI, et 668 bis CGI : « *la valeur de la créance détenue sur une fiducie est évaluée à la valeur vénale réelle nette des biens mis en fiducie ou des biens acquis en remploi, à la date du fait générateur de l'impôt.* »

(33) Art. 885 G bis CGI.

auprès du centre des impôts de son siège et y déposer une déclaration récapitulative du résultat de la fiducie.

Le résultat déterminé s'ajoute au résultat global du constituant et est imposé dans les conditions de droit commun. Ainsi, le constituant demeure personnellement soumis à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés pour la part de bénéfice correspondant à ses droits représentatifs des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire, proportionnellement à la valeur réelle de ces biens ou droits mis à la date du transfert dans le patrimoine fiduciaire.

En ce qui concerne la TVA, la loi distingue les opérations de gestion fiduciaire et les opérations fiduciaires elles-mêmes. Les opérations de gestion qu'assure le fiduciaire en vertu du contrat ou de son statut ont la nature de prestations de services [34] entrant dans le champ d'application de la TVA. Dès lors, le fiduciaire est redevable de la TVA sur les opérations pour lesquelles il émet une facturation. En contrepartie, le constituant pourra éventuellement opérer ses droits à déduction de la TVA acquittée.

Les opérations réalisées pour le compte de la fiducie par le fiduciaire sont également soumises à la TVA dans les conditions de droit commun applicable au type d'opération en cause. Il résulte du principe de neutralité fiscale que la TVA sur marge exigible à l'occasion d'une livraison de bien immobilier est calculée par la différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition par le constituant. A l'occasion de ces opérations, le redevable de la TVA est le fiduciaire.

B-2.2 Le constituant agissant dans le cadre de son patrimoine personnel

En vertu de l'article 238 quater O du CGI, lorsque les droits du constituant représentatifs des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire ne sont pas inscrits au bilan d'une entreprise, le résultat de la fiducie est imposé au nom du constituant. La neutralité s'apparente à la translucidité fiscale puisque le constituant est imposé au titre de l'année de production du résultat indépendamment de sa distribution au constituant.

B-3 Les impôts directs locaux

Les impôts locaux sont exigibles dans les conditions de droit commun. Toutefois, la loi relative à la fiducie s'est attachée à définir les modalités de ces impositions eu égard aux spécificités de l'opération fiduciaire. Les bases d'imposition demeurent les mêmes qu'en l'absence de transfert fiduciaire afin d'éviter toute optimisation fiscale.

Nous relèverons les particularités relatives à la contribution économique territoriale (B-3.1) et aux taxes foncières (B-3.2).

---

(34) Art. 256 IV-1 CGI.

B-3.1 La Contribution Economique Territoriale

Les opérations, notamment de gestion, réalisées par le fiduciaire dans le cadre de la gestion du patrimoine affecté sont assujetties à la cotisation foncière des entreprises quand elles en remplissent les conditions de droit commun [35]. Lorsqu'elle est exigible, la cotisation est établie au nom du fiduciaire, qui est donc soumis aux obligations déclaratives incombant au redevable légal. Conformément au droit commun, le dépassement d'un seuil de chiffre d'affaires fixé par la loi entraîne l'imposition à la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises.

B-3.2 Les Taxes Foncières

Le transfert d'un immeuble dans le patrimoine fiduciaire a pour conséquence le transfert de la charge fiscale au titre des taxes foncières au nom du fiduciaire. L'annualité de cet impôt implique que le constituant demeure le redevable de la taxe durant l'année du transfert.

C Le dénouement

Le principe de neutralité fiscale a été mis en place également au stade du dénouement de la fiducie afin que celui-ci ne confère aucun avantage au constituant. Cette volonté se retrouve aussi bien dans le régime d'imposition des droits d'enregistrement (C-1) que des impôts directs et de la TVA (C-2).

C-1 Les droits d'enregistrement

Tout comme les actes de constitution et de modification de la fiducie, le contrat qui constate l'extinction de la fiducie doit être enregistré ou publié de la même manière. Par exception, la neutralité attendue du dispositif entraîne l'absence de perception de taxe de publicité foncière lors du retour des biens immobiliers dans le patrimoine du constituant. Lors du dénouement au profit d'un tiers bénéficiaire, les droits de mutation à titre onéreux sont exigibles selon les dispositions de droit commun.

Lorsque le décès est la cause du dénouement, les biens affectés font de plein droit retour à la succession du constituant. Les droits de mutation à titre gratuit sont alors exigibles dans les conditions de droit commun, assis sur la valeur vénale nette des biens à la date du décès. Dans l'hypothèse d'une fiducie-libéralité, qui ne prend pas fin par le décès du constituant, les droits de celui-ci sont transmis à sa succession.

C-2 Les impôts directs et la TVA

Il y a lieu de distinguer selon que le constituant exerce une activité professionnelle (C-2.1) ou agit dans le cadre de son patrimoine privé (C-2.2).

---

(35) Art. 1447 CGI.

C-2.1 Le constituant professionnel

Lorsque le contrat de fiducie prend fin, les profits ou les pertes ainsi que les plus ou moins-values résultant du transfert des biens ou droits du patrimoine fiduciaire au constituant ne sont pas compris dans le résultat imposable de l'exercice de transfert sous diverses conditions [36]. A défaut, le dénouement de la fiducie est considéré comme une cessation d'activité [37] entraînant toutes les conséquences habituelles telles que l'imposition des bénéfices non encore taxés et des plus-values latentes. En ce qui concerne le régime de la TVA, les règles de droit commun sont applicables sauf lorsque les régimes spéciaux sus visés peuvent jouer.

C-2.2 Le constituant agissant pour son compte personnel

Tout comme le professionnel, le constituant agissant dans son intérêt personnel est soumis aux règles de la cessation d'activité lors du dénouement de la fiducie. Il en résulte que les résultats non imposés sont de plein droit soumis à l'impôt dans des conditions de droits commun. A diverses conditions, l'article 238 quater Q du CGI dispose que cette imposition immédiate peut être évitée faisant ainsi jouer le principe de neutralité fiscale.

(36) Art. 238 quater K CGI.
(37) Art. 201 CGI.

Le notaire communicant

Xavier-Jacques MECHAIN

Le langage du droit suscite depuis longtemps l'intérêt des professeurs [1], des écrivains [2] et des praticiens du droit, notamment des notaires [3]. Depuis plusieurs années, les linguistes s'y intéressent à leur tour. C'est ainsi qu'une nouvelle discipline s'est peu à peu dégagée des autres branches du droit : la linguistique juridique [4]. Cette discipline se donne pour objet d'étude tous les moyens linguistiques qu'utilise le droit. Pour l'essentiel, elle examine les signes linguistiques que le droit emploie (les mots, sous le rapport de leur sens et de leur forme) et les énoncés que le droit produit (les phrases et les textes, leur fonction, leur structure, leur style, leur présentation, leur volume, leur support, etc.), en les considérant sous leurs différents rapports, linguistiques et juridiques.

Les ethnologues ont pu prétendre que l'écriture n'aurait été inventée par l'homme (entre le IVème et le IIIe millénaire) que pour asservir ses semblables : « *Si l'écriture n'a pas suffi à consolider les connaissances, elle était peut-être indispensable pour affirmer les dominations* », et encore : « *(...) si mon hypothèse est exacte, il faut admettre que la fonction primaire de l'écriture est de faciliter l'asservissement* » [5]. Le discours écrit remplit ainsi une fonction de signe mettant fin au libre arbitre et au libre choix des parties.

Quand un notaire prête ses dons d'écriture aux clients, cela ne fait pas de lui un complice d'un quelconque asservissement, cet effet que les ethnologues attachent à l'écrit. Au contraire, le discours notarial, parce qu'il émane des notaires, tiers impartiaux et conseils des deux parties, s'efforce d'assurer l'équilibre des obligations entre elles. En outre, par sa précision, il neutralise tout comportement déloyal. Dans cette seule mesure, il supprime effectivement le libre arbitre, mais c'est pour parvenir à l'établissement d'un bienfait commun.

(1) Cornu (G.), *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3e éd., 2005

(2) Maître Marceau Clermon, avec la collaboration de Jean d'Ormesson, *Transmission et littérature - Plaidoyer pour des contrats lisibles*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 24, 12 juin 2009, 1200

(3) Jean-François Pillebout, *Le style de l'acte notarié*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 18, 2 mai 2008, 1190

(4) Cornu (G.), *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3e éd., 2005

(5) Levy-Strauss (C.), *Tristes tropiques*, Plon, 1956, p. 317.

Encore faut-il, s'agissant de l'acte notarié, qu'il présente certaines qualités de précision et de clarté. Si les mots sont ambigus, ils ne lient pas les hommes. La liberté renaît, l'écrit est remis en cause et l'intervention d'un juge devient inéluctable.

Le discours notarial semble bien présenter ces qualités de clarté et précision – les agents de ce discours, les notaires, présentant eux-mêmes des garanties de formation, de fiabilité et de sécurité que le public reconnaît largement.

L'intervention du notaire qui substitue son propre discours, clair et précis, aux discours incertains des parties, présenterait donc, selon l'opinion courante, des qualités linguistiques et juridiques permettant d'éviter le contentieux et le recours au juge. Il convient de vérifier la véracité de cette opinion, en s'intéressant de plus près aux qualités que présente le discours notarial, ainsi qu'aux évolutions qu'il subit actuellement sous l'influence des puissants facteurs de changement que sont le consumérisme et le progrès technique (1).

Toutefois, la communication notariale n'est pas toute entière dans l'acte notarié. Au quotidien, le notaire entretient des relations plurielles avec ses clients, informant, expliquant, conseillant, argumentant, négociant, fidélisant etc. La communication relationnelle du notaire avec ses clients – et son renouvellement souhaité actuellement par les instances professionnelles – fera l'objet de la deuxième partie de cette étude (2).

1 – Notaire et communication linguistique

Qu'est-ce que le langage notarial ? Non pas toute parole qui sort de la bouche d'un notaire, mais l'acte notarié, en tant qu'ensemble organisé et signifiant, ainsi que sa communication, écrite ou orale, au client. A la visée informative générale de tout discours s'ajoute un effet propre au discours notarial. En tant que discours juridique, il est chargé d'un contenu autre qu'informatif et tend à convaincre le récepteur d'engager une conduite.

Ainsi, dans la perspective du discours juridique, le prononcé d'une parole devient générateur de droits ou d'obligations. Cet effet du principe de l'autonomie de la volonté, du respect de la parole donnée est attaché au discours : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* (C. civ. art.1134) » De même, dans l'acte notarié, les mots qui expriment l'action (« le Vendeur s'engage ») engagent dès qu'ils ont été approuvés par les signatures des parties. L'avenir n'est plus incertain mais se trouve déterminé et décrit dans l'acte. Selon M. IVAINER [6] : « *Une des fonctions essentielles de l'acte juridique est de décrire le vécu post-contractuel qu'il est appelé à régir* ».

(6) IVAINER. T., *La lettre et l'esprit de la loi et des parties*, JCP, éd. G, 1981, 3023.

Dès lors, l'acte notarié, parce qu'il engage l'avenir immédiat ou lointain des parties, doit présenter certaines qualités. En effet, les parties n'acceptent de s'engager pour l'avenir que si cet avenir, et la description qu'en fait l'acte, présentent des garanties de prévisibilité et de sécurité. Il convient donc de se demander si l'acte notarié, en tant que discours, et le notaire, en tant qu'agent de ce discours, présentent ces garanties.

Des missions du notaire, on retient trop souvent l'authentification. Si cette mission d'authentification des actes est un élément essentiel de la fonction notariale, l'activité notariale ne se limite pas à ce domaine. La fonction générale de rédaction du notaire est considérablement plus large que celle d'authentification. Confrontés à une discipline et à un langage technique qu'ils ignorent en dépit de la fiction de la loi (nul n'est censé ignorer la loi), les clients s'adressent au notaire avant tout pour rédiger leurs conventions. Selon M. AUBERT [7] :

> « Le notaire n'est pas un simple scribe qui prête à ses clients sa science de l'écriture ; sa fonction n'est pas seulement de recueillir et de reproduire par écrit les déclarations de ceux qui requièrent son ministère. Il doit écouter ses clients, comprendre les volontés qui les animent et transposer celles-ci dans les termes juridiques adéquats de manière que l'acte instrumenté par lui réalise effectivement ces volontés. »

Toute convention écrite comporte un double accord sur la nature et l'étendue des liens contractuels, ainsi que sur le choix des termes et des structures aptes à les préciser. C'est dans cette dernière étape qu'intervient traditionnellement le notaire. En effet, tous ceux qui ont participé à la signature d'une convention ont pu remarquer qu'il y a souvent deux négociations : sur le fond puis sur la forme, c'est-à-dire le choix de chaque terme, et que l'intervention d'un notaire, permet un aboutissement plus sûr de cette négociation. En effet, le notaire semble bien offrir les garanties de rédaction attendues du client, sécurité et prévisibilité, en sa qualité de technicien général du droit – qualité que ne saurait contredire un « *certificat de spécialisation* » obtenu en application de l'article 43-1 du décret du 5 juillet 1973.

Si l'intervention d'un notaire apporte sécurité et prévisibilité à l'acte, c'est parce que le discours notarial bénéficie d'un préjugé favorable de clarté et de précision. Ces deux qualités essentielles du discours notarial permettront aux parties de puiser dans les termes de l'acte définissant le vécu post-contractuel la nature et mesure de leurs droits et obligations. Source de certitude, la clarté et la précision des termes ne laissent pas d'autre choix que de s'en tenir « *à la lettre* » de l'acte.

---

(7) AUBERT J-L., *La responsabilité civile des notaires,* Defrénois, 3e éd., 1998.

Ces qualités sont d'autant plus essentielles que dans le système de droit français, la loi impose un certain mode de lecture des actes. Les articles 1134 et 1341 [8] du Code civil, textes impératifs, interdisent de rechercher la portée des conventions hors du texte écrit lorsqu'il en existe un. En prescrivant une lecture « *à la lettre* », ces textes privilégient la sémantique et bannissent les informations puisées à d'autres sources (sémiologiques [9) ; certes, d'autres textes, tels les articles 1135 [10] et 1156 [11] du Code civil, suggèrent de rechercher au-delà de « *ce qui est exprimé* », voire « *du sens littéral des termes* », à la fois la véritable pensée des parties et les suites que l'équité lui confère. Mais ces derniers ne formulent qu'une règle de modération au principe de lecture « *à la lettre* » des actes. Depuis 1872 [12], la Cour de cassation censure les juges du fond lorsqu'ils dénaturent le contrat, c'est-à-dire lorsqu'ils interprètent un contrat clair (ils méconnaissent le contrat) ou encore lorsqu'ils le refont au nom de l'équité.

Une pensée mal exprimée permet à l'une des parties d'élever une contestation sur les termes employés. Cette dernière sera tentée de déployer sa stratégie de défense sur le terrain terminologique. Il faut alors avoir recours aux tribunaux et se soumettre à leur pouvoir d'interprétation. Cette interprétation par le juge des termes contractuels « *ambigus* » prive alors les parties des éléments de sécurité qu'elles avaient escomptés en choisissant elles-mêmes leurs termes.

2 – Pragmatique du discours notarial

Il convient d'étudier le contenu d'une formule traditionnelle d'acte notarié (A), avant d'envisager les facteurs qui contribuent à la rénover, le consumérisme et le progrès technique (B).

---

(8) Art. 1341 : « *(...) il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou d'une valeur moindre.* »

(9) La sémantique est l'étude du système signifiant, qu'est le langage articulé, écrit ou oral. Roland Barthes a assigné à la sémiologie un vaste champ de réflexion, en y incluant l'ensemble des significations, aussi bien les vêtements ou la nourriture que le langage articulé.

(10) Art. 1135 : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.* »

(11) Art.1156 : « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.* »

(12) Civ., 15 avril 1872, Foucauld et Coulombe : « *Il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elles renferment.* »

A Le contenu de l'énoncé

Le contenu du discours notarial s'apprécie par l'étude des matériaux qu'il emploie (A-1) et des structures qu'il met en place (A-2).

A-1 Les matériaux du discours

Le discours notarial est fait de mots (A-1.1) que le rédacteur ordonne (A-1.2) pour parvenir à un énoncé de droit.

A-1.1 Le lexique notarial

Le langage employé par le notariat, se singularise, au sein de la langue française, par des traits qui le constituent comme langage spécialisé. En effet, il présente cette double caractéristique d'appartenir au langage juridique (1) et, au sein de ce langage, d'être un langage professionnel, c'est-à-dire le langage des membres de la profession notariale (2).

| Technicité du discours notarial

Appartenant au langage du droit dont il est une émanation, le discours notarial puise dans le lexique juridique les réalités, les opérations, les entités juridiques que le droit a consacrées, ainsi que tous les éléments de la pensée juridique. Sur tous ces points, le discours notarial et le lexique qu'il utilise se caractérisent par leur scientificité. La scientificité de ce discours tient à l'existence d'un sens et d'une démarche de précision.

Cette démarche de précision a pour source l'art de qualifier du notaire. Cet art de qualifier, en jeu dans toute réflexion juridique et toute stipulation, est une démarche mentale essentielle, quoique souvent implicite. Il appartient au droit romain d'avoir explicité cette démarche [13] : « *(...) le prêteur, en organisant le procès, fournit au juge la grille à travers de laquelle celui-ci reçoit mission de lire les faits, en même temps que la règle qu'il aura, cette lecture faite, à appliquer.* »

Comme le prêteur et le juge romains, le notaire applique une grille de lecture aux faits qui lui sont soumis, qu'il qualifie ensuite au moyen des termes juridiques adéquats. M. LOTTHE [14] écrit à ce propos :

> « La situation la plus complexe peut toujours se ramener à une succession de faits simples, comme en chimie un corps organique, se décomposer en ses éléments constitutifs. On doit, par un effort d'analyse minutieuse et surtout ordonnée, recomposer la situation juridique initiale, en reconstituer les réactions successives en présence des faits de la vie, afin de bien saisir dans son ensemble le composé présent qu'il s'agit de réglementer. »

---

(13) HUSSON, *Le fait et le droit*, A.P.D., 1964, p. 237.
(14) LOTTHE L.G., *Le style notarial et la clause de style*, Aix, 1944, p. 29.

a – La définition des mots

Force est de constater que l'objectif de précision est généralement atteint par les formules notariales. L'erreur sur le choix des mots semble tout à fait exceptionnelle. Les sinistres relevés dans la profession ont souvent pour cause l'omission d'une vérification ou formalité préalables, rarement une erreur de qualification et de choix des termes employés dans l'acte. C'est que le notaire vérifie l'adéquation du mot au signifié, c'est-à-dire à la réalité des faits et volontés qui lui sont soumis. Pour faire le choix du terme adéquat, il tient compte de la définition des mots. Un *caveau* n'est pas une cave – fait défaut pour un caveau le cloisonnement et le dispositif de fermeture. En Charente-Maritime, un *querreux* est un espace traditionnel des villages supportant souvent des servitudes de passage et de puisage, qui requiert toute l'attention du rédacteur. On peut relever parfois quelques erreurs dans l'emploi des termes juridiques, comme cette expression ayant la vie dure bien qu'ayant été depuis longtemps reconnue impropre, celle par laquelle plusieurs débiteurs s'obligent « *conjointement et solidairement* », alors qu'une dette conjointe est proprement celle dont les débiteurs ne sont ni solidaires ni indivisibles.

b – L'extension des mots

Dans le choix des termes de l'acte, qu'ils appartiennent au langage courant ou au langage juridique, le notaire se doit d'être particulièrement prudent quant à cette autre propriété des mots : l'extension. L'extension désigne l'ensemble des objets du monde auxquels un mot est applicable. On peut observer que la plupart des litiges qui surviennent mettent souvent en cause, en réalité, ce phénomène d'extension, et non la règle de droit. Par exemple, dans un acte, un droit de préférence avait été établi sur un bien immobilier désigné cadastralement et qualifié de *labour*. Un litige a pu s'élever sur la question de savoir si le terrain venant à être urbanisé, ce droit de préférence subsistait [15]. Dans cet exemple, le litige ne portait pas sur la définition du mot *labour*, clairement défini comme un terrain à usage agricole (culture ou élevage). C'est l'extension de ce mot qui posait problème : le mot *labour* et le pacte de préférence étaient-ils toujours applicables en cas de changement de nature du terrain ? Le litige était ainsi fondamentalement linguistique : dans la liste des objets du monde (extension) auxquels renvoie le mot *labour*, pouvait-on faire figurer un terrain à bâtir ? A cette question, le linguiste répond négativement. En l'espèce, la Cour de cassation a donné une réponse affirmative, en se basant implicitement sur la commune intention des parties et en passant outre une stricte analyse linguistique des termes de l'acte. Le rédacteur se doit donc d'être

(15) Cass. civ. 3e, 2 juillet 1974, *Defrénois* 1974, art. 30773, note E. Frank.

particulièrement prudent dans le choix des termes de l'acte, qu'il doit peser et adapter à l'objet présent et futur du contrat. En cette matière, on peut citer à nouveau les recommandations clairvoyantes de M. LOTTHE : « *Dans un acte, il faut viser à la précision en quelque sorte géométrique de l'ensemble, à la simplicité, à la clarté, en évitant les détails inutiles qui se retournent souvent contre celui qu'on a voulu protéger. (...) Un bon rédacteur est donc celui qui sait se discipliner, se limiter (qui ne sut se borner ne sut jamais écrire), élaguer sans pitié, chercher à extraire l'essentiel et éviter la confusion.* » Afin de remédier à ces difficultés, se développe de façon heureuse la pratique d'insérer un glossaire dans l'acte notarié : « *Issues de la pratique anglo-saxonne les clauses de définition sont d'un usage désormais fréquent en droit interne.* » [16]

2 Le langage d'une profession

Au sein du langage du droit, le discours notarial se singularise par un lexique original. Le langage des notaires n'est pas toujours celui des autres juristes ; certains mots sont détournés, dans la pratique notariale, de leur signification habituelle. Ainsi le compromis, accord de volonté réalisé sur le principe d'un arbitrage, devient pour les notaires une promesse synallagmatique de vente. En écho aux reproches d'immobilisme qu'on formule parfois à l'égard de la profession notariale, des critiques s'élèvent souvent contre l'archaïsme du lexique. Cette impression d'archaïsme qu'éprouve le profane est bien fondée lorsque le discours notarial, pour désigner des choses courantes, continue d'employer des termes qui ne sont plus dans l'usage ordinaire [17] (sus-désigné, ès qualités) – plusieurs lois de simplification ont entendu remédier à la désuétude d'une partie du vocabulaire juridique ces dernières années, en particulier la loi du 23 juin 2006 ayant eu raison de la donation « *en avancement d'hoirie* [18] ». En revanche, l'impression d'archaïsme n'est pas fondée lorsque le discours notarial emploie, pour désigner des concepts juridiques, des termes de précision qui n'ont pas d'équivalent dans le langage courant. Emphytéose n'est pas un archaïsme. La rareté de l'emploi de ce lexique, même dans l'usage des notaires, n'est pas l'indice d'une désuétude, mais seulement l'effet de la rareté des applications.

