

**LES PROPOSITIONS
DU 108^e CONGRES DES NOTAIRES
DE FRANCE
MONTPELLIER 23-26 SEPTEMBRE 2012**

LA TRANSMISSION

Le directoire

**PRÉSIDENT : Philippe POTENTIER
VICE-PRESIDENT : Xavier MEYER
RAPPORTEUR GENERAL : Bertrand SAVOURE
COMMISSAIRE GENERAL : Patrick VILLEMIN
TRESORIER : Jean-Eric GARONNAIRE
COMMUNICATION NATIONALE : Barbara THOMAS-DAVID
COMMUNICATION RÉGIONALE : Jean-Marc CABANES-GELLY
SECRETAIRE GENERALE : Mme Élisabeth LAMBLIN**

**Première commission
Une volonté**

**Président: Xavier BOUCHÉ
Rapporteur: Xavier GUÉDÉ**

**1^{re} Proposition
«Déterminer l'intention libérale
qui fait la libéralité»**

CONSIDERANT :

- que la libéralité nécessite une intention libérale qui la porte, ainsi que le souligne régulièrement la Cour de cassation, et notamment dans quatre arrêts du 18 janvier 2012 ;
- que l'intention libérale n'est définie par aucun texte du Code civil ;
- que les praticiens, notamment, doivent toutefois l'appréhender pour régulariser, constater, ou identifier une libéralité ;

- que si la libéralité se caractérise par l'absence de contrepartie ou d'équivalence entre les prestations, cette absence de contrepartie ou d'équivalence, qui constitue l'élément matériel de la libéralité, n'est pas suffisante pour la qualifier ;
- que doit s'y adjoindre un élément subjectif qui forme l'intention libérale et qui se distingue du simple consentement ;
- que cette intention libérale doit être recherchée dans les motivations du disposant, qui s'expriment dans une volonté préméditée de gratifier ;
- que cette volonté doit exister sans qu'elle y soit obligée, pour quelque raison que ce soit ;
- que cette volonté peut encore exister alors même que la libéralité serait assortie de charges ou conditions ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que l'intention libérale soit caractérisée lorsque le motif impulsif et déterminant d'un avantage économique, direct ou indirect, conféré à un bénéficiaire, même assorti de charges ou de conditions, traduit une volonté du disposant, sans qu'il y soit obligé, de gratifier cette personne particulière.

Première commission – 2^e Proposition «Réaffirmer l'irrévocabilité spéciale des donations»

CONSIDERANT :

- que l'intention libérale, attachée à une donation, ne se conçoit pas sans une irrévocabilité renforcée ;
- que l'irrévocabilité spéciale des donations diffère de l'irrévocabilité générale des contrats en ce qu'elle interdit au donateur de se réserver conventionnellement le droit de reprendre les biens donnés, directement ou indirectement ;
- que l'allongement de la durée de la vie implique des donations de plus en plus précoces, et que cette anticipation suscite un besoin croissant de réversibilité ;
- que ce besoin de réversibilité peut aboutir à remettre en cause le principe d'irrévocabilité spéciale sans lequel la donation serait un contrat ordinaire ;
- que cette irrévocabilité spéciale n'interdit pas toutefois certains aménagements de la donation, pourvu que l'émolument du gratifié soit définitif ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que soit réaffirmée la nécessité de l'irrévocabilité spéciale des donations, principe selon lequel il est interdit au donateur de se réserver dans la donation, même avec l'accord du donataire, le droit de reprendre, directement ou indirectement, l'émolument transmis au donataire.

Première commission – 3^e Proposition «Sécuriser le changement d'objet

dans les donations optionnelles»

CONSIDERANT :

- que les donations optionnelles, quoique validées dans leur principe, souffrent d'un manque d'assise légale et de lisibilité quant à leur régime juridique et fiscal ;
- qu'elles demeurent pour ces raisons peu utilisées par la pratique notariale ;
- qu'elles répondent pourtant à un besoin toujours plus grand de souplesse et de flexibilité des transmissions anticipées, tout en respectant le principe d'irrévocabilité spéciale des donations ;
- que leur développement nécessite une intervention du législateur, pour éclairer la pratique et offrir un cadre sécurisé ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que soient consacrées par la loi les donations, dites donations alternatives ou facultatives, dans lesquelles le donateur se réserve le droit de modifier, sous certaines conditions, l'objet donné, et que soit défini leur régime juridique et fiscal, au regard, notamment :
 - du transfert de propriété, en excluant toute rétroactivité par principe ;
 - de l'obligation d'équivalence des prestations, et spécialement de la date à prendre en compte pour son appréciation, en retenant celle de l'exercice de l'option ;
 - enfin du mode de détermination des droits de mutation à titre gratuit, en retenant le jour de la donation pour l'exigibilité et le barème des droits applicables, et la perception du seul droit fixe au jour de l'option, sous réserve du respect de l'équivalence.

