

Cérémonie d'ouverture



Voix off (avec musique de la pianiste Dona Sévène et projection d'images) :

Homme, es-tu étranger à toute histoire ?

D'où viens-tu ? Où vas-tu ? Pourquoi vis-tu ?

Ces questions nous nous les posons depuis des siècles. Chacun y apporte des réponses religieuses, rationnelles ou scientifiques. Elles sont toutes fragmentées, incertaines ou même fragiles.

Observez les ressemblances physiques, les similitudes de caractère ou de comportements, l'homme reproduit, rapporte et transmet...

Par la transmission des savoirs, des connaissances, des valeurs, l'homme reçoit, compare et fructifie...

Du fruit de l'intelligence, de la pensée, de l'expérience, l'homme crée, façonne, invente...

La réalité individuelle devient réalité sociale, organisée politiquement afin de vivre ensemble. Une chaîne humaine n'en finit pas de se prolonger, dessinant la trajectoire de l'humanité, dans sa diversité, s'étendant de génération en génération.

Tout autour de nous respire la transmission qui traduit et fonde l'identité humaine, depuis l'âge de la pierre à celui de l'atome et du génome.

L'homme s'identifie aussi dans un patrimoine matériel ou immatériel, un objet, une maison, un domaine, une entreprise, un travail, une découverte, une religion, une philosophie, une création artistique. L'esprit s'exprime dans la matière, s'y mélange, puis la nomme. L'homme est autant pour ce qu'il est que ce qu'il a.

C'est à ce voyage initiatique, dans le temps et l'espace, que nous vous convions.

Jamais un thème n'a eu autant besoin de son ombre philosophique, et de son reflet sociologique et politique, pour en comprendre la richesse.

La transmission, ce n'est pas uniquement celle de l'avoir, c'est aussi celle de l'être. Les deux se confondent. Ils font l'homme et sa vie.

La transmission donne des racines et des ailes.

Entrée sur scène de Philippe Potentier, Président du 108^e Congrès des Notaires. Dona Sévène, pianiste, le rejoint ensuite.

Chère Dona, je vous présente le chaleureux public des notaires.
Cher public des notaires, je vous présente Dona Sévène...

Je me suis longtemps interrogé sur la façon dont je pouvais introduire le thème de la transmission, tant les illustrations sont nombreuses et possibles.
Et puis, j'ai choisi la musique, parce que c'est la langue à la fois la plus universelle et la plus expressive. Il me fallait bien ce mode d'expression universelle pour accueillir tous les notaires de France qui se sont déplacés ce matin, et même au-delà, tous les notaires d'Europe et du monde, à travers les multiples délégations qui nous ont fait l'honneur et l'amitié de nous rejoindre ce matin.

Nous sommes près de 3900 inscrits, c'est magnifique !

J'accueille aussi avec le même honneur et la même chaleur les personnalités présentes ce matin :

- Monsieur le Président du Conseil constitutionnel qui nous rejoint dans quelques instants,
- Monsieur le sous-préfet,
- Monsieur le Premier président et Monsieur le Procureur général de la Cour d'appel de Montpellier,
- Madame la directrice régionale des finances publiques,
- Mesdames et Messieurs les parlementaires,
- Mesdames et Messieurs les personnalités qui nous ont fait l'amitié d'être là ce matin...

Pourquoi la musique symboliserait-elle mieux qu'autre chose la transmission ?

La musique n'est pas simplement une suite organisée de sons.

La musique fait naître des sentiments, des émotions, accompagne une méditation, une réflexion.

La musique est un lieu, une époque, elle est un langage, une expression, une idée, un thème.

La musique à elle seule est un patrimoine qui unit son compositeur, son interprète, et celui ou celle qui l'écoute.

Enfin, la musique se transmet parce qu'elle a un sens.

La transmission est un temps de grand sens, c'est ce que veulent et voudront dire les notaires rassemblés aujourd'hui. Souvent, on les imagine préoccupés par les questions patrimoniales, matérielles.

Certes, ils le sont. Mais ils vous diront aussi que la transmission de l'avoir c'est aussi celle de l'être, et qu'elle s'inscrit dans une opération humaine plus vaste qui identifie l'homme. L'homme tout entier se transmet, riche de ses avoirs, de ses savoirs, de ses valeurs, comme un musicien transmet tout entier sa musique.

La transmission déborde de toutes parts l'intelligence humaine.

Merci chère Dona de nous avoir introduits au thème, de la façon la plus délicate et la plus harmonieuse. Nous vous retrouverons ce soir, vous nous direz en musique et en émotion comment cette musique se transmet.

Peut-être l'avez-vous déjà remarqué, j'ai choisi de styliser la scène en une petite agora.

Vous savez tous ce qu'était l'agora dans la Grèce antique, cette place publique où se réunissaient et débattaient les intellectuels pour parler de rhétorique, de philosophie, de métaphysique, de la science en général. J'aurais pu choisir un forum romain, mais vous savez que les Romains ont toujours copié les Grecs. Alors autant remonter à la source de la connaissance...

Vous vous souvenez sans doute du vers de Racine dans *Phèdre* quidisait pour la dernière fois adieu au soleil : « *Soleil ! Je viens te voir pour la dernière fois...* »

Oh! Ce n'était pas au soleil écrasant, dans l'hébétude de l'été, que la tragédienne voulait rendre hommage, mais au soleil de la connaissance, là où les Grecs cherchaient la lumière, et à *voir clair!*

En expliquant la transmission, c'est-à-dire en décrivant les causes et les effets,

toute l'équipe de ce 108^e Congrès des notaires de France qui m'a entouré, animée par son rapporteur général, a voulu *voir clair* et surtout comprendre la transmission dans son ensemble, parce que l'on ne comprend rien si l'on ne comprend pas tout.

J'appelle sans plus tarder toute cette brillante équipe qui a travaillé sans relâche et n'a pas ménagé sa peine. Elle m'a honoré de sa confiance et de sa disponibilité. Il est temps qu'elle se montre, j'appelle successivement :

- Son vice-président : Xavier Meyer
- Son commissaire général : Patrick Villemin
- Son trésorier : Jean-Eric Garonnaire
- Sa communicante nationale : Barbara Thomas-David
- Son communiquant régional : Jean-Marc Cabanes-Gelly

Et :

- Le Président de la première commission et son rapporteur : Xavier Bouché et Xavier Guédé
- Le Président de la deuxième commission et son rapporteur : Nicolas Randoux et Priscille Caignault
- Le Président de la troisième commission et ses deux rapporteurs : Stéphanie Arnaud, Sébastien Ginon et Frédéric Petit
- Le Président de la quatrième commission et son rapporteur : Fabrice Luzu et Nathalie Le Gall
- Autour de son rapporteur général, Bertrand Savouré, animateur infatigable de nos travaux.

Comme toute équipe de Congrès, celle-ci avait besoin d'un témoin scientifique, d'un professeur de faculté, que je n'ose plus présenter, tant elle est connue et évoque à elle seule la transmission du savoir, j'appelle Yvonne Flour, professeur à Paris 1.

- Et enfin, je n'oublie pas l'âme de ce Congrès, notre brillante secrétaire générale Elisabeth Lamblin sans qui rien ne serait fait et par qui tout arrive et tout se produit, à laquelle j'associe évidemment Ginette Colin, Roxana Mazurier et Anne Henry, qui ensemble soutiennent l'administration administrative et matérielle de ce Congrès.

Montpellier nous accueille, vous avez sans doute déjà découvert ou revu les charmes de cette belle ville, ses ruelles enlacées, ses hôtels particuliers, ses places, ses monuments prestigieux évoquant le passé, et puis au-delà de la vieille ville, presque

jusqu'à la mer, ces immeubles neufs qui témoignent de la vitalité de la ville. Les notaires à Montpellier sont nombreux, *in urbi et ex orbi*, c'est bon signe...

J'invite leur représentant à nous rejoindre sur la scène, Monsieur le président de la Chambre de l'Hérault, Jean-Philippe Andrieu.

Le dynamisme est contagieux. C'est toute la région en réalité qui s'est préparée à nous recevoir, et même deux régions à la fois, puisque la région de Nîmes nous a fait la joie aussi de s'associer à la grande fête du Notariat. J'appelle sur scène successivement :

- Monsieur le président du Conseil régional de la cour d'appel de Montpellier : Eric Durand,
- Monsieur le président du Conseil régional de la cour d'appel de Nîmes : Philippe Panaye,
- Monsieur le président de la chambre départementale du Gard : Bruno Chabrol,
- Monsieur le président de la chambre départementale de l'Ardèche : Jean-Géraud Chanut,
- Madame la présidente de la chambre départementale de la Lozère : Annie Papparelli-Darbon,
- Monsieur le président de la chambre départementale du Vaucluse : Pierre Gautier,
- Madame la présidente de la chambre départementale de l'Orne : Catherine Roger-Beaudouvi,
- Madame la présidente de la chambre départementale de l'Aveyron : Chantal Tovar-Delagne,
- Monsieur le président de la chambre départementale des Pyrénées-Orientales ; Hervé Padrixe.

Un Congrès des notaires, officiers publics, ne se déroule jamais sans la présence du maire du lieu. Madame le maire de Montpellier, vous n'avez pas manqué à la tradition, je vous en remercie, j'en suis heureux. Je vous invite à rejoindre l'Agora.

Tout au long des commissions qui se dérouleront cet après-midi, demain, et après-demain matin, figureront dans cette Agora des anciens présidents de congrès et des anciens rapporteurs généraux. Après s'être illustrés sur les terrains de la recherche intellectuelle, ils sont devenus des sages de notre belle profession. Nous avons tenu à les distinguer lors de nos travaux, afin qu'ils interviennent, s'ils le souhaitent, pour nous éclairer à leur tour de leurs lumières...

Et puis, et enfin, notre profession ne sait pas se réunir sans son stratège, autre personnage grec important au temps d'Athènes. Il y en eut de brillants comme Périclès.

Notre profession connaît aujourd'hui Benoît Renaud, président du Conseil supérieur du notariat, qui structure, organise et mène notre profession.

Dans la matinée, nous aurons l'immense et insigne privilège de recevoir également Madame la ministre de la Justice, garde des Sceaux. Je vous demanderais de vous lever lorsqu'elle apparaîtra, par égard à sa fonction.

Toute l'Agora étant maintenant constituée, je déclare ouvert le 108^e Congrès des Notaires de France.

Sans plus tarder, j'invite Monsieur le Président de la Chambre de l'Hérault à venir s'exprimer. La transmission évoque d'abord un lieu qu'il s'agit de raconter. Le lieu est lui-même une histoire, une histoire d'hommes et de femmes sur une terre qui les a accueillis et sur laquelle ils se sont succédé...

Jean-Philippe Andrieu, Président de la Chambre de l'Hérault :

Monsieur le Préfet, Messieurs les premiers présidents, Messieurs les procureurs généraux de la cour d'appel de Nîmes et de Montpellier, Mesdames et Messieurs les hautes personnalités qui ont bien voulu nous faire l'honneur d'assister à ce Congrès, chères consœurs, chers confrères,

De tous les coins de l'Hérault on aperçoit la mer, bien sûr depuis Agde, cette cité ancienne fondée au VI^e siècle avant J.-C. par les Phocéens, comme depuis La Grande-Motte, station balnéaire vieille d'à peine 40 ans. Mais on aperçoit également la mer depuis le sommet du pic Saint Loup comme depuis l'axe d'une vallée descendant du Mont Cévenole. Et aussi de partout on aperçoit la mer, de partout également on aperçoit les montagnes qui nous entourent et font du département un amphithéâtre.

Cet amphithéâtre fut et demeure le lieu d'une histoire dans laquelle le notariat a une grande place. Si aujourd'hui les 178 notaires du département de l'Hérault et leurs 870 collaborateurs sont capables de vous recevoir dans des conditions exceptionnelles, tout en assurant au quotidien le meilleur du service juridique comme le meilleur du service fiscal, c'est en partie dû au socle solide de la tradition juridique et notariale dans le département. En voici quelques exemples : nous avons à Montpellier une belle et ancienne faculté de droit, l'école de droit y fut créée en

1160 par l'italien Placentin, il s'agit de la première école de droit qu'ait connue la France. On y venait de tous les coins de l'Europe. Guillaume Nogaret, si connu pour le rôle qu'il joua dans les démêlés entre Philippe Le Bel et le pape Boniface VIII y enseigna. Pedro De Luna, qui devint plus tard l'antipape Benoît XIII y étudia. Depuis cette époque lointaine à aujourd'hui, l'enseignement du droit à Montpellier relève de l'excellence. Et j'en remercie plus particulièrement Maître Gravillou et Maître Campels, qui dirigent avec efficacité le centre de formation professionnelle des notaires de Montpellier. Ainsi que les professeurs Cabrillac et Lizenti, co-directrices du master notarial à la faculté de Montpellier. Faculté où, il y a deux jours, était célébrée la mémoire du professeur Pierre Catala, qui fut étudiant à Montpellier. La Chambre des notaires était associée à cet hommage. Le professeur Catala fut le rapporteur de synthèse de quatre de nos Congrès. Toujours dans l'histoire, c'est à Béziers, en 1609, que naît Pierre Paul Riquet. Lorsqu'il manque de finances pour son projet de canal, malgré sa fonction de fermier des Gabelles, il se tourne vers des notaires pour l'aider à récolter des fonds auprès de particuliers. En 1560, à Montpellier, lorsqu'un éminent médecin décède, c'est à la lecture de son testament, bien sûr notarié, que l'on sut qu'il voulait être enterré à la façon de l'église réformée. Hélas, ses obsèques au lieu d'être un moment de recueillement et de concorde, tournèrent au pugilat détonant des deux églises. Deux ans plus tard, en 1562, un grand nombre de catholiques furent expulsés de la ville avec une telle rigueur, disaient les commentaires, qu'ils ne leur fut permis d'emporter que dix livres. On peut penser, avec regret, que durant toutes ces périodes troubles, la transmission de leur patrimoine au vainqueur du jour ne fit pas l'objet d'un acte notarié très équilibré.

Les guerres de religion ont laissé de cruels souvenirs dans la région, guerres entre chrétiens mais également conflits avec les Sarrazins. Il y a à Montpellier une rue qui porte le nom de rue de la Merci. L'ordre de la Merci créé par Pierre Nolasque avait pour mission de racheter aux princes du sud de la Méditerranée leurs captifs et esclaves chrétiens. Pour cela, des dons étaient faits à l'ordre de la Merci et nombres de ces dons ou bien même de reconnaissances de dettes revêtaient la forme notariée. Ces quelques exemples, tirés de l'histoire locale, sont là pour vous apprendre ou vous rappeler que le notariat de notre région est l'un des plus anciens de France. Les archives départementales détiennent des minutes du X^e siècle. Et les notaires de la cour du Petit Scel de Montpellier avaient déjà une compétence territoriale nationale. À propos d'archives, je me permets une digression touristique pour vous inviter à visiter le nouveau site des archives départementales, inauguré il y a quelques jours à peine, et déjà répertorié comme l'un des plus beaux bâtiments modernes au monde, ainsi que la mairie de Montpellier, que vous avez pu voir hier.