---

(16) Maître Marceau Clermon, avec la collaboration de Jean d'Ormesson, *Transmission et littérature. Plaidoyer pour des contrats lisibles*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 24, 12 juin 2009, 1200

(17) Jean-François Pillebout, *Le style de l'acte notarié*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 18, 2 mai 2008, 1190

(18) Maître Marceau Clermon, avec la collaboration de Jean d'Ormesson, *Transmission et littérature. Plaidoyer pour des contrats lisibles*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 24, 12 juin 2009, 1200

a – Le style notarial

Les critiques adressées aux formules notariales sont nombreuses et doivent conduire à une réflexion stylistique. M. AUDINET [19] écrit à ce propos : « *La langue même du notariat est l'objet de critiques. (...) On juge démodé l'emploi de longues formules, souvent surchargées de redondances, et qui ont pu avoir pour origine le désir de tirer d'un acte plus long une meilleure rémunération, mais se maintiennent aujourd'hui par la seule force de la tradition.* »

Cet auteur met en évidence deux maux dont souffre parfois le discours notarial : la répétition (a-1) et la complication syntaxique (a-2).

a-1 La répétition

Les linguistes ont étudié le phénomène de redondance du langage, qu'ils justifient par les circonstances dans lesquelles s'exerce l'activité communicative. A l'oral en particulier, les échanges linguistiques se font presque constamment dans des conditions qui sont loin d'être idéales.

Selon M. MARTINET [20] : « *normalement les paroles s'échangent sur un fond de bruits divers, rumeurs confuses, pétarades de moteurs, mugissement de la mer ou du vent, aux mieux pépiements d'oiseaux et frôlements de bêtes* ». Les nécessités pratiques de la communication exigent donc de la forme linguistique qu'elle soit constamment et sur tous les plans largement redondante. Ce qui est vrai de l'oral ne l'est pas de l'écrit, en particulier quand la communication se déroule dans l'atmosphère feutrée et silencieuse d'un office notarial. Dès lors, les traces de redondance que porte l'écrit ne sont plus justifiées. Pourtant, elles subsistent dans les actes, avec souvent pour seule justification, là comme ailleurs, le respect de la tradition. Le rythme du discours notarial, suivant en cela les canons de tout discours juridique, est systématiquement binaire. Ainsi, toute vente doit être « *consentie et acceptée* » ; la quittance doit être « *bonne et valable* ». Les exemples de ce type sont très nombreux : le vendeur « *déclare et reconnaît* », « *par suite des faits et actes suivants* », « *à la sûreté et garantie de* », etc. Quand il prend au rédacteur de créer une nouvelle expression, il retombe dans le piège de la répétition. Ainsi de l'expression « *biens et droits immobiliers* », que l'on rencontre dans beaucoup de formules d'acte actuelles – alors que l'article 516 du Code civil dit très simplement immeuble.

a-2 La complication syntaxique

Les critiques du discours notarial portent également sur la longueur et la complication des phrases [21]. M. MAGNAN [22] juge ainsi que « *le premier*

(19) AUDINET J.,Réflexions sur la pratique notariale, JCP 1957, I, 1361.

(20) MARTINET A., Eléments de linguistique générale, Armand Colin, 3e éd., 1993, p. 179.

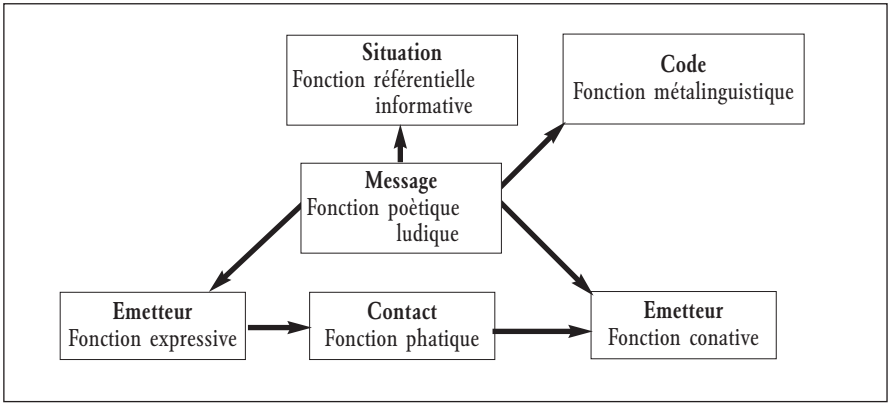
(21) *Jeune Notariat*, 1977, n° 23, p. 14.

(22) MAGNAN J.-L., *Le notariat et le monde moderne*, p. 147-151.

reproche que l'on fait à l'acte notarié c'est son formalisme et l'archaïsme de son style, la lourdeur de ses phrases, par suite du nombre des adverbes et des participes présents employés, en définitive, son manque de clarté et de simplicité». Il est vrai que l'enchevêtrement des propositions relatives, l'abondance des compléments circonstanciels et des adverbes rendent parfois la formulation indigeste : « *Ayant tous pouvoirs à l'effet des présentes tant en vertu d'une délibération de l'Assemblée générale des associés de ladite société en date du 24 février 2011, dont copie certifiée conforme est demeurée ci-annexée après mention, qu'en leurs qualités de seuls associés de ladite société […]* ». L'attitude de prudence et de conservation de la profession peut expliquer ce style. On a coutume de dire que les notaires veulent bien ajouter mais n'aiment pas retrancher. Trop souvent, les rédacteurs persistent à renouveler une confiance indéfectible dans la formule notariale, la disant éprouvée par le temps – comme si la durée lui conférait un caractère sacré. Ainsi se transmet un patrimoine linguistique sans bénéfice d'inventaire. Ne pas s'y conformer c'est trahir. Si une formule est rédigée de manière claire, excluant toute répétition et toute lourdeur syntaxique, elle devient vite suspecte.

b – Les qualités idéales de l'énoncé

Le discours notarial entre banalement, comme tout discours, dans le schéma de la communication linguistique : un émetteur (le notaire) transmet un énoncé (l'acte notarié) à un destinataire (les parties à l'acte) en employant une langue qui constitue le code (le langage juridique), lequel renvoie à un référent (les réalités juridiques et factuelles du contexte contractuel).



La communication peut échouer parce que les destinataires du message, les parties à l'acte, ne connaissent pas les termes juridiques (code), ne connaissent pas les notions juridiques auxquels ces termes renvoient (référent), ou sont rebutées par le style juridique. Or, c'est un fait d'observation quotidien

dans les études qu'il y a souvent échec dans la communication du notaire avec ses clients non-juristes. Dans la plupart des cas, le discours notarial, l'acte notarié, sont exposés à un risque d'incompréhension de la part de ceux qui sont ses destinataires. On est là en présence d'un évident paradoxe, celui de clients s'adressant au notaire afin qu'il rédige en termes clairs et précis leurs conventions, et qui, au final, ne comprennent pas ce qu'on leur présente comme étant l'expression de leur volonté. Le défi du discours notarial est alors de neutraliser le risque d'incompréhension. Mais dans cette entreprise, le notaire prendra garde de ne pas dénaturer son message, car en retrait se tient le juge, prêt à intervenir pour neutraliser cet autre risque, l'ambiguïté. A la réflexion, la formule notariale pourrait être rendue plus compréhensible en supprimant ses défauts, lourdeur et répétition, sans perdre la moindre parcelle de son efficacité juridique ni mettre davantage en cause la responsabilité de son auteur. Formuler un discours notarial clair, à la fois pour le juriste et pour le profane, c'est le défi qu'a relevé Maître BOSVIEUX [23], dans un article précieux pour les praticiens, qui a constitué, à sa manière, la « *défense et illustration* » de l'acte notarié, dont les développements qui suivent s'inspirent largement.

Clarté et précision sont donc les deux piliers sur lesquels est construit le discours notarial idéal. C'est un idéal que partage, on l'a dit ci-dessus, la Cour de cassation. Lorsque, dans un contrat, une ou plusieurs clauses ont été rédigées de manière obscure ou incomplète, les tribunaux disposent normalement d'un pouvoir souverain pour interpréter le contrat et déterminer le contenu exact des droits et obligations de chacune des parties. L'interprétation des contrats est une question de fait. Néanmoins, la Cour de cassation exerce quand même son contrôle en cassant les décisions des juges du fond lorsqu'elles dénaturent les clauses qui sont, selon l'expression consacrée, claires et précises.

On juge donc l'acte sur ces deux critères que sont la clarté et la précision.

A-2 Les structures du discours

Dans un texte, le repérage d'une organisation des énoncés est l'indice qui laisse deviner la présence d'un discours. En tant que discours, l'acte notarié n'échappe pas à cette règle. Il se présente fondamentalement comme un tout cohérent, comme un texte organisé. Cette organisation peut être manifeste lorsque l'acte est précédé d'un sommaire. Du fait de l'inflation des lois, cette situation se rencontre de plus en plus couramment, et n'est plus réservée à certaines catégories d'actes, tels les crédits-bails. Mais le plus souvent, cette organisation est implicite ; pour l'analyser, il faut s'intéresser aux structures de l'acte.

---

(23) BOSVIEUX H., *Plaidoyer pour la rénovation de l'acte authentique*, JCP, éd.G., 1981, I, p. 391.

A-2.1 La formule

La formule notariale, quelle que soit la nature de l'opération juridique, se caractérise par une double unité : unité de l'énoncé qu'elle formule (1), et unité de sa composition (2).

1 Un énoncé unique

L'acte notarié, le discours notarial, formulent un énoncé linguistique unique, expression du consensus intervenu entre les parties. Même si l'acte rassemble des éléments (clause, stipulation) dont certains ont été proposés par l'un, d'autres par l'autre, le tout a été adopté par les deux. Par cette adoption, chacun s'est approprié l'ensemble pour en faire un seul message qui n'est ni le discours de l'un, ni le discours de l'autre, mais leur commun discours. Certes, une décomposition analytique du texte de l'acte montre que celui-ci « *fait parler* » successivement chacune des parties. Dans la vente, « *le Vendeur s'oblige à* » et « *l'Acquéreur s'engage à* ». Le discours du vendeur n'est pas celui de l'acquéreur. A fortiori lorsque l'acte fait déclarer à l'une des parties, sous sa responsabilité, un élément du contrat que le notaire n'a pu vérifier. Toutefois, cette analyse a pour seul effet de décomposer l'opération juridique en ses éléments, et de montrer qu'en tout contrat il y a une structure dualiste (comme celle de la vente romaine primitive : *emptio/venditio*). Mais elle ne rompt pas l'unité linguistique de l'énoncé contractuel. Cette unité linguistique se double d'une unité intellectuelle, effet elle-même d'une rédaction assurée par un énonciateur unique, le notaire.

Cette unité linguistique de l'acte notarié peut être également perçue à travers le niveau de langage utilisé dans les actes. Ce niveau est celui du langage courant, neutre et correct (ou du moins soucieux de correction), ordinaire, sans ambitions ni prétentions particulières. Il est l'héritier du genre moyen de la rhétorique de VIRGILE. Ce niveau de langage représente donc une moyenne entre les niveaux de discours des parties, souvent de hauteur inégale, qui s'effacent au profit d'une norme commune.

2 Unité de composition

Dans une première approche, on constate que la formule traditionnelle se présente comme un jugement : on y trouve l'intitulé, précisant l'identification des comparants, le dispositif comprenant les conventions, les déclarations et les dispositions des parties et enfin la clôture. Dans une approche plus structurelle, on remarque que l'acte notarié est un assemblage de paragraphes (délimités typographiquement par des titres) lesquels, selon Littré, sont des sections du discours. Certains d'entre eux, dont le texte est immuable, sont présents dans tous les actes. C'est le cas de la date de l'acte, de l'intitulé du notaire ou encore de la clôture. D'autres ne figurent dans l'acte qu'en raison de la spécificité du contrat, tel par exemple le paragraphe Charges et

conditions dans une vente d'immeuble. Y a-t-il une présentation de l'acte qui se justifie plus qu'une autre ? L'enchaînement des paragraphes obéit-il à une logique ? En vertu de quel principe doit-on considérer que les conditions d'une vente doivent prendre place dans la formule après le prix, et que les déclarations fiscales doivent figurer à la fin de l'acte ?

En réalité, il apparaît que la formule obéit à une logique grammaticale. Elle se calque sur la structure d'une phrase qui comprend le sujet (vendeurs), le verbe suivi du complément d'agent (acquéreurs), d'objet (immeuble), de temps (date du transfert de propriété), de prix, d'appartenance (origine de propriété) et de manière (conditions). L'acte de vente serait donc la formule par laquelle X vend à Y un immeuble dont il donne la désignation, l'origine, les conditions particulières au nombre desquelles se trouvent le prix, la date du transfert du droit de propriété et la destination de l'immeuble. La hiérarchisation, sur le plan des effets juridiques, des différentes parties de l'acte, est pratiquée par certains rédacteurs [24] : « *La structuration d'un acte en parties permet avant toute chose de baliser le champ d'application des clauses. […] Le recours à des clauses de priorité permet de hiérarchiser les actes, clauses ou annexes qui en cas de contradiction primeront.* »

La formule peut également être examinée à la lumière des enseignements de la rhétorique, en particulier en s'intéressant à la trilogie classique introduction/développement/conclusion. L'exposé préalable qui figure dans les premiers paragraphes de nombreux actes s'apparente à une introduction. Introduire les conventions par le rappel des faits, actes et pourparlers qui les ont précédés, est judicieux, d'autant plus que la linguistique a montré que la plupart des actes d'énonciation (peut-être tous) sont impossibles à interpréter si on ne connaît que l'énoncé employé et si on ignore tout du contexte de son énonciation. Dans un acte, l'exposé préalable contribue ainsi à la clarté des conventions [25] : « *Conscients du manque d'intelligibilité d'un acte, de la nécessité d'en expliquer le contexte, les objectifs parfois, certains rédacteurs recourent à des exposés préalables.* » On a plus de difficulté à identifier ce qui pourrait constituer la conclusion dans l'acte notarié. La conclusion a traditionnellement pour objet le résumé des éléments essentiels du discours. On comprend que cette étape ultime n'est pas indispensable au discours

(24) Maître Marceau Clermon, avec la collaboration de Jean d'Ormesson, *Transmission et littérature. Plaidoyer pour des contrats lisibles*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 24, 12 juin 2009, 1200

(25) Maître Marceau Clermon, avec la collaboration de Jean d'Ormesson, *Transmission et littérature. Plaidoyer pour des contrats lisibles*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 24, 12 juin 2009, 1200

notarial. L'effet performatif de ce discours dispense le rédacteur de résumer les engagements constatés. En effet, ce résumé ne saurait donner à ces engagements plus de poids qu'ils n'en avaient d'ores et déjà par l'effet de leur inscription dans le corps de l'acte. Le développement est constitué, quant à lui, par l'enchaînement des paragraphes, constitués eux-mêmes d'un assemblage de clauses.

A-2.2 La clause

Il convient de définir la nature et le contenu de la clause (1), avant de s'interroger sur cette variété particulière que constitue la clause de style (2).

| Nature et contenu de la clause

L'acte notarié est une suite de clauses, réunies en fonction de leur objet, dans des paragraphes. La clause ou stipulation est donc l'unité de base du discours notarial. Ces deux mots synonymes peuvent recevoir la même définition : ils désignent les dispositions particulières d'un acte qui contiennent l'énoncé d'une règle de droit. Typographiquement, la clause se présente généralement sous la forme d'un alinéa, marqué par un retrait de quelques cadratins. Ses limites finales sont plus difficiles à établir. En règle générale, elle emprunte la forme idéale d'un article de loi, c'est-à-dire une phrase unique, séparée des autres par un retour à la ligne voire un saut de ligne. Cependant cette convention typographique n'est pas toujours en accord avec l'unité de l'énoncé de droit, qui exige d'être exprimé par plusieurs phrases. Au-delà de leurs différences, chaque clause se définit par son objet qui est la création de droits et d'obligations, et il est typique que toutes y tendent par les mêmes moyens. L'éventail des objets est le même. La clause crée du droit :

• soit en interdisant, en permettant ou en ordonnant, par exemple l'interdiction d'aliéner, la permission de chasser, etc.

• soit en instituant, par exemple la création d'une servitude, la constitution d'une société, la mise en communauté d'un bien propre, etc.

• soit en abolissant, par exemple l'extinction d'une servitude, la révocation d'un testament, etc.

Ces énoncés constituent les énoncés de base du discours notarial et traversent toutes les parties de ce discours parce qu'ils correspondent à toutes les actions du droit employées par les notaires : permettre, obliger, interdire, créer, instituer, constituer, fonder, réunir, dissoudre, éteindre, etc. L'identification de ces données constitutives fait bien voir l'unité fondamentale de tous les énoncés primordiaux que contiennent les clauses d'un acte. Elle annonce que cette unité est également linguistique, car les actions du discours notarial s'expriment par des verbes souvent récurrents.

2 La clause de style

Les définitions de la clause de style varient : certains auteurs retiennent le critère d'automatisme ou de répétition, d'autres celui de l'efficacité pratique. Ainsi, selon ces définitions, dans les ventes, les clauses d'exonération relatives aux vices cachés, aux servitudes occultes d'immeuble ou à celles résultant des anciens titres ou de la situation naturelle des lieux sont des clauses de style. En réalité, la clause de style est celle qui n'a pas été voulue de manière manifeste par les signataires de l'acte. La clause de style a fait couler beaucoup d'encre. La première critique date de 1644 [26] : « *Bien souvent et trop, nous voyons des contracts remplis de clauses et de mots inutiles qui gastent et corrompent la vraye forme des contracts (...).* » Elle trouve indirectement son origine dans les modalités de rédaction de la formule notariale au XIVe siècle. Le notaire notait les renseignements essentiels à la rédaction de la convention lors de l'entretien avec les clients. A l'aide de ces notes, le notaire rédigeait ensuite la minute qui ne contenait que la substance de l'acte. Si les parties demandaient l'expédition de l'acte, le notaire reprenait sa première minute et la développait avec les clauses appropriées en établissant une seconde minute, « *grosse* » ou « *étendue* ». Cette extension du texte d'origine ne contenait pas toujours des conventions délibérément souhaitées par les cocontractants. Aussi, la clause de style existe-t-elle moins dans la volonté des signataires que dans celle des rédacteurs de l'acte. Aujourd'hui encore, il est fréquent que l'une des parties à l'acte déclare, a posteriori, ne pas avoir voulu telle ou telle clause incluse dans le contrat. Il y a alors distorsion entre la volonté apparente et la volonté réelle. Pour éviter cette situation et neutraliser le phénomène de la clause de style, clause non voulue par les parties, l'acte doit, une fois encore, tendre vers un idéal de clarté et de précision. Il doit être rendu aisé à lire et à écouter, par son style et sa présentation, afin de ne pas rebuter le client non-spécialiste. En soumettant un projet préalablement à la signature, on peut aussi éviter le risque que les cocontractants prétendent, comme ils le font couramment, ne pas avoir pris connaissance de l'acte et par conséquent, ne pas avoir voulu telle ou telle clause. Par cette dernière remarque, on aborde la question de la transmission écrite ou orale du discours notarial.

A-2.3 Le canal de transmission : l'écrit et l'oral

Dans la vie juridique, certains actes commencent par le prononcé de paroles. Il en est ensuite « *dressé acte* » par écrit. Ainsi, la célébration du mariage s'ouvre par la double déclaration orale des futurs époux. L'officier de l'état civil prononce

(26) BERGUERE Cl., *Le parfait notaire*, 1644.

ensuite qu'ils sont unis par mariage et en dresse acte sur le champ (C. civ. art.75). A l'inverse certains actes commencent par être rédigés. Parmi eux, l'acte notarié, dont le décret du 26 novembre 1971 prévoit qu'il est produit par écrit avant d'être énoncé oralement. Avant d'envisager l'utilité de l'oralité (1), il est intéressant de rappeler brièvement l'histoire de la lecture (2).

1 Brève histoire de la lecture

Dans un passage bien connu *Des Confessions*, Saint-Augustin raconte comment il fut surpris un jour de découvrir Saint-Ambroise lisant en silence : « *Quand il lisait, ses yeux parcouraient la page et son cœur explorait les significations, mais sa voix restait silencieuse et sa langue immobile* ». Saint-Augustin, au IVe siècle, avait l'habitude de lire comme avaient lu les anciens Grecs et Romains, à haute voix, de manière à s'y retrouver dans les chapelets de lettres juxtaposées sans ponctuation ni capitales. La lecture à voix haute n'était pas seulement considérée comme normale ; on la jugeait aussi indispensable à la pleine compréhension. Saint-Augustin pensait que la lecture devait être rendue présente ; que, dans les limites de la page, les scripta, mots écrits, devaient devenir verba, mots parlés, afin d'accéder à l'existence. Ce n'est qu'à partir du IXe siècle, que l'apparition de la ponctuation et la plus grande diffusion des livres établirent la lecture silencieuse comme une pratique ordinaire. Avec le décret du 26 novembre 1971 qui dispose que « *l'acte porte mention qu'il a été lu par les parties ou que lecture leur en a été faite* » (art. 7, al. 7), l'acte notarié semble s'inscrire dans la tradition de lecture qui était celle de Saint-Augustin. Les mots doivent être formulés à voix haute pour produire leur effet. Certes, le texte prévoit une alternative : l'acte doit être soit lu aux parties, soit être lu par celles-ci. Mais la tradition du Notariat a toujours été celle de la lecture à voix haute aux parties. Au Moyen-Age, la formalité de la lecture à voix haute avait même valeur d'approbation de l'acte, puisque que ce n'est qu'à partir du XIVe siècle que les actes notariés ont été soumis à la signature des parties.