Première commission – 4^e Proposition «Consacrer un droit de retour optionnel»

CONSIDERANT :

- que la clause de retour automatique, telle qu'elle est envisagée par l'article 951 du Code civil, constitue un mécanisme rigide, inadapté à la réalité sociologique des transmissions ;
- que la clause par laquelle le donateur se réserverait, sur option, la possibilité d'exercer ou non un droit de retour sur l'objet donné, en fonction de la situation familiale et économique au jour du décès du donataire, serait d'une grande utilité pour la pratique notariale ;
- que la validité juridique de la clause de retour optionnel est sujette à discussion ;
- que sa généralisation dans les actes de donation et donation-partage ne peut être envisagée que si elle est parfaitement sécurisée ;
- qu'il convient en conséquence de lui donner une base légale et une neutralité fiscale ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que soit légalement consacrée la clause de retour optionnel par l'ajout d'un troisième alinéa à l'article 951 du Code civil, qui pourrait être ainsi rédigé :
« Il pourra être stipulé que le retour s'exercera à titre facultatif dans un délai fixé par les parties.

Dans cette hypothèse, le non exercice du droit de retour ne pourra être considéré comme une libéralité ».

Première commission – 5^e Proposition **«Clarifier le régime juridique et fiscal de la résolution amiable des donations»**

CONSIDERANT :

- que la résolution amiable des donations peut, dans certaines hypothèses, constituer une réponse appropriée aux épreuves du temps et aux accidents de la vie ;
- que cette résolution amiable, application du principe général de la résolution des contrats, ne contrevient pas à l'irrévocabilité spéciale des donations ;
- que l'incertitude juridique et fiscale qui entoure aujourd'hui la résolution amiable constitue un frein à son utilisation sécurisée ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que soit clarifié le régime juridique et fiscal de la résolution amiable des donations, prévoyant notamment :
 - que la résolution ne constitue pas une libéralité, à défaut d'intention libérale démontrée,
 - que l'acte de résolution doit nécessairement revêtir la forme authentique,
 - que soient tirées toutes les conséquences fiscales de cette qualification, la résolution amiable étant par principe soumise au droit fixe.

Première commission – 6^e Proposition **«Confirmer la neutralité juridique et fiscale de la renonciation a succession »**

CONSIDERANT :

- que la loi du 23 juin 2006 a créé diverses techniques de transmissions transgénérationnelles ou de renonciations ;
- que ces renonciations, comme les RAAR et le cantonnement, sont le plus souvent expressément exclues, par le Code civil et le droit fiscal, du régime des libéralités ;
- que la renonciation abdicative à succession constitue une technique de transmission transgénérationnelle, par la possibilité de représenter un renonçant, ouverte par la loi du 23 juin 2006 à l'article 805 du Code civil ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que soit ajouté à l'article 805 du Code civil, dans un alinéa 3 : « La renonciation à succession, dans les

conditions visées à l'alinéa 2, ne constitue pas une libéralité ».

Deuxième commission

Un cadre

Président: Nicolas RANDOUX
Rapporteur: Priscille CAIGNAULT

1^{re} Proposition

«Affirmer l'attachement du notariat à la réserve héréditaire »

CONSIDERANT :

- que la réserve héréditaire est au cœur du droit français de la transmission, et que la loi du 23 juin 2006 en a introduit pour la première fois une définition dans le Code civil, à l'article 912 ;
- qu'elle est cependant aujourd'hui parfois contestée sous prétexte d'atteinte à la liberté individuelle, ou contournée par diverses techniques juridiques qui introduisent de la confusion ;
- qu'elle apparaît en outre fragilisée par la réduction en valeur et les renoncations possibles dont elle peut faire l'objet depuis la loi du 23 juin 2006 et par l'adoption du Règlement européen en matière de successions ;
- qu'il convient alors d'en vérifier les fondements et l'utilité dans un monde en permanente mutation ;
- que ces fondements sont multiples et peuvent être ainsi proposés :
 - elle est, pour le bénéficiaire qu'elle protège, une liberté lui assurant une protection contre tout abus d'autorité, toute exclusion, et la garantie d'une égalité minimale.
 - elle est, pour le disposant qu'elle contraint, un rempart contre les pressions de son entourage, une protection contre ses éventuels emportements affectifs, et une obligation traduisant sa responsabilité envers les bénéficiaires de cette réserve.
 - elle est, pour la famille qu'elle consolide, un ancrage identitaire, par la transmission d'un patrimoine constitué par elle, et l'expression d'une solidarité active et privée entre les générations.
 - elle est, pour notre droit, l'expression d'une transmission conçue autour de la continuation de la personne, permettant notamment une administration directe du patrimoine transmis.
 - elle se justifie finalement comme étant au service de la société elle-même, par son effet régulateur et pacificateur, qui protège les personnes et les familles qui la composent, facilite la transmission, réduit les contentieux et sert ainsi l'intérêt général que la liberté individuelle ne peut seule satisfaire.
- que la réserve, rattachée à la société par ses multiples fondements, doit évoluer avec elle ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que soit affirmé l'attachement du notariat à la réserve héréditaire, conçue comme l'instrument

privilegié et actuel de la fonction sociale de la transmission,

- Que la réserve évolue avec la société dans son régime et son expression,
- Que la réserve n'aïlle cependant pas à l'encontre de la liberté de celui qu'elle protège, lequel doit pouvoir, le cas échéant, aménager ses droits ou y renoncer.