Je vous l'ai dit, 178 notaires et 870 collaborateurs dans le département sont au service des particuliers, des entreprises, des collectivités. Et puisque l'occasion m'est donnée de le faire publiquement, je souhaiterais remercier les élus qui font confiance aux notaires Héraultais. Monsieur Vezinhet, président du Conseil général, qui va nous ouvrir dans quelques semaines les portes de l'Hôtel du département pour un colloque sur le foncier et l'urbanisme. Ce colloque est coorganisé par ses services et par la Chambre des notaires de l'Hérault. Messieurs Moure et Couderc, présidents de leur communauté de communes respective, qui ont choisi l'acte notarié, les maires des villes et villages au premier rang desquels je me permets de placer Madame Mandroux en sa qualité de maire de la ville qui nous accueille aujourd'hui, qui également a choisi l'acte notarié.

Vous le voyez, la ville de Montpellier et le département de l'Hérault sont heureux de vous accueillir pour trois jours de travail et de bonne humeur, je l'espère également. Les notaires de la compagnie, dans la mesure de la part qu'on a bien voulu leur laisser dans l'organisation, sont fiers de participer à la réussite du Congrès, et vous assurent toutes et tous de leur fierté d'être notaire et de leur fidélité à notre belle profession. Merci !

Philippe Potentier, Président du 108^e Congrès des notaires :

Je vous remercie, Monsieur le Président. Votre ville et votre département nous sont maintenant bien connus, ainsi que leur histoire. Merci beaucoup.

Je vous invite maintenant à vous étirer entre mer et moyennemontagne, en élargissant votre regard sur une région toute entière.

Monsieur le Président du Conseil régional de la Cour de Montpellier veut-il bien nous en parler ?

Eric Durand, Président du Conseil régional de la cour d'appel de Montpellier :

Monsieur le Président du 108^e Congrès des notaires de France, Madame le Maire, Monsieur le Président du Conseil supérieur du notariat, Mesdames et Messieurs les hautes personnalités, Mesdames et messieurs les Présidents, mes chers confrères, Mesdames et Messieurs et, pour beaucoup, mes chers amis, soyez les bienvenus à Montpellier. Les 380 notaires de la cour d'appel et leurs 1800 collaborateurs sont heureux et fiers d'accueillir un aussi grand nombre de notaires accompagnés d'une

délégation étrangère si importante. Le monde, ou du moins ce qu'il compte de plus important, le notariat, est aujourd'hui réuni à Montpellier dans cette salle. Bravo pour les organisateurs !

Montpellier et le Congrès des notaires de France c'est maintenant une vieille histoire.

C'est en effet la quatrième fois que vous nous rendez visite. À l'origine, au cœur de la ville, et aujourd'hui dans ces lieux, vous mesurez le développement de cette ville. Nous pouvons comprendre cette attirance pour notre région, comment ne pas évoquer le soleil qui en est certainement la cause. Toute l'activité est orientée autour de sa présence. Présence dans la voix, cela s'entend, mais ne se voit pas quand on l'écrit. J'ai l'habitude de dire que j'aime le soleil parce qu'il y a de l'ombre. C'est entre ce jeu d'ombre et de lumière que nos paysages retrouvent toute leur splendeur, aux heures matinales ou au coucher du soleil ils émerveilleront votre regard par la lumière chaude qui vient faire vivre nos façades ou se refléter sur les nappes d'eau. C'est l'ombre d'un platane sur une place ensoleillée qui vous fera tant apprécier le pastis à l'heure de l'apéro. Ici, le soleil est tellement important, et il nous aime tellement qu'il se lève deux fois par jour : une première fois le matin, et une seconde l'après-midi après la sieste.

Monsieur le Président du 108^e Congrès des notaires de France, vous avez choisi comme thème de ce congrès **la transmission**. Quel magnifique sujet pour le notariat ! La transmission des avoirs ne constitue-t-elle pas le quotidien des notaires ? Mais je laisserai à votre superbe équipe le soin de développer et d'animer ce point autour de Bertrand Savouré.

Au-delà de la transmission des avoirs, il y a aussi la transmission de l'être. Là, nous touchons au plus profond de la nature humaine. Chacun souhaite laisser une marque, une empreinte de son passage. Le choix de retenir notre région est donc tout à fait judicieux. Notre cour d'appel constitue en effet un lieu de passage important. Depuis l'homme de Tautavel, tout près de Perpignan, à nos jours, combien sont passés par la *Via Domitia*, ou aujourd'hui les autoroutes, pour traverser notre pays ? Certains sont restés, tous ont laissé quelque chose, et aujourd'hui cela continue. Chaque passage laisse une trace pour les générations futures.

Notre cour se compose de quatre départements :

- Mon premier est le seul à ne pas avoir de façade maritime, c'est l'**Aveyron**. Lorsque vous traversez ce département par l'autoroute, prenez le temps de contempler les paysages, faites des haltes sans modération dans les villages, à

Millau, admirez la majesté et la légèreté de son viaduc et pensez au génie déployé par l'homme pour réaliser cet ouvrage. Poursuivez jusqu'à Rodez et sa superbe cathédrale, née du génie d'une autre époque mais tout aussi majestueuse. À pied, par le chemin de Saint-Jacques, laissez-vous guider sur les chemins jusqu'à Conques pour vous plonger dans la spiritualité des lieux. Mais surtout, ne traversez pas ce département sans goûter aux nombreuses spécialités culinaires qui raviront vos papilles.

- Mon second est un pays à lui tout seul, les **Pyrénées-Orientales** et Perpignan vous accueillent pour une halte mémorable. Vous êtes ici dans un pays, le pays catalan, avec ses coutumes, sa langue, de la montagne à la mer, tout est lumière, ce n'est donc pas un hasard si les peintres ont élu domicile à Coulon, et si le fauvisme a pris naissance dans ce superbe port de pêche, aux charmes inimitables et aux anchois savoureux. Gravissez les pentes du Canigou, mont sacré des Catalans, et admirez le paysage qui s'étend devant vos yeux. Au rythme du train jaune, profitez du spectacle que vous offre la nature, pénétrez au plus profond de la vallée. Dégustez les produits locaux : abricots du Roussillon, cerises de Céré... immortalisez cette magnifique image d'arbres fruitiers en fleur, avec en arrière-plan la neige des sommets. Vous êtes transporté à l'autre bout du monde. L'esprit apaisé par tant de beauté, allez alors vous plonger dans la foule et l'ambiance des supporters pour encourager l'USAP, l'équipe de rugby local, à moins que vous ne préfériez aller voir un match joué à 13 ou danser une Sardane.

- Mon troisième est marqué par l'histoire : l'**Aude**. Ses vignobles, ses villes, Carcassonne et Narbonne, vous attendent. Au nom de Carcassonne, les garçons s'imaginent en chevalier sur les remparts de la Cité, ou enfourchant leur monture. Les filles rêvent d'être des princesses auxquelles les troubadours déclinaient de si beaux poèmes ou des mélodieuses chansons. Vous êtes ici en pays cathare. Ces citadelles du vertige, perchées sur leurs éperons rocheux, constitueront des buts pour vos promenades futures. Chacun garde ici le souvenir de l'invasion venue du Nord, *La croisade des Albigeois*, certes, pour des motifs religieux, mais aussi avec des aspirations bien concrètes, conquérir des territoires nouveaux pour le royaume de France. Le souvenir d'un certain Simon de Montfort et de ses funestes bûchers est toujours présent, l'esprit cathare n'en est jamais éloigné. Ceci peut permettre de comprendre certaines réserves parfois émises pour tout ce qui vient de Paris. En suivant le canal du Midi, né de la volonté d'un homme, véritable folie à l'époque, transformé en génie par la suite, vous parviendrez dans mon quatrième : l'**Hérault**, c'est à Paul Riquet, natif de Béziers, que nous devons la réalisation de ce canal. Si vous suivez les platanes qui le bordent encore, mais pour combien de temps, vous arriverez dans le bassin de Thau, tout proche de Sète et non loin de l'abbaye de Valmagne. C'est par les étangs que je vous propose de découvrir une tradition

encore vivante de cette partie du département. Sur les rives de l'étang de l'Orque, que vous apercevez d'ici et que vous avez, pour certains, survolé dans l'avion qui vous a conduit ici, vous prendrez un négafol. Le négafol est une barque qui dépasse à peine de l'eau, à fond plat, qui vous permet de vous déplacer sur l'étang. Après être passé sous les pyramides de La Grande-Motte, du haut desquelles 40 ans vous contemplant, vous traverserez des roselières à la recherche de canards, de foulques et de flamants roses au plumage de feu. Vous mettrez pied-à-terre aux cabanes de Lansargues, pour vous retrouver dans les tamaris, nés avec le meilleur ami de l'homme, le cheval. Celui de Camargue est petit, sa couleur blanche contraste avec le noir du taureau, compagnon qui n'est jamais trop éloigné. Ne vous fiez pas à son aspect placide, cet animal est véloce, il est certainement plus rapide que vous. En cas de mouvements, pas de précipitation, tout doit être sous contrôle, tout est dans le regard, les yeux dans les yeux. Monsieur le Président du Conseil supérieur a l'expérience, il pourra inutilement vous conseiller. Ce moment d'adrénaline surmonté et après avoir ramassé quelques saladelles, la fleur de cette terre de Petite Camargue que vous offrirez à la personne de votre choix, n'hésitez pas à vous joindre aux cavaliers que l'on appelle ici gardians, rythmés par leurs chevauchées, pour accompagner les taureaux jusqu'au village en suivant les gens d'ici. Laissez-vous emporter par cette ferveur populaire, ici la vie des gardians, des chevaux et des taureaux est intimement lié à la vie locale. Emportés par cette liesse, franchissez le Vidourle et pénétrez au cœur des Arènes de Nîmes, où nos amis nîmois ont préparé une soirée de clôture qui sera le bouquet final de ce 108^e Congrès.

Mon tout est dans cette formidable cour d'appel. Vous l'avez sans doute compris, j'aime cette région, j'aime ce pays, je vibre à tout ce qui s'y passe.

Je suis né non loin d'ici, tout au fond de l'étang, là où vous avez laissé le négafol, et où j'exerce toujours le métier de notaire. Je vis toujours à Montpellier, à la même adresse depuis plus d'un demi-siècle, au cœur de la ville, à l'ombre de Saint Roc, un des personnages les plus connus de la ville, dans un quartier et une rue que connaît bien Madame Mandroux, maire de cette vieille ville, ma ville.

En ces instants, je n'ai qu'un désir, qu'un souhait, vous faire partager et vivre pleinement toutes nos traditions qui ne sont que les manifestations vivantes colorées et bruyantes de la transmission entre les générations. Je vous souhaite un excellent Congrès et un très agréable séjour à Montpellier.

Philippe Potentier, Président du 108^e Congrès des notaires :

Je vous remercie. Monsieur le Président, votre région emplit nos sens de couleurs, de saveurs, de musiques et même d'histoire. Demain soir, grâce à la Caisse des dépôts, nous visiterons l'un des plus beaux fleurons de la région, l'abbaye de Valmagne, haut-lieu créé par les cisterciens jusqu'à la famille de Turenne qui aujourd'hui, est propriétaire du lieu et qui le fait rayonner.

Il me plaît maintenant dans cette agora reconstituée de m'adresser à Madame le maire de Montpellier. Chacun sait que la cité, en grec *polis*, a été l'un des fondements, sinon le fondement principal, du fait grec. La politique au sens noble du terme est la reconnaissance de l'imperfection originelle des hommes et de leur inclination naturelle à céder à l'égoïsme, et corrélativement la traduction d'une nécessité d'ordonner leur vie au bien commun, dans lequel les intérêts personnels doivent se diluer. Ainsi sont nées la cité et son organisation sociale, qui sont des œuvres de liberté et de raison.

J'invite Madame le Maire de la cité à nous accueillir à son tour. Vous l'avez déjà fait hier, Madame, dans votre cadre somptueux, hautement symbolique, que représente l'Hôtel de ville, dans des formes d'avenir qui n'effacent pas le passé et qui en font un bâtiment d'aujourd'hui. Au nom de nous tous, je vous remercie de votre hospitalité et de votre accueil et je vous laisse la parole.

Hélène Mandroux, maire de Montpellier :

Monsieur le Président du 108^e Congrès des notaires, Mesdames et Messieurs, on me dit qu'aujourd'hui vous êtes près de 3000 personnes ici, 3000 notaires, et c'est vraiment pour moi une très grande fierté de vous accueillir ici à Montpellier, dans ce parc Suite Aréna, qui en général a plutôt l'habitude de recevoir des manifestations sportives, comme le hand, tout à l'heure le sport a été évoqué par l'orateur précédent, le hand, le tennis, ou encore parfois des concerts, on a eu ici Johnny Halliday, vous voyez un petit peu l'ambiance qui pouvait régner dans cette Aréna. Donc, c'est pour moi quelque chose de très important. La dernière fois que vous êtes venus à Montpellier, c'était en 2001, et ce jour-là vous aviez pris comme thème les collectivités locales, et vous l'avez déjà évoqué tout à l'heure dans vos propos, Monsieur le Président. C'est vrai que les collectivités locales sont des partenaires réels, sincères avec les notaires. Personnellement, je peux vous dire que je me réjouis du partenariat que j'ai avec les notaires régulièrement, parce que vous êtes des femmes et des hommes de conseil, et c'est vrai qu'un élu n'a pas le savoir inné, moi

je suis médecin, vous vous doutez bien que les actes notariés n'étaient vraiment pas de ma compétence, et sans votre savoir je n'aurais pas pu avancer dans ce domaine-là, donc je voudrais rendre hommage à vos compétences par rapport aux collectivités territoriales.

Montpellier c'est la 8^e ville de France, pour Montpellier je revendique une double identité, c'est à la fois une ville du sud de l'Europe mais c'est aussi une ville qui est au nord de la Méditerranée, et nous avons effectivement cette double identité.

Montpellier, puisque nous sommes ici sur un Agora grec, Montpellier n'est pas grecque, Montpellier n'est pas romaine, comme Nîmes, mais par contre, à la porte de Montpellier, on n'a pas les *hommes de Tautavel*, ils étaient un peu plus loin, mais à la porte de Montpellier, dans la petite commune de Lattes, qui est juste à côté, nous avons eu des Étrusques. Et Montpellier est née en 950, c'est donc une ville qui est née au Moyen Âge.

Montpellier compte aujourd'hui à peu près 260 000 habitants dans une communauté d'à peu près 500 000 habitants. La caractéristique de Montpellier est d'être une ville qui n'a pas vécu la révolution industrielle du XIX^e siècle. Et Montpellier a vécu, survécu à travers les siècles, grâce à son université et grâce notamment à sa médecine et à son droit. Alors permettez-moi de citer la médecine en priorité, puisque nous sommes assez fiers d'avoir aujourd'hui la plus vieille faculté de médecine d'Europe. Avant nous, la plus vieille faculté de médecine d'Europe en exercice était Salerne en Italie, mais Salerne aujourd'hui est fermée et c'est donc Montpellier qui revendique effectivement cette ancienneté de la médecine. C'est la ville de Rabelais, c'est la ville de Nostradamus, et si vous vous promenez autour de la ville, vous découvrirez des restes, comme une clôture, vous découvrirez des portes, la Tour de la Babotte, je pense que certainement vous l'apercevrez, qui est très belle, et vous découvrirez d'autres tours, et Nostradamus nous a fait des prédictions, il paraît que le 20 décembre 2012, la planète va pratiquement exploser ! Du haut de cette tour de la Babotte on voit deux arbres, et Nostradamus nous a dit : « Montpellier disparaîtra le jour où les deux arbres n'existeront plus ». Alors je peux vous assurer que ces deux arbres sont très bien entretenus et régulièrement arrosés par les services des Espaces verts de la ville, donc *a priori* Montpellier devrait pouvoir vivre et survivre.