2 Utilité de la lecture orale des actes

L'acte notarié fait donc partie de ces actes qui commencent par être rédigés, et ensuite lus, ou au moins dits. L'expression écrite précède l'expression orale. L'omission de la lecture peut être grave : elle entraîne la nullité de l'acte s'il s'agit d'un acte solennel (L. 25 ventôse an XI, art. 9-2° modifié). En revanche, les actes notariés ordinaires ne peuvent être annulés pour ce motif car aucune disposition légale ne prévoit cette nullité. Dans tous les cas, l'écrit et l'oral sont loin d'être dans le même rapport. La fonction constante de l'écrit, est toujours d'être l'expression première. Elle représente pour le notaire le produit élaboré de sa réflexion. Elle constitue également le support de son expression orale et, pour celui auquel elle est communiquée, l'expression de

référence. Ce que la voix apporte à l'acte notarié est alors une formalité de publicité et de contrôle. La pratique quotidienne montre que la lecture à voix haute permet effectivement de corriger de nombreuses erreurs – rejoignant en cela la tradition antique. Mais la coïncidence n'est pas parfaite entre l'énoncé oral et l'énoncé écrit. En effet, le notaire donne souvent une lecture cursive du texte. Une lecture intégrale serait exposée aux mêmes critiques que le texte lui-même : lourdeur, longueur, monotonie, etc. La lecture notariale s'apparente plutôt à un commentaire détaillé où le notaire décortique les expressions techniques pour dégager les droits et devoirs essentiels des parties. Cette faveur faite à la lecture est aussi une faveur faite à la parole. On reconnaît traditionnellement à celle-ci des vertus de spontanéité et de sincérité. Dans la parole se devine plus facilement qu'à l'écrit la vérité – ou la dissimulation. Certes, le notaire n'est pas fondamentalement un enquêteur. Mais la connaissance du fait est une condition essentielle de la réalisation du droit. La pratique quotidienne enseigne qu'il faut interroger les parties avec soin afin de fixer la situation juridique qu'il faudra régler dans l'acte. La lecture orale n'est donc pas un monologue, et doit s'ouvrir judicieusement sur un dialogue avec les parties, qui permettra de vérifier les faits et situations que l'acte doit régir. Dans les promesses de vente par exemple, il s'avère ainsi indispensable de mener des investigations orales sur la situation locative, sur l'éventuelle réalisation de travaux, etc. L'utilité de la parole s'apprécie d'ailleurs principalement au stade préparatoire de l'acte fondateur, au stade de l'avant-contrat, « *comme si le droit, avant la décision, avait besoin de mille bouches (...).comme s'il fallait des torrents de paroles avant le dernier mot ou l'écrit* » [27].

B Les facteurs d'évolution du discours notarial

Deux mouvements convergents favorisent l'évolution du discours notarial vers une plus grande clarté : le consumérisme et le progrès technique.

B-1 Le consumérisme

Le consumérisme, action concertée des consommateurs en vue de défendre leurs intérêts, se manifeste par le désir de comprendre la portée des engagements signés. Pour répondre à ce désir, il n'est d'autre moyen pour les notaires que de tendre vers un discours plus simple et intelligible.

B-1.1 Le progrès du consumérisme

Un rappel historique sur la naissance et le développement du droit de la consommation (1) doit précéder l'inventaire des techniques de protection mises en œuvre par ce droit (2).

---

(27) CORNU G., *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990, p. 225.

1 Naissance et développement du droit de la consommation

L'idée de protection du consommateur n'est pas nouvelle. Dès 1905 le législateur s'était inquiété de réprimer les fraudes dans les ventes de marchandises. Cependant, c'est à partir des années soixante-dix, avec la progression de la consommation et la montée en puissance du courant consumériste, que le droit français s'est doté d'un important dispositif de protection et d'information des consommateurs. Un pas décisif dans cette direction a été franchi le 10 janvier 1978 avec deux lois concernant notamment les produits et services dangereux, la qualification des produits, les clauses abusives insérées dans les contrats et la défense du consommateur faisant appel au crédit. Une deuxième génération de textes visant à la protection et à l'information du consommateur est apparue au cours des années quatre-vingt. Enfin les années quatre-vingt-dix ont vu la naissance d'un Code de la consommation. Il s'agit d'une codification technique, aucun changement de fond n'étant intervenu. Le législateur a seulement compilé les dispositions existantes au sein d'un même texte, qui constitue cependant une consécration pour ce nouveau droit.

2 Les techniques de protection

Parmi les dispositifs de protection des consommateurs, on relève quelques grandes tendances. En premier lieu, la renaissance du formalisme. L'écrit est souvent exigé pour permettre à celui qui signe de connaître dans le détail les engagements qu'il prend. Cette fonction informative de l'écrit est particulièrement nécessaire dans les contrats dont les conditions, déterminées par l'une des parties, sont globalement imposées à l'autre : ce sont les contrats d'adhésion, omniprésents dans les relations contractuelles entre un professionnel et un consommateur. En second lieu, et comme corollaire de l'exigence d'un écrit, le droit de la consommation impose souvent la présence de mentions obligatoires dans les documents contractuels, se faisant ainsi plus directif que ne l'est le Code civil. Le Code civil prévoit dans son article 1129 : « *il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée.* »

En d'autres termes, quand le contrat est écrit, il doit contenir les éléments nécessaires à la détermination de son objet. Sur ce point, le droit de la consommation a précisé ses exigences en raison de la fréquence des contrats d'adhésion. Afin que les professionnels qui établissent le texte de ces contrats ne laissent pas dans l'ombre des points essentiels pour l'information des consommateurs, la loi les contraint donc à donner à ces derniers un minimum d'informations. Le Code de la consommation prévoit à l'article L 133-2 depuis la loi n° 95-96 du 1er février 1995 au chapitre III (« Interprétation et forme des contrats ») ayant transposé en droit interne la directive européenne

du 5 avril 1993 que « *les clauses des contrats proposés par des professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* ». Des lois spéciales prévoient par ailleurs que l'écrit doit comporter un certain nombre de mentions. L'absence d'une mention obligatoire exigée par la loi et, a fortiori, l'absence d'écrit étant alors une cause de nullité du contrat. Enfin, dernière tendance de ce droit, l'exigence de clarté de l'information. Nombreux sont les textes spéciaux qui posent des exigences typographiques d'emploi de caractères apparents et facilement lisibles. En l'absence de dispositions légales particulières, les juges réputent non écrites les clauses qui ne sont pas lisibles, en faisant jouer l'absence du consentement du cocontractant auquel on les oppose. S'agissant de la clarté des termes employés dans le contrat, une autre technique de protection a été instaurée. Elle consiste à imposer aux professionnels de tel secteur d'activité l'utilisation de modèles de contrats mis au point par l'administration. Par ailleurs, si une ou plusieurs clauses ont été rédigées de manière obscure ou incomplète, ou en laissant planer un doute sur le contenu exact des droits et obligations des parties, les tribunaux peuvent toujours être appelés à interpréter le contrat.

B-1.2 Consumérisme et notariat

Confronté au discours notarial, le consumérisme pose une exigence de rénovation en faveur d'une plus grande clarté (1). On peut remarquer que les applications du droit de la consommation sont aujourd'hui nombreuses dans les actes notariés (2).

1 Une exigence de rénovation

Les associations de consommateurs ont d'ailleurs depuis longtemps fait part de leurs critiques concernant le discours notarial. La réforme du langage du droit, légitimement souhaitée par les consommateurs, a commencé depuis quelques années, en particulier avec la critique du langage judiciaire. Pour les huissiers de justice, ces critiques ont abouti à la mise en place d'une commission chargée de proposer des modèles d'actes aux huissiers, puis à une circulaire du 2 mai 1974 relative à la rédaction des actes d'huissiers. Dans le préliminaire qui servait d'introduction à cette circulaire, M. TAITTINGER expliquait les nécessités de la réforme dans un discours qu'on pourrait aisément transposer dans le notariat : « *Il importe que la justice se fasse enfin comprendre de ceux pour qui elle est faite (...) Il convenait donc, d'une part, de simplifier et d'alléger la rédaction et la présentation des actes en écartant nombre de mentions inutiles ou désuètes, d'autre part, de n'employer les termes techniques inévitables qu'en les expliquant (...).* » L'esprit de conservation dévitalise la formule qui, devenue peu à peu incompréhensible à son destinataire,

provoque donc, tôt ou tard, l'intervention d'un pouvoir extérieur qui la transforme. Une réforme de la présentation et du style de la formule notariale la rendrait plus accessible et intelligible au consommateur. Le consommateur, aujourd'hui mieux informé, est sans doute en droit de comprendre la convention qu'il signe, dès l'instant où son objet n'est pas technique. Or, l'objet des actes authentiques ne revêt que rarement ce caractère.

2 Un effet direct sur le contenu

Les règles du Code civil reposaient sur une tradition, celle de l'autonomie de la volonté, qui supposait l'égalité économique des partenaires. Selon la même tradition, le notaire rédigeait sa minute en choisissant la formule et les clauses adaptées aux conventions qui lui étaient soumises par les parties. Cette rédaction était placée sous le signe de la liberté, dont les seules limites étaient le respect de lois générales et le devoir d'efficacité de l'acte. Le discours notarial était libre. L'avènement du droit de la consommation, suscité par le développement des contrats d'adhésion, a bouleversé cette tradition. La liberté du discours notarial a subi des restrictions.

Désormais, l'acte notarié est concerné par un ensemble de lois spéciales qui lui imposent de mentionner telle clause ou non. Les applications sont très nombreuses dans l'activité immobilière où intervient traditionnellement le notariat. Ainsi, la loi impose des mentions obligatoires dans les contrats permettant l'accession à la propriété bâtie, afin d'assurer à l'accédant une information préalable sur les caractéristiques de l'immeuble et sur les engagements financiers qu'il devra tenir.

Parmi les mentions obligatoires figurent la description de l'immeuble, ses délais de livraison, la garantie offerte pour l'achèvement des travaux, les sommes que devra payer l'accédant. Ces exigences de forme se retrouvent en particulier dans la vente d'immeubles à construire (C. civ., art. 1601-1 et s., CCH art. L 261-1 et s.). C'est aussi le cas avec la vente de lots de copropriété. La loi Carrez du 18 décembre 1996 a imposé la mention exacte de la superficie d'un lot ou fraction de lot de copropriété. L'omission de cette mention est une cause de nullité si elle n'est pas purgée lors de la signature de l'acte authentique. Même en ce cas, une inexactitude peut, dans le délai d'un an, entraîner la réduction du prix si elle excède un vingtième de la surface annoncée.

B-1.3 Critiques

De nombreux auteurs se demandent si les mentions obligatoires ne dénaturent pas l'acte notarié. Alors que celui-ci ne devrait que sceller l'accord des parties et les informer des conséquences de leurs engagements, il a tendance à devenir une copie servile de la loi. En outre, le rappel de la loi dans le

corps de l'acte accentue paradoxalement l'impression de lourdeur du discours, alors que le but avoué est de parvenir à une information claire du consommateur. Selon d'autres auteurs, la prépondérance de l'ordre législatif et réglementaire dans l'acte nie la mission de rédaction du notaire, dont on a vu qu'elle constitue effectivement l'élément essentiel de sa fonction, avant même celle d'authentification. Si ce phénomène se développe à outrance, disent-ils, le notaire risque bien de se transformer à terme en simple enquêteur. L'acte notarié lui-même ne serait plus qu'une nouvelle variété d'imprimé, dont le notaire, pour recevoir les conventions, cocherait les cases. Le consumérisme atteint donc le notariat doublement : dans son discours et dans sa fonction.

Le dernier exemple, le plus patent, pour illustrer ces propos, qui était régulièrement cité par les auteurs, était celui de la mention manuscrite prévue à l'article L 312-17 du Code de la consommation qu'un auteur avait qualifié de « *monstruosité juridique* » [28]. L'article L 312-15 du Code de la consommation prévoit que « *l'acte écrit, y compris la promesse unilatérale de vente acceptée (...) doit indiquer si le prix sera payé (...) avec ou sans l'aide d'un ou plusieurs prêts.* » L'article L 312-17 ajoute, dans cette hypothèse, que « *cet acte doit porter de la main de l'acquéreur, une mention par laquelle celui-ci reconnaît avoir été informé que, s'il recourt néanmoins à un prêt, il ne peut se prévaloir du présent chapitre* ».

Jusqu'à récemment, il convenait de respecter scrupuleusement le formalisme imposé. Toute formulation manuscrite simplifiée était sanctionnée par les tribunaux. Le notariat protestait contre le fait qu'aucune exception n'avait été prévue pour l'acte authentique. On pouvait effectivement juger que le consumérisme parvenait ici à une forme de négation de la fonction notariale, dans sa mission à la fois de rédaction et de conseil. Désormais, il n'en est plus rien, en application de l'article 11 de la loi du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques, puisque désormais l'absence de mentions manuscrites dans un acte authentique rédigé par un notaire, ne sera plus une cause de nullité de l'acte. En effet, l'article 1317-1 du Code civil dispose que « *l'acte reçu en la forme authentique par un notaire est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi* ».

B-2 Le progrès technique

D'une communication traditionnelle, par le canal écrit ou oral, le notariat évolue peu à peu vers une communication médiatisée et multimédia. De plus

(28) ROUZET V.G., *La mention manuscrite : une monstruosité juridique*, Dr. et patrimoine, juillet-août 1995.

en plus d'études sont aujourd'hui équipées de dispositifs de projection, d'écrans d'ordinateurs, voire de tableaux numériques sur lesquels il est possible de projeter aux clients, au moment de la lecture d'un acte ou lors d'une consultation, différentes ressources qui viennent soutenir le discours oral : texte de l'acte, documents graphiques, imprimés, graphiques, schémas, photos, internet etc.

B-2.1 Les potentialités du multimédia

Le mot multimédia est apparu vers la fin des années 1980, lorsque les cédéroms se sont développés. Il désignait alors les applications qui, grâce à la mémoire du disque compact (CD) et aux capacités de l'ordinateur, pouvaient générer, utiliser ou piloter différents médias simultanément : musique, son, image, vidéo, et interface homme-machine. Aujourd'hui on utilise le mot multimédia pour désigner toute application utilisant ou servant à travailler sur au moins un média spécifique. On désigne également par le mot multimédia l'industrie du « *contenu numérique* » (*digital content* en anglais), en tant que domaine d'activité économique. Les technologies de l'information et de la communication (TIC) sont souvent également regroupées sous le terme de multimédia.

Un environnement multimédia se caractérise par le regroupement sur un même support d'au moins deux des éléments suivants : texte, son, image fixe, image animée – sous forme numérique. Ces éléments sont accessibles via un programme informatique (logiciel) ou un site internet autorisant un degré plus ou moins élevé d'interactivité entre l'utilisateur et les éléments précités – possibilités de navigation, d'hypernavigation (par le biais d'hyperliens), de recherche d'information (libre ou guidée).

Si on peut constater aujourd'hui la diffusion du multimédia dans les études notariales, il reste à mesurer et évaluer l'enjeu que peut représenter le multimédia dans la communication avec la clientèle. Selon la plupart des auteurs, le multimédia présente plusieurs caractéristiques très favorables pour soutenir un discours informatif ou explicatif : l'interactivité, la non-linéarité, la multicanalité et la multiréférentialité. L'interactivité consiste dans la possibilité offerte par le multimédia d'effectuer des choix : le notaire qui lit l'acte fait apparaître le texte de l'acte, fait ensuite apparaître le bien sur *GoogleMap*, fait apparaître une annexe scannée etc.

Le principe fondateur des supports multimédias réside également dans leur non-linéarité, ce qui, selon les auteurs, présente de grandes vertus pour l'explication et l'apprentissage [29] : « *[cela] rapproche de la caractéristique première du processus*

(29) HIRSCHSPRUNG N., (2005), *Apprendre et enseigner avec le multimédia*, Paris, Hachette français langue étrangère

d'apprentissage, dans lequel l'apprenant est constamment confronté à des périodes d'éclatement des savoirs et des phases de recomposition». De façon non-linéaire, le notaire peut ainsi se déplacer dans l'acte, en faire défiler le texte, aller de clause en clause à son gré. La multicanalité désigne la manière dont le multimédia sollicite les différents sens de l'utilisateur. Avec le multimédia, se produisent des interactions entre les images animées ou non (mode iconique), les sons (mode auditif) et les textes (mode linguistique). Cette sollicitation des différents sens représente, selon la plupart des auteurs, un intérêt précieux en termes cognitifs pour l'apprentissage et la transmission d'informations.

Une autre caractéristique qui différencie le multimédia en tant que support des autres types traditionnels de supports, est sa multiréférentialité. On entend par ce concept souligner que le multimédia a cette capacité à mettre en rapport un univers avec ses sources, ses différentes versions et toutes ses associations thématiques : photos d'une maison, puis différentes vues de la même maison, vue aérienne, vue au cadastre, dans le PLU etc.

Aujourd'hui, la communication des notaires avec leurs clients est donc devenue plurielle :

• la communication verbale : le notaire utilise la parole ; le véhicule fondamental du discours notarial reste encore le langage verbal, sous ses formes parlées et écrites ;

• la communication audio-scripto-visuelle : le notaire fait usage de documents sonores et/ou visuels (tutoriels, schémas et graphiques, photos, images scannées, vidéos) ou encore de programmes informatiques (logiciels et multimédia).

B-2.2 Lectures et consultations médiatisées

Dans son rôle d'information et de conseil, il est traditionnel de rapprocher le notaire de l'instituteur : « *Le notaire est l'instituteur du droit* » disait ainsi Maître Jean-Paul DECORPS. Le notaire informe, explique et vulgarise le droit auprès de sa clientèle. Il est celui qui est chargé d'expliquer le droit aux parties. C'est un implicite de sa fonction que cette tâche de communiquer, de guider, d'expliquer, c'est-à-dire de faire preuve de pédagogie – au sens étymologique, le pédagogue : celui qui guide.

Dans son travail d'explication des engagements et des termes de l'acte notarié, ou à l'occasion d'une consultation, le soutien de ressources multimédias peut se révéler précieux car ces ressources représentent au client le conseil, l'acte et son objet (plans, annexes, autres ressources) – étymologiquement, expliquer signifie : sortir des plis, déployer, c'est-à-dire donner à voir.

On songe à l'exploitation pouvant être faite de graphiques représentant les droits du conjoint successible, avec ou sans donation entre époux. On se

représente bien aussi l'utilité de faire apparaître des feuilles de plan cadastral pour représenter des parcelles données à bail rural. La communication orale du notaire se trouve dès lors modifiée, la construction du sens pouvant s'opérer en participation avec les clients qui lisent et visent en même temps que lui l'acte notarié et les annexes.

2 – Notaire et communication relationnelle

Plan stratégique à moyen terme, le projet des notaires de France – *Horizon 2020* est le fruit, comme chacun sait, d'une réflexion des élus du conseil supérieur du notariat et d'une vaste mobilisation de l'ensemble de la profession en vue d'adapter ses modes de travail, son organisation et son offre de services à la société française de cette première partie du XXIe siècle. Plus antérieurement, en 1997, Alain LAMBERT, alors Président du CSN avait, à l'issue d'une vaste consultation de l'ensemble des notaires, lancé le « *Projet des notaires de France* » qui définissait les grandes orientations de la politique de la profession pour les dix années à venir.

C'est en particulier dans ce cadre qu'avait été lancée la politique de développement des technologies dans la profession (Télé@ctes) et actes authentiques sur support électronique. Dix ans après, le Président du CSN, Bernard REYNIS estimait nécessaire de poser les bases de ce que devrait être le notariat des années 2010-2020. Il lançait donc une vaste enquête à laquelle ont répondu les notaires.

Puis, poursuivant la réflexion engagée, son successeur Jean-Pierre FERRET a organisé les travaux de plusieurs centaines d'élus de la profession en vue de dégager des propositions.

Enfin, un groupe de pilotage animé par l'actuel Président, Benoit RENAUD, a durant plusieurs mois établi la synthèse des propositions et, aidé par de petits groupes de travail spécialisés, élaboré les premières propositions présentées lors des états généraux de la profession. Ce groupe de travail avait établi un constat : la production d'actes souvent normalisés conduit le client à percevoir moins clairement la valeur ajoutée du notaire. Afin d'engager l'ensemble des notaires dans une démarche nouvelle dans leurs relations avec leurs clients, la profession a prévu de mettre en œuvre, grâce aux diverses structures dont elle dispose (centres de recherches, de documentation et d'information notariale, instituts spécialisés…) les outils nécessaires permettant à chacun de mieux mettre en valeur ce conseil (sites internet, fiches de conseils, plaquettes de communication etc.) :

> « L'objectif est de passer d'une "logique dossier" à une "logique client". Le projet des notaires de France s'inscrit dans la logique de l'amélioration du service rendu au client. Il s'agit de replacer le client au centre de la relation,

de définir avec lui ses objectifs et d'inscrire la réalisation de son acte dans son contexte global. »

Par conséquent, le projet des notaires de France – *Horizon 2020* a résolument et stratégiquement engagé le notariat sur la voie du marketing et de la communication relationnelles dont on exposera ci-après les fondements théoriques – et les applications possibles au notariat.

A Le marketing relationnel

Le marketing relationnel, avec sa philosophie et ses outils, est un moyen de placer la relation client au cœur des efforts de l'entreprise. Pour les services, et pour le notariat en particulier, résolument tourné vers ses clients, la dominante de la profession, qui était encore administrative il y a 10 ans, est devenue aujourd'hui nettement relationnelle.

Marketing relationnel = politique et ensemble d'outils destinés à établir des relations individualisées et interactives avec les clients, en vue de créer et d'entretenir chez eux des attitudes positives et durables à l'égard de la profession.

On oppose l'échange transactionnel à l'échange relationnel sur trois dimensions :

• Alors que le marketing transactionnel considère des échanges instantanés, le marketing relationnel s'intéresse à des échanges sur le long terme (dimension temporelle de l'échange).

• L'échange transactionnel nécessite peu d'investissement. A l'opposé, l'échange relationnel nécessite des investissements importants (dimension stratégique de l'échange).

• L'échange relationnel intègre la relation sociale, sans pour autant évacuer la dimension économique (dimension sociale de l'échange).

