



118<sup>e</sup> CONGRÈS  
DES  
NOTAIRES DE FRANCE

# L'INGÉNIERIE NOTARIALE

**ANTICIPER, CONSEILLER, PACIFIER  
POUR UNE SOCIÉTÉ HARMONIEUSE**

MARSEILLE  
DU 12 AU 14 OCTOBRE 2022

**LES RECOMMANDATIONS TECHNIQUES  
DU 118<sup>e</sup> CONGRÈS DES NOTAIRES  
DE FRANCE**



9 Octobre 2022

# VEFA – D’une garantie financière d’achèvement à une garantie financière de livraison

## Exposé des problématiques rencontrées :

Afin de sécuriser l’acquéreur de biens vendus sur plan dans le cadre d’une vente en l’état futur d’achèvement, une garantie financière d’achèvement (GFA) lui est remise. Cette GFA est obligatoire dans le cadre du secteur protégé. Elle se rencontre également et volontairement dans la plupart des opérations du secteur libre.

Alors même que la vocation première de la GFA est de sécuriser les acquéreurs dans le cadre d’opérations de promotion immobilière, il apparaît que de nombreux obstacles peuvent en empêcher la pleine efficacité.

**Le premier porte** sur l’objet même de la garantie. En effet, et comme son nom l’indique, la GFA ne garantit que l’achèvement des constructions, et non le parachèvement, qui est un état distinct, au sens plus abouti, de la construction. La GFA ne vient donc pas couvrir dans son intégralité l’engagement pris par le promoteur/vendeur. Par comparaison, le contrat de construction de maison individuelle prévoit que le garant est tenu jusqu’à la levée des réserves, voire même du paiement des pénalités de retard de livraison. Il paraît opportun d’envisager d’étendre l’objet de la GFA, afin que soit garantie la « conformité contractuelle », en transformant la garantie financière d’achèvement en garantie de livraison.

**Le deuxième obstacle** se situe dans le rôle plus ou moins actif du garant dans le cadre d’une GFA. Chargé d’assumer financièrement la défaillance du promoteur par le paiement des entreprises de construction, le garant n’en devient pas pour autant maître de l’ouvrage. Cette qualité ne peut qu’être attachée au vendeur/promoteur en VEFA. La loi ELAN est venue ajouter la faculté pour le garant de désigner un administrateur ad hoc, qui disposera des pouvoirs du maître de l’ouvrage. Il paraît opportun de prévoir de transformer cette faculté donnée au garant en véritable obligation pour celui-ci, afin d’assurer une poursuite effective du chantier. L’exemple ici aussi du CCMI semble de nature à inspirer à nouveau la garantie remise en matière de VEFA.

Octobre 2022

## Recommandation

Afin d’améliorer l’efficacité des garanties financières d’achèvement remises dans le cadre d’une vente en l’état futur d’achèvement, et donc de sécuriser les acquéreurs sur plan, le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France recommande d’en modifier le régime de la manière suivante :

- En modifiant l’objet de la garantie, laquelle ne porterait plus seulement sur l’achèvement, tel que défini par l’article R.261-1 du Code de la Construction et de l’Habitation, mais également sur la « conformité contractuelle » des travaux avec la VEFA, telle que constatée au jour de la livraison. La GFA, qui deviendrait dès lors une véritable garantie de livraison, pourrait être étendue à la levée des réserves ainsi qu’au paiement des pénalités de retard, ainsi que cela existe d’ores et déjà pour le contrat de construction de maison individuelle.
- En étendant les obligations du garant, lequel passerait d’un rôle essentiellement passif à un rôle plus actif : C’est ainsi que le garant, régulièrement appelé, se verrait dans l’obligation de désigner un mandataire *ad hoc* disposant des pouvoirs du maître de l’ouvrage, afin qu’il poursuive la réalisation des travaux de construction.

## VEFA – Pour un régime légal de tolérance de surface

### **Exposé des problématiques rencontrées :**

A l'instar de toute opération de construction, la livraison d'un bien dans le cadre d'une vente en l'état futur d'achèvement (Vefa) se réalise rarement *ne varietur*. Qu'il s'agisse des délais de construction ou des surfaces construites, les aléas de chantier peuvent conduire à ce que des modifications aux conventions initiales interviennent.

S'agissant des surfaces, il apparaît qu'aucune règle de tolérance n'est proposée par la loi du 3 janvier 1967. C'est donc au droit commun de la vente que les tribunaux se réfèrent, en faisant application de textes issus du Code civil de 1804, et non modifiés depuis, à savoir les articles 1616 à 1624.

Le droit commun de la vente prévoit ainsi (s'agissant des ventes « à prix fixe » que nous retiendrons par hypothèse) une tolérance de 5 % des surfaces, sauf stipulation contraire des parties et dès lors que l'action est intentée dans l'année de la vente. Au prix d'une adaptation salutaire mais montrant les limites du dispositif, la Cour de cassation a décidé que ce délai d'un an ne commençait à courir qu'à compter de la livraison, en matière de Vefa.

Les contraintes inhérentes à cette solution pour l'acquéreur mais également pour le vendeur-promoteur ne sont pas satisfaisantes. L'adoption d'un régime légal de tolérance de surface propre aux Vefa permettrait de clarifier cette situation, en adoptant un système spécifique à ce contrat. Cela paraîtrait d'autant plus adapté que ce serait le fruit d'une pratique de plus de 50 ans, et non le résultat d'une adaptation à une législation l'ayant précédée de plus de 150 ans !