Montpellier est née, et j'ai beaucoup écouté tout à l'heure votre film sur la transmission, Montpellier est née de la rencontre des médecins juifs, chrétiens et arabes, c'est notre identité. Et c'est parce que nous sommes nés de cette rencontre que nous avons, à travers les siècles, cette identité d'accueil, de respect des hommes,

des femmes. Cela fait partie de l'identité de notre ville. Ces traditions d'accueil sont pour moi essentielles.

Et tout à l'heure, donc, je vous ai parlé de la faculté de médecine, maintenant je vais vous parler du droit. Nous sommes liés avec le droit, en dehors de l'historique que vous avez évoqué tout à l'heure, nous sommes liés parce que le Code Napoléon, votre Code civil, est né grâce à un Montpelliérain : Jean-Jacques Régis de Cambacérès, qui était le second consul, c'est-à-dire l'homme le plus important après Napoléon. Et votre Code civil est né grâce à ce Montpelliérain qui était lui-même le fils de Jean-Antoine Régis de Cambacérès qui a été maire de Montpellier. Donc vous voyez qu'à travers l'histoire, on se retrouve aussi bien les uns que les autres.

J'ai entendu qu'il y avait ici plusieurs représentants d'autres pays. Sachez qu'il n'y a pas très longtemps, le *New York Times* a dit qu'en 2012 il y avait 45 sites à aller voir de par le monde, dont Montpellier, donc vous voyez vous n'en avez plus que 44 à découvrir, il ne vous reste encore que quelques mois, mais vous allez pouvoir y arriver !

Et ce que je voulais dire à tous ceux qui sont là, c'est qu'avec Montpellier, nous avons dix villes jumelles. Et pour ceux qui resteraient jusqu'à la fin de la semaine, les représentants de ces dix villes jumelles seront sur l'esplanade, au cœur de la comédie.

La première ville avec laquelle nous nous sommes jumelés, c'est l'histoire qui l'a voulu, c'est *Louisville* aux Etats-Unis après la guerre de 40, *Heidelberg* en Allemagne ça faisait partie de l'histoire, après nous nous sommes jumelés avec *Barcelone* puisqu'après la guerre d'Espagne, beaucoup d'Espagnols sont venus en France, et notamment à Montpellier. Et par la suite nous nous sommes jumelés avec *Kos*, ville où est né Hippocrate donc on rejoint encore l'histoire. Avec Georges Frêche nous nous sommes jumelés avec *Chengdu*, qui est une ville du Sichuan, en Chine, c'est la ville où il y a eu un grand tremblement de terre il y a quelques années, puis nous nous sommes jumelés avec *Tibériade* en Israël, avec *Fès*, et moi personnellement j'ai jumelé la ville avec *Tlemcen* en Algérie, on rejoint encore des pages d'histoire, et récemment nous nous sommes jumelés après avec *Bethléem* et la dernière ville avec laquelle nous sommes jumelés c'est *Rio*. Donc ces démarches que nous faisons sont toujours, vous pouvez le voir, des démarches qui rejoignent notre histoire, l'histoire en général.

Vous avez choisi de parler de transmission, et, effectivement quand on pense notaire, excusez-moi, je me suis toujours dits "les notaires c'est les transmissions purement financières, matérielles". C'est pour ça que tout à l'heure j'ai écouté avec beaucoup d'attention, car la transmission, en dehors de la transmission génétique, la transmission pour moi c'est la transmission des valeurs humaines. La transmission des valeurs de la République : Liberté, Egalité, Fraternité, Laïcité. Et personnellement je me félicite que Madame Taubira, la garde des Sceaux, depuis qu'elle a prit ses fonctions, a insisté fortement sur l'indépendance de la justice, la justice doit être indépendante, c'est essentiel, elle ne doit absolument pas être liée aux pouvoirs politiques. Elle a avancé dans un domaine qui, effectivement, qui me tient à cœur, en 2009, j'ai fait ce que j'ai appelé l'appel de Montpellier pour le mariage homosexuel, car je pense que chacun, chacune, doit avoir les mêmes droits et bien évidemment les mêmes devoirs.

Une société avance, au fur et à mesure elle prend conscience que la transmission, qui est absolument vitale dans ces valeurs, évolue et elle doit bien évidemment évoluer toujours dans un sens d'avancée, et d'avancée humaine. Pour moi, l'être humain est au centre, le respect de l'homme, le respect de la femme, le respect de l'enfant, c'est pour moi le respect de l'autre. Donc je rejoins l'histoire de la ville de Montpellier qui est née grâce à la rencontre de médecins juifs, chrétiens et arabes. Sachez qu'ici vous êtes dans une ville où ces valeurs sont essentielles. Pour moi ce qui compte dans une capitale, ce n'est pas tellement le nombre d'habitants, la quantité, ce qui est essentiel c'est la qualité, la qualité dans laquelle les hommes et les femmes peuvent être et vivre ensemble.

Aujourd'hui nous sommes dans une société repliée, dans une société où les extrêmes surgissent, et donc il faut partager les valeurs, et je suis sûre que vous les partagez. Sachez qu'ici, à Montpellier, les valeurs sont essentielles. Je vous remercie d'avoir choisi le sujet de la transmission, et je vous souhaite un excellent congrès à Montpellier.

Philippe Potentier, Président du 108^e Congrès des notaires :

Je vous remercie Madame le Maire.

Vous le voyez bien, je surveille d'un œil attentif la porte parce que je crois que l'arrivée de Madame la Ministre est imminente...

Je vous demande quelques minutes, sans bouger de vos places, parce que Madame la Ministre arrive dans quelques minutes...

Arrivée sur scène de Madame la ministre...

C'est un grand honneur pour les notaires de France, Madame, de vous recevoir. Nous avons au moins deux raisons pour vous rencontrer. D'abord pour vous connaître, puisque je crois pouvoir dire que c'est la première fois que vous rencontrez la profession ainsi rassemblée. En second lieu, parce que suivant une expression bien ancrée dans notre profession : « Vos notaires sont toujours très heureux de vous parler ». En venant à Montpellier, vous nous réjouissez deux fois. Merci Madame la ministre.

Vous le voyez bien, à travers les différentes interventions qui viennent de se succéder, la transmission est une valeur universelle qui traverse toute organisation sociale. Elle est l'écho et l'image de la vie qui a besoin pour s'épanouir, dans chaque domaine de l'activité humaine, d'un relais, d'une communication, d'un gué pour franchir les générations. L'homme se construit ainsi, grâce à l'expérience de ses aînés, de leurs savoirs, de leurs valeurs. Telle est au demeurant son ambition, parfois émaillée d'accidents et de régressions, mais le mouvement de la transmission est inexorable. Il est profondément humain, il s'identifie à l'homme avec lequel il se confond. La transmission accompagne la vie autant qu'elle l'anime.

La transmission des savoirs, d'un patrimoine, de ses éléments matériels et immatériels, en est une illustration remarquable. Il est temps maintenant d'entrer dans le thème à proprement parler. J'invite le rapporteur général du 108^e Congrès des notaires de France, Bertrand Savouré, à venir nous convaincre de la puissance juridique du thème et de son extraordinaire retentissement au-delà des aspects très matériels et très prosaïques de son périmètre. M^e Bertrand Savouré fut durant ces deux années de préparation notre guide intellectuel. Il en fut pour cela très aimé de l'équipe et en son nom, je tiens à lui exprimer ma plus grande reconnaissance.

Bertrand Savouré, Rapporteur général du 108^e Congrès des notaires :

Madame la Ministre, Monsieur le Président, mes chers confrères, voici deux ans, presque exactement, en septembre 2010, notre équipe se réunissait pour la première fois au grand complet. Le thème était posé là, immense, majestueux. Notre Président, Philippe Potentier, nous le présentait et lui donnait l'ampleur que vous avez entendue ce matin, exaltante. Il nous restait alors à le transformer, c'est-à-dire qu'il nous fallait nous l'approprier, l'organiser et enfin le restituer. Car l'objectif, comme celui de tous les congrès, qui font l'honneur de notre profession, était très

simple, très exigeant, vous livrer aujourd'hui un travail pour éclairer notre pratique et, sur un thème aussi vaste, aussi essentiel et aussi notarial, dresser un état des lieux, établir des repères, proposer des solutions et montrer des directions. Telle était bien notre ambition, alors nous nous sommes mis en route avec ardeur, bien aidés il est vrai par la passion du sujet et par la cohésion et l'amitié de notre équipe.

Et peu à peu, chemin faisant, nos réflexions sont devenues des opinions, et nos opinions sont devenues des convictions. Ce sont ces convictions que nous voulons aujourd'hui vous transmettre. Je vous en propose deux : un certain regard sur la transmission aujourd'hui, d'abord, un regard vers l'avenir, ensuite.

Notre première conviction c'est un regard sur la transmission aujourd'hui, un regard qui nous a conduits à fixer un cap et à définir un parcours. Si nous sommes bien les spécialistes des successions et des donations, avons-nous toujours conscience d'être avant tout les hommes de la transmission ? Car la transmission, ce n'est pas la succession, ce n'est pas la donation, c'est bien plus que cela. La transmission c'est l'explication de la succession et de la donation : « *Je donne parce que c'est mon neveu, j'hérite parce que c'est ma mère, ce vase c'est ma grand-mère* ». Le lien entre les personnes est souvent plus fort que l'appropriation. C'est ce lien qui nous permet de comprendre et d'expliquer le mouvement fort de la contractualisation de la transmission, accéléré par la loi du 23 juin 2006.

Dans une famille, aujourd'hui, chaque génération, de plus en plus, revendique son autonomie et la liberté de ses choix. Mais cette autonomie n'exclut pas évidemment la relation plus volontaire et même quelquefois solidaire entre toutes les générations. Sur le plan technique, il apparaît chaque jour plus évident que les actes d'autorité cèdent devant le besoin croissant d'arrangements familiaux. Et la donation, autrefois jugée dangereuse, est devenue un mode majeur de transmission. Il est donc assez logique que ce mouvement atteigne aujourd'hui la succession qui progressivement perd à la fois son caractère exclusif et son mode autoritaire. Le lien entre celui qui transmet et celui qui reçoit irrigue désormais tout notre droit. La transmission est devenue une rencontre de volontés, un choix partagé. Comme l'a dit un essayiste contemporain, elle est une transaction entre égaux, c'est à dire entre personnes égales, mais aussi une transaction entre égaux c'est-à-dire entre deux consciences. Et ceci vaut pour les libéralités comme pour les successions, car ce lien dont nous parlons n'est pas rompu par la mort. Dans le droit révolutionnaire, la loi gouvernait tout et Mirabeau disait que « *être mort ou n'avoir jamais vécu c'est la même chose, c'est nier la transmission* ». Et notre droit a bien changé.

Mais cette rencontre de volontés doit composer avec la société, car c'est la société qui fixe les règles, car la société est concernée par la transmission. C'est un équilibre nécessaire. Portalis disait, en présentant le Code civil, que la successibilité n'est point un droit naturel, ce n'est qu'un droit social, qui est entièrement réglé par la loi politique ou civile. Il faudrait aujourd'hui supprimer le mot entièrement et conserver l'idée d'un droit social. Nous avons alors notre cap, la transmission est une affaire de volonté qui s'exprime dans un cadre légal plus ou moins contraignant. Nous devons alors décomposer l'opération elle-même de transmission, pour en saisir parfaitement toute la substance. Et il nous est apparu naturel de suivre un parcours qui est finalement celui de nos clients, et donc le nôtre. La transmission se décide, se prépare, se réalise et se planifie. Voilà notre parcours, une volonté qui s'exprime, un cadre qui sécurise, des moyens qui facilitent et une stratégie qui stabilise. Chacune de ces étapes possède ses enjeux spécifiques.

Nous nous sommes d'abord placés en amont de la transmission, quand celle-ci n'est qu'une volonté chez le disposant. Une volonté qui est parfois incitée par la famille, par la fiscalité, par l'actualité. Une volonté qui, traduite en intention libérale, conditionne la validité et l'efficacité de la transmission. Une volonté qui doit accepter un dépouillement irrévocable, une volonté qui fléchira si elle n'est pas assez réfléchie. Mais aussi une volonté qui subira l'épreuve du temps, dans une transmission de plus en plus anticipée dans une vie qui s'allonge. Voici donc la réflexion que nous vous proposons. Puisque la vie change, peut-on changer d'avis ? Comment concilier la nécessaire irrévocabilité des donations avec le besoin croissant de réversibilité inhérent aux transmissions contemporaines ?

Nous avons ensuite réfléchi au cadre légal de la transmission qui impose, c'est l'ordre public, et qui propose, c'est l'égalité successorale. Ce cadre évolue naturellement, comme la société. Mais dans quelle direction ? C'est la question de la cohabitation entre l'individu et la société, de l'équilibre entre liberté et contraintes qu'il nous est apparu essentiel de reformuler dans un monde inspiré par les droits de l'homme, et qui aspire, lit-on parfois, à plus de liberté. C'est encore Portalis qui, en 1804, à propos de la liberté de tester, disait : « *Lorsque la loi sur les objets qui tiennent d'aussi près que celui-ci à toutes les affections humaines ne laisse aucune liberté aux hommes, les hommes de leur côté ne travaillent qu'à éluder la loi* ». C'était, déjà, poser la question de cet équilibre. La même question se déporte aujourd'hui sur des thèmes différents. Quel est aujourd'hui le sens et la légitimité de la réserve héréditaire ? Quelle est la portée de la prohibition des pactes sur succession future ? Nous pouvions ensuite nous concentrer sur les moyens techniques de la transmission. Les moyens pour accorder les deux volontés du

disposant et du bénéficiaire. Cette rencontre peut prendre de multiples formes et emprunter bien des détours. La transmission, aujourd'hui, est immédiate ou différée, anticipée ou temporisée, libre ou grevée de charges, il est donc naturel que les moyens techniques se multiplient. C'est bien souvent la volonté du disposant qui s'exprime. Faut-il entendre son aspiration légitime à tout contrôler, à tout maîtriser ? Dans quelle limite ? Il n'y a pas si longtemps, des auteurs écrivaient que pour le bien-être des vivants, il faut borner la volonté des morts, mais d'un autre côté, qui est meilleur juge que le défunt pour apprécier les aménagements qui conviennent à sa succession ? Le bénéficiaire, de son côté, décide aussi, il accepte, il renonce, il cantonne, cette liberté de choix est une donnée majeure du droit actuel de la transmission, encore faut-il bien l'utiliser.