Pour construire et entretenir une relation avec les clients, il faut les connaître, leur parler, les écouter, les récompenser pour leur fidélité, et si possible les associer à la vie de l'étude.

A chacun de ces objectifs correspondent des moyens d'action spécifiques :

Objectifs vis-à-vis des clients	Moyens d'action
Les connaître	Base de données, fichier clients (collecte et analyse)
Leur parler	Site web, courriers personnalisés
Les écouter	Enquêtes de satisfaction
Les récompenser	Evénements privés
Les associer	Abonnements, revues

La qualité des produits et services est un pré-requis à toute mise en œuvre du marketing relationnel. Le client retire trois types de bénéfices d'une

relation durable avec un prestataire de service : bénéfices sociaux (sympathie, reconnaissance personnelle), bénéfices psychologiques (sentiments de confort, de sécurité et de confiance), bénéfices d'adaptation (sentiment de sur-mesure, de traitement préférentiel et gratifiant).

B La gestion de la relation client (GRC)

La *customer relationship management* (CRM ou GRC en français) est une « *stratégie et un processus organisationnel qui visent à accroître le chiffre d'affaires et la rentabilité de l'organisation en développant une relation durable et cohérente avec des clients identifiés par leur potentiel d'activité et de rentabilité* ».

On peut l'aborder sous des angles différents :

• Dimension technique : base de données, procédures de collecte, d'analyse.

• Dimension marketing : segmenter finement les clients et personnaliser la relation que l'office entretient avec eux (fiches de conseils systématisées).

• Dimension organisationnelle : culture de la relation client qui doit être partagée au sein de l'office.

La segmentation marketing consiste à découper le marché (la demande, les clients) en groupes homogènes en termes d'attente. Elle permet alors d'adapter une offre à chaque segment. Chaque segment est défini en fonction du produit qu'il génère (qu'il faut affiner par le potentiel également estimé).

Trois segments peuvent émerger :

• Le segment des clients les plus profitables.

• Le segment des clients les moins profitables.

• Le segment moyen.

Pour gérer les clients, il faut disposer de données à leur sujet. Toutes les données doivent être stockées et traitées, et être disponible à tout moment. Il convient de tenir un suivi des appels téléphoniques et des rendez-vous.

C La communication relationnelle

Comme Monsieur JOURDAIN fait de la prose sans le savoir, tous les notaires pratiquent la communication relationnelle au quotidien sans s'interroger sur les procédures, souvent intuitives, qu'ils mettent en œuvre pour accueillir, écouter, détecter les besoins des clients, conseiller et conclure une consultation. Certaines procédures ou maximes comportementales, langagières et argumentatives sont néanmoins recommandées dans la communication relationnelle avec les clients – sans jamais chasser le naturel bien entendu – dont l'exposé suit :

L'entrée en matière du rendez-vous

Il s'agit de se saluer et de mettre l'autre partie à l'aise. Des conversations sociales déconnectées de l'objet du rendez-vous permettent généralement de

réchauffer l'ambiance. On pourra prendre utilement des nouvelles des enfants des clients, évoquer des sujets légers d'actualité. L'entrée en matière à proprement parler est essentielle dans la mesure où elle crée un climat plus ou moins favorable pour la suite de l'entretien.

Il est recommandé d'accorder une attention particulière à l'enchaînement DRSBC : *Disponibilité – Regard – Sourire – Bonjour – Confort*

- *Disponibilité*: Ne pas donner l'impression d'esquiver, de retarder le contact, de ne pas oser l'engager (disponibilité).
- *Regard*: Avoir un regard qui « contacte » c'est-à-dire capte et invite.
- *Sourire*: Etre le sourire qui détend et rassure.
- *Bonjour*: Etre le bonjour qui donne le ton de la relation qui s'établit.
- *Confort*: Se soucier du confort de la communication qui s'établit.

La découverte des besoins

Cette étape est indispensable lorsque les besoins des clients ne sont pas connus initialement. Lorsque le client annonce d'emblée ses besoins, il est important de chercher à les affiner pour mieux les comprendre. Sans une bonne connaissance des besoins des clients, le conseil risque d'échouer – c'est particulièrement vrai en matière de choix du régime matrimonial ou de motivation à anticiper sa succession, par donation ou testament.

La phase de découverte poursuit deux objectifs : connaître précisément les besoins du client et découvrir ses motivations personnelles. Les besoins et les motivations des clients sont différents selon qu'il s'agit de particuliers ou de professionnels. On peut identifier cinq besoins propres à chacun de ces deux grands types de clients : les besoins notariaux des particuliers et des professionnels.

Pour pouvoir positionner le client dans le schéma ci-contre, il faut le questionner.

Les questions peuvent être directives, elles appellent des réponses précises, ou non directives, elles laissent ouvert le champ des réponses : « *Qu'avez-vous prévu pour protéger votre conjoint ?* ».

Ces dernières sont préférables car elles réduisent le risque de passer à côté de problèmes importants et n'ont pas la connotation agressive des questions directives. Toutefois, si le client parle peu, il est nécessaire d'employer des questions plus ciblées.

Clients particuliers	Clients professionnels (au sens large)
• **Transaction** Besoin de vendre/acheter/louer **Motivation** : Se loger, être propriétaire, locataire	• **Equipement** Financement des projets d'équipement, acquisitions, travaux et agrandissement, rénovations, crédit-bail **Motivation** : Acquisition, financement des investissements
• **Prévoyance et épargne** Besoin de protéger les personnes ; souscrire des assurances, capitaliser en vue de la retraite **Motivation** : Se protéger et protéger son patrimoine	• **Prévoyance et épargne** Vie et protection des actifs, souscrire des assurances, compléments de retraite **Motivation** : Protéger l'entreprise et ses dirigeants
• **Investissement** Besoin de défiscaliser, d'obtenir des plus-values ; investir sur les marchés financiers, dans l'immobilier locatif **Motivation** : Développer et protéger son capital mobilier/immobilier	• **Investissement** Rachats, participations financières, défiscalisations, recherche de plus-value ; placements locatifs ; diversification **Motivation** : Développer et protéger le capital de l'entreprise
• **Transmission** Besoin de préparer/régler la succession dans les meilleures conditions **Motivation** : Se tranquilliser en protégeant les ayants-droit	• **Transmission** Cessions, partages d'ascendants, préparations/règlements successoraux **Motivation** : pérenniser l'entreprise après le départ du dirigeant
• **Conseils quotidiens** Assister et répondre aux questions juridiques courantes, assister les clients dans leurs correspondances et démarches courantes. **Motivation** : Se conformer et respecter les textes en vigueur	• **Conseils quotidiens** Assister et répondre aux questions juridiques courantes, tenir le secrétariat de la société **Motivation** : Se conformer et respecter les textes en vigueur

L'argumentation

Il n'existe pas dans le notariat d'argumentaires de vente comme il en existe dans le commerce ou dans les activités de banque – la formation et l'expérience du notaire pallient l'absence de ce type de documents, même si de nouveaux produits éditoriaux proposent une telle approche [30]. S'agissant d'activités bancaires, il s'agit normalement d'un document remis par la banque aux collaborateurs afin de les aider à bien conduire leurs entretiens avec leurs clients. Ce document est conçu par les services commerciaux/marketing centraux de sorte que tous les conseillers disposent des mêmes éléments pour un même produit. L'argumentaire de vente, document interne, s'accompagne également d'une brochure (dépliant) à remettre aux clients.

L'argumentaire a une vocation persuasive, c'est-à-dire qu'il doit permettre d'emporter l'adhésion du client. Il propose un discours articulé autour de trois composantes (CBP) :

• C : les caractéristiques du produit (ses attributs objectifs)

• B : les bénéfices-clients associés (des reformulations de caractéristiques présentées comme des réponses à des besoins)

• P : les preuves qui supportent l'existence de ces bénéfices (témoignages de clients, d'articles de presse, de résultats d'étude).

L'argumentaire est souvent assorti d'un document complémentaire répertoriant les objections probables des clients et les réponses à leur apporter. L'argumentaire est utile en situation de vente.

Avec l'élaboration des fiches *Du conseil à l'Acte*, le notariat s'inscrit à la fois dans une démarche de conseil mais aussi de formalisation/adhésion à ses services (brochure) approchant ces trois composantes (CBP).

La conclusion d'un rendez-vous

En fin d'entretien, on a tout intérêt à faire le point sur l'état des discussions. En résumant les discussions avec le client, on lui montre qu'on a été à l'écoute. En cas de mauvaise compréhension, le résumé est l'occasion de clarifier les points mal compris et d'éviter que des imprécisions ou des quiproquos ne perturbent la suite des échanges. Le résumé permet également de recentrer les débats lorsque ceux-ci ont tendance à s'éloigner du sujet de départ.

Enfin, la dernière étape peut être de demander un engagement au client, celui de régulariser ou non un acte, ou de solliciter un service, ou au contraire de l'engager à réfléchir lorsque son projet est complexe, d'un point de vue personnel ou patrimonial. Il faut comprendre que tout engagement est difficile

(30)http://redirection.lexisnexis.fr/metiers/notaires/solutions/recherche_information/soprano/index.html

du côté du client. Il convient donc de faciliter la prise de décision du client. Une façon simple de conclure un cas simple consiste à résumer tous les avantages admis par le client et à formuler la demande d'engagement.

Proposition

On a pu établir une comparaison entre l'activité d'enseignement et le travail du notaire d'explication du droit aux parties, à l'occasion de la lecture d'un acte ou lors d'une consultation. A l'heure où l'arrivée des tableaux numériques dans les classes bouleverse les pratiques des enseignants, où le Ministre de l'Education nationale affirme que l'Éducation nationale doit totalement basculer dans l'ère du numérique et que l'objectif ministériel est de faire en sorte que le numérique soit intégré dans la pédagogie, où la communication en entreprise se trouve massivement médiatisée par le multimédia :

Nous pensons que le notariat devrait favoriser de façon résolue :

• l'équipement des offices avec des moyens de communication multimédias (écrans, tableaux numériques)

• le développement d'applications, de tutoriels, de vidéos à mettre à disposition des notaires pour leur permettre de communiquer de façon moderne avec la clientèle – venant s'ajouter aux supports de communication papier traditionnels élaborés par l'ADSN.

• l'ajout dans la formation des futurs notaires d'une unité d'enseignement consacrée à la communication

Nous pensons que cette proposition s'inscrit naturellement dans le projet des notaires de France - *Horizon 2020* dont l'un des volets consistait dans la valorisation du conseil, et donc implicitement dans la valorisation de la communication :

> « La fonction de conseil est au coeur du métier de notaire. Elle est d'ailleurs pleinement reconnue par la jurisprudence comme une obligation. Elle est aujourd'hui plus attendue et souhaitée par l'opinion. Il est donc essentiel de mieux dispenser ce conseil attendu et de l'exprimer dans la relation notaire-client. »

Le notaire français et la pluralité linguistique

Xavier-Jacques MECHAIN

Ils sont partout, dans toutes les régions de France. De la côte de granit rose au Périgord, des paysages de Corrèze à la Provence, en passant par la plaine d'Alsace ou l'incontournable Côte d'azur. Ce sont les propriétaires étrangers en France. Ceux qui, parmi les 79 millions de touristes qui viennent chaque année en villégiature dans notre pays, décident de ne pas repartir et d'acquérir un immeuble, pour s'y installer définitivement ou pour disposer d'une résidence le temps des vacances.

L'histoire d'amour entre les anglais et la France est ancienne. En Bretagne, elle date de l'époque victorienne, quand les riches anglais jetèrent leur dévolu sur les rivages bretons, en particulier la côte d'Emeraude et la région de Dinard. Dans le département des Côtes d'Armor, on estime à plus de 20 000 le nombre de propriétaires anglais ; dans la région de Dinard, plus de la moitié des transactions sont effectuées par des Anglais. Autre région prisée des Anglais : le Périgord. Ce n'est pas par hasard si les Anglais s'installent dans cette région. Ils s'y sentent chez eux, car cette province est demeurée sous domination anglaise jusqu'à la fin de la guerre de Cent ans, en 1453. Dans les départements du Lot et de la Dordogne, ils représentent déjà 5 % de la population.

Pour les néerlandais, la migration s'arrête souvent dans les paysages dépeuplés de Corrèze. Ils viennent y chercher l'espace car la densité de population aux Pays-Bas dépasse les 370 habitants au kilomètre carré, quand les Corréziens ne sont que 40 pour la même superficie. Ils avoisinent les 10 % de la population locale. En 1998, un habitant d'Utrecht a même acheté la plus vaste exploitation agricole de la région. Les Belges, quant à eux, préfèrent la Provence et la Côte d'Azur, où on en dénombre plus de 20 000.

Les Allemands propriétaires se rencontrent dans toutes les régions de France. Mais c'est en Alsace que leur présence est la plus visible. Ils sont 15 000 à avoir franchi le Rhin et à s'être établi dans cette région. Ils fuient la surpopulation du *land* voisin de Bade-Wurtemberg. Dans certains villages, des promoteurs allemands ont construit des lotissements à destination d'une clientèle presque exclusivement allemande. Enfin, toutes les nationalités se retrouvent sur la Côte d'Azur pour acquérir une adresse sur la Riviera. Les derniers en date sont les

Russes, nouvellement enrichis qui, après les Italiens et les princes Arabes, investissent dans les villas du Cap Martin, du Cap Ferrat ou du Cap d'Antibes.

L'installation de ces nouveaux propriétaires suscite parfois la méfiance de la population locale : « *Trop d'Anglais, ils font monter les prix* », « *Trop d'Allemands, ils prennent l'Alsace pour un dortoir* ». S'y ajoute la crainte que ne se produise le même phénomène qu'à Palma de Majorque, où les Allemands sont devenus économiquement dominants. Pour ces nouveaux accédants à la propriété, le passage devant un notaire français s'impose. Quand un notaire français reçoit un couple d'allemands pour l'achat de leur résidence secondaire, quand il règle la succession d'un iranien dont les héritiers demeurent hors de France, ou quand il authentifie un prêt consenti par un établissement bancaire luxembourgeois, il doit résoudre, outre les éventuelles questions de droit international privé, un **problème de communication**.

Ce problème réside dans l'emploi d'un code de communication compris par ses clients étrangers. Pour résoudre ce problème, on s'interrogera sur la place occupée par la traduction et l'interprétariat dans l'activité notariale, non seulement dans les textes qui réglementent ces activités mais aussi dans la pratique quotidienne des études (2). Au préalable, il faut souligner et commenter le principe qui caractérise aujourd'hui l'acte notarié en France : la primauté de la langue française (1). Enfin, on formulera des propositions destinées à renforcer la compétitivité du notariat et à l'adapter à cette pluralité linguistique qui s'impose à lui.

1 – La primauté de la langue française

Un principe de primauté du français caractérise aujourd'hui l'acte notarié en France (A). L'intensification des échanges internationaux est susceptible, à terme, de remettre en cause ce principe (B).

A Un principe de primauté

Un bref rappel historique permettra de situer la naissance du principe d'emploi de la langue française dans les actes notariés (A-1). On envisagera ensuite les applications de ce principe (A-2) réaffirmé récemment (A-3).

A–1 Rappel historique

Au mois d'août 1539, François Ier signe à Villers-Cotterêts une :

> « Ordonnance générale en matière de justice et de police », destinée à « aucunement pourvoir au bien de (sa) justice, abbreviation des procès et soulaigement de (ses) subjectz ».

Des 192 articles que comporte ce texte, quelques lignes (art. 110 et 111) intéressent particulièrement le notariat :

(110) « Et afin qu'il n'y ait cause de doubter sur l'intelligence desd. arrestz, nous voullons et ordonnons qu'ilz soient faictz et escriptz si clerement qu'il n'y ayt ne puisse avoir aucune ambiguïté ou incertitude, ne lieu a demander interpretacion. »

(111) « Et pour ce que telles choses sont souventesfois advenues sur l'intelligence des motz latins contenuz esd. arrestz, nous voulons que doresnavant tous arrestz, ensemble toutes autres procedures, soient de noz courtz souveraines ou autres subalternes et inferieures, soient de registres, enquestes, contractz, commissions, sentences, testamens et autres quelzconques actes et exploictz de justice ou qui en deppendent, soient prononcez, enregistrez et delivrez aux parties en langaige maternel françois et non autrement. »

Afin d'éviter que les justiciables non lettrés ne soient gênés dans leurs relations avec le monde judiciaire, l'usage du latin est condamné, au profit d'une langue moderne et vivante nommée « *langaige maternel françois* ». Cette ordonnance constitue l'acte de naissance du français comme langue officielle de l'administration, de la justice et du notariat.

En réalité, le français fait son apparition dans les actes notariés beaucoup plus tôt, dès le début du XIIIe siècle, au Nord et à l'Est de la France, suivant un spectre se déployant très loin de la région parisienne, depuis la Flandre française, la Picardie, la Wallonie et la Lorraine, jusqu'en Champagne orientale, en Bourgogne et dans le Jura. Il faut attendre les dernières décennies du XIIIe siècle pour voir apparaître l'usage du français dans les régions de l'Ile-de-France, de la Normandie, de la Bretagne, des pays de la Loire, de l'Ouest de la Champagne et du Centre de la France. L'usage notarial du français est donc né sur les pourtours du domaine d'oïl. L'ordonnance de Villers-Cotterêts n'est pas la première manifestation d'une politique de centralisme linguistique ni la première mesure visant à faire disparaître le latin de la langue de la justice. C'est « *en langage françois ou maternel* » que devaient être consignées les dépositions de témoins dans l'ordonnance de Moulins du 8 démre 1490 (art.101) ; « *en vulgaire et langage du païs* » dans l'ordonnance sur la réformation de la justice de juin 1510.

Près de trois siècles plus tard, le régime monarchique écroulé, la Révolution reprend à son compte l'ordonnance de Villers-Cotterêts par un décret du 2 thermidor (20 juillet 1794) : « *A compter du jour de la publication de la présente loi, nul acte public ne pourra, dans quelque partie que ce soit du territoire de la République, être écrit qu'en langue française* ».

A–2 Applications du principe

Dans certains pays d'Europe, les notaires ont la faculté de rédiger leurs actes dans une autre langue que celle du pays. Au Luxembourg, la loi organique du

9 décembre 1976 autorise la rédaction des actes en français et en allemand, au choix des parties.

En matière de sociétés commerciales, la loi du 1er août 1915 permet, si les comparants en font la demande, et à condition qu'ils parlent cette langue, la rédaction en langue anglaise, suivie de la version française ou allemande. Seule la version française ou allemande fait foi, sauf volonté contraire expresse des parties.

Aux Pays-Bas les actes peuvent être passés dans la langue choisie par les parties à condition que le notaire la pratique. Toutefois, les actes concernant les sociétés doivent être rédigés en néerlandais. En Belgique et en Angleterre, le choix de la langue est libre sous la condition que le notaire belge et le solicitor anglais la pratique. A la différence de ces pays partenaires dans l'Union européenne, la France affirme un principe d'emploi exclusif de la langue française dans les actes notariés.

Les textes régissant actuellement l'emploi de la langue française dans les actes juridiques sont l'arrêté consulaire du 24 prairial an XI (13 juin 1803) et le décret impérial du 22 décembre 1812 (qui ont tous deux valeur législative). Il résulte de la combinaison de ces deux textes que si les actes sous seing privé ne nécessitent pas l'usage de la langue française, les actes authentiques quant à eux, quand ils sont reçus par les notaires, doivent être rédigés en langue française.

Comme corollaire de ce principe d'unité linguistique, il ne peut être employé dans les actes d'autres dénominations de poids et mesures que celles légalement en vigueur en France, à moins que ces dénominations ne s'appliquent à l'étranger. La publicité foncière, quant à elle, est soumise de fait au principe d'emploi de la langue française par l'effet de l'article 4 du décret du 4 janvier 1955 : « *Tout acte sujet à publicité dans un bureau des hypothèques doit être dressé en la forme authentiqu*e ».

La seule exception au principe de primauté du français est, on le sait, prévue au profit des notaires d'Alsace-Moselle qui, en vertu de l'article 2 de l'arrêté du 2 février 1919 toujours en vigueur, peuvent dresser des actes notariés en langue allemande sous une double condition : « *lorsque toutes les parties correspondantes ignorent le français et requièrent que l'acte soit rédigé en allemand* ».

A la différence des traditions juridiques et linguistiques d'autres pays européens, la France continue donc d'affirmer un principe d'unité linguistique, en particulier dans le domaine des activités publiques.

A–3 Un principe réaffirmé

La France est un pays qui légifère beaucoup sur la langue, surtout au XXe siècle. A partir des années soixante, l'implication de l'Etat dans la politique linguistique s'est intensifié à tel point que l'on a pu parler de dirigisme

linguistique en France. Parmi les interventions récentes, on peut citer le décret n° 86-439 du 11 mars 1986 qui institue auprès de chaque administration centrale des commissions de terminologie chargées de proposer aux ministres intéressés de rendre obligatoire, par arrêté, l'utilisation de termes ou expressions constituant généralement la traduction française de termes étrangers.

Dernière en date des interventions législatives relatives à la langue française, la loi du 4 août 1994 qui a succédé à la loi du 31 décembre 1975, entend préserver ce « *ciment de l'unité nationale* » qu'est la langue française, « *élément fondamental de la personnalité et du patrimoine de la France* » (art. 1) en étendant notamment le champ d'application de l'obligation légale d'employer la langue française. Les conditions d'application de cette loi ont été précisées par une circulaire du 19 mars 1996. Cette loi concerne le notariat puisque la loi vise « *les personnes morales de droit public, c'est-à-dire l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics placés sous la tutelle de ceux-ci, ainsi que les personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public pour les activités qu'elles exercent dans le cadre de cette mission* ».

Le contexte d'adoption de cette loi permet de dégager les significations actuelles de l'obligation d'emploi de la langue française dans le discours notarial. La loi du 4 août 1994 a fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel qui, par une décision du 29 juillet 1994, en a annulé plusieurs dispositions. Le Conseil constitutionnel, tout en reconnaissant au législateur le droit d'imposer l'usage de la langue française (Const. art. 2, al. 2), lui a dénié tout pouvoir d'en déterminer le contenu, sauf à méconnaître le principe constitutionnel de la liberté d'expression : « *cette liberté implique le droit pour chacun de choisir les termes jugés par lui les mieux appropriés à l'expression de sa pensée ; la langue française évolue, comme toute langue vivante, en intégrant dans le vocabulaire usuel des termes de diverses sources, qu'il s'agisse d'expressions issues de langues régionales, de vocables dits populaires ou de mots étrangers* » [1].

