

DEF226g0

121^e congrès des notaires de France

La place de la créativité notariale dans l'accompagnement des familles

2^e commission « La vie de la famille »

© Bruno Levy



Florence Boschin-de Mooij
rapporteur de la 2^e commission
notaire à Villeneuve-d'Ascq
Éric Simon-Michel
président de la 2^e commission
notaire, NPA La Baule
Barbara Grewis
rapporteur de la 2^e commission
notaire à Hégenheim

Si l'entraide semble une évidence au sein de la famille, quels en sont les écueils ?

Les actions de bienfaisance entre membres d'une même famille prennent les formes les plus diverses au point de déstabiliser les juristes.

Nous avons souhaité concentrer notre étude sur les écueils qui étaient le plus fréquemment rencontrés par les praticiens. Le lecteur ne sera pas étonné de retrouver

des développements relatifs à la mise à disposition d'un logement au profit d'un membre de la famille, que cette mise à disposition résulte d'un contrat de bail ou d'une occupation gratuite. Dans quelle mesure ces conventions peuvent-elles être requalifiées en libéralité ? Cependant, nous avons souhaité donner un tour nouveau à cette question en l'axant majoritairement sur les sociétés civiles. Nul n'ignore en effet leur succès considérable depuis ces dernières années. L'entraide familiale devait donc être examinée sous ce prisme particulier.

Sur ce point, le rapport aborde les difficultés qui peuvent être suscitées par la mise à disposition gratuite au profit d'un membre de la famille d'un logement appartenant à une SCI. Ce membre de la famille n'est parfois même pas associé de la SCI. Cette situation est d'ailleurs courante depuis que la Cour de cassation a décidé que l'usufruitier de droits sociaux n'avait pas la qualité d'associé. La question est de savoir si l'intérêt social, notion cardinale du droit des sociétés, peut correspondre à l'intérêt familial.

Sont également examinées d'autres manifestations d'entraide familiale tels que la constitution d'une sûreté au profit d'un membre de la famille, les ventes au sein du cercle familial dont on sait qu'elles ne sont pas toujours réalisées aux conditions du marché, ainsi que le financement de travaux immobiliers par un membre de la famille. Il s'agit là encore de thématiques que les notaires rencontrent fréquemment et qui agitent le spectre de la libéralité tant sur le plan juridique que fiscal. Dans ce domaine également, et afin de renouveler le propos, de nombreux développements ont été consacrés aux SCI : une SCI peut-elle se porter caution personnelle ou garante hypothécaire de la dette d'un membre de la famille (qui parfois n'a même pas la qualité d'associé) ? L'abus de droit fiscal est-il à considérer en cas de vente familiale faisant intervenir une SCI ou en cas de construction réalisée par une SCI sur un terrain appartenant à un membre de la famille ?

Toujours dans ce souci d'accorder une large place aux SCI, nous avons également évoqué les avantages financiers qui peuvent résulter du contrat de société : les dividendes d'une société doivent-ils être attribués à l'usufruitier de droits sociaux ou au nu-proprétaire ? La réponse est-elle la même selon que ce dividende résulte de l'affectation du résultat courant, d'un report à nouveau distribué, de distribution de réserves ? À qui attribuer le prix de vente d'un actif social : à l'usufruitier de droits sociaux ou au nu-proprétaire ?

Soulignant que « la vie de famille n'est pas un long fleuve tranquille », que préconisez-vous ?

Le constat est sans appel : la vie de famille n'est pas un long fleuve tranquille. Il suffit d'observer les chiffres. En 2020, 66 % des familles sont « traditionnelles » (soit 5,3 millions de familles où tous les enfants résidant dans le logement sont ceux du couple), 25 % sont monoparentales (soit 2 millions de familles où les enfants résident avec un seul parent, sans conjoint cohabitant) et 9 % sont recomposées (soit 717 000 familles avec au moins un enfant né avant l'union).

Terrain de jeu privilégié de la créativité notariale, le changement de régime matrimonial est un outil précieux au service de la famille. De multiples combinaisons de changement de régime matrimonial ou de simples adaptations permettent de répondre aux épreuves rythmant la vie de famille.

Afin de proposer un nouveau régime sur-mesure, le notaire doit interroger ses clients sur leurs préoccupations patrimoniales, qui peuvent se révéler diverses. D'ailleurs, il est vivement recommandé au notaire de réaliser un audit patrimonial préalable afin d'aborder le dossier de manière globale pour ensuite réaliser d'éventuelles simulations financières. La mutation du régime matrimonial peut permettre d'assurer la protection du conjoint survivant, du patrimoine professionnel ou encore un rééquilibrage des patrimoines.