Il nous restait, enfin, à définir une stratégie de la transmission, c'est-à-dire une vision dynamique de la transmission, une mise en œuvre planifiée des moyens techniques au service d'un objectif à long terme. La transmission ici se considère dans la durée, le temps d'une vie, et souvent plus. Parce que la transmission est de plus en plus anticipée, parce que les techniques sont innombrables : donation, assurance-vie, testament, mandat posthume, société, démembrement, libéralité résiduelle, transgénérationnelle. Parce que ces techniques se mêlent, se comparent, se combinent, parce qu'une entreprise ne se transmet pas comme un immeuble. Parce que la fiscalité accompagne, freine, incite, parce que dans les familles le lien affectif impose parfois des équilibres complexes entre enfants d'unions différentes ou entre enfants et conjoint. Pour toutes ces raisons, la réflexion stratégique est devenue aujourd'hui impérative. Le notaire, ici, remplit une mission essentielle de conseil et d'architecte, mais il ne peut remplir cette mission que si les outils dont il dispose sont appropriés aux besoins de ses clients, c'est-à-dire finalement aux besoins de la société d'aujourd'hui. Mais est-ce toujours le cas ? Ainsi s'est achevé notre parcours de la transmission qui nous a permis d'en définir les lignes de force. Nous en comprenons les enjeux.

Notre regard à présent peut se porter plus loin, vers l'avenir. Après le temps des questions vient celui des réponses, après l'analyse, les solutions possibles. Ce sont les propositions que nous allons vous soumettre dès cet après-midi, qui sont évidemment nos convictions. Mais des propositions ne sont légitimes et utiles que si elles améliorent le présent et préparent l'avenir. Nous leur avons donc assigné quatre objectifs autour desquels elles peuvent être organisées :

- Réaffirmer les principes indispensables pour mieux les adapter
- Veillez à la cohérence des règles

- Faciliter et améliorer notre pratique
- Proposer des solutions nouvelles, adaptées aux réalités nouvelles.

Les principes ou les concepts qui fondent notre droit sont régulièrement contestés : c'est leur sort naturel, puisqu'ils sont anciens et le monde a besoin de changement. Certains, au contraire, les qualifient de dogme, les tenant ainsi pour vérité indiscutable et intangible. Il nous est apparu nécessaire, quant à nous, d'en revisiter quelques-uns, incontournables pour la transmission, et d'en vérifier aujourd'hui les fondements. Et nous ne voulions pas rester au milieu du gué, nous avons réfléchi, lorsque c'était nécessaire, à leurs adaptations aux besoins actuels de la transmission. C'est ainsi que nous vous proposerons d'abord un regard notarial sur l'intention libérale. Un regard de praticien dans un débat doctrinal et jurisprudentiel séculaire. Un regard indispensable puisque l'intention libérale fait et défait les libéralités. Un regard nécessaire car le nombre considérable de contentieux qu'elle alimente sur les donations que nous recevons, ou sur celles, indirectes, qui nourrissent les litiges successoraux, démontre assez bien la part que nous devons prendre dans ce débat. L'intention libérale aujourd'hui ne se confond plus avec l'abandon total, pur et désintéressé. Non, le lien de transmission est plus complexe. Mais l'intention libérale exige plus qu'un simple désir d'organisation patrimoniale ou l'espoir d'un gain fiscal.

Entre ces deux limites, nous avons cherché l'équilibre. Nous vous proposerons ensuite de réaffirmer le principe de l'irrévocabilité spéciale des donations. Notre conviction est qu'à défaut, la donation pourrait être transformée en un contrat ordinaire et que ce n'est ni cohérent, ni souhaitable. Cependant, il nous faut favoriser toutes les solutions possibles de compatibilité entre cette irrévocabilité indispensable et le besoin de réversibilité qui constitue le besoin aujourd'hui des transmissions.

Une solution existe déjà dans notre droit, et particulièrement depuis 2006, c'est la distinction entre la valeur et l'objet transmis. Affirmer une irrévocabilité en valeur, c'est admettre des solutions conventionnelles de modification de l'objet donné. Mais si certaines de ces solutions sont éprouvées par notre pratique et notamment l'incorporation des donations antérieures, d'autres nous semble devoir être sécurisées. C'est le cas par exemple des donations alternatives et facultatives pour lesquelles nous vous proposerons de renforcer un régime juridique et fiscal. Nous aborderons enfin sans crainte le grand débat sur la réserve héréditaire. Mais comment l'éviter ? Comment ignorer les incompréhensions qu'elle provoque et les attaques qu'elle subit ? Mais comment ignorer aussi son ancrage dans notre droit et même dans notre culture ? Mais de quelle réserve parlons-nous ? De celle qui

contraint ou de celle qui protège ? De celle qui interdit ou de celle qui garantit ? Ici plus qu'ailleurs, l'analyse doit précéder la critique. Notre objectif est de vous proposer un débat. Notre conviction est que la réserve remplit une fonction sociale et qu'elle est donc utile et même nécessaire. Mais nous pensons aussi que rien ne serait pire qu'une réserve trop figée. Elle doit composer avec la société contemporaine, car si la réserve ignore la société, la société voudra ignorer la réserve.

Notre second objectif est de proposer plus de cohérence quand celle-ci fait défaut. Les praticiens que nous sommes s'ouvrent quand les solutions sur des problèmes graves sont rendues inutilement complexes par des règles dispersées ou contradictoires. La sécurité juridique, indispensable à la transmission, est ici en jeu.

En premier lieu, cette cohérence devra être recherchée dans la mise en œuvre du règlement européen du 4 juillet 2012 sur les successions internationales. Ce règlement que la profession a approuvé, et que nous appliquerons bientôt, constitue une remarquable avancée dans la nécessaire construction d'un droit communautaire. Il pose cependant la question de la place de la réserve, précisément dans l'ordre public international. Nous vous proposerons de prendre part au débat qui s'installe. Nous avons également recherché cette cohérence entre le principe général de la réduction en valeur et une protection minimale des droits des héritiers réservataires, notamment lorsqu'un legs est consenti à un non-successible. La réserve ici pourrait être fragilisée exagérément, et surtout involontairement. Nous vous proposerons donc que la volonté du testateur soit ici éclairée par l'intervention du notaire.

Soucieux de l'harmonie familiale, nous ne pouvions ignorer la difficile question du traitement juridique de la mise à disposition gratuite d'un logement au profit d'un enfant. Donation ou assistance ? Égalité ou équité ? La Cour de cassation vient de mettre de l'ordre dans un débat qui est complexe. Conscients qu'il n'y a pas et qu'il n'y aura jamais de réponse unique pour ces libéralités qui n'en sont pas vraiment, nous avons jugé nécessaire d'aller plus loin encore. Nous vous proposerons une dispense de rapport, fondée comme toujours sur une conviction que la transmission ne doit pas devenir une comptabilité.

La confusion existe aussi entre les différentes catégories de donation : donation authentique, don manuel, donation indirecte. Mais si le don manuel et la donation indirecte ont toute leur place et toute leur légitimité, il convient de ne pas les transformer en donations qui seraient, pour d'obscures raisons, spécialement dispensées d'authenticité.

Nous proposerons enfin un nouveau regard sur l'assurance-vie. La compatibilité de cette remarquable technique de transmission avec notre droit des libéralités s'impose chaque jour davantage. Nos clients la réclament, nous la réclamons pour nos clients. Nous ne savons pas si l'assurance-vie est une donation ou un legs alors conservons-lui la place qui est la sienne, atypique, originale. Et nous démontrerons que cela n'empêche pas la cohérence avec les autres techniques de transmission, car l'exagération des primes n'est pas une solution.

Notre troisième catégorie de proposition facilite et améliore notre pratique. Ce sont des textes à modifier ou des usages à prendre. Nous ouvrirons des pistes pour un bon usage du cantonnement, et nous vous présenterons aussi des solutions pour que le rapport des donations ne soit pas contrarié par une renonciation imprévue et actuellement malveillante du donataire. Nous proposerons également des améliorations juridiques et fiscales du dispositif de transmission d'entreprises, très favorable mais rendue complexe par des réformes successives.

D'autres propositions seront plus substantielles : la suppression de l'antique dictée dans le testament authentique, lequel devra néanmoins conserver son caractère puissant d'acte public. La possibilité dans une libéralité graduelle de reporter l'obligation de reporter et de transmettre sur les biens subrogés. La validité d'un droit de retour conventionnel facultatif permettant au donateur de ne pas l'exercer lors du décès du donataire. La sécurité juridique et fiscale des résolutions amiables de donations, qui resteront marginales, mais qui peuvent offrir une bonne solution de réversibilité.

Nous vous proposerons également de réfléchir au mandat à effet posthume, créé par la loi du 23 juin 2006, il devait répondre aux besoins de transmission sécurisée et facilitée. Mais jusqu'où aller sans craindre le fameux pouvoir des morts ? Jusqu'où aller sans remettre en cause notre grand principe de succession à la personne ? Ces enjeux semblent nous paralyser. Mais les conditions de temps et de circonstances, imposées aujourd'hui par les textes, dressent déjà les indispensables limites de ce mandat. Il faut donc lui donner toutes ses chances, et pour cela, dans le strict cadre du mandat, étendre sans doute les pouvoirs du mandataire. Il nous faut finalement décider si nous voyons dans le mandat à effet posthume, pour la transmission, une promesse ou un danger.

Enfin, nous allons vous proposer des solutions nouvelles, adaptées à des situations que ni la loi ni les pratiques les plus ingénieuses ne parviennent aujourd'hui à régler en toute sécurité juridique. Ce sont les familles recomposées pour lesquelles le lien

d'affection remplace parfois le lien du sang. Ce sont les situations de dépendance, que la famille doit supporter, ce sont les solidarités spontanées qui doivent être récompensées, et tant d'autres réalités encore, que le notaire observe et entend. Nous vous proposerons, par exemple, que des charges sur la réserve puissent, sous certaines conditions, être consenties entre un disposant et un bénéficiaire. Il s'agirait en fait d'une variation de la renonciation anticipée à l'action en réduction, qui pourrait permettre plus de souplesse dans les donations, le plus souvent assorties de charges et conditions, et finalement, faciliter la transmission.

Nous vous proposerons ensuite d'élargir la donation-partage. Entre donation et pacte de famille, récemment étendues aux générations de second rang, son intérêt pratique et ses multiples avantages ne sont plus à démontrer. Elle possède l'incomparable vertu des accords unanimes. Nous pensons donc qu'elle peut encore évoluer, le partage anticipé qu'elle réalise pourrait être ouvert, si les héritiers en sont tous d'accord, à des tiers que le donateur souhaiterait gratifier. Nous pensons aussi que si cette condition d'unanimité est respectée, la réserve ne doit pas faire obstacle à cette volonté librement partagée. C'est le lien d'affection, beaux-enfants, neveux et d'autres proches que la transmission doit ici concrétiser. La dépendance est un autre enjeu social, la solidarité familiale qui s'exprime en faveur des enfants par la réserve doit aussi profiter aux ascendants, et plus généralement à tous les membres d'une famille qui se trouverait en difficulté. L'obligation alimentaire est l'une des réponses. Devant l'insuffisance des modes classiques de transmission, nous vous proposerons la création d'un fonds familial, dédié à cet objectif de solidarité, que la famille doit satisfaire pour l'intérêt général.

La fiscalité enfin, la fiscalité toujours, elle accompagne, elle incite, elle freine, elle facilite, elle oriente les stratégies. Notre préoccupation ici n'est pas de savoir si l'impôt qui frappe les transmissions est excessif, il l'est toujours. Notre préoccupation est que cette fiscalité soit bien orientée. Qu'elle soit l'instrument d'une politique en faveur d'une transmission que nous pensons juste. Nous ferons donc une proposition dans ce sens, pour ajuster la transmission aux besoins de la société. C'est ainsi par exemple que le droit de partage pourrait être minoré pendant un certain délai pour susciter et privilégier les partages. Que les donations devraient être encouragées, pour favoriser les jeunes générations. Que les taux élevés de droits de mutation pourraient être réduits pour favoriser des solidarités spontanées. Mais la liste n'est pas close, le pouvoir de la fiscalité est considérable.

Voilà, mes chers confrères, le regard que nous vous proposons sur la transmission aujourd'hui et demain. Mais regarder n'est rien si nous n'agissons pas. Nous avons

donc l'espoir que nos travaux éclaireront notre pratique et le quotidien de nos études. Nous avons l'espoir de favoriser une transmission sécurisée, ingénieuse et adaptée. Nous avons l'espoir bien sûr que nos propositions remportent votre adhésion et qu'elles seront alors entendues. Mais nous avons surtout la certitude que les débats que nous allons vous proposer méritent d'être menés. C'est ainsi que nous pourrons contribuer à l'élaboration du droit de la transmission, conçu comme il a été écrit, pour « *retenir dans la volonté de l'homme, ce qui est bon pour l'ensemble des hommes, ceux du présent et ceux à venir* ».

Philippe Potentier, Président du 108^e Congrès des notaires :

Je cherche toujours dans cette Agora une référence grecque qui met en perspective nos différents orateurs. En t'écoutant, mon cher Bertrand, je pensais à Thucydide, un historien grec qu'on a peut-être oublié, qui a participé et assisté à la guerre du Péloponnèse, où allait s'abîmer la grandeur d'Athènes. Il a décidé d'expliquer le récit et d'en expliquer la cause et le cours, ainsi il s'est mis à l'analyser. Derrière chaque décision, chaque mouvement stratégique, on découvre un plan, un raisonnement. Il en va de même dans ta fonction de rapporteur général. Car tu recherches inlassablement la cause des causes, jusqu'à ce que la figure juridique que tu cherches à démontrer se transforme en une sorte d'épure, où interviennent d'un côté l'homme et ses passions, le calcul et ses fautes, et de l'autre côté, à l'horizon, les lois générales qui commandent l'évolution de la société.

Nous avons je crois, la même démarche intellectuelle, c'est ce qui nous a rapprochés et nous sommes devenus complices et amis.

Vous venez d'entendre parler de la transmission dans son espace le plus notarial et dans sa dimension la plus patrimoniale. C'est ainsi effectivement que les notaires, tous les notaires font résonner leurs études à propos d'un thème qui leur est quotidien.

Derrière cependant les mots un peu abscons de réserve héréditaire, quotité disponible, cantonnement, rapport, réduction, pacte sur succession future, on aperçoit très vite que se profilent des idées plus générales qui ennoblissent le thème : liberté de transmission, liberté de recevoir, égalité, équité, et plus haut encore la mort sur laquelle on ne peut conjecturer, la vie qu'il faut sublimer, et au sommet de la pensée, l'homme tout court : qui est-il pour vouloir transmettre ? Vous apercevez là la stimulante idée de la table ronde qui aura lieu mercredi après-midi autour du thème : la transmission, foi, science ou raison.

Notre rapporteur général a conçu à juste titre l'opération de transmission comme un parcours de réflexion, une volonté, se développant dans un cadre, avec une infinité de moyens, qui devient peu à peu une stratégie. En clair, la transmission est une idée de l'homme, et j'aime beaucoup qu'un notaire en parle, car en approchant la réalité de la transmission, il accède et vous fait accéder à la connaissance de la transmission.

Car au vrai, une idée n'est accessible ou audible finalement que par la connaissance que l'on en a, matérialisée dans quelque chose, saisie par l'esprit, énoncée par le langage. A défaut cette idée ne serait qu'un monde clos qui ne renverrait qu'à elle-même.