Par conséquent, seules les personnes morales de droit public ou les personnes morales privées exécutant une mission de service public ont l'obligation d'utiliser le français « *officiel* » tel qu'il est défini dans les arrêtés de terminologie et, bien sûr, dans la mesure où ces derniers existent dans le domaine concerné par les actes et contrats qu'ils concluent. Le notariat considéré comme organisation, aurait donc l'obligation de respecter dans les actes qu'il authentifie ces arrêtés de terminologie dont certains concernent le cœur de son activité, en droit de la famille ou en droit immobilier, ou bien des activités connexes : l'urbanisme et le logement (Arr. 17 février 1986), la terminologie économique et financière (Arr. 11 février 1993),

(1) Cons. const., 29 juillet 1994, n° 94-345, JCP, éd. G 1995, II, n° 22359, note DEBBASCH.

l'agriculture (Arr. 7 avril 1987), etc. Le notaire étant un officier public, on s'étonnerait qu'il ne respecte pas le français « *officiel* » dans ses actes. Un dictionnaire terminologique officiel [2] a été mise en ligne sur le site de la Délégation générale à la langue française et aux langues de France [3] et permet la recherche du terme français « *officiel* » correspondant au terme étranger courant [4].

Sur un plan plus général, cette loi du 4 août 1994 a été adoptée dans le but principal d'assurer la défense de la langue française en interaction avec le contexte linguistique mondial. Le législateur a ainsi dépassé le cadre national qui était celui de l'ordonnance de Villers-Cotterêts, en prenant acte de ce que le rayonnement d'une langue est un sous-produit de la puissance économique et technologique. Dans le contexte linguistique mondial, le français n'est plus en effet dominant. C'est l'anglais, via la puissance politique, économique et technologique nord-américaine, qui possède le plus grand nombre de locuteurs dans le monde. Le notariat se trouve concerné par ces débats à la fois économiques, technologiques et linguistiques.

Par exemple, quand il est appelé à instrumenter sur une opération où interviennent des investisseurs institutionnels étrangers, un notaire n'est plus surpris quand surgissent dans la conversation les expressions « *due diligence* », « *data room* », « *draft* », etc. Une évolution est ainsi perceptible dans la pratique notariale – il n'est que de constater l'invasion des termes anglais dans le dernier rapport du 107e Congrès des Notaires de France : « *revolving, private equity, leverage buy out, venture capital* » etc.

B Evolutions

Les linguistes affirment que les langues vont acquérir au XXIe siècle une importance accrue : la maîtrise de multiples formes de communication orale et écrite est exigée sur le marché du travail et conditionne l'accès à l'information, à la culture, à la vie sociale et à la citoyenneté ; le développement du secteur des services fait des langues de véritables acteurs de l'économie ; enfin les langues sont au cœur de la révolution introduite par les nouvelles technologies. Dans ce contexte mondial, le français dispose encore de nombreux atouts. Il demeure une grande langue internationale, privilège qu'il ne partage qu'avec une poignée des trois mille langues de la planète, et qui le situe juste après l'anglais. Il est la langue officielle et de travail, parfois seul avec l'anglais, de la plupart des organisations internationales. Il est une langue partagée par une cinquantaine d'Etats ou

(2) http://franceterme.culture.fr/FranceTerme/index.html
(3) http://www.dglf.culture.gouv.fr/
(4) Voir exemple de recherche en annexe

gouvernements membres de l'organisation internationale de la francophonie [5].

Dans le contexte européen, le problème des langues se pose d'une façon originale. L'Europe se construit résolument sur une monnaie unique, une harmonisation et un rapprochement des législations, mais aussi sur le respect et la valorisation de la diversité culturelle et linguistique. L'Union européenne compte plusieurs dizaines de langues, dont vingt-trois langues officielles des Etats membres reconnues comme langues officielles de l'Union, et les possibles futurs élargissements augmenteront ces chiffres. Le défi du prochain siècle sera donc d'établir un équilibre entre l'intensification des échanges et le respect de la diversité linguistique. Dans un tel contexte de promotion, de concurrence des langues et de défense de la diversité linguistique, que penser, aujourd'hui et dans un futur proche, du principe de primauté de la langue française, en particulier pour l'acte notarié ?

Il faut d'abord faire observer que la cohabitation d'autres langues avec le français dans l'activité notariale, est un phénomène moins récent qu'il n'y paraît (b-1) ; il faut ensuite commenter certains textes qui semblent annoncer un recul de l'exclusivité du français dans la pratique notariale (b-2), à tel point que certains s'interrogent déjà sur l'éventuelle suppression de la primauté du français dans les actes notariés (b-3).

B–1 Rappel historique

L'histoire officielle a retenu l'ordonnance de Villers-Cotterêts comme l'événement fondateur de l'unité linguistique en France et le signal d'une politique de francisation systématique du pays. Les historiens d'aujourd'hui mettent en garde contre cette idée simpliste selon laquelle une ordonnance royale aurait le même caractère contraignant qu'un décret de la France moderne, centralisatrice et jacobine. Aucune sanction n'était d'ailleurs prévue dans l'ordonnance pour qui ne rédigerait pas des actes notariés ou juridiques dans le langage adopté par la chancellerie royale. Les nombreuses études menées sur les pratiques effectives (minutes notariées en particulier) enseignent tous les jours un peu plus que l'ordonnance de Villers-Cotterêts n'a au fond pas changé grand chose à la situation des langues parlées dans les provinces, qui présentent tous les cas de figure possibles, en fonction des frontières linguistiques ou des réalités sociales. Ainsi, les notaires de la frange nord-ouest des pays de langue d'oc, Bordelais, Périgord, Haut-Limousin, utilisaient déjà le français bien avant 1539, par suite d'une déchéance rapide de l'occitan administratif due à l'arrivée massive de fonctionnaires royaux. Dans les pays situés en bordure des pays d'Oc, la Saintonge, l'Aunis, l'Angoumois,

(5) http://www.francophonie.org/

le Poitou entre autres, on admettait également depuis longtemps le français, sinon comme langue parlée, du moins comme langue administrative, en concurrence avec le latin, dans les actes notariés.

Plus au sud, la situation présentait un notable contraste. Toutes les classes sociales, d'un bout à l'autre de l'Occitanie, ne connaissaient guère que leur parler maternel. C'est à la fin du XVe siècle et surtout au début du XVIe qu'on remarque vraiment un recul de l'occitan administratif et juridique, d'une manière progressive et plus ou moins poussée selon les régions. Au Béarn fidèle à sa langue s'oppose une Gascogne qui se met au français, dans les actes notariés notamment. Les vallées pyrénéennes résisteront le plus longtemps, jusqu'au XVIIe siècle. Cette francisation n'est que superficielle et n'entame en rien l'usage de la langue parlée. Le français s'implante comme langue administrative et juridique mais ne s'impose pas aux communautés dans l'usage oral. Une situation nouvelle est en train de naître : le bilinguisme. Le français a cessé d'être une langue étrangère certes, mais il n'est encore qu'une langue adoptive : c'est la langue de l'administration, des notaires, des livres, mais rien de plus. Ce bilinguisme va se maintenir jusqu'à la Révolution et au-delà.

Confrontés au bilinguisme des populations, les notaires faisaient alterner dans leurs écritures les différentes langues, latin, français et occitan, même après l'ordonnance de Villers-Cotterêts. On a ainsi conservé des testaments en dialecte des Cévennes et nombre d'actes bilingues en provenance de l'Albigeois, bien après 1539. A défaut d'alterner les langues dans les actes, les notaires, selon toute probabilité, expliquaient oralement à leurs clients les tenants et aboutissants de leurs actes dans leur parler vernaculaire commun.

B-2 La cohabitation des langues dans l'activité notariale

Les notaires français ont perçu très tôt le phénomène de globalisation à l'œuvre ces dernières années [6], et ont compris qu'il leur fallait organiser leurs échanges d'actes et d'informations juridiques avec l'étranger. Pour assurer ces échanges, il s'est avéré nécessaire de prendre en compte puis lever l'obstacle linguistique. C'est à un tel obstacle qu'un notaire se trouvait confronté quand, avant la signature d'un acte par un client de nationalité étrangère, il souhaitait vérifier son état-civil auprès de l'administration étrangère concernée. Pour remédier à cette situation, la France a conclu le 8 septembre 1976 avec divers pays membres de la Commission internationale de l'état civil, une convention unifiant la présentation des extraits d'actes de l'état

(6) 31e Congrès du Mouvement Jeune Notariat, 2000, *La sécurité juridique à l'épreuve de la mondialisation*; 38e Congrès du Mouvement Jeune Notariat, 2007, *Droit et économie*; 88e Congrès des notaires, 1992, *Le notaire, le contrat et l'Europe*; 101e Congrès des notaires, 2005, *Les familles sans frontières en Europe*.

civil destinés à être utilisés à l'étranger.

Selon l'article 1er de la convention, les extraits des actes de l'état civil constatant la naissance, le mariage ou le décès pourront, lorsque leur utilisation dans le pays où ils sont réclamés nécessite une traduction, être établis conformément à des formules types imprimées en sept langues (français, néerlandais, anglais, espagnol, italien, allemand, turc) et comportant des énonciations invariables assorties d'une lettre de référence. Inversement, un notaire français est fréquemment appelé à établir une procuration pour un de ses clients désirant passer un acte à l'étranger. Afin de faciliter les relations internationales, des procurations internationales ont été mises en place entre certains pays de l'Union européenne (Allemagne, Belgique, France, Italie, Pays-Bas, Luxembourg) par les organismes internationaux du notariat le 8 décembre 1974. Présentées sous la forme de procurations bilingues elles concernent les actes les plus courants (emprunter, recueillir une succession, vendre, etc.). Actuellement, l'utilisation de ces procurations est effective pour le notariat français. Les notariats des autres pays sont en train d'organiser la diffusion de ces procurations internationales vers la France.

Par ailleurs, dans le cadre plus vaste de l'Union internationale du notariat latin [8], des formules de procuration uniformes ont été aussi établies dans les principales langues des pays de l'Union européenne.

En marge de ces propos, la France a signé la Convention de Washington du 26 octobre 1973 [9] portant loi uniforme sur la forme d'un testament international. Le testament international peut être écrit en une langue quelconque. L'intérêt de cette forme de testament sur le plan international est que toute personne peut utiliser sa langue et son écriture dans un pays d'expression radicalement différente. Le notariat français est satisfait de l'adoption de ce texte qui répond à la demande de beaucoup d'étrangers non francophones vivant sur notre sol. Depuis lors, d'autres textes ont été adopté qui intègrent la dimension linguistique des actes et des contrats.

B-3 La disparition du principe de primauté du français ?

La prise en compte de la diversité linguistique sur le territoire français est un fait nouveau en droit français. Le droit du travail s'est préoccupé le premier de ce phénomène. En matière de contrat de travail, lorsque le salarié est étranger et le contrat constaté par écrit, une traduction du contrat est rédigée à la demande du salarié, dans la langue de ce dernier ; les deux textes font également foi en justice. En cas de discordance entre les deux

(8) http://www.uinl.org/presentacion.asp?idioma=fra&submenu=UINL
(9) http://www.unidroit.org/french/conventions/1973wills/1973wills-f.htm

textes, seul le texte rédigé dans la langue du salarié étranger peut être invoqué contre ce dernier [10]. Ce dispositif semble avoir inspiré les textes par lesquels la France a transposé la directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers. L'article L. 121-66 du Code de la consommation dispose ainsi :

> « Le professionnel remet au consommateur un contrat écrit sur support papier ou sur tout autre support durable. Il est rédigé au choix du consommateur, dans la langue ou dans une des langues de l'Etat membre dans lequel il réside ou dont il a la nationalité, à condition qu'il s'agisse d'une langue officielle de la Communauté européenne. En tout état de cause, le contrat est rédigé en langue française dès lors que le consommateur réside en France ou que le professionnel exerce son activité de vente sur le territoire français. Dans le cas d'un contrat d'utilisation de biens à temps partagé concernant un bien immobilier précis situé sur le territoire d'un Etat membre, le professionnel remet au consommateur une traduction certifiée conforme du contrat dans la langue ou l'une des langues de cet Etat membre. »

Fortes de ces exemples législatifs qui dessinent une tendance vers « *la libéralisation des échanges linguistiques* », certaines voix s'élèvent aujourd'hui pour demander la suppression de l'obligation d'emploi de la langue française dans les actes notariés. Ce fut d'ailleurs le vœu formulé par le 82e Congrès des notaires, repris ensuite par le 85e. Divers arguments sont avancés à l'appui de cette revendication : la rédaction en langue étrangère faciliterait la circulation des actes, renforcerait la compétitivité du notariat français sur le marché mondial du droit, et abaisserait les frais de traduction pour les entreprises et les particuliers. Certains affirment que la suppression du principe de primauté de la langue française interviendra dans un avenir proche. Sans doute en même temps que la suppression de l'exigence de nationalité pour accéder aux fonctions de notaire. Parmi eux, Maître MONASSIER [11] qui considérait en 2000 que la suppression de l'obligation d'emploi du français et de la condition de nationalité sont inéluctables à court terme, du fait de l'accroissement des facteurs d'extranéité, dû à la mobilité des clients et de leur patrimoine entre les régions européennes.

Le notariat français devra faire des efforts importants pour s'adapter à la pluralité linguistique. A la différence d'autres professions – banque, finance, commerce – le notariat compte dans ses effectifs trop peu d'hommes et de

(10) Art. 4 de la loi n° 75-1349 du 31 décembre 1975, codifié à l'article L 121-1 C. trav.(11)
(11) Monassier B., Notaire, avocat, juriste d'entreprise en 2020, *Dr. et patrimoine*, n 8, 2000, p. 6.

femmes présentant des compétences opérationnelles dans l'emploi des langues étrangères. En cause peut-être le conservatisme de notre profession, ainsi que des organismes de formation qui ont trop longtemps fait preuve de pusillanimité dans l'enseignement des langues. En 1998, l'Assemblée de liaison a toutefois pris la mesure du retard et souhaité « *que les programmes de formation intègrent au plus tôt l'enseignement approfondi d'une langue étrangère en mettant l'accent sur le vocabulaire et les concepts juridiques dans cette langue* » [12].

Linguistiques et neurobiologistes affirment que le cerveau humain a la faculté potentielle et théorique d'apprendre plusieurs langues et de s'adapter à d'autres langues même très différentes de la langue maternelle. Les capacités du cerveau sont donc largement supérieures à ce qui est nécessaire pour parler une seule langue. Encore faut-il préciser qu'ils parlaient de l'usage courant d'une langue. Dès lors qu'il est question d'une langue de spécialité comme le langage du droit, d'autres problématiques apparaissent.

2 – La problématique de la traduction interprétariat

Dans le discours notarial, le passage d'un code initial (français) à un autre code (langue étrangère) compris du destinataire est permis par la traduction, assurée par le notaire (a) ou par un traducteur/interprète professionnel (b).

A Traduction et Notariat

La traduction des actes par les notaires eux-mêmes est un phénomène qui n'est pas récent dans l'activité notariale (a-1) ; il obéit aujourd'hui à des règles particulières (a-2) qu'éclairera une réflexion sur les particularités de la traduction juridique (a-3).

A-1 Rappel historique

La France a été longtemps (elle l'est encore) caractérisée par le plurilinguisme. Latin, français, occitan, breton, corse, catalan et dialectes étaient parlés et écrits sur tout le territoire, nonobstant l'ordonnance de Villers-Cotterêts, jusqu'à la Révolution. Comme on l'a vu précédemment, les notaires confrontés à cette situation faisaient alterner dans leurs écritures les différentes langues. Sur le sol même du royaume de France, ils se transformaient alors en traducteurs et interprètes de leurs actes.

En affirmant la primauté du français, l'ordonnance de Villers-Cotterêts a certes constitué un événement important sur le plan national. Cette ordonnance a eu également des effets sur le plan international. En effet, dans l'Europe médiévale, le latin était jusque là la langue exclusive des échanges internationaux, en même temps que celle du savoir, des écoles et des universités. Comme le christianisme, le latin prétendait à l'universalité : l'administration ecclésiastique

(12) *Dr. et patrimoine*, n 6, janvier 1998, p. 7.

depuis Rome jusqu'aux paroisses, le droit canon et toute la liturgie empruntaient le latin. En outre, alors que le français dominait déjà l'administration centrale, le latin demeurait la langue exclusive de la diplomatie.

Avec la prééminence affirmée du français et la disparition du latin allait naître, sur le plan international, le problème de la traduction des actes juridiques. En effet, la lecture des actes français pouvait s'avérer impossible à ceux qui, même scolarisés dans les universités d'Europe, n'étaient pas originaires des pays d'Oïl. On cite l'histoire du pape Jean XXII, natif de Cahors, incapable en 1323, de lire une lettre en français du roi Charles IV. Les étrangers semblaient eux aussi bien démunis devant un acte notarié écrit en français.

Les notaires – qui assuraient alors une fonction judiciaire – traduisaient alors leurs actes aux étrangers et, inversement, traduisaient les actes en provenance de l'étranger. Un exemple en date du 23 mai 1440 [13] permet d'illustrer ce propos. La cour devait se pencher sur un appel venant du comté de Flandre. Voici ce qu'elle ordonnait au sujet des pièces du dossier écrites en flamand :

> « Les parties sont d'accord que le procès qui est par escript en langage de flament et qui a esté mis devers la court, cloz et seellé, soit escript et translaté de langage de flament, en langage de françois, feablement, *facti substancia in aliquo non mutata* (en ne changeant rien à la substance des faits) par maistre Richart de Merite, maistre es ars et notaire publique, escolier estudiant a Paris en la faculté de droit canon, et Gillequin des Prez, clerc de Maistre Jehan Doulz sire greffier civil du Chastellet de Paris. »

A-2 Le notaire traducteur

Dans la pratique actuelle, si le notaire connaît la langue du contractant qui ne parle pas le français, il effectue lui-même une traduction orale et écrit ensuite les conventions en langue française ou traduit l'acte en marge. Cette traduction est facultative et établie sous sa seule responsabilité. Il mentionne dans la formule de clôture de l'acte sa connaissance de la langue étrangère.

Quand un notaire ne connaît pas la langue, la partie qui ne comprend pas le français doit, sous peine de nullité de l'acte, être assistée d'un interprète nommé par les parties ou, à défaut d'entente, désigné par le Président du Tribunal de grande instance. La mission de l'interprète consiste alors à traduire et expliquer aux autres parties et au notaire les volontés de la personne qui ne peut s'expliquer en français. Les conventions sont ensuite écrites par le notaire en français. La traduction peut être faite à mi-marge, mais cette traduction n'est pas obligatoire. Le notaire prend soin de préciser en pied d'acte qu'il a eu recours à un traducteur, avec une formulation qui peut

(13) Cité par M. CHAURAND J., *Nouvelle histoire de la langue française*, Seuil, 1999, p. 123.

être la suivante : « *La lecture du présent acte a été donnée en français par le Notaire soussigné aux parties, puis M. X, traducteur, l'a traduite en (langue du client) qui a déclaré l'approuver comme étant l'expression de sa volonté* ».

Il faut toutefois rappeler que l'intervention d'un interprète est totalement exclue s'agissant d'un testament authentique. Un notaire doit s'abstenir de recevoir un tel acte s'il ne comprend pas personnellement la langue employée par le testateur pour dicter ses dispositions de dernières volontés. La jurisprudence annule, en effet, de manière constante, les testaments reçus par des notaires qui ont eu recours aux services d'un interprète.

Si le notaire et les témoins connaissent parfaitement la langue étrangère ou l'idiome dont il s'agit, le testament authentique peut, en revanche, être valablement reçu. Dans ce dernier cas, la doctrine s'accorde pour reconnaître que la règle selon laquelle le testament authentique doit, comme tout acte notarié être rédigé en français à peine de nullité ne s'applique dans toute sa rigueur, que pour la partie de cet acte qui est l'œuvre personnelle du notaire rédacteur (exposé et mentions) mais les dispositions testamentaires proprement dites doivent être écrites directement dans la langue du testateur telles qu'elles sont dictées, quitte à en faire à mi-marge, une traduction en français.

En 1998, l'assemblée de liaison, le « *parlement de la profession* », par la voix de son président Maître POUCHES [14], s'est émue de ces questions de traduction. Ce dernier a recentré le débat sur la mission de rédaction du notaire :

> « Le notaire tiers, témoin des parties, magistrat du contrat, doit être capable de rédiger des actes qui tiennent compte de toutes les subtilités et de toutes les intentions des parties, et c'est naturellement dans sa langue maternelle qu'il a le plus de facilités pour le faire ».

L'assemblée de liaison a toutefois formulé le vœu que :

> « les notaires aient la possibilité d'insérer ou d'annexer à leur acte, à la suite du texte français, la traduction dans la langue du comparant, mais seulement dans la mesure où le notaire maîtrisera parfaitement cette langue. »

A-3 Spécificité de la traduction juridique

Traduire consiste à transposer des tournures et un vocabulaire d'une langue dans une autre. C'est utiliser un calque précis qui, en opérant éventuellement quelques modifications, permet de faire passer le contenu entier d'un texte dans une autre langue, c'est-à-dire dans un autre système de signes. Ainsi définit-on habituellement la traduction. Certains textes posent cependant des problèmes particuliers. Il en va ainsi des textes juridiques. Selon l'opinion courante, le droit, comme la poésie, ne se traduit pas. Un ordinateur est un ordinateur, quel que soit le pays où il est utilisé. La traduction d'un discours

(14) *Dr. et patrimoine*, n° 56, janvier 1998, p. 7.

technique ne pose donc pas de problème. Il n'en va pas de même des textes juridiques puisque chaque société possède des réalités juridiques différentes. A chaque société son droit propre, même si de plus en plus de normes juridiques supranationales s'imposent aux Etats.