Deuxième commission – 2^e Proposition **«Eclairer la volonté pour les legs consentis a des non successibles»**

CONSIDERANT :

- que la loi du 23 juin 2006 a généralisé à l'article 924 du Code civil la réduction en valeur des libéralités, qu'il s'agisse des donations ou des legs consentis à des successibles comme à des non successibles ;
- que ce principe de réduction en valeur est compatible avec la fonction sociale de la réserve héréditaire, car il favorise une transmission plus fluide et plus sécurisée pour les tiers ;
- que la réduction en valeur des legs peut cependant conduire à de réelles difficultés dans le règlement des successions, tant pour le légataire, débiteur de l'indemnité de réduction, que pour les héritiers réservataires, créanciers de ladite indemnité ;
- que la réduction en valeur des legs peut conduire un disposant à transmettre l'intégralité d'un patrimoine, en nature, à un légataire universel, par simple testament olographe ;
- que si le principe de la réduction en valeur doit être maintenu, l'attention du testateur doit être attirée sur les conséquences d'un legs qui excéderait la quotité disponible, spécialement lorsque ce legs est consenti à un non successible ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que le principe général de la réduction en valeur des libéralités excédant la quotité disponible, énoncé à l'article 924 du Code civil, soit réservé, pour un legs consenti à un non successible, aux hypothèses dans lesquelles ce legs est établi par testament authentique.

Deuxième commission – 3^e Proposition **«Concilier la réserve héréditaire de droit français** **et le droit communautaire»**

CONSIDERANT :

- que le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne viennent d'adopter un règlement « relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de succession et à la création d'un certificat successoral européen » ;
- que ce Règlement prévoit dans ses articles 21 et 22 une loi successorale unique, celle de la loi de la résidence habituelle du défunt au moment du décès, et la possibilité alternative pour une personne de lui substituer volontairement la loi de l'Etat dont elle possède la nationalité ;

- que ce Règlement a été approuvé par les instances du notariat français ;
- que ce Règlement, par son caractère universel, constituera dès sa mise en application en France, le droit international privé français applicable à toutes les situations internationales et qu'il modifiera les règlements successoraux dont seront saisis les notaires français ;
- que se posera en particulier la question de la réserve héréditaire de droit français, si une loi successorale étrangère, qui ignore toute réserve ou la prévoit trop différemment, est applicable en vertu de ce Règlement ;
- que l'article 35 du Règlement prévoit en effet que « l'application d'une disposition de la loi d'un Etat désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for » ;
- qu'il faudrait, pour que la réserve héréditaire puisse être opposée à l'application d'une loi étrangère, qu'elle soit considérée comme faisant partie de l'ordre public international ;
- que la réserve héréditaire est incontestablement une règle essentielle du droit successoral français et non une simple technique de dévolution, et qu'elle doit être considérée d'ordre public en tant qu'instrument de la fonction sociale de la transmission ;
- que les tribunaux français ne se sont pas prononcés sur le caractère d'ordre public international de la réserve héréditaire ;
- qu'en droit international, l'ordre public est généralement considéré comme un ordre public atténué, et que cette conception permettant notamment l'émergence d'un droit communautaire, doit être privilégiée ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que le caractère d'ordre public de la réserve héréditaire de droit français soit reconnu dans l'ordre public international et que celle-ci puisse donc être, le cas échéant, opposée, par application de l'article 35 du Règlement européen sur les successions, à l'application de la loi désignée par ledit Règlement, dès lors que les juridictions françaises sont compétentes en vertu dudit Règlement,
- Que les dispositions d'une loi étrangère ne soient cependant écartées à ce titre, que si la loi successorale désignée ne prévoit aucun dispositif protecteur équivalent à la réserve de droit français et si la situation présente des liens étroits avec le système juridique français,
- Que les notaires français, saisis dans ces hypothèses, recherchent l'accord entre les héritiers, et, à défaut, les renvoient devant les tribunaux français.

Deuxième commission – 4^e Proposition «Pacifier les relations familiales en cas de mise a disposition d'un bien»

CONSIDERANT :

- que les donations de fruits et revenus sont, de façon générale, rapportables selon le droit commun, mais que ce principe est pourtant spécialement affirmé à l'article 851 alinéa 2 du Code civil issu de la loi du 23 juin 2006 ;
- qu'en pratique le rapport des donations de fruits et revenus n'est invoqué presque exclusivement devant les tribunaux que pour rapporter l'avantage indirect représenté par la mise à disposition gratuite d'un logement ;

- que, dans quatre arrêts de 2012, la Cour de cassation vient de réaffirmer cependant qu'un avantage n'est rapportable que si l'intention libérale du disposant est démontrée ;
- que dans la pratique, les mises à disposition sont le plus souvent motivées par une obligation d'entretien, au même titre, par exemple, que les frais de nourriture ou d'éducation ;
- que dans ce cas, l'élément matériel de la libéralité, c'est-à-dire l'appauvrissement de l'un et l'enrichissement de l'autre, est incertain, comme pour les frais de nourriture et d'éducation ;
- que l'application de l'article 851 alinéa 2 du Code civil s'avère, dans la pratique notariale source de tensions familiales inutiles, et qu'elle sacrifie en outre la liberté du disposant, qui agit souvent en équité, notion moins arithmétique que celle d'égalité ;
- qu'une mise à disposition gratuite d'un logement peut se faire également par une donation d'usufruit, temporaire ou viager, qui sera rapportable pour une valeur nulle si l'usufruit est éteint au jour du décès ;
- qu'il est indispensable de trouver une cohérence selon que la mise à disposition d'un logement s'effectue sans acte, par simple prêt à usage, ou par donation d'usufruit ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que l'alinéa 2 de l'article 851 du Code civil soit purement et simplement abrogé,
- Que l'alinéa 1^{er} de l'article 852 du Code civil soit réécrit comme suit : « Les avantages retirés par un héritier de la mise à disposition d'un bien, les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et les présents d'usage ne doivent pas être rapportés, sauf volonté contraire du disposant ».