Ce fut clairement, en tous les cas, l'objectif de l'équipe du 108^e Congrès des notaires de France : partir de ce que l'on observe, appliquer ce que l'on sait, y réfléchir encore, afin de comprendre la transmission et d'en améliorer encore le déroulement. La transmission n'est plus alors une abstraction à partir de biens matériels qui nous environnent, mais rigoureusement l'inverse, une idée concrète à partir de biens qui sans l'esprit qui les anime ne sont rien et qui deviennent des choses sensibles par le sens qu'on leur donne.

Vous commencez à comprendre pourquoi j'ai voulu, sous une forme symbolique, faire revivre l'agora. Si j'osais, je vous avouerais que j'ai voulu faire surgir l'allégorie de la caverne, qui est aussi un cheminement initiatique. Sur le chemin de la connaissance, nous sommes tous, au départ, plus ou moins des non-initiés, plongés dans l'obscurité. Ce dont nous souffrons, ce n'est pas du manque, que l'on ignore, mais des apparences immédiates, auxquelles nous adhérons fanatiquement parce qu'il n'y a rien d'autre. Mais heureusement, il y a la lumière qui nous tire de la caverne, progressivement bien entendu afin de ne pas être ébloui, la plus faible qui soit tout d'abord pour devenir ensuite de plus en plus vive, où l'on voit enfin clair. On s'aperçoit alors que le point de départ n'en est pas un, mais que c'est un point d'arrivée, car libéré des chaînes de la non-connaissance, on en revient à une reconnaissance. L'âme se ressouvient, c'est la fameuse réminiscence de la vérité qui était déjà là et que l'on avait oubliée.

Oui, la transmission est une vérité intemporelle et universelle, qui habite l'homme ! Autant le savoir, nous en comprendrons mieux la volonté qui la déclenche, le cadre public dans lequel elle s'intègre, les moyens qu'elle nécessite, la stratégie qu'elle inspire.

Nous avons beaucoup insisté jusqu'ici sur un cheminement de la transmission dans le temps et nous avons raison. Mais la transmission est aussi une invitation au voyage dans la pensée. Vous avez déjà remarqué sans doute ce va-et-vient permanent entre les trois étages traditionnels de la réflexion, celui de la philosophie qui précède tout, celui de la politique qui l'organise, et enfin celui du droit qui l'applique et la soutient en la sanctionnant.

La philosophie, je vous en ai déjà parlé et je ne voudrais pas vous lasser, j'y reviendrai cependant car elle est l'alpha et l'oméga.

La politique, j'y songe à cet instant, car nous avons l'auditoire pour cela, et les notaires savent aussi s'exprimer sur ce sujet.

La transmission est une opération humaine naturelle. L'État ne doit donc pas la confisquer en faisant ou en ne faisant pas :

- en faisant par une politique fiscale qui la rendrait impossible ou la découragerait,
- en ne faisant pas, en la laissant sans surveillance et sans contrôle.

Je voudrais insister sur ces deux points essentiels.

Nous avons bien compris que la fiscalité était nécessaire à la fois parce que la transmission était une source de recettes non négligeables pour l'Etat, mais aussi évidemment pour corriger l'inégalité originelle de la transmission qui serait, à défaut, réservée aux bien-nés. L'impôt sur la transmission est un facteur de répartition des richesses, intelligible et juste pour tous. Pour autant, elle ne doit pas être pénalisante. La fiscalité doit même à cet égard l'encourager, car la transmission donne sens à la propriété, au travail, à la famille. Elle est en un mot un moteur de l'économie et l'activité humaines, les notaires sont à même de témoigner sur ce sujet. La fiscalité doit donc être orientée vers cette finalité sociale qui gouverne la transmission.

La transmission doit être également surveillée, c'est une autre évidence. Il me revient encore cette charte du civisme que définissait ainsi Périclès, et qui, née au V^e siècle avant J.-C. fait encore réfléchir. C'est toujours Thucydide qui le fait parler :

"Je pense en effet quant à moi qu'un État sert mieux l'intérêt des particuliers en étant d'aplomb dans son ensemble, que prospère en chacun de ses citoyens individuellement, mais chancelant collectivement". Tout est dit dans cette maxime qui n'a pas pris une ride. Elle m'inspire aujourd'hui dans cet exposé sur la transmission, car celle-ci doit être balisée de codes politiques et moraux qui l'encadrent, dans une organisation sociale qui se revendique comme telle.

La transmission ne peut céder aux seuls désirs des hommes, et l'État a pour fonction de les ramener à la lucidité et à la raison. Si l'homme désespère ou se laisse aller, l'Etat le rassure ou le protège. S'il s'emporte, l'État le modère. L'ordre social est fait pour tenir en bride la nature humaine, prompte aux passions et aux sentiments.

Sur le fondement de l'ordre social, il n'y a plus débat, car l'histoire de l'humanité, encore un exemple de transmission, par ses multiples déboires et atrocités, a achevé depuis longtemps de convaincre. Mais le débat n'en finit pas de se prolonger lorsqu'il s'agit de définir l'ordre social, autrement dit la police de la cité. La police successorale nous fournit une occurrence remarquable pour affermir des convictions que nous répétons à l'envi, nous tous notaires de France, depuis bien longtemps.

Certes, la transmission évolue dans un monde de liberté. Volonté et liberté riment ensemble et ne se conçoivent pas l'une sans l'autre. Elles sont à l'image de l'homme. Mais la liberté ne s'est jamais mieux portée que dans les espaces jalonnés de devoirs et d'obligations, qui élargissent encore le champ à la fois de l'initiative et de l'altérité. La liberté a besoin aussi de sentinelles de l'État qui éclairent le parcours de chacun. Dans le monde de la transmission, et dans le domaine qui est le sien, le notaire est cette sentinelle, gardien des libertés et des droits, pourvoyeur de conseils, traçant des chemins authentiques par les actes qu'il reçoit, canalisant sous la bannière de l'Etat les volontés toujours imparfaites des hommes.

Je comprends dès lors pourquoi la donation, acte d'abandon sans retour, doit se couler dans l'acte notarié. Je comprends pourquoi la dévolution successorale s'établit dans une notoriété dressée par un notaire, pourquoi un inventaire est l'œuvre du notaire, un mandat posthume est obligatoirement un acte notarié, ou bien encore que l'acte de renonciation anticipée à la réserve héréditaire est reçue par deux notaires. Vous pourriez avec moi allonger la liste. Il m'arrive même parfois de murmurer que la liste n'est pas assez longue, tant les hommes ont besoin d'être protégés. Je sais, les notaires ont besoin qu'on leur dise qu'on les aime, je souhaiterais que l'on dise aussi qu'on les préfère.

Je ne voudrais pas cependant marcher dans les pas de Monsieur le Président du Conseil supérieur, et je reviens sur mon propre sentier, en évoquant maintenant le droit de la transmission, où déjà je glissais imperceptiblement. Comme le disait Émile Zola à propos de l'hérédité, la transmission est comme la pesanteur : elle a ses lois. Celles-ci définissent en effet la politique que l'on veut, inspirée par la philosophie que l'on pense.

Ma marge de manœuvre est étroite, car après avoir échappé au risque futur de collision avec Monsieur le Président du Conseil supérieur, je ne voudrais pas tomber dans les pas encore frais de Monsieur le rapporteur général qui a tracé les grandes lignes juridiques de la transmission.

Je me réserverai en conséquence quelques propos généraux, ceux mêmes que j'ai pu prononcer en d'autres termes lorsque j'étais rapporteur général à Strasbourg, en 2006, sous la présidence de Jacques Combret, tant je ne puis m'en séparer, comme des certitudes qui sont au-dedans de moi et qui me portent.

Comme toute question juridique, le droit de la transmission est confié à la loi qui définit son régime, la volonté qui le personnalise, le juge qui surveille et tranche les conflits. À chacun son rôle, et il n'est pas bon que les registres de chacun se mélangent. La loi définit, c'est-à-dire qu'elle éclaire, telle une lanterne, les relations humaines. Elle énonce des principes, formule des interdictions, sanctionne des comportements. La loi ne doit pas aller plus loin dans le détail, car alors elle s'enfonce dans les vétilles, se complique, s'obscurcit et devient incompréhensible.

Seule la volonté personnalise, adapte aux situations concrètes, et ourle les relations juridiques. La volonté mais pas n'importe quelle volonté, celle qui coule le plus souvent entre les doigts du notaire, parce qu'il conseille, responsabilise, sécurise et traduit par son statut d'officier public le regard de l'État, déchargeant ainsi celui-ci de toute autre procédure nécessairement plus complexe, plus coûteuse, plus pesante.

Enfin le juge arbitre les inévitables conflits, non pas en étant consulté à tout instant sur les relations familiales, car ce n'est pas son rôle, mais en résolvant les situations de crise qu'il convient cependant d'éviter au maximum.

Adaptés au droit de la transmission, ces principes n'en prennent que plus de relief. La loi impose face à la liberté testamentaire la réserve héréditaire, interdit les pactes sur successions futures, mais ouvre dans le champ du possible les pactes familiaux sous des formes diverses et variées, autorise les transmissions en y associant plusieurs degrés de générations, propose une égalité successorale minimum.

Pour le reste, le notaire en recevant les volontés façonne et réalise du cousu main. Et plus la plume notariale sera précise, alerte, agile, inventive, prudente, moins le juge interviendra. Nous serons alors dans le meilleur des mondes, celui de Pangloss, dans le *Candide* de Voltaire.

Entre la loi et la volonté, le tout est de définir les limites de l'une et de l'autre, j'en aperçois deux :

La première limite tient à la conception que nous pouvons avoir du droit construisant les relations familiales, et même du droit tout court, régissant les relations humaines. Le droit n'est pas nécessairement un droit contentieux où la règle triomphe nécessairement d'un conflit entre des intérêts antagonistes exsudant une solution équilibrée, d'ailleurs d'une opposition forte il ressort rarement un match nul mais plus souvent un vainqueur ou un vaincu.

Plus que partout ailleurs, on observe que dans le droit de la transmission, celui-ci doit être un droit apaisé, où la notion de justice et d'équité sublime la relation juridique, dépassant les intérêts particuliers nécessairement opposés.

Nous, notaires, nous l'observons au quotidien lorsque nous recevons nos clients dans nos études. Ceux-ci, de façon générale, ne sont pas systématiquement en désaccord, ils sont même plutôt d'accord entre eux, et ne demandent pas que l'un soit traité mieux que l'autre, mais de la même façon, c'est-à-dire de façon équilibrée, impartiale et juste. Le droit n'est pas nécessairement un combat, le droit est un instrument de régulation entre les hommes. Et c'est là, parce qu'il canalise la volonté humaine et trace un chemin balisé de règles préventives et anticipatrices, que le notaire trouve sa vraie place. Il est une réelle économie de droit judiciaire, parce qu'il s'enorgueillit précisément de tous les conflits qu'il n'a pas fait naître, en façonnant une volonté bien faite et bien pleine.

La seconde limite tient aussi à la conception même de la transmission, succession aux biens ou à la personne. Le débat n'est pas une simple querelle d'intellectuels juristes érudits.

Dans la première acception, une succession est une simple opération patrimoniale relevant essentiellement du droit des biens, abstraction faite des personnes. C'est un mode d'appropriation des biens parmi d'autres.

Dans la seconde, la succession est davantage une opération humaine de continuation de la personne. Il est inutile de vous dire, je pense, après mon propos, laquelle a ma préférence. Mais en réalité, ce n'est pas la mienne, c'est celle du droit français, avec l'institution de la saisine, l'obligation indéfinie au passif successoral, d'autres mécanismes ou institutions participent de cette conception humaine de la transmission, comme la réserve héréditaire, le cantonnement, les procédés trans-

générationnels, j'ajoute même la prohibition des pactes sur succession future, rappelant que la mort n'est pas négociable. La transmission est une opération consentie, volontaire, un lien entre deux personnes, entre des générations, un lien explicatif entre le passé et l'avenir. Plus que jamais ici, le droit doit rejoindre la réalité de la transmission, celle de la vie dans laquelle s'inscrit la transmission. Je voudrais que l'on n'oublie jamais lorsque l'on légifère sur la transmission, autrement la transmission deviendrait alors un marché, ce que je me refuse à croire.

Je vous avais promis de revenir à l'oméga de la transmission. La transmission des avoirs relève d'une opération humaine plus large, plus complexe, mettant en jeu d'autres ressorts et des motivations plus nobles. La transmission appelle de façon générale des aspirations qui transcendent l'homme. Le matériel est au spirituel ce que l'âme est au corps. Si l'âme est le principe de l'organisation et de la vie du corps, la matière est ordonnée à l'esprit et non pas l'inverse.

Je crois à la transmission en ce qu'elle est une construction successive de ce que l'homme reçoit, puis ajoute, retranche, compare, transforme, faisant en quelque sorte fructifier au sens plein un héritage de mille choses, des valeurs, des connaissances, une expérience, continuant un mouvement perpétuellement en état de marche. La transmission des biens en est peut-être un parangon, et le droit est là pour constituer des moules. Mais soyons d'humbles juristes : le droit n'est qu'une petite chose à la surface de nous-mêmes. Sous le droit, beaucoup de choses remontent et irriguent la norme. Sur ce point la transmission est une découverte que n'aurait pas démentie Socrate nous invitant à nous connaître nous-mêmes.

Oui, la transmission est un cheminement intellectuel et matériel de découverte de soi-même, qui donne sens à notre vie. La transmission invite à une rétrospective: entransmettant, je pense à mon itinéraire de vie, à ce que j'ai fait, pourquoi je l'ai fait, ce que je laisse, et à qui je le laisse... Parce que la transmission explique la vie, elle permet de la prolonger...

Je vous remercie. Je peux maintenant passer la parole à Monsieur le Président du Conseil supérieur.

Benoît Renaud, Président du Conseil supérieur du Notariat :

Madame la garde des Sceaux, Monsieur le Conseiller du Président, Mesdames et Messieurs les hauts magistrats, Mesdames et Messieurs les hauts fonctionnaires,

Mesdames et Messieurs et chers confrères,

Madame la Ministre, c'est un grand honneur de vous accueillir à notre 108^e Congrès. Je sais que votre ministère vous impose un rythme éprouvant, mais dans ce mouvement perpétuel, je vous offre une parenthèse apaisée. La qualité de notre auditoire et de son intention ne font qu'amplifier les sentiments respectueux et cordiaux que j'exprime au nom de nous tous.

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel, vous êtes ici chez vous tant votre présence assidue à nos côtés fait de vous un véritable connaisseur du notariat.

Je voudrais aussi saluer la présence de Pierre Valleix, conseiller en Justice du Président de la République. Une présence d'un conseiller qui n'a pas été si fréquente dans nos derniers Congrès. Je sais, Monsieur le conseiller, que vous connaissez bien les notaires pour les avoir côtoyés dans de précédentes fonctions.

Et je voudrais également saluer la présence de Jean-Pierre JOUYET, nouveau directeur de la Caisse des dépôts. Je ne crois pas non plus qu'il soit nécessaire de vous présenter notre profession qui est pour vous une histoire de famille.