Traduire le discours juridique et en particulier les actes notariés, c'est donc toujours confronter au système juridique français un autre système qui a ses propres règles, qui n'ont pas toujours leur équivalent en France. Le traducteur ne doit pas seulement utiliser les dictionnaires et les glossaires, il doit également conduire une véritable réflexion juridique sur les conventions à traduire. Il ne faut traduire que quand c'est possible et ne jamais transposer d'un pays à un autre. Si le concept n'est pas tout à fait identique dans la langue cible, il faut laisser le terme dans la langue d'origine et donner l'équivalent entre parenthèses : notaire (*solicitor*). Lorsqu'il n'existe ni traduction, ni équivalent, il faut laisser le terme dans la langue d'origine, en italique, et fournir une explication plus ou moins détaillée selon les besoins du destinataire. L'explication peut figurer entre parenthèses ou sous la forme d'une note de bas de page : consideration (c'est une contrepartie, fournie ou promise par une des parties à un contrat en échange de l'engagement de l'autre). La consideration est un élément essentiel dans la formation (mais pas dans l'exécution et la vie) d'un contrat en droit anglais et s'ajoute à l'offre et à l'acceptation du droit français. Que doit faire le traducteur si l'acte est mal rédigé, ambigü voire incomplet ? Ici, le rôle du traducteur n'est pas de clarifier le texte, mais, au contraire, de rendre une traduction fidèle qui comporte toutes les ambiguïtés et imprécisions du texte source. En effet, si l'ambiguïté est souvent involontaire, elle peut être voulue, et il incombe aux parties ou, éventuellement aux tribunaux de trancher. Si le traducteur se permet de corriger le texte, il modifie le document, faussant ainsi les relations entre les contractants.

Dans la République du droit idéale, tout notaire serait à la fois juriste et traducteur [15], et aurait la capacité d'établir des conventions et leur traduction dans tous les systèmes juridiques et dans toutes les langues. La réalité est tout autre et le temps fait souvent défaut pour permettre d'acquérir une double formation. Les notaires sont donc dans l'obligation de faire appel aux traducteurs interprètes professionnels.

B Traducteurs et interprètes

Le notariat a couramment recours aux traducteurs interprètes sans vraiment connaître le statut de ces professionnels (B-1) ni leurs compétences (B-2). La question de la circulation hors de France des actes met à son tour en

(15) Judith Lavoie, *Faut-il être juriste ou traducteur pour traduire le droit ?*, http://id.erudit.org/iderudit/007599ar

jeu la traduction (B-3).

B-1 La profession de traducteur interprète

Le traducteur traduit dans sa langue maternelle des textes écrits dans une autre langue. On distingue le traducteur technique qui effectue des traductions traitant de sujets techniques, des traducteurs littéraires qui traduisent les ouvrages destinés à être publiés. Le traducteur exerce souvent dans un domaine spécialisé et utilise les outils informatiques tels que les dictionnaires électroniques, la traduction assistée par ordinateur (TA), le traitement de texte et la PAO (publication assistée par ordinateur). Ce sont des outils complémentaires qui ne remettent pas en cause les qualités humaines exigées du traducteur : style, fidélité au texte, intelligibilité. L'interprète quant à lui effectue la traduction orale de discours, débats, conférences, négociations professionnelles. On distingue l'interprète de liaison qui ne pratique que l'interprétation consécutive et l'interprète de conférences qui, selon les cas, pratique l'interprétation consécutive ou l'interprétation simultanée.

L'activité de ces deux professionnels est caractérisée par l'absence complète de statut. A l'exception de ceux qui sont fonctionnaires (Union européenne, Unesco) ou salariés, ils exercent pour la plupart en indépendants (90 %). Selon la définition syndicale, le traducteur interprète professionnel est une personne qui tire de ses travaux de traduction ou interprétariat ses moyens de subsistance. Ils sont réunis majoritairement au sein de la Société française des traducteurs (SFT) [16] et de l'Association internationale des interprètes de conférence (AIIC) [17] qui ont pour mission de défendre les intérêts de leur profession et de faire respecter sa déontologie. L'absence de statut se manifeste par l'extrême diversité des formations qui conduisent au métier de traducteur interprète. A côté des filières universitaires classiques (Masters) on trouve de nombreuses écoles dont la plupart sont rattachées à une université, en particulier l'Ecole supérieure d'interprètes et traducteurs (ESIT) [18].

Il est à noter qu'un débat sur l'institutionnalisation du métier de traducteur interprète agite actuellement la profession. Beaucoup de ces professionnels, dont la formation est longue et difficile, souhaiteraient, par l'adoption d'un statut, susciter dans l'opinion un sentiment d'estime, et se poser sur un pied d'égalité avec les autres professions libérales, médecins, avocats, notaires, architectes, etc. D'autres au contraire refusent radicalement toute idée de statut et de formation obligatoire, considérant que l'aspect le plus fécond du métier de traducteur est l'accueil fait à une immense variété de praticiens,

(16) http://www.sft.fr/index.php
(17) http://www.aiic.net/default.cfm?slg=2
(18) http://www.univ-paris3.fr/esit/

qui n'ont pas toujours derrière eux une formation appropriée mais qui, du fait de leurs connaissances dans les spécialisations qu'ils pratiquent, finissent par acquérir des compétences indiscutables.

B-2 Les critères du choix d'un traducteur interprète

Dans l'attente d'une possible institutionnalisation, la commission formation de l'AIIC a élaboré des critères de qualité applicables aux établissements de formation, qui permettent de juger des connaissances et des aptitudes du traducteur interprète. L'évaluation des compétences d'un traducteur est importante pour tous ceux qui font appel à ses services, en particulier les notaires. Ces derniers s'adressent aux traducteurs interprètes dans deux hypothèses principales. En premier lieu, lorsque l'une des parties ne parle que sa langue nationale que le notaire ne maîtrise pas lui-même. L'interprétation simultanée pendant la lecture de l'acte permet alors l'expression de la volonté du contractant étranger. En second lieu, quand le notaire a dans son dossier un acte rédigé en langue étrangère : état-civil, testament, statuts, etc. La traduction écrite de ces documents lui permet alors de les analyser et ultérieurement d'instrumenter.

Aucune obligation légale n'est faite au notaire dans le choix d'un traducteur interprète, mais il est conseillé qu'il soit pourvu des qualités des témoins instrumentaires. L'interprète peut, d'ailleurs, dans la rigueur des principes, être l'un des témoins instrumentaires, mais il est prudent de ne pas faire cumuler la qualité de témoin et celle d'interprète.

La présence d'un interprète expert judiciaire près les tribunaux n'est pas obligatoire. Ce professionnel assure l'interprétation au cours d'une audience ou d'une instruction, quand un juge est confronté à un problème linguistique qui nécessite un expert « *pour l'éclairer (...) sur une question de fait qui requiert les lumières du technicien* » (NCPC, art. 232). Il traduit également les documents à produire en justice et effectue toutes missions d'expertise requises par le juge : il se prononce sur le sens précis d'un texte, sur la qualité d'une traduction, etc.

Le traducteur interprète expert judiciaire semble bien offrir les garanties de sécurité et fiabilité qu'exigent les notaires. En effet, pour être désigné expert, le traducteur interprète adresse sa candidature au Procureur de la République près le Tribunal de grande instance dans le ressort duquel il exerce son activité professionnelle ; l'examen de sa candidature tient compte de sa moralité et de ses compétences et expériences professionnelles. Après examen des candidatures, la liste des experts retenus est arrêtée chaque année par l'assemblée générale de la cour d'appel. Les experts inscrits depuis au moins trois ans sur une liste de cour d'appel peuvent demander à être inscrits sur la liste des experts agréés par la Cour de cassation.

En acceptant la mission que le juge lui confie, le traducteur interprète expert judiciaire s'oblige à l'accomplir « *avec conscience, objectivité et impartialité* » (NCPC, art.237). En cas de violation de ces obligations, cet expert engage sa responsabilité envers les parties.

Le recours à un traducteur interprète expert judiciaire (encore appelé traducteur assermenté ou expert-traducteur juré) libère le notaire de sa responsabilité dans le choix du traducteur. Dans la pratique quotidienne, les notaires s'adressent en priorité à de tels professionnels, même si beaucoup d'actes sont établis en présence simplement d'une personne ayant une bonne connaissance de la langue étrangère et du français. Quelle que soit la qualité des traducteurs interprètes, il est recommandé de vérifier, s'agissant d'indépendants, qu'ils ont souscrit une assurance professionnelle.

En réalité, le choix d'un traducteur n'a jamais donné lieu à litige. La consultation du fichier du conseil supérieur en matière de responsabilité notariale fait seulement apparaître la responsabilité du notaire qui avait écarté la présence d'un interprète alors que les parties ne comprenaient pas le français et que le notaire lui-même ne pouvait assurer la traduction dans la langue étrangère.

B-3 L'efficacité internationale des actes

L'efficacité internationale des actes soulève le problème de leur légalisation (B-3.1), problème que pourrait solutionner l'avènement souhaité d'un acte authentique européen (B-3.2).

B-3.1 La légalisation

La légalisation est l'attestation par un fonctionnaire de l'exactitude de la signature apposée sur un acte et, s'il s'agit d'un acte public, de la qualité de ceux qui l'ont reçu ou expédié. Cette formalité a pour objet, en facilitant au plan international la preuve de l'authenticité des actes ou documents établis conformément aux règles du droit interne, de favoriser leur production et leur admission à l'étranger. Dans la pratique notariale, cette formalité met en jeu le phénomène de traduction. Le décret du 26 novembre 1971, qui a abrogé l'article 28 de la loi du 25 ventôse an XI, a supprimé l'obligation des légalisations intermédiaires des actes notariés passés en France et destinés à être produits à l'étranger. Sous réserve de l'existence de conventions internationales, ces actes sont désormais soumis à la procédure simplifiée de légalisation sur visa de conformité délivré par le bureau de légalisation du ministère des affaires étrangères.

La circulaire du 4 mai 1981 précise que la formule du visa de conformité apposée par le ministère des affaires étrangères constate, pour les actes publics, « *que le présent acte public a été établi dans les formes prévues par la loi française* ». Pour être admis au visa du ministère des affaires étrangères, les actes

notariés doivent être accompagnés de leur traduction officielle dans la langue du pays cible. Dans le même but, les actes sous seing privé portant certification de signature par des notaires doivent être accompagnés d'une traduction officielle en français s'ils ne sont pas rédigés dans cette langue.

Jusqu'à présent, toute traduction devait émaner d'un traducteur expert judiciaire. Mais une note interne au bureau des légalisations prévoit désormais que les actes sous seing privé rédigés en anglais ou en espagnol peuvent n'être accompagnés que d'une traduction libre – l'anglais et l'espagnol sont deux langues qui ne sont plus tout à fait étrangères, semble-t-il, aux fonctionnaires du ministère des affaires étrangères.

B-3.2 Vers l'acte authentique européen

La notion d'acte authentique, déjà reconnue par 21 des 27 pays européens, a été définie au niveau européen par l'arrêt Unibank du 17 juin 1999 : il s'agit d'un acte établi par une autorité publique dont l'authenticité porte à la fois sur le contenu et sur la signature, et qui doit être exécutoire par lui-même dans l'État dans lequel il a été établi. Le notariat français a formulé à plusieurs reprises par le passé le vœu « *que l'acte authentique circule librement entre les pays de l'Union* », en rappelant à juste titre qu'il ne peut y avoir de sécurité économique sans sécurité juridique.

La Chancellerie a continuellement manifesté son soutien à ce vœu du notariat français que les actes authentiques circulent en Europe et soient immédiatement exécutoires.

La commission des affaires juridiques du Parlement européen s'est saisie ces derniers mois du dossier de l'acte authentique européen, à la suite du rapport déposé par le député européen et professeur de droit, M. Medina Ortega, établissant :

> « que la caractéristique essentielle de l'acte authentique est sa force probante supérieure à celle d'un acte sous seing privé et que cette force probante, qui s'impose au juge, lui est régulièrement attribuée dans les législations des États membres en raison de la confiance dont jouissent les actes établis, dans le cadre des transactions juridiques, par un officier public habilité à cet effet ou par une autorité publique ».

Le Parlement européen adoptait donc le 18 décembre 2008 la résolution suivante :

> 1. La confiance réciproque dans le droit au sein de la Communauté justifie que les procédures liées à la vérification de la véracité de l'acte authentique en matière transfrontalière soient supprimées à l'avenir.
> 2. Cette reconnaissance d'un acte authentique aux fins de son utilisation dans l'État membre requis ne peut être refusée qu'en cas de doute sérieux et motivé sur son authenticité, ou si la reconnaissance est contraire à l'ordre

public de l'État membre requis.
3. Le Parlement demande à la Commission de lui présenter (...) une proposition législative visant à établir la reconnaissance mutuelle et l'exécution des actes authentiques.
4. L'acte faisant l'objet de la proposition législative doit s'appliquer à tous les actes authentiques en matière civile à l'exclusion de ceux qui sont relatifs à des immeubles et doivent ou peuvent faire l'objet d'une inscription ou d'une mention dans un registre public. (...)

A la vérité, certains actes authentiques circulent déjà dans l'UE. Ainsi, le règlement 805/2004 a-t-il créé le titre exécutoire européen (TEE) pour les créances incontestées. Cela permet de doter tout titre exécutoire émanant d'un Etat membre d'un « passeport » européen. La reconnaissance et l'exécution du titre sans procédure de contrôle dans l'Etat d'exécution est rendue possible. Un acte authentique portant sur une telle créance, bénéficie du dispositif au même titre qu'une décision de justice. Le décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 [19], dans son article 16, prévoit, que les requêtes aux fins de certification des actes authentiques notariés en vue de leur exécution à l'étranger sont présentés au notaire.

La reconnaissance mutuelle systématique de tels actes d'un Etat à l'autre apporte désormais simplification et sécurité aux citoyens et aux entreprises dans l'exercice au quotidien de leurs droits.

Néanmoins se pose actuellement un problème de traduction de ce titre exécutoire. En effet, le créancier doit fournir différentes pièces aux autorités d'exécution (Règlement (CE) n° 805/2004, art. 20.2) : copie revêtue de l'habituelle formule exécutoire, accompagnée du certificat [20] de TEE et, au besoin, d'une transcription du certificat ou sa traduction dans la langue officielle de l'État membre d'exécution ou dans une langue qu'il aura déclaré accepter (Règlement (CE) n° 805/2004, art. 20.2). Divers auteurs font remarquer que pour le TEE « *la rédaction retenue laisse en question le fait de savoir s'il suffit de traduire le certificat – ce qui, d'ailleurs, peut paraître inutile en raison de sa standardisation – ou s'il convient aussi de traduire la décision (l'acte) certifiée ?* » [21].

La problématique du plurilinguisme et de la traduction ne manqueront donc pas de se poser dans le futur dans les réflexions conduites sur l'européanisation complète souhaitée des actes authentiques – à commencer par les travaux législatifs sur le futur certificat successoral européen [22].

---

(19) http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000018837937

(20) Voir modèle en annexe

(21) Maître Jean-François Sagaut, *Regard notarial sur le titre exécutoire européen. - Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 pour les créances incontestées*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 44, 4 novembre 2005, 1441

Propositions

Proposition 1 :

L'acte « *contresigné par avocat* » qui a été introduit récemment dans notre droit par la loi du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques, ne comporte aucune disposition contraignante relativement à l'emploi de la langue française.

Comme dit ci-dessus, les textes régissant actuellement l'emploi de la langue française dans les actes juridiques sont l'arrêté consulaire du 24 prairial an XI (13 juin 1803) et le décret impérial du 22 décembre 1812 (qui ont tous deux valeur législative). Il résulte de la combinaison de ces deux textes que les actes sous seing privé ne nécessitent pas l'usage de la langue française, de sorte que l'acte « *contresigné par avocat* » devrait échapper à toute obligation d'ordre linguistique.

Le législateur a donc conféré à la profession d'avocat une capacité stratégique supérieure à celle du notariat dans la prise en compte de la pluralité linguistique, renforçant ainsi leur avantage concurrentiel actuel auprès de la clientèle étrangère et de la clientèle d'entreprises. Aux uns, les notaires, le patriotisme linguistique, qui se révèle être un frein à l'extension de leur champ d'action, aux autres le renforcement de leurs conditions d'intervention et un plus grand libéralisme dans l'adaptation à la pluralité linguistique.

Il n'est pas question de renoncer au patriotisme linguistique qui découle naturellement de notre fonction publique. Il n'est pas question non plus de remettre en cause la sécurité juridique attachée à l'emploi par le notaire français d'une langue dont il maîtrise toutes les subtilités pour choisir les termes traduisant exactement les intentions des parties.

Néanmoins, nous pensons qu'il convient aujourd'hui d'adapter le principe de primauté d'emploi de la langue française pour les actes notariés afin de permettre au notariat de s'adapter à la pluralité linguistique qui caractérise aujourd'hui sa clientèle – à l'heure où il va être permis à des ressortissants de l'UE, très souvent bilingues, d'accéder à la fonction de notaire en France, il semble légitime d'assouplir le principe de primauté du français dans l'acte notarié français.

Nous formulons le vœu que les notaires aient la possibilité :

- «d'insérer dans leur acte, à la suite du texte français, la traduction de l'acte dans la langue d'une des parties dans la mesure où le notaire maîtrisera parfaitement cette langue – par exemple sous condition de détenir un

(22) Maître Edmond Jacoby, *Le certificat successoral européen*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 10, 12 mars 2010, 1122

certificat de compétence de niveau C2 [23] du Cadre européen commun de référence [24] dans ladite langue ».

- «de recevoir l'acte dans la langue commune des parties si les deux parties ne sont pas locutrices du français, en insérant à la suite une traduction française, dans la mesure où le notaire maîtrisera parfaitement cette langue – par exemple sous condition de détenir un certificat de compétence de niveau C2 du Cadre européen commun de référence dans ladite langue ».

Proposition 2 :

Les études urbaines importantes ont été en mesure de développer des services internationaux, en recrutant des juristes et des traducteurs interprètes en leur sein pour s'adapter à la pluralité linguistique de la clientèle – personnel anglais, puis allemand, aujourd'hui russe et chinois – service que le reste des études notariales qui maillent le territoire ne peuvent mettre en place. Dans le même temps, le Projet des notaires de France pour l'horizon 2020 prévoit une mutualisation [25] des compétences – notamment dans son volet destiné à répondre au besoin de spécialisation prévoyant la création d'un Centre notarial de praticiens spécialisés (CNPS).

Nous pensons que le recrutement mutualisé, à l'échelle de la profession, de juristes traducteurs pour les grandes langues de communication devrait permettre de conserver au sein de la profession la valeur ajoutée de la prestation notariale – aujourd'hui versée aux traducteurs indépendants – liée à la traduction, et permettre surtout de conserver toute sa qualité à l'intervention du notaire – précision, incontestabilité et conseil.

Le recrutement de ces juristes traducteurs pourrait permettre d'accompagner tous les praticiens dans le règlement des dossiers comportant des éléments d'extranéité, dossiers en augmentation constante. Compte tenu de ce que ces dossiers posent souvent une double problématique, à la fois d'accès

(23) Selon le niveau C2, le locuteur peut restituer faits et arguments de diverses sources écrites et orales en les résumant de façon cohérente. Il peut s'exprimer spontanément, très couramment et de façon précise et peut rendre distinctes de fines nuances de sens en rapport avec des sujets complexes.
(24) Elaboré grâce à une recherche scientifique et une large consultation, ce document est un instrument pratique permettant d'établir clairement les éléments communs à atteindre lors des étapes successives de l'apprentissage. C'est aussi un instrument idéal pour la comparabilité internationale des résultats de l'évaluation. Il est le résultat d'une décennie de recherches et l'aboutissement de travaux connus comme des « niveaux-seuil » à atteindre pour communiquer efficacement dans une langue étrangère. Le Cadre européen commun de référence (CECR) fournit une base pour la reconnaissance mutuelle des qualifications en langues. Il est de plus en plus utilisé pour la réforme des *curricula* nationaux et par des *consortia* internationaux pour la comparaison des certificats en langues.
(25) *Il faut que les notaires apprennent à mutualiser*, Entretien avec Benoit Renaud, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 45, 12 novembre 2010, 1344

aux droits étrangers et de recours nécessaire aux services de traduction/interprétariat, il serait judicieux de mettre en place ce service commun à la profession au sein d'une structure apte à répondre à cette double demande.

L'ACENODE [26], la toute nouvelle Association du Centre notarial de droit européen, semble bien positionnée pour offrir ce futur service – en lien avec une autre structure déjà existante [27], Juriscope [28], dont se trouve également membre le CSN. Parmi les membres fondateurs de cette association figure le Mouvement Jeune Notariat. On sait que la raison d'être de ce centre a été de répondre à plusieurs préoccupations des instances nationales, à un moment où notre gouvernement demande à la profession un vrai changement, et notamment d'adapter la profession à l'intensification de la circulation des biens et des personnes dans l'UE [29].

Ce centre doit permettre aux notaires de tous les pays d'Europe de se rencontrer, de se former et de s'informer, d'accroître leurs connaissances des droits régissant les différents pays européens et d'optimiser les outils du droit dans l'intérêt du public. Parmi les services proposés par l'ACENODE figure la diffusion d'outils multilingues (plaquettes) validés par le CNUE, le CSN, les instituts, l'ingénierie de formation avec notamment le montage de formations à l'anglais juridique, ainsi que la mise à disposition des praticiens – d'ores et déjà prévue – d'un service de traduction permettant les certifications de documents et d'actes.

(26) http://www.mjn.fr/article.php?sid=108

(27) Au début des années 1990, le constat des lacunes françaises en matière d'information a conduit une équipe d'enseignants de l'Université de Poitiers, forte du soutien actif des collectivités locales (Département de la Vienne et Région Poitou-Charentes), à proposer aux pouvoirs publics français la création d'un service spécifique dont la mise en place serait facilitée par la présence d'un outil privilégié de communication, le « Téléport », sur le site du Futuroscope.
L'objectif était d'améliorer l'accès à l'information sur les droits étrangers, le droit communautaire et le droit international et de sensibiliser les opérateurs nationaux à la nécessité croissante de prendre en compte les systèmes juridiques des pays partenaires dans leurs activités.
Ce service a pris la forme, en mai 1992, d'un Groupement d'Intérêt Public (GIP), baptisé Droit et Médias, et regroupant plusieurs partenaires : le Ministère de la recherche et de l'Education Nationale, le Ministère de la Justice, le Ministère de l'Intérieur, le Ministère de la Coopération, le Centre National de la Recherche Scientifique, le Centre National d'Enseignement à Distance, la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, le Conseil Supérieur du Notariat, le Centre français de droit comparé, l'Université de Poitiers, la Région Poitou-Charentes et le Département de la Vienne.
Sa mission principale était de satisfaire à la demande documentaire exprimée par des opérateurs publics et privés, son rôle étant de fournir la documentation sollicitée. En 1994, il a pris le nom de Juriscope.