Deuxième commission – 5^e Proposition «Sécuriser la transmission face au risque d'une renonciation»

CONSIDERANT :

- qu'il résulte de l'article 754 alinéa 3 du Code civil qu'une donation en avancement de part consentie à un héritier qui renonce à la succession, et qui est représenté, s'impute sur la part de réserve qui aurait dû lui revenir, s'il n'avait pas renoncé ;
- qu'aucun texte ne précise cependant qui est alors redevable du rapport ;
- qu'il résulte par ailleurs de l'article 848 du Code civil que le fils qui vient à la succession par représentation doit rapporter ce qui a été donné à son père ;
- que ce texte a été conçu pour les cas de représentation en cas de décès, et non en cas de renonciation, et que son application à l'hypothèse d'une renonciation est incertaine, pouvant en outre s'avérer pénalisante à la fois pour le donateur et pour les représentants d'un renonçant ;
- que l'article 845 du Code civil prévoit cependant la possibilité, pour le donateur, d'exiger le rapport par le donataire, même renonçant ;
- que la renonciation d'un héritier à la succession modifie de façon unilatérale les choix opérés par le disposant, s'il a consenti une libéralité en avancement de part ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que les notaires incluent, sauf situation particulière, dans les actes de donation en avancement de part une clause de rapport en cas de renonciation telle que prévue par l'article 845 du Code civil,
- Que l'article 845 du Code civil soit réécrit et prévoie qu'une libéralité consentie en avancement de part successorale à un héritier renonçant est rapportable par le renonçant, sauf volonté contraire du disposant,
- Que l'article 848 du Code civil ne s'applique qu'aux cas de représentation par décès, et que cela soit ajouté audit article.

Troisième commission

Des moyens

Président: Stéphanie ARNAUD
Rapporteurs: Sébastien GINON
Frédéric PETIT

1^{re} Proposition

«Autoriser la subrogation dans les libéralités graduelles»

CONSIDERANT :

- qu'une libéralité graduelle ne peut, selon les termes de l'article 1049 du Code civil, produire son effet que sur des biens ou des droits identifiables à la date de la transmission et subsistant en nature au décès du grevé, sauf l'exception particulière des valeurs mobilières, pour lesquelles elle produit également son effet, en cas d'aliénation, sur les valeurs mobilières subrogées ;
- qu'une libéralité graduelle est caractérisée par l'obligation de conservation et de transmission pesant sur le grevé, et par le principe énoncé à l'article 1051 du Code civil selon lequel le second gratifié est réputé tenir ses droits de l'auteur de la libéralité ;
- que l'obligation de conserver les biens en nature contrarie cependant leur libre circulation, et limite, en pratique, considérablement l'usage des libéralités graduelles, alors que leur utilisation stratégique peut être précieuse ;
- que sauf volonté contraire du disposant, les droits du second gratifié pourraient être par ailleurs modifiés dans leur objet, suivant en cela une tendance générale du droit de la transmission, pourvu que, s'agissant d'une libéralité graduelle, ces droits soient garantis ;
- qu'il appartient au disposant de prescrire des garanties et des sûretés pour la bonne exécution de la charge ainsi qu'il est prévu à l'article 1052 du Code civil ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que soit expressément affirmée par la loi la possibilité, pour le disposant, de prévoir que la libéralité graduelle portera son effet sur les biens subrogés, en cas d'aliénation des biens donnés ou

légues,

- Que la pratique notariale mette en œuvre les solutions permettant de sécuriser, dans cette hypothèse d'aliénation et de subrogation, les droits du second gratifié, en prévoyant par exemple selon les circonstances :

- une obligation d'emploi ou de remploi à la charge du donataire, strictement encadrée,
 - une autorisation du disposant et/ou du second gratifié,
- la nomination d'un tiers garant dont la mission serait de veiller à la bonne exécution de la charge et, notamment, dans le cadre fixé par le disposant, d'autoriser l'aliénation et le remploi.

Troisième commission – 2^e Proposition «Permettre un nouveau type de renonciation anticipée»

CONSIDERANT :

- que la réserve doit être libre de charges ainsi que le prévoit l'article 912 du Code civil ;
- que la loi du 23 juin 2006 a ouvert la possibilité à l'héritier réservataire de renoncer à l'action en réduction dans une succession non encore ouverte ;
- que l'article 929 alinéa 2 semble cependant limiter cette renonciation aux seules atteintes arithmétiques à la réserve, par des libéralités consenties à une ou plusieurs personnes déterminées ;
- qu'un héritier ne semble pas pouvoir, par cette renonciation, accepter individuellement qu'une charge grève sa réserve dans une succession non ouverte ;
- qu'une charge sur la réserve peut s'avérer cependant opportune dans une stratégie de transmission, mais qu'elle doit être acceptée par le réservataire ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que tout héritier puisse accepter qu'une charge, au sens de l'article 912 du Code civil, grève sa réserve héréditaire dans une succession non ouverte, cette renonciation devant alors emprunter les formes de la renonciation anticipée à l'action en réduction,
- Que l'article 912 du Code civil soit modifié en conséquence.