### **Recommandation**

Afin de tenir compte des aléas susceptibles d'affecter les opérations de construction, mais aussi de la nécessité de protéger les acquéreurs en Vefa, le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France recommande l'adoption d'un régime légal de tolérance de surface dans les Vefa fixant, sauf stipulations contraires des parties :

- Le seuil de tolérance ;
- Le type de surface pris en compte ;
- Le délai d'action (point de départ à la livraison et délai pour agir) ;
- Les conséquences d'un dépassement du délai (réduction du prix à due concurrence, le seuil étant un seuil de déclenchement et non une franchise).

## VEFA – Pour la suppression de la théorie du terrain procuré

### Exposé des problématiques rencontrées :

A travers la loi fondatrice du 3 janvier 1967, largement inspirée des travaux du 63ème Congrès des notaires de France, le législateur a souhaité organiser l'accession à la propriété de biens à construire tout en protégeant les acquéreurs. Un régime de protection d'ordre public a spécifiquement été conçu pour protéger les acquéreurs de biens à construire destinés à un usage d'habitation.

Des contournements de ces textes de protection ont été constatés. Ils ont consisté à décomposer de manière frauduleuse l'opération en deux temps (la vente du terrain puis la construction) afin d'échapper aux règles du secteur protégé de la VEFA.

Rapidement, le législateur est intervenu (en 1971) en créant la théorie du « terrain procuré », laquelle consiste à imposer la signature d'une VEFA en cas de « procuration directe ou indirecte du terrain » par le promoteur. Le non-respect des principes issus de cette théorie est lourdement sanctionné par la nullité des conventions litigieuses.

Parallèlement, ou immédiatement après la création de cette théorie, la construction sur le sol d'autrui a été réglementée afin d'apporter une protection identique à celle issue du secteur protégé de la VEFA.

Deux difficultés sont rapidement apparues et ne sont pas réglées à ce jour.

**La première** d'entre elles porte sur les exceptions permettant d'échapper à la théorie du terrain procuré. C'est ainsi que, bien que prévoyant des mécanismes de protection des propriétaires des terrains, maîtres de l'ouvrage des constructions, les contrats de promotion immobilière et de construction de maison individuelle n'entrent pas, ou de manière incomplète, dans le périmètre des exceptions.

**La deuxième** difficulté a trait aux notions de « terrain procuré directement ou indirectement ». Non définies par les textes, leur interprétation permet toutefois de condamner ou non une opération en la sanctionnant d'une nullité apparaissant d'autant plus sévère qu'aléatoire et non justifiée (au regard des protections existantes par ailleurs).

Une importante amélioration du dispositif existant apparaît de nature à régler ces difficultés. L'ingénierie notariale poursuivant l'objectif de déjudiciarisation de la société, et notamment des opérations immobilières, nous pensons utile d'aller plus loin en supprimant purement et simplement un dispositif devenu inutile et dangereux.

### Recommandation

Afin de tenir compte des protections existantes, notamment, dans les contrats de promotion immobilière et de construction de maison individuelle, le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France recommande de supprimer la théorie du terrain procuré prévue à l'article L.261-10 du Code de la construction et de l'habitation.

# Fiscalité - Pour une clarification législative en matière du redevable de l'impôt de plus-value lors de la vente d'un immeuble détenu en démembrement de propriété

## **Exposé des problématiques rencontrées :**

Il existe une incertitude sur le redevable de l'impôt de plus-value lors de la vente d'un immeuble démembrement suivie de la constitution d'un quasi-usufruit ou du remploi du prix de vente dans l'acquisition d'un nouveau bien démembrement.

Lors de la vente d'un immeuble détenu en démembrement de propriété, lorsque les parties décident, non pas de répartir le prix de vente entre usufruitier et nu-propiétaire, mais de constituer un quasi-usufruit (ou de réemployer le prix de vente dans l'acquisition d'un nouveau bien en démembrement), il existe une incertitude sur le redevable de l'impôt de plus-value.

La doctrine administrative énonce :

*BOFIP - BOI-RFPI-PVI-20-10-10 §320*

*« (...) En cas de cessions conjointes par le nu-propiétaire et l'usufruitier de leurs droits démembrement respectifs avec répartition du prix de vente entre les intéressés, l'opération est susceptible de dégager une plus-value imposable au nom de chacun des titulaires des droits démembrement.*

*(...) »*

*Le prix global doit être ventilé de façon à faire apparaître distinctement le prix de cession de la nue-propiété et celui de l'usufruit (...)*»

La doctrine administrative n'envisage donc expressément, en matière de redevable de l'impôt de plus-value, qu'une des trois branches de l'option possible quant au sort du prix de vente de l'immeuble démembrement : celle de la répartition du prix de vente entre l'usufruitier et le nu-propiétaire.

Qu'en est-il en cas de remploi du prix dans une nouvelle acquisition en démembrement ou en cas de constitution d'un quasi-usufruit?

Il existe ici une incertitude, qui n'est tranchée ni par l'administration fiscale ni par la loi.

## **Recommandation**

Pour lever cette incertitude, le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France recommande de prévoir expressément les mêmes règles qu'en matière de plus-value sur titres.

=> la plus-value est imposable :

- soit au nom du nu-propiétaire en cas de remploi,
- soit au nom de l'usufruitier en cas de quasi-usufruit,
- soit au nom des deux, respectivement à hauteur de leur quote-part, en cas de répartition du prix de cession.

## Société - Pour la préservation des intérêts patrimoniaux des mandataires sociaux

### **Exposé des problématiques rencontrées :**

Alors que l'entrepreneur individuel a un statut de plus en plus protecteur, à contrario, le mandataire social voit de plus en plus souvent sa responsabilité civile engagée pour des actes pris dans l'exercice de ses fonctions.

Cette responsabilité peut être engagée par la société elle-même ou bien par des tiers.

Face à cela, le mandataire social n'a aucune protection possible pour mettre à l'abri son patrimoine personnel.