Madame la ministre, Messieurs,

Votre présence symbolise la qualité du dialogue entre le pouvoir politique, le pouvoir judiciaire, le pouvoir économique et les notaires de France. Les notaires de France sont là devant vous. Ils forment une troupe aguerrie.

Une troupe, car souvent nous avons été comparés à un corps d'armée en raison de notre unité et de notre discipline.

Aguerrie, elle l'est par l'ancienneté de sa mission et la modernité avec laquelle elle l'accomplit aujourd'hui, mais aguerrie elle l'est aussi au regard des cinq années qui viennent de s'écouler où elle a eu à combattre avec acharnement des projets mortifères.

Dans cette épreuve, c'est le notariat tout entier et non point seulement les notaires qui a renforcé ses convictions dans la force irremplaçable de l'acte authentique et dans la nécessité pour la France comme pour l'Europe de disposer d'un service public de la preuve.

Alors je sais que certains habitués des chimères persistent dans la revendication d'une profession unique. Je sais qu'il se trouve à Paris comme à Bruxelles, selon la fameuse expression de Lénine, des idiots utiles qui prêchent pour cette vieille lune,

oublieux qu'ils sont que cette idée du passé, je devrais dire cette idée dépassée, est le cheval de Troie du droit anglo-saxon.

Combien sont-ils, ces provocateurs zélés, manipulés par une vision mercantile du grand commerce des services juridiques ? Une poignée peut-être mais dont il nous faut à chaque fois combattre les propos simplistes. Et malheureusement en cet automne j'ai pu voir ici ou là quelques feuilles qui tombaient bien mal. Elles annonçaient une nouvelle offensive des tenants de la dérégulation totale, il nous faudra, mes chers confrères, encore et encore contrecarrer leurs visées.

La France, l'Europe à une très large majorité et le monde dans une proportion presque équivalente ont choisi anciennement ou récemment de garantir la sécurité juridique en confiant à des auxiliaires nommés par la puissance publique, et sous son contrôle, le pouvoir de pacifier les relations contractuelles.

Ces auxiliaires ce sont les notaires et ce pouvoir se matérialise par le sceau de la République.

L'idée notariale épouse la démocratie et illustre les États de droit. L'idée notariale est aussi un choix culturel.

Alors, pour reprendre le beau thème de Philippe Potentier magnifiquement orchestré par Bertrand Savouré et toute son équipe, il nous revient à nous, notaires, de transmettre partout le message d'universalité du droit continental à l'origine duquel notre droit a pris une part éminente.

Non point pour en établir l'hégémonie mais pour offrir une alternative à tous ceux qui refusent le tout anglo-saxon et plus simplement pour permettre cette diversité qui fait la richesse du monde.

Peut-être vous étonnez-vous, Madame la Ministre, de ce message éloigné des préoccupations plus contingentes que vous attendiez sûrement lors d'un Congrès professionnel ? Mais cette vision globale s'explique par la position dans laquelle l'Etat nous a placés dans la société comme par le rôle que nous entendons prendre dans le monde.

Nous sommes en effet les témoins privilégiés et attentifs de la sphère privée, là où se transmettent la vie, les savoirs, les richesses et la longue expérience des siècles.

Les Congrès tel celui dont vous présidez aujourd'hui la séance inaugurale servent à cette transmission de notre appréciation sur la réalité sociale. Parce que nous sommes juristes, nous traduisons ces attentes en propositions que le législateur a très souvent fait siennes.

À la lecture des rapports des Congrès, je constate que les notaires inspirent les parlementaires. Et si les juristes au Parlement sont surtout issus du barreau, le vote année après année de lois nées dans nos Congrès résonne comme un hommage au travail et à la créativité des notaires, ce qui n'est pas le moindre des paradoxes. Chacun son domaine de compétences ...

Le vôtre, Madame la Ministre, est vaste et votre scrupule à tout en appréhender vous a incité à profiter de la trêve estivale je crois pour visiter une étude, passant ainsi de la théorie de notre premier rendez-vous à la pratique.

Vous avez aussi saisi que cette profession qui se présente disciplinée devant vous, ardente à satisfaire vos instructions, est également très motivée.

Elle est motivée pour servir le citoyen. Elle est motivée pour servir la collectivité. Elle est motivée pour agir en Europe et dans le monde. Ce seront là les trois étapes que je vous propose.

Le notaire est, par excellence, le juriste de la famille.

Quelle que soit la forme authentique de la structure familiale, le notaire va intervenir de sa constitution à son extinction. Le Code civil demande l'intervention d'un notaire avant l'union, lors d'une adoption, avant une procédure de PMA, pour reconnaître une filiation, pour les séparations, pour les donations, pour organiser la protection future.

La place du notaire auprès du citoyen dans sa dimension familiale vient d'être à nouveau soulignée par la publication le 22 août dernier du décret relatif à l'enregistrement, la modification et la dissolution des PACS par acte notarié.

Je voulais vous remercier personnellement, Madame la Ministre, pour avoir mené à bonne fin ce texte qui avait été initié par votre prédécesseur.

En même temps que le PACS connaissait cette nouvelle avancée qui, entre autres effets, permet aux greffes d'être déchargés de ces tâches, le Gouvernement, suivant les volontés du Président de la République, a annoncé un débat sur la possibilité du « mariage pour tous » et ses conséquences pour la filiation adoptive.

Il est évident que le notariat ne peut pas être absent de ce débat. C'est pourquoi je souhaite que nous soyons étroitement associés à l'élaboration du projet de loi. Nos compétences anciennes en matière de contrats de mariage, notre expérience des liquidations, mais aussi bien évidemment notre savoir en matière d'adoption ou d'accès à la PMA méritent en effet d'être sollicités.

Pour avoir été rapporteur au Congrès des notaires en 1999, année de la création du PACS, je suis bien placé pour savoir que le dogme ne fait pas bon ménage avec le droit.

L'Etat dispose à ses côtés d'officiers publics, experts de ces questions, nous espérons qu'il profitera de cette proximité pour préciser ses intentions avant la perspective de la discussion parlementaire, car il existe d'autres pistes qu'une simple extension du système actuel :

- Le statut des beaux-parents, la coparentalité doivent être explorés car ils apporteraient des solutions aux soucis de nombreuses familles recomposées tout en offrant des perspectives nouvelles aux couples de même sexe.

- L'alignement du régime fiscal de l'adoption simple sur celui de l'adoption plénière permettrait d'établir une égalité recherchée entre les enfants issus de plusieurs lits.

Dans ce parcours des dossiers de société, il en est d'autres que nous abordons de concert, Madame la Ministre.

C'est le cas notamment des mandats de protection future. La création du portail des majeurs protégés en est une belle illustration. J'ai signé la convention qui permet aux notaires de contribuer au suivi de la gestion de ce mandat lorsqu'il est activé. Mais il reste un pas à franchir, l'inscription de cette protection future dans un recueil national nous conforterait.

Il va de soi que notre accompagnement des familles et des citoyens s'étend au-delà des limites de l'Union européenne.

C'est ainsi que le notariat contribue à la définition d'un droit communautaire dans le domaine des successions comme dans celui des régimes matrimoniaux.

J'en veux pour preuve l'émergence du certificat successoral européen créé par le règlement du 4 juillet et qui doit beaucoup à la coopération entre les notariats de l'Union. Ce règlement permet au testateur depuis le 16 août de choisir la loi applicable à l'ensemble de sa succession.

Je crois me souvenir que la simplification des procédures successorales transfrontalières était appelée de nos vœux lors du 101^e Congrès des notaires de France, en 2005, il y a déjà 7 ans, à Nantes d'ailleurs, où nous étions accueillis par Jean-Marc Ayrault.

La coopération notariale européenne a accru son efficacité par la mise au point d'outils. C'est notamment l'extension au-delà des frontières de notre fichier des

testaments par le biais d'une interconnexion de ces fichiers. Peu à peu l'ARERT gagne des adhérents puisque plus de la moitié des pays de l'Union y sont représentés.

Puis-je vous demander à ce propos, Madame la Ministre, la publication du décret qui consacrerait ce fichier des testaments au regard de la convention de Bâle ? Il est vrai que le notariat attend cette confirmation depuis quarante ans. Aurions-nous la chance d'éviter le jubilé de notre attente ?

Si la construction d'une Europe des citoyens est un défi, il en est un autre qui les surpasse tous, je veux parler de la rude tâche de la pédagogie de la fiscalité à laquelle les notaires doivent s'adonner quotidiennement devant des clients dont on peut comprendre l'incrédulité face à des lois qui ne passent pas l'été.

Depuis des temps immémoriaux, les esprits les plus éclairés réclament une stabilité et une lisibilité de la règle. Il est peu de dire qu'ils n'ont pas été entendus.

Mais il est pire que cette incertitude chronique, c'est lorsque l'impôt se révèle contreproductif. Il en est ainsi de celui sur les plus-values qui, par l'exigence d'une durée de détention trop longue et l'abandon d'une progressivité linéaire, a pris le risque de bloquer les transactions immobilières.

Je sais bien que votre portefeuille ministériel ne s'étend pas à la fiscalité, Madame la Ministre, mais votre Gouvernement, lorsqu'il a voulu lors d'une première loi de finances rectificatives supprimer les réformes du Gouvernement précédent a oublié celle du système actuel des plus-values appliqué depuis février, et malheureusement, mieux encore, Monsieur Cahuzac aujourd'hui ministre du Budget a oublié ce qu'il déclarait quand il était Président de la Commission des finances pour s'opposer à l'augmentation incroyable du droit de partage. J'espère que vous porterez notre demande pour que la future loi de finances revienne sur le calcul des plus-values et le droit de partage, je crois qu'il en va de l'intérêt majeur des citoyens.

Conseiller, éclairer, garantir, protéger : voilà notre lot quotidien lequel, parce que nous sommes notaires, ne peut s'accomplir que dans l'excellence. Par une formation de haute performance.

L'arrivée de l'obligation des 30 heures est une chance pour ceux qui ne l'avaient déjà saisie. Le dispositif est en place, le label déjà accordé à de nombreuses initiatives, et les contrôles des chambres pourront s'exercer dès janvier. Ceux qui voient là une contrainte n'ont pas compris que nous créerons toujours la différence avec nos concurrents par la compétence.

Il importe bien sûr que les bases de cette compétence soient acquises dès la formation initiale. La nouvelle carte des établissements permettra la rationalisation de notre dispositif. La réforme proposée de la voie professionnelle lui donnera toute l'efficacité nécessaire.

Madame la Ministre, le projet de décret qui vous a été soumis est attendu par notre profession. La voie professionnelle est l'alternative à la voie universitaire qui, ces dernières années, a pris un ascendant tel qu'elle pourra bientôt prétendre à l'hégémonie.

Le notariat a des relations de confiance anciennes, profondes avec l'université et les Congrès en témoignent. Nous croyons néanmoins nécessaire, utile d'offrir deux moyens d'accès au diplôme de notaire.

Cette distinction entre le diplôme et la fonction mérite d'être faite pour clarifier une ambiguïté entretenue dans les rangs de la Commission européenne.

À cette formation rénovée s'ajoute une présentation moderne de l'offre notariale dont l'atout maître pour nos clients sera sans conteste la poursuite du déploiement de l'acte authentique électronique.

En moins d'un an, 900 études soit 20% des offices sont entrées dans la production de ce type d'actes. Cette étape s'inscrit dans la suite logique de la reconnaissance officielle de notre signature électronique sécurisée, puis de la publication dématérialisée des actes via la procédure télé@ctes.

Voici donc le troisième étage de la fusée en orbite, et le moins que l'on puisse dire est que nous ne relâchons pas nos efforts.

L'acte authentique électronique est un acte notarié du XXI^e siècle, dématérialisé, mais sécurisé, garanti, peut-être même encore plus authentique que l'authentique car le notaire et les parties participent activement à ce que j'appellerais la cérémonie du consentement quand le notaire, après avoir recueilli les signatures, par sa signature immédiate scelle cet acte.

Et cet acte authentique, qu'il soit sur support papier ou électronique, doit être parfait. Il ne saurait être un acte qui porte en lui avec certitude les germes d'un contentieux, voire qui les subodore en proposant une assurance de couverture.

Ainsi doit-il en être dans le domaine sensible des ventes en l'état futur. Le Conseil supérieur a diffusé une liste qu'il faut considérer comme une aide plutôt que comme une contrainte quand bien même on doit en faire mention à la chambre lors de tout

programme. Ces opérations de VEFA créent de l'intensité chez les promoteurs qui prennent leurs risques comme chez les acquéreurs qui vivent dans l'impatience.

Il nous revient à nous, notaires, de réduire ces risques comme de calmer ces impatiences mais certainement pas de rechercher à tout prix des solutions introuvables.

Si la profusion des recours abusifs dans certaines régions tend à bloquer les programmes car ce « chantage à la loi » est une plaie pour les promoteurs, ce n'est pas au notaire de se substituer à l'imperfection de la loi. C'est au législateur d'y remédier.

Madame la garde des Sceaux, voilà un chantier qui mériterait d'être ouvert et qui relancerait certainement la construction.

Le notaire est au service des citoyens, et ces citoyens lui font confiance. Il doit en être de même avec les pouvoirs publics.

Le notariat sans confiance de l'État n'existe pas. Mais cette foi publique n'est pas le fruit de l'opération du Saint Esprit.

Cette légitimité s'acquiert par la raison et se confirme par la démonstration.

La première de ces preuves réside dans notre rôle de collecteur d'impôts avec un rendement que Bercy salue. Les recettes issues des ventes, des successions, des donations sont des éléments sonnants et trébuchants de cette relation de confiance, car le recouvrement est quasi sans faille, rapide et sans frais pour le budget national.

C'est pourquoi aussi nous avons accepté le rôle naturel pour un officier public de celui de tiers de confiance pour les déclarations fiscales, en signant à cette fin une convention avec la Direction des services fiscaux.

Je ne reviendrai pas sur le partenariat exemplaire qui est mis en place avec la DGFIP dans l'opération télé@ctes puisqu'aujourd'hui 99% des offices sont à même de télépublier.

Alors vous comprendrez que je m'étonne, que dis-je, je m'offusque de voir ces mêmes hautes directions fiscales accepter l'enregistrement de donations de titres de société réalisées par acte sous seing privé.

Est-il malvenu de s'émouvoir que la nullité absolue de tels actes ne constitue pas un motif de refus d'enregistrement ?

Et puisque j'évoquais la réussite de télé@ctes pour m'en réjouir, je voudrais souligner que l'an passé, au mois de novembre, il a été demandé aux offices de publier en moins de 4 semaines ce que nous pouvions faire en 8 semaines auparavant. Nous l'avons fait, en bon ordre, sans regimber et dans des délais très brefs.

Ce qui n'était visiblement pas si simple comme le montrent les bureaux des conservations qui aujourd'hui mettent parfois huit mois à délivrer les titres de propriété.

Chacun ses contraintes me direz-vous, mais je constate qu'il est plus aisé d'obliger les notaires que d'autres.

Madame la Ministre, si toutes ces difficultés semblaient insurmontables, nous sommes prêts à vous aider et à prendre très vite une implication encore plus forte dans la tenue du fichier immobilier.

Autre démonstration quotidienne de la confiance publique, le gigantesque effort des collectivités qui s'engagent à leur tour dans la dématérialisation.