(28) http://www.juriscope.org/index.htm

(29) Stéphane Lalanne, *Le Notariat face aux développements du marché intérieur européen des services*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n° 44, 4 novembre 2005, 1443

Proposition 3 :

En France, une grande partie des professions de la finance, de la banque et de la bourse font allégeance depuis longtemps à l'anglais – peut-être demain au chinois – ce qui est ressenti souvent dans l'opinion comme une trahison des élites. A rebours de cette tendance, notre profession s'enracine dans une profonde culture nationale et participe d'une forme de patriotisme linguistique en recevant de façon exclusive les actes en français au quotidien.

Nous pensons que notre profession devrait communiquer également sur ce volontarisme linguistique – sans contradiction avec la proposition visant à assouplir le principe de primauté d'emploi du français dans les actes. Le notariat se distingue nettement des autres professions du conseil, de la finance et du chiffre par sa résistance à la globalisation linguistique, au nom de l'accès de tous au droit – ce qui suppose bien entendu de bannir de nos discours, à l'intérieur et à l'extérieur de nos études les « *process* », « *retro-planning* » et autres « *forwarder* ». Nous pensons que les campagnes de communication de la profession devraient valoriser, à côté de la sécurité juridique apportée par le notaire, cette dimension de notre fonction :

« Mon notaire ne parle pas global english ni chinois,
il parle et écrit en français pour je comprenne ce à quoi je m'engage. »

Proposition 4 :

Le défi du plurilinguisme est d'abord celui de la formation en langues. A ce titre, on ne peut que se féliciter qu'aient été prévus et installés deux laboratoires de langue dans la nouvelle Ecole du notariat [30].

Nous pensons qu'il convient de renforcer, dès l'entrée à l'Université et jusqu'au diplôme de notaire, le volume d'heures d'enseignement en langue étrangère pour les cursus juridiques. En outre, nous pensons que l'incitation à développer des compétences opérationnelles en langues étrangères, et à faire certifier ces compétences, devrait se traduire par une faveur faite aux profils internationaux au sein de la profession (bonification de points dans le cadre des concours de la profession : CFPN, offices créés etc).

(30) Sommaire, *À Paris, la nouvelle école du Notariat est achevée*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 19, 13 mai 2011, act. 450

Conclusion

Faisons face à la complexité sans état d'âme

Xavier-Jacques MECHAIN

> « [...] Notre société contemporaine est traversée par des aspirations contradictoires : d'un côté, elle est en quête d'un Etat protecteur, de l'autre elle sacralise l'individu. Aucune de ces deux aspirations n'est en soi illégitime, mais entre l'espace public et la sphère intime, il y a au centre ce pacte civil, ce pacte civique, familial, intergénérationnel qui vitalise et structure la société française. La force de ce pacte, dont vous êtes les intermédiaires, et les médiateurs, dépend de la solidité de nos valeurs communes. [...] Au milieu de ce changement, il vous revient d'assurer la préservation des repères et des valeurs qui donnent tout leur sens aux vies de nos concitoyens. D'un côté vous préservez le fil de la mémoire, de l'autre vous accompagnez les évolutions de notre temps [...] »

Individu, société, Etat, notaire, intermédiaire, valeurs, évolutions, relations plurielles, tout notre Congrès est contenu dans cet extrait de l'intervention de Monsieur FILLON, Premier Ministre, lors de la séance inaugurale du 107e Congrès des notaires.

Nous avons constaté, au cours de nos travaux, que le droit hésite aujourd'hui, entre encadrement des mœurs et de l'économie, et regain de la liberté contractuelle. « *L'évolution de notre système juridique devrait confirmer cette orientation. A un droit fondé sur de nombreux textes d'ordre public, on substitue progressivement le principe de la liberté contractuelle* » [1]. Le Professeur LE GUIDEC a noté qu'« *il se dégage des tendances dominantes, sorte de dénominateurs communs : un pouvoir accru de la volonté, un domaine élargi du contrat pour construire juridiquement la vie personnelle et patrimoniale, à toutes les étapes qu'elle peut connaître. Il en résultera un pluralisme juridique à un degré jamais atteint. A chaque situation une droit singulier tiré d'un ensemble pluriel.* [2] » Dans un temps caractérisé par la complexité et le relativisme, notre rôle de conseil, de rédacteur et de conciliateur se trouve renforcé, comme nous l'avons vu au cours de nos travaux. L'existence d'une balance juridique impartiale, le notaire, arbitre des contrats et des relations plurielles au sein de la famille et de l'entreprise, et qui, en outre, humanise

---

(1) Bernard Monassier, *La revanche des juristes "new look" et leur nouvelle formation ?*,Revue du Mouvement Jeune notariat, 2009-4

(2) Le Guidec R., *Jeune notariat et innovation*, Revue du Mouvement Jeune Notariat, 2011-2

le droit, constitue plus que jamais une garantie contre le double risque d'un « *abîme sans lois [et d'] un juridisme sans âme* » [3].

Face à cette évolution profonde de notre droit, nous souscrivons pleinement aux résolutions du Professeur LE GUIDEC s'agissant de l'attitude à tenir par notre profession : « *Face à une nouveauté offerte par la loi, qui elle-même répond à une aspiration émanant de besoins sociaux éprouvés, de catégories sociales insatisfaites du droit existant, il y a toujours deux attitudes qui s'opposent : une attitude empreinte de scepticisme, en un mot plutôt négative et, au contraire, une attitude d'ouverture, positive à l'endroit de l'innovation. Le clivage est très net, sans pourcentage de part et d'autre cependant, à propos, par exemple, du mandat de protection future, de l'EIRL, ou encore de la donation partage transgénérationnelle, en passant par la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR). Il va de soi que c'est la seconde attitude qui doit être préconisée […]* » [4], propos faisant écho à ceux de notre confrère Maître MONASSIER : « *Le droit nouveau nécessite imagination, rigueur, innovation. Il ne suffit plus de connaître la règle de droit, il faut la créer. Cette révolution est de nature à attirer les esprits les plus brillants comme cela a été le cas dans le monde anglo-saxon, où la règle d'ordre public est l'exception et la liberté contractuelle la règle.* » [5]

Emparons-nous de ces nouveaux outils et de ces nouvelles opportunités d'intervention pour notre profession. Faisons face à la complexité sans état d'âme. Ne faisons pas mentir le Premier ministre, Monsieur François FILLON : « *Dans le monde complexe que nous vivons, si vous n'existiez pas, il faudrait vous inventer !* » [6]

Une communication externe renouvelée

La communication externe est au cœur des préoccupations de nos instances. Le 29 juin 2011, Benoit Renaud, a présenté, aux côtés du vice-président Jean Tarrade, les vingt propositions du notariat, destinées à être remises à chacun des candidats à la prochaine élection présidentielle. Ces propositions, qui s'articulent autour de quatre thèmes (la famille, le patrimoine, l'entreprise, et la vie dans la cité) doivent permettre à notre profession d'affirmer le rôle de régulateurs de la vie sociale et économique que remplissent les notaires. « *Il y a une volonté du notariat de participer à un évènement démocratique en donnant les orientations que nous souhaitons donner à ce débat* » a expliqué Benoit RENAUD.

(3) Soljenitsyne A., extrait du Discours de Harvard, 8 juin 1978.

(4) Le Guidec R., *Jeune notariat et innovation*, Revue du Mouvement Jeune Notariat, 2011-2

(5) Bernard Monassier, *La revanche des juristes "new look" et leur nouvelle formation ?*,Revue du Mouvement Jeune notariat, 2009-4

(6) Extrait de l'intervention de François Fillon à la séance inaugurale du 107e Congrès des notaires

Le premier chapitre est consacré à la famille. Il est suggéré de donner plus de place à la liberté testamentaire, en prévoyant une diminution de la réserve héréditaire, de promouvoir les solidarités face aux enjeux de la dépendance, en développant les prêts viagers hypothécaires, en rénovant les règles relatives à la vente en viager ou en améliorant le traitement fiscal de la donation avec charges. Un volet est consacré à la conjugalité en conférant au droit temporaire au logement du partenaire survivant un caractère d'ordre public, en conférant au partenaire survivant un droit viager sur le logement commun et le mobilier le garnissant et en élaborant un statut autonome du Pacs. Enfin, il est demandé la modification de la fiscalité de la transmission à titre gratuit de l'adopté et des beaux-parents et la promotion des dons d'organes. Un second chapitre est relatif au patrimoine et comportent cinq propositions : envisager une clarification législative de l'assurance-vie, favoriser la transparence des transmissions de sociétés à prépondérance immobilière, améliorer l'accession à la propriété, créer un fichier de publicité des cautions, et enfin, prendre en compte le patrimoine numérique. Le troisième volet porte sur l'entreprise : unifier le régime des droits d'enregistrement lors de cessions d'entreprise, simplifier le régime fiscal des transmissions d'entreprise, favoriser les transmissions familiales des entreprises, mettre fin au blocage des prix de vente des fonds de commerce et sécuriser les relations juridiques des entreprises à l'export. Dans une quatrième partie plus sociale, il est proposé d'abaisser l'âge de la majorité civile à 16 ans. Au-delà des aspects juridiques de ces propositions, Benoit Renaud a également tenu à souligner que cette démarche témoigne pour le notariat d'un positionnement plus affirmé sur le plan de la communication externe : « *Le temps de la discrétion est révolu [...] nous avons payé au prix fort notre discrétion. Désormais nous serons plus visibles, plus audibles !* ».

La 62e session de l'Assemblée de liaison doit, pour sa part, avoir lieu en novembre 2011 et consacrera ses réflexions à la communication dans le notariat. Le constat de la situation actuelle appelle sans doute des évolutions : « *[…] Nous sommes trop dans l'interdit. Le notaire ne peut s'exprimer qu'au nom du groupe. Il n'existe pas sur le plan médiatique. Cela tend à nous fragiliser auprès du grand public. Rares sont d'ailleurs nos concitoyens capables de citer un nom de notaire connu alors que tous connaissent au moins un avocat célèbre.* [7] »

Pour illustrer ce propos, on peut évoquer la récente première de couverture du *Figaro Magazine* intitulée [8] « *Le nouveau pouvoir des avocats* ». Le dossier

(7) Alain Gautron cité par Valérie Ayala, *Cinq questions à Alain Gautron, Rapporteur général de l'Assemblée de liaison*, Notariat 2000, n° 521, 2011

(8) *Le nouveau pouvoir des avocats*, Le Figaro Magazine, 14 mai 2011, p. 35-44

contenu dans ce numéro offrait une série de portraits d'avocats réunis sous différents titres (les légendes vivantes, les nouveaux convertis, les stars du *business*, les étoiles montantes, les ténors du pénal, les conseillers influents, les intellectuels) et s'interrogeait : « *Qu'ont donc de si attirant ces hommes en robe noire pour séduire la presse ? Peut-être tout bonnement un air de liberté et un ton indépendant dans une société où la communication est corsetée. […]* »

L'Assemblée de liaison semble rejoindre la préoccupation du CSN de rendre notre profession plus médiatique : « *Que chacun puisse s'exprimer librement au niveau médiatique tout en respectant un "critère d'utilité" pour le public et pour la profession. […] De même, nous aimerions qu'un confrère qui s'illustre brillamment, dans son domaine professionnel, voire extraprofessionnel (sport, culture, humanitaire…) puisse être mis en avant dans les médias sans que cela soit ressenti comme un acte anti-confraternel.* [9] »

Nous souscrivons pleinement à ce positionnement et à ce choix de renouvellement de la communication de notre profession. Par ailleurs, comme cela a été dit précédemment, il est souhaitable que la profession dispose, dans un proche avenir, d'une structure efficiente de communication de crise et de défense : « *Enfin, compte tenu des nombreuses attaques auxquelles la profession doit faire face, il nous semble important de créer un "commando" de super communicants, formés pour répondre aux journalistes et répartis au travers de cellules spécialisées : l'immobilier, la défense du statut et l'actualité notariale* » [10].

Nous suggérons également qu'une attention particulière soit portée aux nouveaux médias. Le renforcement de la présence notariale sur internet et la multiplication des ressources notariales multimédia s'imposent, notamment face aux *Webtélés* développées récemment par d'autres professions [11].

Une certaine approche de la modernité

« *Nous devons nous servir de notre longue expérience pour décupler notre capacité d'analyse de la réalité économique et sociale de notre pays. Une telle perspective exige des investissements constants, qu'ils soient le fait des instances ou de chaque office. C'est par ce biais que nous renforcerons notre légitimité et que nous conforterons définitivement le caractère essentiellement moderne de nos prestations.* [12] » a déclaré récemment Benoit Renaud. La longue expérience

(9) Alain Gautron cité par Valérie Ayala, *Cinq questions à Alain Gautron, Rapporteur général de l'Assemblée de liaison*, Notariat 2000, n° 521, 2011

(10) Alain Gautron cité par Valérie Ayala, *Cinq questions à Alain Gautron, Rapporteur général de l'Assemblée de liaison*, Notariat 2000, n° 521, 2011

(11) http://tvdroit.fr/

(12) Benoit Renaud, *Une idée simple et futuriste*, Editorial *in* Une mémoire des volontés, Groupe ADSN, juin 2011

du notariat qu'évoque Benoit RENAUD, l'ancienneté de notre profession, le caractère exigeant de la formation, le long chemin qui conduit à la fonction de notaire ne doivent pas être regardés comme des tares mais devraient être plus souvent valorisés dans la communication de la profession.

Nous pensons qu'il n'est pas rentable pour une profession comme la nôtre, qui participe de l'Etat, de la permanence, de la continuité, de la responsabilité, de céder à la tendance actuelle, grave et profonde, qui paraît être la prédilection qu'ont systématiquement beaucoup de nos contemporains, notamment les jeunes, pour tout ce qui est ou leur semble moderne. Comme si la force qu'apportent l'expérience, la connaissance, le savoir-faire, la tradition, l'histoire, ne comptaient plus. A cette quête de la modernité à tout prix s'ajoute une autre tendance contemporaine, consistant à exalter tout ce qui est révolte, dérision et destruction, sous prétexte que ce sont des marques d'initiative et de création. Nous pensons – et nous sommes pourtant une équipe de trentenaires – que c'est un tort pour notre profession de céder à ces tendances, de verser dans le « *jeunisme*» et la dérision (nous faisons bien entendu référence à la campagne de communication récente du CSN autour du personnage de Justin Conseil) et de brouiller ainsi notre image, particulièrement auprès du public jeune.

Un argumentaire à développer au quotidien

« *Notre société aura toujours besoin d'un régulateur. Sous quelle forme existera le notariat dans quarante ans ? Il est difficile de répondre mais une chose est sûre, les missions* [13] *de la profession perdureront car elles sont et resteront indispensables.* » A l'exemple de Jean-Pierre FERRET, il convient de communiquer inlassablement, en toutes circonstances, sur les avantages de nos services. On peut structurer facilement son argumentaire à l'aide de matrices, avec en premier lieu l'AOC notariale :

Authenticité – Officier - Conseil

• *A comme Authenticité*

Par le pouvoir d'authentification, le notariat est le mieux placé au sein des professions du droit et du conseil pour satisfaire les besoins de garantie et de sécurité exprimés par le public.

En effet, l'acte authentique reçu par un notaire présente de nombreuses caractéristiques, qui le distinguent et fondent sa supériorité sur toute autre forme d'acte juridique. Ainsi, son contenu est garanti par le notaire dont il assume l'entière responsabilité de la rédaction, après s'être assuré que l'acte informe les parties sur les conséquences de leur engagement, recherche un

(13) Jean-Pierre Ferret, *Du CSN à l'ADSN : d'une présidence à l'autre, in* Une mémoire des volontés, Groupe ADSN, juin 2011

équilibre contractuel et respecte l'ordre public. Un acte authentique a date certaine. Il peut se voir conférer la force exécutoire, et il bénéficie, enfin, d'une garantie de conservation d'une durée de 100 ans.

Il a la force probante qui confère un caractère incontestable aux faits énoncés et constatés par le notaire et vaut à l'acte authentique d'occuper et conserver la première place [14] dans la hiérarchie des preuves établie par le Code civil.

• *O comme officier public*

La recherche de capacités stratégiques permettant d'obtenir un avantage concurrentiel implique l'identification de capacités durables, que les concurrents auront des difficultés à obtenir ou à imiter. On appelle robustesse des capacités leur caractère « *non-imitable* ». A ce titre, la capacité stratégique du notariat est encore renforcée par les garanties qu'offre la profession, du fait de la qualité d'officier public du notaire et des conséquences qui y sont attachées, garanties que ne sont pas en mesure de fournir les autres professions du droit et du conseil. En effet, l'intervention du notaire offre à la clientèle des garanties d'indépendance, dictées par des règles déontologiques strictes. La déontologie, telle qu'elle résulte des textes en vigueur et en particulier du règlement national de la profession, comporte de nombreuses dispositions qui sont autant de garanties préservant l'indépendance du notaire et assurant la plus grande sécurité à ses clients. C'est ainsi que toute activité commerciale est, par nature, interdite à un notaire. Il ne peut se livrer à des actes de commerce, de banque, de courtage de valeurs mobilières ou à des opérations spéculatives d'achat et de vente d'immeubles. Il ne saurait pas plus s'intéresser à titre personnel aux affaires qu'il traite, comme il ne peut recevoir des fonds à charge d'en servir des intérêts, consentir des prêts sur ses deniers personnels non constatés par acte authentique ou se constituer garants voire cautions des prêts et des actes rédigés par lui. De même, l'intervention du notaire, véritable confident de ses clients, est soumise au secret professionnel. Cette obligation, qui s'impose à lui comme à tout collaborateur de son office, couvre les dossiers qui lui sont confiés, qu'il s'agisse de la production d'actes mais aussi de l'échange de correspondances ou de simples sujets de conversation. Toute violation de cette obligation est sanctionnée par des peines

(14) Ces qualités peuvent toutefois devenir au fil du temps ce que l'on appelle un point de blocage. Nous sommes tellement convaincus de l'importance stratégique de l'authenticité, tellement rassurés par le fait qu'elle sous-tend la performance et le succès, que nous sommes parfois tentés de la considérer comme une qualité indéfectible, au point de surestimer son intérêt réel pour le client. Par exemple, certains clients seront attachés à l'opportunité et à l'optimisation du conseil, ou à la réactivité, plutôt qu'aux garanties attachées au formalisme de l'acte notarié. Il convient de prendre en compte ces attentes sous peine de délaisser les nouveaux espaces stratégiques.

pénales, civiles et disciplinaires. À ces garanties inhérentes à l'intervention du notaire, gages de son indépendance et de sécurité pour la clientèle des études, s'ajoute l'obligation pour le professionnel de contracter une assurance responsabilité civile. À l'instar de toute profession libérale appartenant à un secteur réglementé, le notaire est assuré contre les conséquences des erreurs susceptibles d'être commises par lui-même ou par son personnel, dans le cadre de son activité de conseil ou de rédacteur d'actes. De tels risques font l'objet d'une couverture organisée collectivement par les instances professionnelles du notariat en fonction des textes réglementaires. Les fonds détenus par les notaires, à l'occasion des transactions qu'ils mettent en œuvre lors de la rédaction des actes, sont déposés à la Caisse des Dépôts et Consignations, ce qui garantit la représentation desdits fonds. Parallèlement à cette assurance traditionnelle, le notariat français a organisé une garantie collective, couvrant les conséquences pécuniaires des fautes et négligences intentionnelles, qui ne peuvent pas être prises en charge par les techniques classiques d'assurance. Il s'agit là d'une garantie unique en son genre chez les professions juridiques. Elle traduit la volonté du notariat d'être solidairement responsable des interventions de la profession vis-à-vis de la clientèle des offices [15].

• *C comme conseil*

On aime à rappeler la déclaration du conseiller Real dans l'exposé des motifs de la loi du 25 ventôse an XI :

> « A côté des fonctionnaires qui concilient et qui jugent les différends, la tranquillité appelle d'autres fonctionnaires qui, conseils désintéressés des parties aussi bien que rédacteurs impartiaux de leur volonté, leur faisant connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédigeant les engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique et la force d'un jugement en dernier ressort, perpétuant leur souvenir et conservant leur dépôt avec fidélité, empêchent les différents de naître entre les hommes de bonne foi et enlèvent aux hommes cupides avec l'espoir de succès, l'envie d'élever une injuste contestation. »

Le règlement national du notariat, approuvé par arrêté du 24 décembre 1979 et daté aujourd'hui du 24 décembre 2009, a complété cette définition :

> « Il est le conseil des personnes physiques ou morales de droit privé et de droit public, le rédacteur impartial de leur volonté. Il leur fait connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédige leurs

(15) Sur les 4,5 millions d'actes que les notaires reçoivent en France, 0,1 pour mille donneraient lieu à contentieux, ce qui témoigne de la sécurité de l'intervention notariale.

engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique assorti, le cas échéant, de la force exécutoire.
Il assure la moralité et la sécurité de la vie contractuelle. »

La loi ayant confié au notaire l'emploi du moyen juridique qui permet de constater les conventions des parties, il est tenu de fournir un acte valable ne contenant que des conventions permises et produisant les résultats que les parties attendent. Le notaire, rédacteur de l'acte, doit avoir préalablement donné le conseil approprié non seulement pour la validité mais aussi du point de vue de l'opportunité pour que soit réalisé ce que demande le client. Les tribunaux ont très tôt et très fermement affirmé ce devoir de conseil. Ce devoir de conseil se développe dans la pratique tous les jours davantage à mesure, semble-t-il, que la législation, devenant plus abondante et plus confuse, rend plus complexe et plus difficile la défense des intérêts de la clientèle dont le notariat assume la charge. L'obligation de conseil pèse sur le notariat alors même qu'il n'est chargé que de régulariser un acte dont les conditions ont été arrêtées sans son concours.