### **Recommandation**

Afin de préserver les intérêts patrimoniaux des mandataires sociaux, le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France recommande d'étendre le régime juridique de l'insaisissabilité de la résidence principale à tous les mandataires sociaux.

## Société - Autoriser expressément les sociétés civiles à devenir sociétés à mission

### **Exposé des problématiques rencontrées :**

Dispositif destiné à accompagner la mutation de l'entreprise, la société à mission est née aux termes de la loi Pacte.

L'article L. 210-10 du Code de commerce prévoit expressément qu'une société peut faire publiquement état de la qualité de société à mission si elle remplit un certain nombre de conditions.

Cela va donc nécessiter une démarche volontaire de l'entreprise qui sera le fruit d'une réflexion.

A la différence de la raison d'être, la société à mission va impliquer un engagement plus grand dans son organisation même.

De façon surprenante, seule une société commerciale peut se transformer en société à mission ; les sociétés civiles en sont pour l'instant exclues.

### **Recommandation**

Afin de mettre fin à cette situation injustifiée, le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France recommande d'étendre aux sociétés civiles, la possibilité de devenir une société à mission.

# Société - Toilettage technique relatifs aux sociétés

## **Recommandations**

### **1°/ S'agissant des Société civile**

\* Rendre possible la société civile unipersonnelle.

### **2°/ En matière de représentation :**

\* Rendre possible la représentation de l'associé unique :

- **EURL** : L'associé unique ne peut déléguer ses pouvoirs (art. L 223-31 al.3 Code Commerce) ;
- **SASU** : L'associé unique ne peut déléguer ses pouvoirs (art. L 227-9 al.3 Code Commerce).

### **3°/ S'agissant des SARL :**

\* Représentation possible par toute personne sans limitation contrairement à ce qui existe à l'heure actuelle :

- par le conjoint, associé ou non, sauf si la société ne comprend que les deux époux (art. L 223-28 al.2 Code Commerce) ;
- par un autre associé, uniquement si le nombre d'associés est supérieur à 2 (art. L 223-28 al.2 Code Commerce) ;
- par un tiers non associé, uniquement si les statuts le prévoient (art. L 223-28 al.3 Code Commerce).

\* que le gérant puisse être une personne morale.

\* Si le dirigeant, directement ou par personne et société interposée, dispose du pouvoir, statutaire ou conventionnel, de se nommer seul (ou d'un veto pour sa révocation, si son mandat n'a pas de limite de temps) : qu'il ait le choix de dépendre de l'un ou l'autre des régimes sociaux (assimilé salarié ou SSI), et puisse basculer de l'un à l'autre des statuts.

\* suppression des cotisations sociales sur les dividendes du gérant TNS

- Il existe l'abus de droit social qui permet de sanctionner les stratégies outrancières de rémunération
- la limite de 10% du capital correspondait au rendement annuel du capital supposé, ce qui est ridiculement faible pour une TPE/PME, surtout en phase de création.

### **3°/ S'agissant des SAS :**

\* possibilité de coprésidence.

### **4°/ tant pour les SARL que les SAS :**

\* option IR ou IS quelle que soient les hypothèses, avec possibilité de basculer de l'un à l'autre.

\* fluidifier l'incorporation au capital de créances :

- laisser la possibilité d'incorporer au capital de la société tout type de créance, d'un commun accord avec le dirigeant et les associés ;
- laisser un délai à partir de la date d'émission de la facture pour conclure sur sa qualification comptable chez le fournisseur et la société cliente, notamment dans le cas où une décision des associés a été prise préalablement, ou dans le cas où ce mécanisme a été prévu préalablement et contractuellement entre les parties ;



- tirer les conséquences en termes fiscaux, en prévoyant de mettre en report d'imposition tant le produit d'exploitation du fournisseur ayant généré cette créance, que la plus-value éventuelle lors de la conversion en titres ;
- alléger la procédure en assimilant totalement l'incorporation de la créance à un apport en numéraire, dans la mesure où la société aura convenu du prix de la fourniture préalablement, et où les associés devront en tout état de cause se prononcer en amont sur la modification du capital social.

# Société et Fiscalité - Pour une refonte du régime du Pacte Dutreil

## **Exposé des problématiques rencontrées :**

A un moment où certains s'interrogent sur le bienfondé de ce dispositif, il semble utile de le revisiter pour en faire un outil pérenne, simple et souple qui puisse s'adapter à la vie des entreprises.

Quatre grands principes pourraient gouverner ce futur dispositif :

1°) L'entreprise a de multiples interactions avec son environnement, sociale, économique et sociétales ; en conséquence, toute disparition d'une entreprise a des répercussions bien au-delà de sa seule disparition ;

2°) Au même titre qu'un apport en société, une transmission d'entreprise à titre gratuit ne génère pas de liquidité ; le coût fiscal doit donc être le plus faible possible, quitte à être, pour partie, reporté au jour où l'entreprise deviendra liquide ;

3°) L'entreprise doit pouvoir s'adapter à son environnement et donc restructurer son capital, sans contrainte fiscale ;

4°) Un régime de faveur se justifie s'il y a une conservation sur le long terme de l'entreprise.

## **Recommandation**

Pour simplifier le pacte Dutreil, le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France recommande un dispositif d'exonération partielle de droits de donation ou de succession qui ne serait plus lié à la conclusion d'un pacte mais (i) à un simple engagement de conserver les titres par le bénéficiaire de la transmission (ii) et à une fonction de direction exercée effectivement soit par l'auteur de la transmission et/ou par le bénéficiaire de la transmission, le tout pendant un temps donné. L'objectif est d'éviter d'engager dans un pacte des associés qui n'ont rien à voir avec la transmission.