Quelles solutions proposez-vous dans le cadre de ce nouveau régime sur-mesure ?

Augmenter les droits du conjoint sur la masse successorale. Le réaménagement de la masse commune par l'ameublissement de biens propres ou l'adjonction d'une société d'acquêts dans un régime séparatiste, couplé avec une clause d'attribution intégrale au survivant, permet d'augmenter le patrimoine transmis en pleine propriété au conjoint survivant. Le notaire conseillera également un tel aménagement ou changement lorsque

les enfants sont déjà installés et bénéficient de revenus confortables, contrairement au conjoint survivant. Ainsi, en présence d'une entreprise ou d'une exploitation familiale, l'adoption de la communauté universelle avec attribution intégrale de la communauté permet d'assurer la gestion de l'entreprise. Investi, au décès du prémourant, de la propriété privative et exclusive de cette entreprise ou de cette exploitation, le survivant pourra continuer d'assumer librement cette gestion.

Faciliter le règlement de la première succession en présence d'un enfant protégé ou en cas de mésentente familiale. Il peut notamment être conseillé de changer son régime au profit d'une communauté universelle avec une clause d'attribution en pleine propriété en présence d'un enfant faisant l'objet d'une mesure de protection. Il permet alors de contourner le mécanisme de l'option, l'acceptation de la succession et la nécessité de requérir l'autorisation du juge des tutelles. Un tel choix est également opportun en cas d'éloignement d'un enfant ingrat ou en cas de mésentente familiale. Ainsi, la première succession en sera facilitée et le conjoint survivant sera préservé d'un risque de blocage successoral.

Optimisation de la seconde succession dans les familles recomposées. Lorsqu'un seul des époux a des enfants d'un premier lit, il peut alors arriver que l'époux sans enfant possède un patrimoine propre, dont il souhaite faire bénéficier les enfants de son conjoint. L'apport du bien propre combiné avec une clause d'attribution intégrale au profit de l'époux ayant des enfants uniquement, pour le cas où cet époux survivrait, permet de transmettre les biens immobiliers appartenant à l'époux qui n'a pas d'enfant à ceux du conjoint.

Rééquilibrage des patrimoines et neutralisation des flux financiers. L'hypothèse vise particulièrement les couples remariés en présence d'une éventuelle créance entre époux ou d'une récompense. Lorsque l'époux non-proprétaire détient une créance ou une récompense à l'égard de son conjoint, il risque de se heurter à une difficulté de preuve au moment de la liquidation du régime matrimonial. L'occasion peut alors être saisie de reconnaître cette récompense ou cette créance et de l'abandonner.

Rééquilibrage des patrimoines et transmission aux enfants. Grâce aux apports, il s'opère un rééquilibrage du patrimoine des époux. La transmission est ensuite possible aux enfants de l'époux qui n'était initialement pas propriétaires du bien. Naturellement, cette technique permet d'optimiser l'utilisation des abattements des enfants ainsi que le barème progressif des droits de mutation à titre gratuit sous réserve de précautions rédactionnelles relatives à l'abus de droit.

Le rapport consacre par ailleurs des développements à la réversibilité des transmissions patrimoniales. L'idée est la suivante : le futur rend les transmissions imprévisibles et conduit les notaires à adopter une grande humilité dans les opérations de transmission patrimoniale. En effet, comment déterminer si une transmission patrimoniale est réussie ? Comment savoir si la voie qui a été choisie par le notaire, avec l'assentiment de ses clients, constitue la meilleure solution juridique ?

Le premier réflexe du notaire sera d'affirmer que le succès d'une transmission patrimoniale se mesure à la paix des familles et à l'absence de frais fiscaux. Cela est assurément vrai. Cependant, les notaires sont les témoins quotidiens de situations qui conduisent à nuancer les critères d'évidence qui viennent d'être posés : une transmission patrimoniale constitue avant tout une manifestation de volonté. Toutefois, que se passe-t-il si la volonté change ? Quelle est la pertinence d'une solution patrimoniale si les vœux qui ont été exprimés à son occasion ne concordent plus avec ceux qui sont émis dorénavant par les membres de la famille ? Les changements de volonté ne sont pas tant liés à la versatilité des esprits qu'aux circonstances de la vie qui peuvent durement éprouver les certitudes et les choix du passé.