Troisième commission – 3^e Proposition «Adapter le formalisme du testament authentique»

CONSIDERANT :

- que le testament authentique doit être développé et facilité, car il apporte sécurité et tranquillité au testateur, mais qu'il doit conserver, en tant qu'acte public, un formalisme et une solennité spécifique ;
- que l'obligation de « dictée par le testateur », figurant dans les dispositions de l'article 972 du Code civil, est inappropriée, car elle rend trop peu compte du rôle essentiel du notaire dans l'exercice de son devoir de conseil, et provoque des contentieux que ce type de testament devrait justement éviter ;

- que la formulation du testament authentique doit au contraire reconnaître la fonction du notaire, officier public, dans sa participation active et nécessaire à la rédaction des dernières volontés ;
- que le testament authentique, du fait de l'obligation de dictée et de lecture, n'est aujourd'hui accessible qu'aux personnes sachant parler et entendre, excluant par là même de ce type de testament toute personne incapable de s'exprimer oralement ou incapable d'entendre ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que le testament par acte public, prévu à l'article 971 du Code civil puisse être rédigé, par le notaire ou l'un des deux notaires suivant le cas, à partir des volontés exprimées par le testateur,
- Qu'il soit donné lecture par le notaire du testament ainsi rédigé au testateur et s'il ne peut entendre, qu'il en prenne connaissance en le lisant lui même, le testateur devant dans tous les cas, confirmer que ce testament exprime bien ses volontés,
- Que la rédaction du testament, sa lecture et sa signature interviennent en présence du notaire et des deux témoins, ou des deux notaires, lesquels signent également.

Troisième commission – 4^e Proposition «Clarifier les domaines des différents types de donations»

CONSIDERANT :

- que l'article 931 du Code civil prévoit que « tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité » ;
- que ce principe n'interdit pas de réaliser des dons manuels ou des donations indirectes ;
- que chaque type de donation, manuelle, indirecte, ou authentique, a ses caractéristiques propres, et son domaine d'application spécifique ;
- que la pratique notariale observe une très large dérive du don manuel, qui crée un manque évident de transparence tant sur le plan civil et familial que fiscal ;
- que le don manuel suppose une tradition du bien sur lequel il porte, représentant un formalisme de substitution à l'authenticité, traduisant l'intention libérale du donateur, et garantissant l'irrévocabilité de la donation, sans que le support d'un écrit soit nécessaire ;
- que la jurisprudence valide des dons manuels réalisés par virement bancaire ou, s'agissant de valeurs mobilières, par transfert de compte à compte ;
- que ces virements et transferts ne se réalisent pas cependant sans ordres, instructions ou notifications, rendant de plus en plus impropres ou improbables la qualification de don manuel et la notion de tradition, même dématérialisée, alors que serait plus justifiée celle de donation indirecte ;
- qu'il en est ainsi, en particulier, pour certaines valeurs mobilières, dont le transfert de propriété résulte désormais de l'inscription desdites valeurs au compte du bénéficiaire, « faite à la date fixée par l'accord des parties et notifiée à la société émettrice », ainsi que le prévoit le décret 2006-1566 du 11 décembre 2006 ;
- que les pactes adjoints, qui accompagnent le plus souvent les dons manuels ou les donations indirectes, entraînent une grande confusion entre ces catégories, aboutissant finalement à une transgression de l'obligation d'authenticité de l'article 931 du Code civil, formalisme protecteur des intérêts en jeu dans les règlements familiaux et successoraux ;
- que la Cour de cassation a d'ailleurs rappelé qu'un pacte adjoint ne peut conférer à une pluralité de dons manuels le

caractère de donation-partage, celle-ci ne pouvant résulter que d'un seul acte authentique à peine de nullité ;

- que l'article 1339 du Code civil dispose que « le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs, nulle en la forme ; il faut qu'elle soit refaite en la forme légale » ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que le don manuel ne soit possible que lorsque le transfert de propriété, réalisé par tradition, dématérialisée ou non, ne suppose l'établissement d'aucun acte,
- Que si un acte est établi pour réaliser ce transfert de propriété, celui-ci, s'il est neutre, c'est-à-dire ne qualifie pas la libéralité qu'il porte, en cas d'intention libérale, soit qualifié de donation indirecte,
- Que si un acte est nécessaire pour qualifier la libéralité ou l'assortir de charges ou conditions, formant un tout indissociable dans l'esprit des parties, l'ensemble soit soumis au formalisme de l'article 931 du Code civil.