L'exonération serait de 90% de la base taxable si la conservation des titres a lieu pendant neuf ans. Dans ce laps de temps de neuf ans, il y aurait la possibilité d'opérer tout type de restructuration (fusion, apport de titres, scission, ...), avec report de l'engagement sur les titres issus de la restructuration ; si des liquidités sont perçues à l'occasion de l'une de ces opérations, il y aurait une exigibilité des droits à la hauteur des capitaux perçus.

Si une cession, de tout ou partie des titres, devait intervenir avant le terme des neuf ans, la remise en cause porterait uniquement sur les titres cédés avec une dégressivité de la remise en cause en fonction de la date à laquelle la cession a lieu :

- Une cession dans les deux ans, remise en cause totale ;
- Une cession entre trois et quatre ans inclus : remis en cause à hauteur de la moitié ; l'abattement de 90% passerait à 45% pour le recalcul des droits de mutation ;
- Une cession au-delà de la quatrième année et avant la neuvième année : remis en cause à hauteur d'un quart ; l'abattement de 90% passerait à 67,50% pour le recalcul des droits de mutation.

Enfin, la fonction de direction pourrait être exercée par l'auteur de la transmission, et/ou par un ou plusieurs bénéficiaires de la transmission pendant une durée de quatre ans à compter de la transmission.

## Procédure – La conciliation reçue par acte authentique

### **A/ Suppression de la requête conjointe pour rendre exécutoire la conciliation reçue par acte authentique :**

#### **Exposé des problématiques rencontrées :**

Instituée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, et modifiée par les ordonnances n° 2014-326 du 12 mars 2014 et n° 2021-1193 du 15 septembre 2021, la conciliation s'adresse aux entreprises et aux entrepreneurs individuels qui ne sont pas en cessation de paiement ou qui le sont depuis moins de quarante-cinq jours.

Le conciliateur est nommé par le président du tribunal de commerce, mais il peut être récusé par le débiteur, lequel peut faire une proposition qui ne liera pas le président du tribunal. L'objectif de cette procédure est d'éviter que le débiteur ne se voie imposer un conciliateur dont il n'aurait pas voulu. Le conciliateur doit présenter des garanties d'indépendance et sa rémunération est fixée par le président du tribunal.

De façon usuelle, le conciliateur est un mandataire judiciaire ou un administrateur judiciaire, mais rien n'empêche la nomination d'un autre professionnel. Le notaire peut donc être nommé conciliateur.

Le conciliateur a pour mission de faciliter la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses créanciers. Il peut, dans certaines circonstances, avoir pour mission de céder l'entreprise.

Si un contrat est conclu par le conciliateur, il va s'imposer à tous ceux qui l'ont accepté.

Si l'accord de conciliation trouvé ne peut être ni constaté ni homologué par le tribunal de commerce, en pratique deux alternatives sont possibles.

En l'absence d'homologation, la loi prévoit que, par une décision du président du tribunal de commerce, rendue sur requête conjointe des parties et non susceptible de recours, la convention acquiert force exécutoire. C'est ce que l'on appelle « constater l'accord ». Si la procédure reste alors confidentielle, ce qui est son intérêt et ce qui est recherché par les parties, elle n'acquiert pas l'autorité de la chose jugée à l'égard des tiers. Il s'agit d'une réelle limite si ultérieurement une procédure collective devait être ouverte.

#### **Recommandation :**

Le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France propose que l'accord de conciliation reçu par acte authentique soit exécutoire de plein droit sans avoir recours à une requête conjointe pour le rendre exécutoire.

## Procédure – La conciliation reçue par acte authentique (suite)

### **B/ Que la conciliation soumise à homologation soit reçue sous la forme d'un acte authentique pour décharger les tribunaux de cette mission**

#### **Exposé des problématiques rencontrées :**

Si le débiteur décide de soumettre la convention à homologation, elle perd alors son caractère confidentiel mais acquiert l'autorité de la chose jugée.

Si une procédure collective est ouverte par la suite, la date de cessation des paiements ne pourra remonter à la période antérieure à l'homologation.

L'homologation sera une condition nécessaire pour que le privilège de la conciliation soit accordé aux créanciers susceptibles d'en bénéficier.

#### **Recommandation :**

Le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France propose que la conciliation soumise à homologation soit reçue sous la forme d'un acte authentique pour décharger les tribunaux de cette mission.

## Société et usufruit - Pour la modification de l'article 619 du Code civil

### **Exposé des problématiques rencontrées :**

Depuis l'origine du Code civil, l'article 619 limite l'usufruit détenu par une personne morale à 30 ans.

Aujourd'hui, un certain nombre de schémas patrimoniaux nécessiteraient que la personne morale puisse détenir un droit d'usufruit sur une durée supérieure à 30 ans.

La personne morale peut déjà détenir des droits temporaires sur une durée supérieure à 30 ans : à titre d'exemple, un droit emphytéotique ou un droit réel de jouissance spéciale.

### **Recommandation :**

Le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France recommande d'étendre la durée du droit d'usufruit détenu par une personne morale à une durée maximale de 99 ans.

La durée retenue ne pourrait, en tout état de cause, pas dépasser la durée de vie de la société elle-même.

## Société et démembrement - Pour la réécriture de l'article 1844 du Code civil

### **Exposé des problématiques rencontrées :**

L'article 1844 du Code civil a été complété par la loi du 19 juillet 2019.

Il est actuellement ainsi rédigé : « *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 nu-proprétaire et l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives. Le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Toutefois, pour les autres décisions, le nu-proprétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier. Les statuts peuvent déroger aux dispositions du deuxième alinéa et de la seconde phrase du troisième alinéa* ». La difficulté vient du membre de phrase suivant : *Toutefois, pour les autres décisions, le nu-proprétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier.* »

Comment interpréter cette disposition : Très peu de commentaires sont parus sur cette disposition et les débats au parlement sont peu éclairants.