La situation a de quoi angoisser le praticien : une solution patrimoniale qui paraissait cohérente au moment de sa concrétisation peut finalement s'avérer inopportune. Il est dès lors permis de se demander si la meilleure solution patrimoniale ne serait pas celle qui offrirait aux membres de la famille une bonne capacité d'adaptation aux changements de circonstances. Le rapport consacre de larges développements à ce sujet en étudiant les donations ainsi que les opérations dites à effet de levier tels que les *Owner Buy Out* familiaux.

Comment le notaire accompagne-t-il les couples lors de la séparation ?

Aujourd'hui, la faculté d'avoir plusieurs vies conjugales est admise et les séparations légitimées au sein de l'opinion publique. Néanmoins, la rupture du couple reste toujours une épreuve dans la vie des familles et marque la fin d'un cycle conjugal emportant une série de conséquences patrimoniales et extra-patrimoniales.

Le notaire, témoin privilégié des crises secouant la vie de la famille, est amené à accompagner les couples à plusieurs stades dans le processus de leur séparation et à en faciliter le déroulement en agissant sur plusieurs terrains, savoir :

- la prévention, par l'anticipation des conséquences des séparations dans les conventions initiales, quelle que soit la forme de l'union (contrat de mariage, convention pacsimoniale ou convention de concubinage) et dans leurs conventions modificatives. L'encadrement ab initio évite un certain nombre de débats et de tensions lors de la rupture ;

- le conseil, lors d'une réflexion sur une éventuelle séparation, afin d'apprécier notamment les conséquences patrimoniales de la désunion projetée ;

- le traitement de la liquidation des intérêts patrimoniaux du couple lors de la séparation effective, lorsque le patrimoine conjugal comprend au moins un bien immobilier. Le notaire peut également être consulté et agir en l'absence d'immeuble notamment lorsque le couple détient certains actifs complexes.

L'assistance de ces couples nécessite la maîtrise par le notaire d'un certain nombre de réflexes juridiques mais également humains :

- la prise en compte des aspects psychologiques de ces dossiers chargés souvent en sentiments. Le notaire est régulièrement amené à dépasser son rôle d'expert en liquidation et doit se tourner vers l'écoute et la conciliation, dans un souci de pacification des relations conjugales et de recherche d'un accord amiable ;

- la connaissance des différentes procédures liquidatives. Le notaire doit adapter sa pratique au vu des particularités du dossier qui lui est soumis, en prenant notamment en compte le lien conjugal mais également la nature amiable ou judiciaire de la voie empruntée par ses clients. Il n'agit pas de la même manière selon qu'il est le notaire choisi par des époux dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel ou qu'il est désigné par le juge dans le cadre d'un partage judiciaire entre deux partenaires. Le rapport s'est donc replongé dans les différentes procédures liquidatives pour les passer au crible ;

- la maîtrise des règles liquidatives. Face à l'internationalisation des couples, à la complexification des patrimoines et à la richesse de la jurisprudence de la Cour de cassation sur certains sujets, le notaire peut se retrouver perdu. Le rapport approfondit notamment deux difficultés liquidatives rencontrées fréquemment par le praticien en se concentrant sur le traitement liquidatif des titres de société et des créances d'indivision.

La créativité notariale a-t-elle sa place dans cet accompagnement ?

Cette notion pourrait sembler étrangère à ce domaine mais ce serait omettre que sa conventionnalisation ou sa contractualisation a été souhaitée par le législateur lui-même.

Naturelle dans le cadre des séparations des concubins, évidente dans celui des partenaires, la place du contrat paraissait plus délicate pour les époux en raison de l'immutabilité des régimes matrimoniaux. Cependant, la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, réformant en profondeur la procédure de divorce, encourage les époux à conclure toute convention liquidative en cours d'instance.

Ce phénomène de contractualisation du droit a été amplifié par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 instaurant le divorce par consentement extrajudiciaire. L'autonomie de la volonté prend désormais une place importante dans toutes les formes de rupture et il revient au notaire de la mettre en scène en faisant preuve d'ingénierie et de créativité.

Cette conventionnalisation se révèle à toutes les étapes du divorce, tant sur la forme du divorce que lors de la liquidation des intérêts patrimoniaux ou encore à l'occasion du règlement de ceux-ci. En effet, le notaire pourra être, par exemple, amené à proposer des conventions liquidatives en cours d'instance de divorce mais également des partages transactionnels afin de sauver l'accord des clients.

Accompagner ces couples en difficulté, c'est également les inciter à utiliser et optimiser tous les outils conventionnels prévus par les textes et privilégier la sortie amiable de cette crise, et ce pour permettre à chacun, s'il le désire, de se lancer dans une nouvelle aventure conjugale en ayant clôturé l'ancienne.

(Propos recueillis par Liliane Ricco)