Troisième commission – 5^e Proposition «Renforcer l'efficacité du mandat à effet posthume»

CONSIDERANT :

- l'utilité du mandat à effet posthume pour organiser et faciliter la transmission d'un patrimoine successoral, lorsqu'un intérêt sérieux et légitime, tenant à la personne des héritiers ou à la nature du patrimoine, le justifie ;
- que cette technique, conciliant liberté individuelle par le droit commun du mandat, et ordre public successoral par la loi, caractérise le mandat à effet posthume ;
- que la pratique notariale rencontre cependant des difficultés pour déterminer et sécuriser les pouvoirs du mandataire, et par conséquent l'efficacité même du mandat à effet posthume ;
- que, d'une part, la notion « d'administration et de gestion » définie par l'article 812 du Code civil est incertaine, et que, d'autre part, s'installe une confrontation entre les pouvoirs des héritiers et ceux du mandataire, les dispositions de l'article 812-4 5° du Code civil prévoyant que l'aliénation des biens par les héritiers met fin au mandat ;
- qu'un acte de disposition est parfois nécessaire pour une bonne gestion du patrimoine successoral, et que la vente d'un bien peut même dans certains cas constituer un motif sérieux et légitime de mandat confié à un tiers, au regard de la nature spécifique de ce bien ;
- que, pour être un outil efficace, le mandat à effet posthume doit pouvoir donner au mandataire tous les pouvoirs nécessaires à la réalisation de sa mission ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que la loi prévoie :
- Que le mandant puisse conventionnellement conférer au mandataire un pouvoir de disposition, expressément motivé par l'intérêt sérieux et légitime qui caractérise le mandat à effet posthume selon les modalités suivantes :
 - soit que le mandataire puisse être généralement autorisé, par le mandant, à réaliser les actes de disposition nécessaires à la bonne administration et gestion de tout ou partie de la succession sous mandat, ces actes de disposition ne mettant alors pas fin au mandat posthume,

- soit que le mandataire puisse être autorisé spécialement, par le mandant, à gérer, administrer un bien spécifique, et à le vendre pour le compte des héritiers, auquel cas cette vente emporterait réalisation et extinction du mandat,
- Que, dans les hypothèses visées ci-dessus, les pouvoirs des héritiers puissent être limités par le mandant, pendant la durée du mandat, de façon à ne pas nuire à son exécution.

Troisième commission – 6^e Proposition «Améliorer la pratique du cantonnement»

CONSIDERANT :

- que les articles 1002-1 et 1094-1 du Code civil permettent à un légataire ou au conjoint survivant de cantonner son émoulement sur une partie des biens dont il a été disposé en sa faveur, sauf volonté contraire du disposant ;
- que si l'option successorale, ouverte aux héritiers, légataires ou institués contractuels, est enfermée dans des délais précis, prévus aux articles 771 et 772 du Code civil, à l'effet de protéger les intérêts des héritiers et des créanciers successoraux, il n'en est pas de même pour le cantonnement ;
- que l'exercice du cantonnement, soumis à la libre appréciation du gratifié, sous réserve des dispositions de la libéralité, modifie la nature et l'étendue des droits des cohéritiers ou héritiers subséquents ;
- que les textes prévoient que le cantonnement peut porter sur les biens dont il a été disposé en faveur du gratifié, mais ne visent pas expressément la possibilité de cantonner son émoulement sur des droits démembrés ;
- qu'il revient en premier lieu à la pratique notariale de prévoir toutes mesures d'encadrement et de mise en œuvre du cantonnement, afin que celui-ci soit utilisé largement, de façon cohérente et sécurisée pour le gratifié et tous les successibles ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que la pratique notariale veille, dans les testaments ou institutions contractuelles, à encadrer la faculté de cantonnement, quand celle-ci n'a pas été exclue par le disposant, et à préciser les conditions de sa mise en œuvre,
- Que, notamment, elle enferme ce droit dans un certain délai après le décès, concomitamment avec l'option successorale,
- Que, si la circonstance s'y prête et que le disposant le souhaite, il soit expressément prévu dans le legs ou l'institution contractuelle que le droit de cantonner puisse porter sur des biens ou des droits, et, en particulier, sur un droit d'usufruit, selon des modalités à définir.

Quatrième commission

Une stratégie

Président: Fabrice LUZU
Rapporteur: Nathalie LE GALL

1^{re} Proposition

«Créer un outil de solidarité familiale : le fonds familial»

CONSIDERANT :

- le vieillissement de la population et l'augmentation corrélative des risques de dépendance et de perte d'autonomie ;
- qu'une famille peut subir en son sein d'autres accidents tels le chômage ou l'incapacité de l'un de ses membres ;
- qu'il n'existe toutefois dans notre droit aucune solution juridique et fiscale efficace permettant d'affecter un patrimoine à la solidarité interne à une famille, alors même que les enjeux financiers en question sont significatifs tant pour la famille atteinte que pour l'Etat ;
- que la simple mise en œuvre de l'obligation alimentaire, en fonction des ressources de chacun des débiteurs, est susceptible de créer entre eux des situations inégales, voire injustes ;
- que la famille constitue le lieu d'ancrage et d'expression des solidarités entre les générations ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que soit créé un fonds familial pour pallier les difficultés qu'occasionnent la dépendance, le handicap ou la précarité, et favoriser ainsi la solidarité au sein de la famille,
- Qu'un tel fonds familial ait pour objet le développement, la mutualisation mais aussi la gestion de la solidarité familiale, immédiatement ou ultérieurement, en faveur de ses membres,
- Que ce fonds puisse recueillir un patrimoine que tout membre de la famille déciderait d'y affecter pour la réalisation de son objet,
- Qu'un tel fonds familial dispose de la personnalité morale et d'une gouvernance familiale,
- Qu'un tel fonds familial bénéficie d'une neutralité fiscale encourageant son utilisation.