Nous pouvons citer cet extrait tiré d'un échange au Sénat :

« *Le présent article prévoit également la faculté pour le nu-proprétaire de déléguer ses pouvoirs à l'usufruitier. Cette délégation étant courante dans la pratique, cette dernière précision semble utile pour la sécurité juridique des décisions collectives des sociétés prises avec de telles délégations* ».

Le juriste ne peut-être que dubitatif même si on comprend qu'il ne s'agit pas, à priori, d'une répartition conventionnelle du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-proprétaire mais plus d'un mandat donné par le nu-proprétaire à l'usufruitier pour qu'il exerce ses droits.

### **Recommandation :**

Le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France recommande donc une clarification pour :

- Ecarter le mandat qui est fragile car révocable très facilement
- Retenir l'idée que le nu-proprétaire et l'usufruitier puissent convenir conventionnellement d'une répartition du droit de vote différente de celle figurant dans les statuts avec une obligation de notifier la convention à la société. Cette convention prendra la forme d'un pacte extrastatutaire.

## Famille - Pour la modification du formalisme prévue en matière de RAAR

### Exposé des problématiques rencontrées :

La renonciation anticipée à l'action en réduction (ci-après « R.A.A.R. »), instaurée par la loi n°2006-728 du 23 juin 2006, permet, avant l'ouverture d'une succession, de renoncer par anticipation à son action pour atteinte à sa réserve au profit de personnes identifiées, dans le cadre d'une libéralité consentie par son auteur à un tiers. Cette nouvelle dérogation à la prohibition des pactes sur succession future est codifiée à l'article 929 du Code civil. Il s'agit pour un héritier réservataire lors d'une libéralité, de renoncer dès à présent, à agir des années plus tard, dans un contexte familial qui aura pu évoluer entre temps, en réduction contre ladite libéralité qui pourrait porter atteinte à sa réserve.

Le fait d'abdiquer des droits par anticipation, mais également le fait qu'il s'agit d'un coup porté à la protection absolue et impérieuse de la réserve héréditaire ont imposé un formalisme spécifique prévu à l'article 930 du Code civil :

*Exigence d'un « acte authentique spécifique » :* la renonciation à l'action en réduction ne peut être constatée dans un acte qui contiendrait d'autres dispositions ou conventions.

*Exigence d'un acte « reçu par deux notaires » :* le renonçant devra être assisté par un notaire différent de celui du *de cujus*, désigné par le Président de la Chambre des Notaires.

Après 15 années de mise en œuvre, il est temps de dresser un premier bilan, et de s'interroger sur la pertinence de ce formalisme. Il n'est pas question de minimiser l'importance de cet acte, qui reste une véritable atteinte à la réserve héréditaire. Cet acte doit donc converser une solennité et un formalisme spécifique. Il ne s'agit pas de laisser penser que la RAAR est un acte anodin !

Mais pour autant, il ne faut pas non plus qu'un formalisme lourd et fastidieux puisse laisser penser, à tort, aux clients qu'ils sont protégés de tout, et informés de tout ! Concernant le premier critère (un acte spécifique autonome), nous pensons que celui-ci doit être laissé intact. Concernant le second critère (exigence de deux notaires), nous nous interrogeons sur sa pertinence, et sa motivation.

Son origine est un amendement sénatorial qui visait à « préciser que la personne renonçant de manière anticipée à exercer l'action en réduction devra être assistée par un notaire différent de celui du *de cujus* afin de lui garantir un conseil véritablement objectif et d'éviter toute suspicion ». Lors de ces travaux parlementaires, était-il réellement question de l'impartialité des notaires, officier public ? Les sénateurs craignaient-ils vraiment qu'un officier public puisse être gouverné par des intérêts qui lui seraient personnels (comme la signature d'un acte qu'il a conseillé), au détriment de son devoir d'information, au détriment d'une obligation mise à sa charge par la loi ? Nous ne l'espérons sincèrement pas. Le notaire, juriste du contrat, est parfaitement à même de conseiller de manière neutre et efficace des parties dont les intérêts sont pourtant opposés. C'est, d'ailleurs, le cas pour la majorité, voire de la totalité, des actes qu'il reçoit.

En outre, il est important de rappeler que la RAAR n'est qu'une garantie supplémentaire à l'efficacité d'une libéralité, dont on peut penser qu'elle sera, peut-être, excessive et porter atteinte à la réserve d'un ou de plusieurs héritiers.

Mais, si un présomptif héritier refuse de consentir à une RAAR, l'acte de donation pourra quand même être reçu par le notaire, comme tous autres actes de donation, pour lesquels on ne s'interroge pas systématiquement sur leur risque de porter atteinte à la réserve. Aussi, en informant le donateur et le donataire, l'acte de donation pourra être reçu, quand bien même les présomptifs héritiers refuseraient de consentir à une RAAR.

### **Recommandation :**

Aussi, le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France suggère que le formalisme du recours à deux notaires soit supprimé. Si cette formalité pouvait être vue comme un gage de sécurité, à un moment où un nouveau pacte sur succession future était créé, il apparaît, 15 années plus tard, inopportun de le conserver.

Le notaire en charge de régulariser une donation, dont il pense qu'elle devra s'accompagner d'une RAAR pour une meilleure efficacité, est parfaitement apte à fournir seul une explication claire, efficace, et complète à celui qui envisage de renoncer à agir, sans qu'il ne soit nécessaire d'être assisté par un confrère.