Les chantiers sont nombreux et complexes en raison de la multiplicité des collectivités mais ils avancent tous. Nous sommes ici dans le département de l'Hérault qui aura avec nous, avec la ville de Niort, défriché les chemins de la télétransmission des DIA. Nous avons bon espoir d'ouvrir ce service avec les collectivités territoriales qui y seront inscrites, qui s'inscriront dans notre démarche, au début de l'année 2013.

Nous irons plus vite en matière d'état civil grâce aux expérimentations conduites à Melun et dans une vingtaine de communes de Seine-et-Marne.

Et à ce propos, je rappelle que le notariat détenteur de l'authenticité est l'interlocuteur légitime pour transmettre les actes authentiques de l'état civil. Grâce aux relations étroites nouées avec les SSII qui servent la profession, nous pourrions mettre en place ces échanges sécurisés dans les prochains mois.

L'Etat attend aussi de nous la fourniture de statistiques élaborées sur le marché du logement en France, comme l'a souhaité d'ailleurs la loi dite de modernisation.

L'exhaustivité de l'alimentation des bases par les notaires de France et notre inestimable maillage territorial autorisera des explorations fines de ce marché du logement neuf ou ancien, crucial pour l'économie, vital pour les budgets des départements, central dans les préoccupations des Français.

Cette approche détaillée du secteur sera d'autant plus pertinente, mes chers confrères, qu'elle sera issue de la collecte des avant-contrats, que vous devez alimenter. Nous ne connaissons plus demain ce décalage qui nous faisait appréhender un marché avec quelques mois de retard.

Les pouvoirs publics ont besoin de cette connaissance précise et les professionnels du secteur aussi. Nous y sommes prêts. Mais, là encore, il nous faut ce texte d'application sans lequel rien ne peut s'engager. Madame la Ministre, avez-vous peut-être une bonne nouvelle?

Cette attente statistique ne nous empêche pas de réfléchir à des idées nouvelles en matière de logement. Des projets de loi sont annoncés, déjà débattus pour traiter des logements sociaux ou du parc privé.

Là encore, le notariat ne peut être absent de ce débat majeur.

Dans la plaquette des propositions faites par le notariat avant les élections présidentielles, nous avons avancé des pistes, je ne pourrais pas aujourd'hui les exposer toutes, mais je citerais, parmi celles-ci : pour les primo-accédants, l'allègement de l'endettement qui pèse sur le pouvoir d'achat du jeune ménage en différant l'achat du foncier. L'accession à la propriété pourrait ainsi se faire par l'acquisition d'un droit de superficie, le tréfonds restant au vendeur qui pourrait le céder ultérieurement.

Mais il est d'autres chemins... comme le lissage du remboursement des intérêts et du capital dans un prêt, ou encore une rénovation des règles du viager. Pourquoi pas la création d'un fonds national du viager adossé à la Caisse des dépôts, qui apporterait un élément de réponse dans le financement de la dépendance et favoriserait la politique du logement ?

Mais pour avoir l'honneur de servir et de conseiller l'État et ses collectivités, mes chers confrères, il faut bien remplir quelques conditions que vous connaissez fort bien.

La première réside dans notre maillage pour assurer partout en France la proximité du service public de la preuve et de l'accès au droit.

La direction des affaires civiles y veille, me direz-vous, et j'en profite pour saluer son directeur. Certes, mais il nous revient trois responsabilités et elles sont grandes : d'abord répondre aux exigences du schéma d'adaptation structurelle que nous avons adopté l'an passé. Les dossiers qui y dérogent et y dérogeront font l'objet d'une alerte systématique de la chancellerie. Tout simplement parce qu'un officier public

par essence respecte un engagement et *a fortiori* quand celui-ci à été donné par acte authentique.

La deuxième responsabilité tient au prix de cession. Les pouvoirs des commissions d'accès ont été renforcés, précisément à cet effet. Un audit préalable portant sur l'économie, le management et la technologie au sein de l'office sera exigé de la part du cédant.

Dans la détermination du prix, il nous faut à la fois ne pas céder à la dictature des coefficients et dans le même temps, vérifier que les conditions déterminantes de l'acquisition de la totalité ou d'une part d'office sont le diplôme, l'éthique et le sens du service public, la compétence et non un chéquier bien rempli.

L'association notariale de caution s'adapte pour jouer pleinement son rôle notamment au regard des nouvelles formes d'exercice. La multiplicité des formules est une bonne chose. Il reste que nous avons souhaité, de longue date, que les sociétés de participations financières pluriprofessionnelles puissent être soumises aux mêmes règles de contrôle que l'ensemble des structures d'exercice. Je regrette que les décrets aient privilégié une aventureuse intrusion commerciale, sans imaginer qu'elle puisse entraîner des dérives, ou ce qui est pire sans les prévenir. Dans ces conditions, je ne crois pas imaginable que le notariat puisse encourager des SPFPL pluriprofessionnelles comme d'ailleurs tout montage malin où l'astuce fiscale l'emporte à l'évidence sur l'intérêt du client et celui de l'État. C'est là notre troisième responsabilité.

Depuis le début de mon mandat, j'ai plaidé pour l'augmentation du nombre de notaires. Ainsi, durant ces deux années, notre effectif s'est enrichi de 300 nouveaux confrères qui s'ajoutent au remplacement des départs habituels en retraite. Cela signifie que le notariat renouvelle de 5% par an ses effectifs. C'est déjà une belle preuve de dynamisme.

Mais nous devons aller plus loin en substituant à la règle du 1 pour 1, celle du 1 pour 2 notaires salariés par notaire titulaire. C'est par le développement de cette forme salariée de l'exercice que nous offrons une évolution de carrière à nos diplômés.

Je vous en ai parlé lors de notre première rencontre, Madame la Ministre, je sais que vous m'avez écouté et j'aimerais être entendu.

La capacité de répondre aux attentes de la sphère publique dépend aussi, mes chers confrères, de nos collaborateurs, de leur implication à nos côtés. J'ai réuni, avec mon bureau, 450 d'entre eux le 26 mars dernier avec les élus de la profession, à Paris. Nos collaborateurs ont fait la démonstration éclatante de leurs ambitions pour la

profession et de leur adhésion au projet des notaires de France. Et nous savons que l'essor des projets de PNF ne peut se concevoir sans leur participation directe.

Depuis de nombreuses années, il y a un modèle social notarial qui nous a été envié. Cela n'exclut pas les divergences voire les oppositions vigoureuses mais il est le résultat d'un dialogue constructif qui autorise les solutions de bon sens. Celles-là même qui d'ordinaire sont inatteignables !

Chacun sait combien nos collaborateurs établissent chaque jour avec une grande conscience professionnelle des actes qu'ils souhaitent parfaits. Et quand certains esprits critiques réduisent le rôle du notaire à un presse-bouton répétitif, ils insultent le savoir-faire et l'exemplaire investissement de nos 49000 collaborateurs.

Ce pont entre employeurs et employés se symbolise par le titre même du CSN qui ne défend pas seulement les notaires mais bien la profession tout entière. Et le syndicat national des notaires qui depuis longtemps lutte à nos côtés dans le dialogue social peut témoigner de cette vision humaniste de la relation avec nos collaborateurs.

C'est pourquoi nous pouvons nous féliciter des résultats de la CRPCEN, après les efforts acceptés par tous les partenaires. Cette année, également, l'accord sur le chômage partiel, à la veille d'une crise que nous redoutons, est une nouvelle démonstration de ce dialogue responsable.

Cette association étroite employeurs/employés vise toutes les fonctions de l'office en ce compris par évidence la comptabilité. Or leurs titulaires vont être sollicités dans les mois qui viennent.

La généralisation du virement pour toute opération donnant lieu à publicité foncière au-delà de 10 000 euros constitue la première strophe de la nouvelle partition comptable suivie par la généralisation des terminaux électroniques de paiement pour les sommes les plus modestes. Pour que l'harmonie soit complète, s'y ajoutent la journée comptable simplifiée pour faciliter la vie des offices et la mise en place de la consignation semi-automatique permettant une gestion plus fine des comptes clients, tout en conservant au notaire la pleine maîtrise de ses choix.

À l'écoute de toutes ces initiatives, vous devinez que le notariat investit dans l'avenir, qu'il est présent aux côtés des pouvoirs publics dans la modernisation de l'Etat. Mais cet investissement, cette présence ne se limite pas à nos frontières. Nous devons assurer la promotion du droit continental, cette culture du droit latin mérite l'apassion. Ce sera le dernier volet de mon exposé.

J'ai dit notre participation active à une Europe du droit, une Europe des citoyens, une Europe du réel. Mais il nous faut dans le même temps faire face à une Europe de la doctrine, une Europe des eurocrates, une Europe de l'illusion.

Je veux parler de la nouvelle directive communautaire relative aux qualifications professionnelles, portée par la Commission et singulièrement par la Direction marché intérieur confiée pourtant à un Français. Lorsque j'écoute la Commission européenne, je m'interroge : « Pourquoi parle-t-on du « syndrome de Stockholm » quand il faudrait plutôt parler du « syndrome de Bruxelles » ?

Ce projet de directive traite du nomadisme de professionnels de tout poil : infirmiers, professeurs de ski, détectives privés... et la Commission entend nous y attirer par cette prétention bruxelloise à vouloir tout réglementer.

Nous avons fait savoir qu'il était assez curieux que l'on imagine de nous soumettre à cette directive pour la bonne raison qu'elle est exactement contraire à notre statut de délégué de l'autorité publique qui impose notre résidence et notre périmètre d'exercice. La chancellerie l'a compris, Mme Pèlerin, la ministre déléguée qui, avec vous, Madame et au nom de Bercy, défend la position française l'a compris aussi, Madame Vergnaud, députée européen et rapporteur de ce texte au Parlement l'a compris aussi, le Sénat français et le Bundesrat l'ont compris aussi, la Chancellerie allemande l'a compris aussi, mais Monsieur Barnier ne l'a pas compris.

Alors nous nous battons à l'image de Jean Tarrade, le premier vice-président du Conseil supérieur, qui rencontre inlassablement les protagonistes de ce dossier, porte la bonne parole dans tous les hémicycles, et je l'espère, remportera bientôt une victoire.

Le soutien du Gouvernement se manifeste aussi dans les nombreuses entreprises que nous menons avec conviction à l'international et qui sont suivies par les dirigeants de notre diplomatie avec un grand intérêt.

Alors, mes chers confrères, je vous propose au travers d'un petit tour rapide du monde en quatre-vingt mots de visiter l'espace notarial mondial.

Commençons par l'Europe puisque nous prorrogeons un partenariat avec la Roumanie, la Bulgarie, la Pologne, ou encore le Monténégro où nous participons au programme des Nations Unies pour le développement.

Allons en Russie où nous avons été étroitement associés au forum du droit organisé par Monsieur Medvedev, le premier ministre, en présence des ministres de la Justice de Chine et des Etats-Unis.

Alors certes là-bas, quelques amis avocats ont semblé moyennement apprécier la présence du Président de l'union internationale du notariat à la tribune officielle. Mais est-ce notre faute si M^e Jean-Paul Decorps fait un travail remarquable ? Est-ce notre faute si le Président des notaires du monde est Français ? Peut-être auraient-ils préféré entendre le Président mondial de la Bar Association, un honorable Japonais, nous exposer son plan d'invasion ?

Continuons notre voyage et voilà l'Afrique, avec la mission d'audit conduite en Tunisie de concert avec les géomètres experts ou encore les travaux conduits au Kenya par l'agence des Nations unies dédiée au développement urbain durable, le séminaire sur l'évolution du droit OHADA qui est organisé par l'université Senghor d'Alexandrie, ou encore Madagascar avec le projet titrement, ou le Maroc avec la réforme du droit de la propriété foncière ? Et je pourrais encore vous emmener au Togo, au Niger, au Bénin, au Burkina Faso...

Voulez-vous l'Amérique où nous participons à la mission d'état de reconstitution du cadastre haïtien, et encore les contacts réguliers que nous entretenons avec la banque mondiale, laquelle reconnaît notre qualité d'experts ?

Voulez-vous l'Asie où nous poursuivons notre coopération avec la Chine qui voit croître sans cesse le nombre de ses notaires libéraux, ou enfin le Vietnam où nous investissons depuis longtemps avec des fortunes diverses ?

Mais l'action internationale est une école de patience, aisément supportée par la chaleur de la confraternité au-delà des frontières. Et, mes chers confrères, faisons une ovation aux représentants des notariats de tous les continents qui participent à nos travaux !

Madame la Ministre, alors que débute votre mandat, voilà que s'achèvera le mien.

Durant ces six années passées au sommet de la profession avec mes prédécesseurs, Jean-Pierre Ferret et Bernard Reynis, j'ai vu la foudre s'abattre plusieurs fois sur le notariat, et à chaque fois, le navire tanguait, la houle manquait de nous faire chavirer et les capitaines, les équipages luttèrent, gardaient le cap et sortaient renforcés de ces tempêtes : le rapport Attali, le rapport Darrois, la crise d'octobre 2008 et j'en oublie, sont autant d'épreuves qui nous ont rendus plus forts, car nous y avons puisé la conviction qu'il fallait encore plus de services notariaux, plus d'authenticité, plus de sécurité.

Que reste-t-il de ces rapports imposés, de ces rapports non consentis ? L'accouchement aux forceps d'un acte illégitime.

Je veux délivrer ce message à mes successeurs : Soyez vigilants ! Ne laissez jamais l'amalgame s'établir. La confusion se fera toujours au détriment de l'intérêt des citoyens.

Il existe en France une profession qui réalise 7 milliards de chiffre d'affaires avec 4500 établissements indépendants répartis harmonieusement sur l'ensemble du territoire. Alors, je n'ai rien contre les coiffeurs, même si vous l'avez remarqué je les fréquente peu, mais quand je lis régulièrement qu'un économiste que l'on présente comme le plus brillant propose pour rétablir la croissance de la France d'augmenter le nombre des coiffeurs à domicile et de supprimer les notaires, et bien j'hallucine !

Pour ma part pendant deux ans je crois avoir eu un peu d'ouvrage, ce n'est pas le lieu ni l'instant d'y revenir, mais je voudrais vous faire partager trois réflexions :

Tout d'abord, je crois qu'il faut peut-être beaucoup d'orgueil pour briguer la présidence d'une profession comme la nôtre. Mais qu'il faut aussi beaucoup d'humilité ensuite pour vivre cette présidence et tenter de la réussir pour le bien commun.

De même faut-il beaucoup d'orgueil pour prétendre détenir le sceau de l'État ; mais en même temps beaucoup d'humilité pour le mériter. Une humilité qui se nourrit d'éthique et de constance, de volonté et de compétence.

La seconde réflexion que nous pouvons partager tous, c'est qu'il faut à la réussite d'une vie professionnelle, et singulièrement dans le notariat, deux sources également indispensables : un passé et un objectif, des références et des projets, ou pour reprendre le titre d'une émission bien connue que j'ai entendu dans un film au début de cette ouverture : des racines et des ailes.

Chacun saisit que dans la conduite des affaires, le mouvement que l'on veut donner n'a de force que s'il se fonde sur un enracinement.