Quatrième commission – 2^e Proposition

«Etablir une cohérence entre l'assurance-vie et les autres modes de transmission»

CONSIDERANT :

- que la technique de l'assurance-vie, pratiquée de façon raisonnée et cohérente, est utile dans une

stratégie globale de transmission ;

- que depuis le 96^e Congrès des notaires de Lille en 2000, qui avait proposé la réconciliation de l'assurance-vie et du droit patrimonial de la famille, la situation n'a pas évolué, et que l'assurance « placement » reste source d'incompréhensions, de conflits entre héritiers et bénéficiaires, et de litiges avec l'administration fiscale et sociale, provoquant pour le praticien des difficultés récurrentes ;

- que, dans une série d'arrêtés du 23 novembre 2004, la Cour de cassation a décidé que l'aléa inhérent à tout contrat d'assurance-vie – fût-il de pur placement – empêche par principe toute requalification en simple produit financier soumis aux règles du Code civil ;

- que postérieurement à ces décisions, le Gouvernement, par réponses ministérielles ou décret, la Cour de cassation, ou le Conseil d'état, ont favorisé le rapprochement du droit patrimonial de la famille et du droit des assurances, mais de façon éparse ;

- que la jurisprudence, développée depuis 2004 sur la notion de primes exagérées, s'appuyant sur des circonstances de fait, ne permet pas d'appréhender en toute sécurité juridique cette notion, et les conséquences qui en découlent, tant pour le praticien que pour le souscripteur, ses héritiers ou les bénéficiaires ;

- que si un contrat d'assurance-vie ne réunit pas les critères classiques de qualification d'une libéralité, il contient de manière évidente une intention libérale de la part du souscripteur dans la désignation d'un bénéficiaire à titre gratuit ;

- qu'il est devenu indispensable d'établir une cohérence juridique entre le droit des successions et des libéralités et l'assurance-vie, en privilégiant un dispositif légal simple, efficace et fiable, qui permette toutefois de conserver toute sa spécificité, tant juridique que fiscale, à l'assurance-vie ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

Que le Code des assurances soit modifié dans son article L 132-13 et prévoie :

L'attribution à titre gratuit du capital ou de la rente payable au décès du contractant, correspondant à la valeur de rachat du contrat à la date du décès, sera traitée, pour le rapport et la réduction, comme une libéralité au profit des bénéficiaires, prenant rang à cette date.

Quatrième commission – 3^e Proposition «Adapter le code des assurances sur les contrats d'assurance-vie non dénoués en régime de communauté»

CONSIDERANT :

- que le sort des contrats d'assurance-vie « placement » non dénoués, lors de la dissolution de la communauté par décès, a provoqué, pour le praticien, des difficultés récurrentes ;

- que la Cour de cassation a jugé qu'il y avait lieu d'incorporer à l'actif de communauté, lorsque celle-ci était dissoute par un divorce, la valeur de rachat des contrats d'assurance-vie non dénoués, dès lors qu'ils ont été financés au moyen de deniers communs ;

- que cette solution est transposable aux cas de dissolution de la communauté par décès, ainsi d'ailleurs que le rappelle la réponse ministérielle Proriot du 10 novembre 2009 ;

- que le régime de neutralité fiscale dont ont bénéficié pendant longtemps les contrats d'assurance-vie non dénoués, lors de la dissolution de la communauté par décès, a pu entretenir une confusion sur la nature juridique – propre ou commune – de leur valeur de rachat ;
- que la réponse ministérielle Bacquet du 29 juin 2010 a mis fin à cette tolérance fiscale ;
- qu'il n'existe donc plus de distinction entre les traitements juridiques et fiscaux des contrats d'assurance-vie non dénoués en régime de communauté, et que la pratique s'en trouve donc simplifiée ;
- que ces solutions, logiques en droit patrimonial de la famille, ne sont pas intégrées dans le Code des assurances ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

Que soit incluse dans le Code des assurances une disposition rappelant qu'à défaut de déclaration de remploi de fonds propres, la valeur de rachat d'un contrat d'assurance-vie souscrit par un époux commun en biens fait partie de l'actif de communauté, en application de l'article 1401 du Code civil.

Quatrième commission – 4^e Proposition «Elargir la donation partage: créer un pacte familial»

CONSIDERANT :

- que la loi du 23 juin 2006 a étendu le domaine de la donation-partage, qui peut désormais être consentie par « toute personne », au profit de ses héritiers présomptifs, et non plus seulement par un ascendant au profit de ses enfants et descendants ;
- que les lois du 5 janvier 1988 et du 23 juin 2006 ont également autorisé, dans certains cas, la donation-partage au profit de tiers – non présomptifs héritiers – lorsque les biens donnés comprennent une entreprise individuelle ou des droits sociaux ;
- que la loi du 23 juin 2006 a élargi dans certains cas la donation-partage conjonctive par des époux aux enfants non communs ;
- que dans des situations de plus en plus fréquentes, et notamment en présence de familles recomposées, un disposant peut vouloir répartir ses biens entre ses héritiers présomptifs, mais aussi d'autres personnes et notamment les enfants d'une autre union ;
- que dans ces situations précises, et si tous les héritiers présomptifs concernés en sont d'accord, il convient de favoriser les solutions permettant d'atteindre un objectif concerté ;
- qu'un tiers peut aujourd'hui être gratifié, par une donation simple, dans la limite de la quotité disponible, mais que celle-ci ne sera cependant déterminée que lors du décès du disposant, en fonction de la valeur des biens donnés à cette date ;
- que la RAAR permet, le cas échéant, d'éviter l'action en réduction d'une donation consentie à ce tiers, si celle-ci dépasse la quotité disponible, mais que le disposant peut vouloir conserver cette quotité disponible pour en faire bénéficier d'autres personnes ;
- que la donation-partage, pacte de famille par excellence, constitue le cadre juridique adapté pour réaliser un partage familial anticipé et ouvert aux tiers ;
- que la loi du 23 juin 2006 a autorisé les enfants à consentir à ce que leurs propres descendants soient allotés en leur lieu et place et qu'un dispositif analogue serait adapté à d'autres situations familiales ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que la donation-partage soit ouverte aux tiers de manière générale, sans condition liée à la nature des biens transmis, sous réserve de l'accord des héritiers présomptifs,
- Que dans le cas d'une donation-partage ouverte aux tiers en présence d'héritiers réservataires, ces derniers puissent consentir, à condition que cet accord soit unanime, à ce que les biens reçus par ces tiers s'imputent sur leur réserve,
- Que dans ce dernier cas, cet accord d'imputation soit établi par un acte, dans les formes prévues à l'article 930 du Code civil.