Enfin, le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France suggère, également, que puisse être revue la condition de gratuité de la renonciation, afin de l'adapter à la réalité des dossiers. L'absence de contrepartie pour le renonçant. En effet, il ressort régulièrement de nos dossiers que la RAAR n'a pas vraiment été consentie sans contrepartie, et que le renonçant tire un autre avantage. C'est finalement le consensus familial qui est en œuvre.

Parce que cette pratique existe, et qu'il y a un intérêt à la sécuriser, il devrait être possible de prévoir la contrepartie de la RAAR dans l'acte lui-même, en stipulant une exception au principe d'absence de contrepartie.



## Mariage – Pour la création d'un statut de l'avantage matrimonial

### Exposé des problématiques rencontrées :

Alors que la convention matrimoniale est un espace de liberté absolue pour les époux et qu'elle est sans doute le plus bel outil de protection du conjoint, une ombre pèse sur l'un de ses principaux rouages : l'avantage matrimonial. Un avantage matrimonial est constitué par l'enrichissement que le seul fonctionnement du régime matrimonial procure à un époux par rapport à son conjoint<sup>1</sup>.

Avec la réforme du divorce, la question des conventions entre époux prenant effet à terme a donné lieu à une nouvelle règle de révocation de plein droit, prévue à l'alinéa 2 de l'article 265 du Code civil : « *Le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux et des dispositions à cause de mort, accordés par un époux envers son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis.*

*Cette volonté est constatée dans la convention signée par les époux et contresignée par les avocats ou par le juge au moment du prononcé du divorce et rend irrévocable l'avantage ou la disposition maintenu. »*

Il n'est plus nécessaire de faire état en détails, des dernières jurisprudences de la Cour de Cassation, qui ont pu ébranler la pratique des notaires quant au sort des avantages matrimoniaux en cas de divorce.

Rappelons seulement que la Cour de Cassation, le 18 décembre 2019 a employé volontairement ou maladroitement, dans son attendu, la terminologie suivante : « exprimé au moment du divorce »<sup>2</sup>, au lieu de l'expression consacrée par l'alinéa 2 de l'article 265 du Code civil, savoir : « constaté dans la convention de divorce ».

Cet attendu a laissé penser que la convention de divorce devait contenir, non pas le simple constat d'une expression déjà exprimée, mais l'expression, elle-même, de la volonté des époux, quant à l'irrévocabilité d'un avantage.

Or, jusqu'à cette décision, il était entendu pour la majorité des auteurs que cette irrévocabilité pouvait être exprimée dans le contrat de mariage, lui-même, puis seulement constatée dans la convention de divorce.

Il ne faut pas s'y tromper. Bien que dans cette affaire le régime matrimonial était celui de la participation aux acquêts, la solution retenue par la Cour de Cassation est parfaitement transposable à un régime communautaire.

Aujourd'hui, la question posée par quelques auteurs est de savoir si un inventaire complet des contrats de mariage doit être envisagée pour modifier le cas échéant lesdites conventions quant aux effets des avantages matrimoniaux prenant effet à la dissolution du régime.

L'une des solutions pour remédier à l'insécurité juridique résultant de cette jurisprudence, et aux questions animant la doctrine et les praticiens depuis, consisterait seulement à rappeler que les époux peuvent déroger à la révocation de plein droit de l'avantage matrimonial, dans la convention matrimoniale le créant. Il s'agirait simplement de préciser le sens du terme « constatée » employé dans l'article 2.

---

<sup>1</sup> V. J. Carbonnier, Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association : Thèse Bordeaux, 1932, p. 665).

<sup>2</sup> « *ils sont révoqués de plein droit par le divorce des époux, sauf volonté contraire de celui qui les a consentis exprimée au moment du divorce* »,

## **Recommandation :**

De ceci et dans le prolongement de la réponse ministérielle<sup>3</sup> de 2020, le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires propose que les termes de l’alinéa 2 de l’article 265 du Code civil soient clarifiés, dans un délai court. Mais une autre voie pourrait être envisagée sur le long terme.

Un avantage matrimonial n’est pas une disposition à cause de mort. Il s’agit de deux régimes de nature juridique bien différente : d’un côté on régit les rapports pécuniaires des époux entre eux durant le mariage, et de l’autre il y a une intention libérale.

Aussi, leur réserver un traitement similaire (révocabilité automatique) lors du divorce est intrigant. Que le divorce emporte révocation de plein droit d’une libéralité prenant effet à terme, cela se conçoit. Le lien d’amour ayant fondé l’intention libérale disparaît généralement avec le divorce, et la générosité s’éteint dans la plupart des cas à ce moment-là. Afin d’éviter que des donations à terme prennent effet plusieurs décennies plus tard, seulement parce que l’époux a omis de la révoquer nécessairement, en effet, une révocation de plein droit.

En revanche, l’avantage matrimonial n’est pas empreint d’intention libérale. Ce qui a motivé l’avantage matrimonial peut être encore présent au jour du divorce. En d’autres termes, l’avantage matrimonial a pu être décidé par les époux spécifiquement pour s’appliquer à la fin de l’union. Supprimer les effets de cet avantage pourrait conduire à déséquilibrer une convention matrimoniale qui avait été réfléchie ainsi.

En effet, il ne peut être ignorer que chacun des époux peut tirer un avantage différent de la convention matrimoniale : en communauté, l’un peut bénéficier d’un avantage non révocable, car prenant effet au cours de l’union (un apport à communauté par l’autre époux, par exemple), quand le second époux bénéficiera d’un avantage provenant d’une modification d’une règle liquidative, donc révocable. Les époux auront pu décider l’irrévocabilité de l’avantage dans l’acte instituant ces avantages.