Pour enrichir cet argumentaire, on peut ajouter à la matrice AOC la matrice TEG :

Tarif – Efficacité – Global

T comme tarif

Strictement réglementée, la rémunération du notaire fait l'objet d'un tarif national, qui s'impose à tous. La tarification des actes notariés et des formalités liées à l'accomplissement de ces actes est étroitement liée au statut d'officier public et ministériel dont relèvent les notaires. En souhaitant rendre la « *justice volontaire* » indépendante de la justice contentieuse, l'Etat a, en effet, délégué une parcelle d'autorité publique à notre profession. L'égal accès de tous à ces prestations a justifié l'instauration de ce tarif obligatoire, pour lequel le texte de référence est aujourd'hui le décret du 8 mars 1978, modifié à plusieurs reprises pour s'adapter aux évolutions sociales et économiques. Il convient de distinguer les actes tarifés (ventes, donations, contrats de mariage, successions…), pour lesquels le notaire perçoit des émoluments (proportionnels ou fixes), dont les remises partielles sont interdites, sauf circonstances exceptionnelles et avec l'autorisation expresse de la Chambre dont il relève, des actes non tarifés, qui font l'objet d'honoraires libres en vertu de l'article 4 du décret fixant le tarif des notaires.

E comme efficacité

On vise ici les capacités opérationnelles et technologiques du notariat et de l'office : traitement rapide des demandes des clients, de l'information, démarche qualité, nouvelles technologies, multimédia etc.

G comme service global

On vise ainsi les services juridiques et économiques complets qu'offre le notaire (rédaction d'actes, expertise immobilière, transactions, gestion locative, gestion de patrimoine), mais aussi la vision globale et dynamique du patrimoine qui est la sienne, dans ses dimensions juridiques et économiques.

Moderniser l'accès à la fonction de notaire

Le présent rapport s'est intéressé, entre autres sujets, à l'environnement dans lequel évolue le notariat, notamment aux menaces et aux opportunités que recèle cet environnement. Toutefois, ce n'est pas l'environnement qui conditionne réellement le succès, mais plutôt la capacité stratégique de chaque organisation. Cette capacité stratégique résulte des ressources et des compétences de l'organisation, et en particulier, s'agissant d'une profession libérale, dans le capital intellectuel que représentent les hommes et les femmes qui l'animent.

Au 31 mai 2011, il y avait 9 132 notaires en France, secondés par environ 49 000 collaborateurs, ce qui fait que le notariat, considéré dans son ensemble, fait partie des plus grandes organisations de France. Accaparés que nous sommes par les multiples tâches auxquelles nous devons faire face comme chefs – d'entreprise – augmentées de la mission très lourde d'auxiliaires de l'administration fiscale chargés du recouvrement de divers droits et taxes et de la publicité des actes – nous devons avoir la préoccupation constante de disposer du temps suffisant pour conseiller nos clients, même à l'occasion des demandes spontanées d'authentification qui nous sont soumises. Nous devons rester des hommes de conseil plus que de production, y compris face aux dossiers familiaux difficiles nécessitant temps et expertise [16]. Au quotidien, nous pouvons nous appuyer sur le travail de collaborateurs d'un très haut niveau de compétence et de professionnalisme, en particulier les notaires assistants, futurs notaires eux-mêmes. Or, passé le temps de la formation et de l'acquisition de l'expérience, beaucoup de ces collaborateurs renoncent aujourd'hui à une évolution vers l'association ou à tenter l'aventure d'une reprise d'office, découragés par un marché des cessions et des participations jugé opaque – asymétrie d'informations, peu d'offres, beaucoup de demandes.

---

(16) Par le passé, certaines chambres ont pu formaliser au moyen de chartes le renforcement du conseil au sein des offices : « *Il s'agit de veiller à ce qu'aucun office ne n'exonère directement ou indirectement de ses obligations en matière de service public, soit par une spécialisation qui laisse de côté tout ou partie du socle notarial de base correspondant au service public notarial, soit en tirant partie d'une localisation géographique qui permet de se soustraire, dans les faits, aux relations avec la clientèle de particuliers. […] La Chambre demande que tous les offices de la Compagnie disposent d'un service chargé de traiter les demandes de particuliers en matières d'actes courants et d'actes de droit de la famille. Ce service doit être placé sous la responsabilité d'un notaire.* »

Sans renoncer à une gestion administrée de l'offre notariale [17] afin d'adapter l'implantation et le nombre de notaires aux besoins du public, évalués de façon constante par nos instances, nous pensons qu'il convient de rénover les conditions d'accès à la fonction de notaire. Ce souci de rénovation est semble-t-il partagé par nos autorités de tutelle et nos instances [18], et a déjà fait l'objet de nombreux développements dans les rapports de précédents Congrès de notre Mouvement ou de l'Assemblée de liaison, s'agissant de l'augmentation du nombre de notaires [19], de la localisation de l'office de notaire, de l'invention de site [20], de la suppression de l'habilitation des clercs, du statut de notaire salarié, de la création d'office notarial [21] ainsi que de réflexions au sein de la commission « *Remue-méninges* » de notre mouvement.

Dans ce dernier propos, nous avons voulu faire porter notre réflexion sur un point crucial pour l'évolution de notre profession : l'actuel fonctionnement du marché des cessions et des participations. La diffusion actuelle des offres de cessions ou de participations s'opère par le canal de publications dans les revues professionnelles, par l'entremise de certains cabinets privés ou d'associations, par la mise en relation opérée au niveau des chambres départementales ou au niveau du CSN par des fichiers de cessions d'office, mais plus souvent encore par relations et réseaux privés. De l'aveu de beaucoup d'acteurs, la rencontre de l'offre et de la demande manque d'organisation et d'efficacité – en particulier les fichiers de cessions d'office tenus par les chambres ou le CSN qui fonctionnent « *à l'aveugle* » pour les candidats repreneurs, seuls les cédants ayant accès dans un premier temps à l'intégralité des informations du fichier. En outre, la majorité des candidats manifeste

---

(17) Voici la manière dont communique le Conseil supérieur du Notariat sur l'installation des notaires : « *Implanté [le notaire] sur tout le territoire en vertu d'une répartition arrêtée par le ministre de la justice en fonction des besoins de la population, il assure un service public juridique de proximité. En effet, les offices notariaux ne sont pas soumis à un « numerus clausus » particulier (ce qui équivaudrait à une limitation du nombre des notaires) mais sont soumis à une implantation encadrée des offices sur tout le territoire pour répondre aux besoins de la population.* »

(18) « *Dans cette indispensable perspective de croissance, confirmée dès mon élection, mes chers confrères, je vous invite à l'audace tant il est prouvé que la multiplication de l'offre entraîne celle de la demande.* » Extrait de l'intervention de Benoit Renaud à la séance inaugurale du 107e Congrès des notaires

(19) 9 12 notaires peuvent-ils suffire aux affaires de la 6e économie mondiale ? A l'heure où, pour affronter la concurrence des autres grandes villes européennes, les métropoles régionales entreprennent de vastes opérations d'urbanisme et d'aménagement Quand le compartiment immobilier de la bourse est en plein boom avec la création de nouveaux véhicules d'investissement ? Quand, sous l'effet du vieillissement de la population, les demandes de conseil des familles ne cessent d'augmenter ?

(20) *L'Économie et le Droit*, Congrès 2007 du Mouvement Jeune Notariat (MJN)

(21) *Avenir Notaire : L'installation du notaire*, 40e Congrès Jeune Notariat

le souhait que le processus d'accès à la fonction soit fondé sur le *mérite* et non plus sur la *génétique*, sur la *fortune* ou sur les *relations* [22].

Nous pensons que le mode principal d'accès à la fonction actuel, par rachat d'un office ou prise de participation, ne prépare assez notre profession aux évolutions de l'environnement concurrentiel. Il présente le tort de fonctionner principalement sur le principe de la réplication parfaite – « *je m'associe ou cède à celui/ celle qui me ressemble.* » Or, les innovations résultent de conditions où la variété et la diversité prédominent, alors que l'uniformité se traduit par l'inertie et le conformisme :

> « Qu'il s'agisse des espèces dans le milieu naturel, des individus dans la société ou des idées dans une organisation, l'uniformité n'est pas la norme. [...] Tout organisme vivant – y compris les organisations – évolue grâce à la sélection naturelle qui s'exerce sur cette variété. » [23]

Le renouvellement des talents – plurilingues, pluridisciplinaires – s'impose pour construire la notariat de demain, dans une période de transition démographique où la génération du baby-boom envisage massivement de quitter la fonction :

> « On peut, pour le moins, saluer le grand retour du droit et des juristes dotés de l'esprit de synthèse en plus de leur traditionnel esprit d'analyse. L'ère des juristes, ouverts à l'économie, à la sociologie, à la stratégie, semble avoir sonné. De technicien, le juriste de demain sera devenu un possible décideur politique, économique et social. [...] Le notariat ne doit pas rester à l'écart de ce mouvement. » [24]

En l'état actuel de l'accès à la fonction de notaire, il y a par ailleurs un paradoxe évident qui frappe tous les observateurs : ni les instances ni les autorités de tutelle ne peuvent aujourd'hui exercer d'influence sur le renouvellement des hommes et des femmes qui seront les notaires de demain, alors que la performance et la pérennité de l'organisation toute entière – et les services rendus aux usagers, qui sont au centre du système – dépend de l'innovation et de la valorisation de ce capital intellectuel :

> « L'innovation et l'entrepreneuriat sont des moteurs fondamentaux de l'économie. [...] Pour les entreprises privées confrontées à un environnement concurrentiel, l'innovation est souvent une condition de survie. Pour les organisations de service public, la pression budgétaire et les exigences croissantes des usagers imposent des innovations toujours plus

(22) Olivier Jamar, *Pour la généralisation du concours*, Revue Notariat 2000, 2009

(23) Gerry Jonhson et allii, *Stratégique*, Pearson Education, 2008

(24) Bernard Monassier, *La revanche des juristes "new look" et leur nouvelle formation ?*, Revue du Mouvement Jeune notariat, 2009-4

nombreuses […] » [25]

Au final, les soupçons de manque de légitimité et d'autoreproduction sociale des élites pèsent toujours lourdement sur notre profession. Cela a pu conduire un ancien Président de notre mouvement à proposer la généralisation d'un concours pour accéder à la fonction de notaire en France :

> « La réussite d'un concours pour accéder à la fonction de notaire constituerait assurément une condition irréprochable au regard des règles du Traité européen pour accéder à la profession de notaire dans la mesure où elle ne crée pas de discrimination entre les juristes européens et qu'elle vise à assurer de manière adéquate et proportionnée la qualité du service notarial que peut légitimement attendre de cette profession le consommateur. Ce mode de recrutement aurait également l'avantage de démocratiser la profession. Il permettrait de légitimer aux yeux de l'opinion le monopole et l'accès à la profession de notaire […]. » [26]

Nombreux sont ceux qui s'étaient élevés en son temps contre une telle proposition jugée excessivement dirigiste, en produisant pour arguments, pêle-mêle, la tradition, la dimension libérale de l'activité notariale, l'*intuitus personae* et l'*affectio societatis* liés à l'exercice de la fonction dans un cadre sociétaire, la spécialisation et l'organisation des offices importants, les capacités financières etc. Ceux-là, attachés à une conception libérale, et qui défendent le maintien de l'organisation actuelle du marché des cessions et participations, manifestent toutefois une certaine schizophrénie lorsque, dans le même temps, ils se pressent auprès de nos autorités de tutelle pour que soit défendue devant les instances européennes la participation de notre profession à « *l'exercice de l'autorité publique* » justifiant des procédures de recrutement et la limitation du nombre de notaires.

Nous pensons que nos instances devraient faire preuve d'initiative et d'imagination pour proposer à nos autorités de tutelle une réforme de l'accès à la fonction de notaire, afin de rendre notre mode de recrutement plus adapté aux besoins des usagers, aux préoccupations – dans un rapport équilibré – des cédants et des cessionnaires, aux réalités économiques et organisationnelles des offices, ainsi qu'aux exigences de nos autorités de tutelle et des institutions européennes.

La voie d'un concours est sans aucun doute à privilégier car elle garantit la transparence, la légitimité et la diversification des recrutements – d'ailleurs, pour l'auteur précité [27] « *le concours n'est pas incompatible, sauf en cas de créa-*

---

(25) Gerry Jonhson et allii, *Stratégique*, Pearson Education, 2008

(26) Olivier Jamar, *Pour la généralisation du concours*, Revue Notariat 2000, 2009

tion d'office où il ne se justifie pas, avec le paiement d'une indemnité […] pour autant que celle-ci soit légalement organisée dans la transparence et contrôlée par les organes officiels de la profession».

Nous pensons qu'une voie moyenne, sauvegardant une part nécessaire d'*intuitus personae* au recrutement, tant du côté des cédants que des cessionnaires, pourrait consister en un concours «*d'accès au fichier des cessions/participations d'offices de notaire*» permettant aux lauréats d'accéder à un marché organisé et régulé des cessions/participations leur garantissant l'accès à l'intégralité des offres et une hiérarchisation de leurs demandes en fonction de leur rang de sortie au concours.

On peut imaginer une modulation du concours à l'aide de nombreux critères, constituant autant de leviers d'influence pour les instances et les autorités de tutelle sur le profil des futurs notaires – sur le modèle à la fois des conditions des concours de recrutement et des modalités de mouvements territoriaux des fonctionnaires.

Schématiquement, les paramètres de ce nouveau mode d'accès à la fonction de notaire via un concours «*d'accès au fichier des cessions/participations d'offices de notaire*» pourraient être les suivants:

- obligation des cédants d'enregistrer leur offre de cession à un fichier national des cessions/participations d'offices de notaire;
- droit de sélection encadré des cédants exerçant en société (limitation à deux occurrences du droit de refuser un candidat, et encadrement dans le temps de la présentation, puis de la cession);
- épreuve orale (outre les épreuves écrites [28] sur le modèle du concours de création d'office) permettant d'apprécier les qualités culturelles, managériales et statutaires des candidats au concours;
- bonifications de points destinées à orienter le profil des futurs notaires (compétences linguistiques certifiées, pluridisciplinarité, spécialisations, engagements au service de la profession);
- bonifications de points, après réussite au concours, destinées à prendre en compte l'ancrage dans l'entreprise ou dans un territoire [29] (prise en compte des années d'expérience dans la même entreprise, dans la même ville ou dans le même territoire).

---

(27) Olivier Jamar, *Pour la généralisation du concours*, Revue Notariat 2000, 2009

(28) On pourrait ajouter qu'un concours pour accéder au marché des cessions aurait pour vertu d'obliger chaque candidat ou notaire déjà nommé à se soucier en permanence de sa formation continue.

(29) Une telle bonification semble judicieuse pour limiter les déracinements, en songeant en particulier au souhait légitime de reprise d'un office par un parent du cédant.

Un rôle de régulation sociale

Dans son rôle social de pacifier les relations humaines et de les ordonner en évitant les conflits de naître, le notaire fait appel au bon sens, et à une certaine connaissance des passions et des vices des hommes. Il ne nous appartient pas de condamner les maux du temps, la course à l'argent et au confort, la technique envahissante, la culture du plaisir, les dérives destructrices d'une liberté et d'un individualisme poussés à l'excès. Il nous appartient en revanche de nous interroger sur le relativisme diffus dans notre société, et de témoigner qu'aucun ordre social ne peut durablement se fonder sur le principe que rien n'est vrai, et qu'il entre dans toute vie – et dans la vie juridique – une dose de vérité que l'époque ne peut méconnaître. Il nous appartient [30] donc de faire entendre, avec délicatesse, à travers nos conseils, mais aussi dans les relations humaines au sein de notre office, qu'il existe une autre voie d'épanouissement et de liberté :

OUI

– à une société productrice de richesses matérielles et spirituelles,
– à la découverte de l'autre dans la sincérité,
– aux personnes bienveillantes,
– à l'être, à la responsabilisation, à la conscience,
– à la sérénité, au pouvoir personnel, à la liberté intérieure, à la force morale,
– à une organisation pluraliste dans laquelle les opinions différentes permettent d'alimenter le débat collectif.

De ce point de vue, il faut redire le caractère inséparable des deux faces de la fonction notariale : mode de vie et discours. Discours et mode de vie sont intimement liés pour le notaire – un peu comme pour le philosophe. On ne cesse pas d'être notaire dans sa vie personnelle rappellent d'ailleurs souvent nos autorités de tutelle lors des prestations de serment des nouveaux notaires. L'attitude de méfiance vis-à-vis de l'ego devient une exigence d'exemplarité face aux clients et oblige à cultiver les plus belles vertus notariales : humilité, conseil, service, probité, écoute des autres.

Faisons en sorte que l'office notarial représente encore longtemps une parcelle d'humanité au sein de la cité.

---

(30) « *[…] il vous revient d'assurer la préservation des repères et des valeurs qui donnent tout leur sens aux vies de nos concitoyens […]* » Extrait de l'intervention de M. Fillon, Premier ministre, lors de la séance inaugurale du 107e Congrès des notaires de France.

Table des matières

Introduction 7
Présentation du Rapporteur général
Introduction aux travaux du Congrès 2011 9
Entretien avec M. Florent GUENARD 27
Notariat et culture stratégique 35
1 – Le macroenvironnement 36
2 – Le secteur d'activités 50
Conclusion 66
Proposition 67

Première commission : Famille et Patrimoine 69
Introduction aux travaux de la première commission 71
Le notaire et la protection du conjoint survivant 73
1 – La voie successorale légale 75
2 – La voie successorale conventionnelle 75
3 – La voie matrimoniale 79
4 – La voie bénéficiaire 83
Famille, patrimoine, relations plurielles et rôle du notaire . . .93
1 – Famille et patrimoine sous le signe du pluralisme 95
2 – Mise en œuvre notariale du pluralisme 104
Les relations plurielles dans le droit du divorce :
L'avant-divorce et les mesures d'expertise 107
1 – Le notaire, nouvel acteur dans le divorce... 111
2 – Contribuant à la pacification du contentieux matrimonial 126
Propositions 133
Les relations plurielles dans le droit du divorce :
Le rôle du notaire après le divorce 135
1 – Le notaire, acteur amiable 135
2 – Le rôle du notaire dans le partage judiciaire 144
Propositions 148

Le regain des donations avec délivrance à terme 151
1 – La mise en œuvre du terme 151
2 – La pluralité d'acteurs 153
3 – Modèle de clause insérant une délivrance à terme 161
Le réveil des donations à charge de rendre 163
1 – Une pratique consacrant le rôle du notaire... 164
2 – L'exigence de protection de l'avoir familial 175
La redécouverte de l'avantage matrimonial et du cantonnement 180
1 – La faculté de cantonnement 180
2 – L'avantage matrimonial 186
Le mandat de protection future 191
1 – Le mandat de protection future au regard du droit comparé 193
2 – L'objet du mandat de protection future pour soi et pour autrui 195
Le mandat posthume 216
1 – La nature juridique et les éléments constitutifs du mandat posthume 217
2 – Les effets du mandat posthume 224
L'execution testamentaire 234
1 – Nature juridique de l'exécution testamentaire 234
2 – Mission et pouvoir de l'exécuteur testamentaire 238
Le mandat successoral 246
1 – Désignation du mandataire successoral conventionnel 246
2 – Mission du mandataire successoral conventionnel 248
3 – La fin du mandat successoral conventionnel 251

Deuxième commission : Economie et Affaires 253
Introduction aux travaux de la deuxième commission 255
Les pactes d'associés 257
1 – Les Pactes d'associés 259
2 – Création de structures de maintien des obligations du pacte 289
3 – Contradictions avec l'ordonnancement juridique ? 291
Les *Family Buy Out* 297
1 – La transmission à titre gratuit 298
2 – Phase préparatoire 318

L'EIRL : un double objectif de protection patrimoniale et d'accès au crédit 332
1 – La protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur : gage de la liberté d'entreprendre 334
2 – Les limites de la protection du patrimoine de l'entrepreneur : gage de l'accès au crédit 339
Le contrat de fiducie : tour d'horizon 343
1 – L'économie du contrat de fiducie 346
2 – Les conditions de la constitution du contrat de fiducie 352
L'application du contrat de fiducie 369
1 – L'exécution du contrat de fiducie 370
2 – La pertinence du mécanisme fiduciaire 386
Le dénouement de la fiducie 402
1 – Les causes du dénouement du contrat de fiducie 402
2 – Les conséquences juridiques du dénouement du contrat 406
La fiducie : outil juridique de compétitivité économique 410
1 – La compétitivité économique 411
2 – Le principe de neutralité fiscale 418
Le notaire communicant 427
1 – Notaire et communication linguistique 428
2 – Pragmatique du discours notarial 430
2 – Notaire et communication relationnelle 449
Proposition 455
Le notaire français et la pluralité linguistique 456
1 – La primauté de la langue française 457
2 – La problématique de la traduction interprétariat 466
Propositions 475
Conclusion : ***Faisons face à la complexité sans état d'âme*** 479
Table des matières 493
Remerciements 496

Nous remercions particulièrement tous nos partenaires, qui nous accordent, sans faille, leur confiance et leur soutien, et, sans qui notre Congrès n'aurait pas pu voir le jour…

ELAN/La Caisse des dépôts et consignations
Le Crédit Agricole SA
Le groupe UNOFI – Union notariale financière
Le groupe La Sécurité nouvelle
La société ADD et associés – Généalogiste
La société ANDRIVEAU – Généalogiste
La société COUTOT-ROEHRIG – Généalogiste
La société ECO'NOT – Imprimeur
La société FIDUCIAL – SII et expertise comptable
La société France Notaire.com
La Financière Accréditée – plus-value non-résident
La société GENAPI SII
LEXIS NEXIS SA
La société MAILLARD – Généalogiste
La société Métiers Traditions Immobilier – Rénovateur
Le cabinet PIERSON – Généalogiste
La SARF – Société accréditée de représentation fiscale
Le cabinet SERRAIN et associé – Géomètres experts
L'étude TRANCHANT – Généalogiste
La société TREMA Editions « Annuaire officiel du Notariat »

ainsi que :

Le Conseil Supérieur du Notariat
Les Chambres et Conseils Régionaux

qui soutiennent fidèlement notre action.

Imprimé par l'imprimerie Georges LACHAISE
Brive-la-Gaillarde – France – Dépôt légal – Septembre 2011

Équilibrer
Valoriser
TRANSMETTRE
un patrimoine

Photo : Unesco building - Paris - SuperStock

www.unofi.fr

Union notariale financière

UNOFI