Quatrième commission – 5^e Proposition «Améliorer le régime juridique et fiscal des transmissions d'entreprise»

CONSIDERANT :

- que la réussite de la transmission de l'entreprise familiale constitue un enjeu majeur pour l'entreprise, mais aussi pour l'économie française dans son ensemble ;
- que des dispositifs existent permettant cette transmission dans des conditions juridiques et fiscales favorables ;
- que des améliorations doivent être apportées au régime actuel de la transmission d'entreprise pour le simplifier et en harmoniser les différents aspects, pour plus d'efficacité et de sécurité pour l'entrepreneur ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que le délai d'instruction du rescrit valeur prévu par l'article L 18, II du Livre des procédures fiscales soit sensiblement réduit,
- Que la condition de limiter statutairement les droits de vote de l'usufruitier, pour bénéficier du régime fiscal favorable de l'article 787 B in fine du CGI en cas de donation avec réserve d'usufruit, soit remplacée par une interdiction de déroger au droit commun,
- Que les obligations déclaratives annuelles à la charge de la société dont les parts ou actions ont été transmises, ou des héritiers, donataires ou légataires, dans le cadre du régime de faveur de l'article 787 B et 787 C du CGI soient supprimées, et remplacées par une obligation à leur charge d'avoir à fournir tous justificatifs du respect de l'engagement de conservation à première demande de l'administration fiscale,
- Que le nantissement des droits sociaux, objet de la transmission avec le bénéfice du paiement différé ou fractionné des droits de mutation à titre gratuit prévu à l'article 397 A de l'annexe III du CGI, constitue une garantie de droit au profit du Trésor public, pour le paiement desdits droits,
- Que le paiement différé et fractionné des droits de mutation à titre gratuit, prévu à l'article 397 A de l'annexe III du CGI, soit applicable à la transmission de parts ou actions d'une holding non animatrice, pour la fraction de ces droits afférente à la valeur de l'actif brut de ladite société représentative de la valeur de la participation détenue par elle dans une société ayant une activité éligible à ce régime de paiement différé et fractionné,
- Que le bénéfice du paiement différé et fractionné des droits de mutation à titre gratuit soit maintenu en cas d'apport des parts ou actions transmises à une société holding, dans le cadre de l'article 787 B f) du

CGI.

Quatrième commission – 6^e Proposition «Proposer une fiscalité cohérente au service de la transmission»

CONSIDERANT :

- que la fiscalité constitue un paramètre essentiel dans la transmission à titre gratuit ;
- que le notaire constate dans sa pratique quotidienne l'impact de la fiscalité sur une transmission, qui s'en trouve ainsi par ce moyen, soit facilitée ou incitée, soit au contraire freinée, voire contrariée ;
- qu'il apparaît alors utile au notariat de présenter aux pouvoirs publics les directions essentielles d'une fiscalité des libéralités et des successions permettant une transmission efficace et réussie, depuis sa conception jusqu'à sa réalisation ;

LE 108^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :

- Que soient encouragées et favorisées les libéralités entre vifs plutôt que les transmissions à cause de mort, afin d'accroître ainsi la circulation des biens au profit des jeunes générations,
- Que soient favorisées les libéralités par rapport aux successions ab intestat au-delà d'un certain degré de parenté, afin de solliciter des solidarités amicales ou familiales spontanées :
 - le taux maximum en ligne directe (soit 45% actuellement) pourrait ainsi être appliqué aux legs et donations au profit de tout parent à partir du 3^e degré inclus, et au profit de personnes non parentes,
 - les taux de 55% et 60% seraient alors réservés aux transmissions par décès qui ne sont dévolues que par l'effet de la loi.
- Que soit allégée la fiscalité de la donation au profit d'enfants nés d'unions différentes, non descendants du donateur, dès lors que cette donation s'inscrit dans le cadre d'un pacte familial qui serait par ailleurs admis,
- Que soit instauré un abattement spécifique en cas de transmission d'entreprise au profit des salariés,
- Que soient exonérées de droit de partage les incorporations à une donation-partage, dès lors qu'elles n'entraînent pas un changement d'attributaire,
- Que bénéficient d'un droit de partage atténué les partages successoraux intervenant rapidement après le décès, afin d'accélérer le dénouement des successions.