En cas de divorce, comment pourrait-on priver ce second époux de son avantage matrimonial, à la seule raison que son époux ne souhaite plus exprimer la volonté de maintenir cet avantage dans la convention de divorce (alors que ce même époux conservera, lui, le bénéfice de son avantage) ?

Enfin, à l’inverse d’une disposition à cause de mort qui prendra effet qu’au décès du disposant, l’avantage matrimonial prendra nécessairement effet, au plus tard, au jour de la liquidation du régime. Une révocation de plein droit au jour du divorce n’a pas de sens.

Aussi, pour sécuriser les conventions matrimoniales passées et futures, le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France suggère d’envisager en cas de divorce, un statut particulier pour le sort de l’avantage matrimonial prenant effet à la dissolution du régime, distinct de celui des dispositions à cause de mort.

En outre, le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France propose de réfléchir à une définition de l’avantage matrimonial et de confirmer qu’un régime de participation aux acquêts, voire de séparation de biens peuvent être le support d’un avantage matrimonial.

---

<sup>3</sup> Rép. min. Just.: JO Sénat du 28/05/2020 - page 2446 : « ***Le ministère de la justice serait favorable à une clarification de ce texte dans le but de favoriser la prévisibilité juridique et de renforcer le principe de liberté des conventions matrimoniales.*** »

## Succession - Pour une extension de la clause d'exclusion de l'administrateur légal à la vocation successorale ab intestat

### **Exposé des problématiques rencontrées :**

La clause de désignation d'un tiers administrateur, régie par l'article 384 du Code civil, permet à un donateur ou un testateur de prévoir que les biens transmis à un mineur pourront être gérés par le représentant désigné en dehors des contraintes posées par les règles civiles de l'administration légale.

#### **Article 384 du Code civil**

*« Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers.*

*Le tiers administrateur a les pouvoirs qui lui sont conférés par la donation, le testament ou, à défaut, ceux d'un administrateur légal.*

*Lorsque le tiers administrateur refuse cette fonction ou se trouve dans une des situations prévues aux articles 395 et 396, le juge des tutelles désigne un administrateur ad hoc pour le remplacer. »*

Le choix par l'auteur d'une libéralité de désigner un tiers administrateur peut avoir différentes motivations :

. volonté de décharger un administrateur légal des soucis liés à la gestion d'un patrimoine complexe.

. défiance vis-à-vis de l'administrateur légal, comme l'écrit Gérard Cornu, l'article 384 « est destiné à favoriser des libéralités dressées aux enfants dans les hypothèses où les donateurs ou les testateurs auraient quelque raison de se méfier de la cupidité ou de l'incurie des parents ». Le texte vise donc à éviter le caractère éventuellement dissuasif de l'administration légale pour l'auteur d'une libéralité, et ce dans l'intérêt du mineur gratifié.

Dans leurs études, les notaires sont ainsi souvent interrogés sur la possibilité d'écarter son ex-conjoint de la gestion de ses biens personnels qui seront dévolus aux enfants communs lors du décès. Nous constatons effectivement une certaine méfiance entretenue par un parent vis-à-vis d'un ex-conjoint dont l'immixtion dans ses affaires familiales ne serait pas jugée souhaitable. Les divorces intervenants de plus en plus rapidement après l'union, il est fréquent que le couple ait des enfants mineurs et veuille organiser la gestion de biens de ces derniers en cas de décès pendant leur minorité.

La Cour de cassation est venue préciser le régime de cette clause en donnant plein effet à la volonté du disposant. Plusieurs questions en sortent aujourd'hui clarifiées : la clause d'exclusion de l'administration légale peut porter sur la réserve du mineur et n'a pas à être motivée.

Reste que le texte exige que la désignation intervienne dans le cadre d'une libéralité. On exclut donc la possibilité d'écarter l'administrateur légal de la gestion des biens reçus par le mineur au titre de sa vocation *ab intestat*.

L'analyse de la jurisprudence démontre que la Cour de cassation semble pourtant prompte à contourner la difficulté en acceptant la notion de legs de manière assez large.

Par ailleurs, le legs qui prévoit une clause d'exclusion de l'administration légale au profit d'un tiers chargé de gérer les biens du mineur n'est pas sans poser des difficultés d'ordre civile et fiscale.

### **Recommandation :**

le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France recommande, comme l'a déjà proposé le 113<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, de permettre d'exclure l'administration légale sans déroger à la dévolution légale. Pourquoi le testament qui permet la désignation d'un tuteur testamentaire ou d'un exécuteur testamentaire, c'est-à-dire un testament qui organise les modalités d'administration des biens successoraux, ne pourrait-il contenir une clause excluant l'administration légale ? Le testateur peut souhaiter exclure l'administration légale sur les biens que l'enfant reçoit sans pour autant déroger à la dévolution légale. Cela permettrait également d'éviter des situations source de tension à l'ouverture de la succession du testateur : si ce dernier, après avoir institué légataires des enfants d'une précédente union dans le but d'exclure la gestion de ses biens par l'autre parent, a un enfant d'une autre union et qu'il ne modifie pas son testament, il crée un déséquilibre entre tous ses enfants, déséquilibre peut-être involontairement...

## Mariage – Pour l’allègement des notifications aux enfants en matière de changement de régime matrimonial

### **Exposé des problématiques rencontrées :**

Le principe est celui de l’immutabilité des conventions matrimoniales, lequel a été clairement affirmé depuis la fin du XVI<sup>e</sup> siècle. L’article 1395 du Code napoléonien prévoyait que les conventions matrimoniales « ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage ». Le principe de l’immutabilité était alors absolu tant pour préserver la paix des ménages que pour protéger les tiers. Cette mutabilité est dorénavant beaucoup plus souple, sans pour autant être complètement annihilée.

La loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 a abandonné le principe de l’immutabilité absolue du régime matrimonial. Elle a autorisé le changement de régime matrimonial après respect d’un délai d’attente, d’une durée de deux années après le mariage. L’acte de changement de régime matrimonial, par-devant notaire, était soumis à un contrôle juridictionnel ordonné à la protection de certains intérêts : recherche de l’intérêt de la famille et respect de l’intérêt des tiers.

À l’occasion de la réforme des successions et des libéralités du 23 juin 2006 (L. n° 2006-728, 23 juin 2006), le législateur a modifié les règles du changement de régime matrimonial. Depuis l’entrée en vigueur de ladite loi, le 1<sup>er</sup> janvier 2007, en principe le changement de régime matrimonial n’est plus soumis à l’homologation. Cette formalité n’est nécessaire que si les époux ont des enfants mineurs ou en cas d’opposition des enfants majeurs ou des créanciers qui sont préalablement informés du changement. Les modalités d’application de l’homologation sont fixées par le Code de procédure civile (CPC, art. 1300 à 1303). L’adoption d’un régime matrimonial distinct postérieurement à la célébration du mariage suppose donc nécessairement le recours à un changement de régime dans les conditions fixées par l’article 1397 du Code civil. Sur le fond, lorsque le changement est soumis à homologation, le juge doit toujours vérifier qu’il est conforme à l’intérêt de la famille. À défaut d’homologation, les époux sont libres de leur choix sous le contrôle toutefois des enfants majeurs et des créanciers qui par leur opposition peuvent imposer l’homologation.

La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice a réformé, à son tour, la procédure de changement de régime matrimonial. Tout d’abord, l’article 8 de la loi a supprimé le délai de deux ans entre deux changements ou aménagements de régime matrimonial. Ensuite, le même article 8 a écarté l’homologation judiciaire du changement de régime matrimonial en présence d’enfants mineurs. Lorsque l’un ou l’autre des époux a des enfants mineurs placés sous le régime de l’administration légale, le notaire peut alors saisir le juge des tutelles dans les conditions de l’article 387-3, alinéa 2 du Code civil. Dorénavant, à défaut d’homologation, les époux sont libres de leur choix sous le contrôle toutefois des enfants majeurs et des créanciers qui par leur opposition peuvent imposer l’homologation, ainsi que du notaire en présence d’enfants mineurs placés sous le régime de l’administration légale. Cette mission dévolue aux notaires, sur le fondement de l’article 387-3, alinéa 2 du Code civil, est communément appelée la procédure d’alerte.

Actuellement, en présence d’enfants majeurs, il n’est plus question d’homologation par le tribunal mais d’information par courrier recommandé, lequel ouvre un délai d’opposition d’une durée de trois mois.

En présence d’enfants mineurs, sous le régime de l’administration légale, le notaire peut choisir de saisir le juge des tutelles. Il s’agit d’un devoir d’alerte du juge accordé aux notaires sur le fondement de l’article 387-3, alinéa 2.

En présence d’enfants mineurs sous tutelle ou d’enfants majeurs faisant l’objet d’une mesure de protection juridique, l’information est délivrée à son représentant, qui agit sans autorisation préalable du conseil de famille ou du juge des tutelles.

## Recommandation

Au regard de ses échanges quotidiens avec les concitoyens, le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France recommande de généraliser le devoir d’alerte du juge accordé aux notaires pour les enfants mineurs, et supprimer la notification obligatoire des changements de régimes matrimoniaux aux enfants majeurs.

Le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France recommande de conserver, en présence d’enfants mineurs, la saisine le juge si le notaire estime que le changement ou l’aménagement de régime matrimonial est contraire à l’intérêt de l’enfant.

Droit prospectif : en présence d’enfants majeurs, le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France propose que le notaire doive saisir les enfants majeurs s’il estime que le changement ou l’aménagement de régime matrimonial est contraire à l’intérêt de l’enfant.

En définitive, au fil du temps, l’immutabilité absolue s’est mue en une mutabilité de moins en moins contrôlée du régime matrimonial tel que le résume le schéma ci-dessous. Une dernière étape devrait être franchie.

		Avant 1966	Entre 1965 et 2007	Entre 2007 et 2019	Depuis 2019	La recommandation du 118 <sup>ème</sup> Congrès des notaires de France
<b>Enfants</b>	Mineurs sous l’administration légale	IMMUTABILITE ABSOLUE	Contrôle judiciaire	Contrôle judiciaire	Pouvoir d’alerte du notaire	Pouvoir d’alerte du notaire
	Majeurs			Contrôle des enfants majeurs		
<b>Créanciers</b>				Contrôle des créanciers		Contrôle des créanciers



# Optimiser le conseil sur mesure en droit immobilier, en droit des sociétés et en droit de la famille.

1500 pages de doctrines • clauses • schémas • cas pratiques • outils



## 2 formats disponibles papier & numérique

**Version papier** - 950 pages • En français  
Offert : notaires de France, juridictions, universités de droit, pouvoirs publics.  
En vente en librairie et en ligne.

**Version complète augmentée en ligne**  
1500 pages • En français



- Libre consultation  
- [www.rapport-congresdesnotaires.fr](http://www.rapport-congresdesnotaires.fr)  
et sur le portail des 5 Cridon



- Achat en ligne :  
- [www.congresdesnotaires.fr](http://www.congresdesnotaires.fr)  
- La boutique Lexis Nexis  
- Les principaux revendeurs

Le rapport des Congrès des notaires de France est une contribution ayant pour vocation de faire progresser la recherche et la pratique juridique.

120 textes législatifs et réglementaires sont directement issus des propositions adoptées lors des Congrès des notaires de France.



118<sup>e</sup> CONGRÈS  
DES  
NOTAIRES DE FRANCE