C'est bien parce que la profession est enracinée dans la société qu'elle peut dégager cet élan vital, cette énergie qui la porte toujours vers la modernité.

Et de cette place privilégiée qui a été la mienne, je peux vous dire la confiance que j'ai dans l'avenir de notre profession et l'admiration que j'ai pour les femmes et les hommes qui en font la force.

Enfin, et chacun le sait : rien ne s'entreprend ni ne se réalise dans la solitude. C'est ensemble qu'une action se conduit, c'est en équipe qu'une politique se conçoit et s'applique. Je ne peux citer tous ceux qui m'ont accompagné durant des années tant ils sont nombreux, mais je voudrais dire merci à Jean, à Pierre-Luc, à Jean-Pascal, à

Frédéric, Robert et Olivier qui m'ont accompagné de leurs talents et de leur précieuse amitié durant ces années.

Aussi, en m'adressant à vous pour la dernière fois en qualité de Président du Conseil supérieur, alors que j'ai eu le bonheur de vivre pleinement cette responsabilité majeure, je voulais vous dire combien j'ai été fier d'être votre Président, combien j'ai été dopé par votre confiance, et je dois l'avouer, je ne sais pas si je vous manquerais, mais vous, vous allez terriblement me manquer.

Philippe Potentier, Président du 108^e Congrès des notaires :

Je vous remercie Monsieur le Président, vos matelots sont fidèles et dévoués, ils vous serviront même dans la tempête. J'ai cru comprendre que, au-delà des questions protocolaires et des formes très convenues, le discours d'un Président du Conseil supérieur est le début d'une conversation avec le ministère de la Justice. Madame la Ministre, je vous laisse la parole.

Christine Taubira, Garde des Sceaux :

Merci monsieur le Président du 108^e Congrès.

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel,

Monsieur le Président du Conseil supérieur du notariat,

Madame le Maire – chère Hélène – qui nous reçoit avec l'hospitalité légendaire de cette ville de Montpellier,

Mesdames et Messieurs les parlementaires

Mesdames et Messieurs les élus,

Mesdames et Messieurs les Hauts magistrats, Chefs de cour, Monsieur le Directeur général de la Caisse des dépôts et consignations,

Monsieur le Ministre – cher Jean-Pierre –,

Monsieur le Conseiller du Président de la République – cher M. VALLEIX –,
Mesdames et Messieurs les notaires,

Mesdames et Messieurs,

Je dois vous dire que j'éprouve un immense plaisir à être parmi vous ce matin et à participer à ce 108^e Congrès des Notaires. J'ai été particulièrement sensible à l'accueil chaleureux que vous m'avez réservé et je vous en remercie. Je dois dire que je suis particulièrement heureuse d'être ici compte tenu du thème que vous avez choisi pour votre congrès de cette année qui porte sur la transmission, la

transmission qui nous renvoie à celle des droits, celle des biens, celle des actes, celle des savoirs, celle des valeurs aussi, et qui nous renvoie à l'éthique, celle du service public, de l'équité à l'éthique de la rigueur.

Je veux donc encourager vos travaux, ceux que vous avez déjà conduits, ceux que vous allez conduire durant ces trois jours dans les commissions parce qu'ils sont extrêmement utiles aux citoyens, aux entreprises, aux collectivités locales, aux professionnels du droit et à l'État. J'ai déjà eu l'occasion, comme l'a rappelé votre Président du Conseil supérieur du notariat, de rencontrer et de recevoir à la Chancellerie vos représentants, mais il est vrai que c'est la première fois que je me retrouve face à vous, face à l'ensemble de la profession. Et je dois dire que je suis venue vers vous avec curiosité, comme on va vers un territoire inconnu. Et j'avais de bonnes raisons de penser que c'était un territoire inconnu parce que j'ai vécu pendant ces quelques minutes l'ambiance d'une assemblée, perméable aux grandes envolées philosophiques, mais également enthousiaste aux élans militants, sensible au lyrisme. Par conséquent, je me disais que vous avez eu bien de la chance d'avoir durant six ans ce président-là.

Monsieur le Président, je vous ai écouté avec attention et je pensais à ces paroles de René Char : « Celui qui vient pour ne rien troubler ne mérite ni égard, ni patience ». Je vous ai donc écouté avec beaucoup de patience et accordé de grands égards à vos propos. Je vous ai entendu utiliser des métaphores guerrières et évoquer un projet mortifère. Je ne reprendrais pas les mêmes propos pour décrire votre profession. Je préfère retenir cette belle et haute mission de sécurité juridique pour faire de la manifestation de la volonté unilatérale ou contractuelle un acte public.

Quelle est l'utilité de cette profession ? Vous le savez mieux que personne, mais rappelons que tous les pays n'ont pas choisi de créer une profession d'officiers publics et ministériels participant du service public et assurant l'authenticité des actes. Tous les pays n'ont pas fait le choix d'avoir cette profession dotée de l'autorité publique, garante de la confiance publique et qui, par les actes que vous dressez, permet à des accords de volonté d'être élevés à l'état d'actes publics. Et c'est l'acte d'authenticité qui justifie votre existence. Cet acte d'authenticité fait date certaine, détient force probante renforcée, force exécutoire sans décision de justice et tient ses forces de votre statut d'officier public et ministériel et de votre régime disciplinaire, puisque ce statut vous donne de lourdes obligations déontologiques et vous soumet au contrôle professionnel par vos pairs et par les parquets.

Mais au-delà de ce statut et de ce régime disciplinaire, c'est la confiance dont vous êtes investis qui fonde l'efficacité des actes que vous accomplissez. Pour moi-même qui suis garde des Sceaux, qui ai l'honneur et la responsabilité de garder les Sceaux

de la République, de garder les Sceaux de l'État, d'authentifier la Constitution, je mesure ce que signifient l'honneur, la responsabilité, le privilège et surtout la charge d'authentifier un acte. Ce pouvoir d'identification, la jurisprudence de la Cour de cassation en a déduit un devoir de conseil, un devoir que vous accomplissez volontiers parce qu'en chaque circonstance, vous vous donnez l'obligation de conseiller les parties contractantes sur le contenu de leurs actes et de veiller à l'équité entre les parties contractantes. En cette période de crise, il est important de rappeler à quel point les actes notariés peuvent protéger les consommateurs, garantir le plus faible face au plus fort, et surtout servir de preuve dans la prévention des litiges.

Vous êtes les seuls, Mesdames et Messieurs les notaires, à disposer de ce pouvoir de transformer des accords de volonté et de les hisser à la hauteur d'actes publics exécutoires, indiscutables. C'est une responsabilité dont vous savent gré les citoyens, les collectivités publiques et l'État parce que vous êtes constamment des partenaires des politiques publiques. Et votre profession dynamique nous invite à vous entendre avec attention lorsqu'à l'occasion de vos Congrès vous partagez le produit de votre réflexion. Je prends toute la mesure de cet acte d'authentification, mais je n'oublie pas l'obligation que vous avez d'instrumenter. Cette obligation d'instrumenter qui vous contraint à mobiliser votre ministère lorsque vous êtes requis, même lorsque les actes paraissent faiblement rémunérés. Cette obligation vous attribue un rôle à caractère social, un rôle extrêmement précieux dans la société. Et pour moi qui suis particulièrement attachée à l'accès au droit pour l'ensemble des citoyens, mais en particulier pour les plus vulnérables, ce rôle à caractère social que vous jouez est particulièrement précieux et je tiens à le saluer.

Le maillage territorial sur l'ensemble du territoire –vous le rappeliez, Monsieur le Président– avec 49 000 collaborateurs – j'avais 48 000 collaborateurs : ça monte comme la marée –, 48 000 collaborateurs, 9 000 notaires, 6 000 points d'accueil de la clientèle, vous permet d'assurer un service juridique de proximité. Ce maillage territorial est extrêmement précieux parce que tout justiciable, quelles que soient sa condition de résidence, sa fortune, sa culture, son état de santé, tout justiciable peut avoir grâce à vous accès au droit. C'est là encore un rôle social extrêmement précieux.

Je veux insister sur le rôle que vous jouez auprès des services de l'État et pas seulement auprès de la Chancellerie, mais également avec d'autres ministères. Aussi, bien entendu, auprès des collectivités, ce rôle est extrêmement précieux puisque vous nourrissez par vos éclairages la définition de certaines politiques publiques. J'ai entendu, Monsieur le Président, que vous souhaitez accroître votre influence sur le Parlement. Je ne doute pas que les parlementaires présents dans la salle relaieront ce

vœu qui me paraît relativement raisonnable – relativement. La profession de notaire est une profession dynamique. Vous l'avez rappelé, les chiffres en attestent, mais le Congrès de cette année, aussi, témoigne de la vitalité de cette profession. Depuis 1891, la profession de notaire tient congrès annuellement – je crois que c'est réellement un exploit. Depuis 1951, vous avez choisi de déterminer un sujet d'intérêt général à débattre lors de ce congrès et les travaux que vous élaboriez conduisent depuis plusieurs années à l'élaboration de propositions de façon à améliorer les textes législatifs et réglementaires et en conséquence à faire évoluer notre droit. Par cette énergie, par ces initiatives, vous montrez à quel point la profession est un partenaire essentiel de notre système judiciaire.

J'ai entendu vos préoccupations sur les relations avec l'Union européenne. Compte tenu des raisons que je viens d'exposer, et qui sont d'analyse et non pas de courtoisie, la profession de notaire est une profession à laquelle nous tenons dans le cadre du service public et je peux vous assurer que la France en tant qu'État membre de l'Union européenne ne permettra pas qu'une dérèglementation désordonnée vienne fragiliser le cœur de votre mission, et par conséquent rendre vulnérable notre système juridique.

La Cour de justice de l'Union européenne a rendu un arrêt le 24 mai 2011. Par cet arrêt, elle déclare que la profession notariale ne relève pas de l'autorité publique au sens où l'entend l'article 51 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et que par conséquent, l'exigence de nationalité française pour exercer la profession de notaire en France serait discriminatoire à l'égard dudit traité. En en tirant les conséquences, le décret du 17 octobre 2011 a donc supprimé cette exigence de nationalité française pour exercer la profession de notaire et l'a donc ouverte à tous les candidats des pays de l'Union européenne, mais également aux candidats des pays parties de l'accord sur l'Espace économique européen. Cette conséquence qui vous rend au moins perplexes, sinon vous inquiète, nous inflige à nous une exigence : celle de la vigilance continue sur les prochaines directives relatives à la libéralisation des services juridiques. C'est une vigilance que nous allons exercer de façon à éviter que les services publics tels que nous les concevons soient fragilisés par des décisions de libéralisation qui ne nous paraissent pas pertinentes et qui surtout mettent en péril l'égalité de traitement que notre société a choisi de réserver à ses citoyens les plus vulnérables.

Nous exerçons donc en ce moment même cette vigilance sur la révision de la directive relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles. Nous avons, Monsieur le Président, traité de ce sujet lorsque vous êtes venu à la Chancellerie. Je dois dire que nous avons quelques espoirs d'avancer parce que la Cour elle-même fournit quelques arguments puisqu'au paragraphe 87 de son arrêt,

elle précise que les activités notariales servent l'intérêt général, et par conséquent elles visent à garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers. Nous avons l'intention d'utiliser cet article 87 comme un levier pour défendre la préservation du rôle public de la profession de notaire.

Mesdames et messieurs, je peux vous dire que le Gouvernement est résolu à se battre pour qu'au nom de l'intérêt général, le notariat soit reconnu tel que nous le concevons dans les négociations européennes. Nous avons quelques alliés, notamment l'Allemagne. Sans doute que la discussion sera délicate, probablement sera-t-il difficile d'infléchir la position de la Commission, mais en faisant valoir l'importance de vos prestations, de vos services pour les particuliers, pour les entreprises, pour les collectivités et donc dans la conception même du service public tel que nous le percevons ici, nous pensons que nous avons quelques chances d'avancer. Disons les choses telles que nous les voyons et je crois vraiment que nous partageons cette perception.

Il y a dans ce débat la confrontation de deux philosophies, de deux conceptions : l'une inspirée par la Common Law qui, par hypothèse, considère que toute profession réglementée est archaïque et qu'il n'y a pas lieu de s'immiscer dans les rapports entre les parties à l'occasion d'un contrat ou d'un accord. Une autre inspiration, que nous partageons avec quelques alliés européens dont l'Allemagne, affirme qu'au contraire, il est de la responsabilité, du devoir, de l'éthique des pouvoirs publics de s'immiscer dans les rapports économiques de façon à assurer la protection du plus faible face au plus fort, de façon à assurer des prestations de conseils et de façon à sécuriser les actes juridiques. Ce sont ces deux philosophies, ces deux conceptions qui sont en conflit dans les rapports, dans les débats actuellement au sein de l'Union européenne. Nous devons parvenir à convaincre plutôt que de fustiger parce que c'est ensemble que nous construisons l'Union européenne et que plutôt que de percevoir chez nos alliés des adversaires ou des ennemis potentiels, faisons l'effort de les convaincre. Je suis persuadée que, en travaillant ensemble, nous parviendrons à les convaincre.

Lors des négociations donc pour la prochaine directive "Services", la détermination du Gouvernement que j'évoquais à l'instant pour faire entendre notre conception du service public et l'importance de préserver la profession de notaire, cette détermination sera entière pour la simple raison qu'elle relève de l'idée que le notariat est d'une autorité particulière et d'une indiscutable nécessité. Mais nous serons performants, nous serons d'autant plus performants sur nos positions que nous parviendrons à montrer la détermination et l'efficacité avec lesquelles vous arrivez à moderniser cette profession et à la rendre de plus en plus judicieuse et utile pour les citoyens. Votre profession l'a prouvé, elle sait s'adapter, elle sait anticiper,

elle sait aussi constituer une force de proposition et pas seulement organiser des congrès où votre éminent Président se fait applaudir, ce qui est une marque de savoir-faire, plutôt que de faire huer le ministre des Finances. J'ai beaucoup apprécié parce que j'ai trouvé plus cordiaux ces applaudissements plutôt que des protestations d'un autre genre, mais vous n'avez pas été d'une grande charité avec le ministre des Finances.

Mesdames et Messieurs, je sais à quel point vous êtes attachés à une formation d'excellence. C'est d'ailleurs la condition indispensable à la modernisation et à l'évolution de votre profession depuis le décret du 3 octobre 2011. Depuis ce décret, votre profession est contrainte à une formation et vous avez choisi vous-mêmes que les notaires soient astreints à une trentaine d'heures de formation par année. Cette disposition, qui était effective depuis le début de cette année, atteindra donc en fin d'année son premier exercice et il sera temps d'en tirer un bilan. Il est tout à votre honneur de vouloir maintenir et actualiser le niveau de connaissance des notaires de façon à ce que leurs prestations soient de plus en plus performantes au bénéfice de leurs clients, qu'il s'agisse de particuliers, d'entreprises, de collectivités. Je ne peux donc qu'encourager cette démarche.

Par ailleurs, vous avez évoqué, Monsieur le Président, l'accès à la profession par la voie professionnelle. C'est une démarche à laquelle vous avez lié la nécessité de distinguer le diplôme de la fonction. C'est bien entendu parce que c'est bien partagé. Cette démarche est parfaitement louable et je peux vous assurer que nous sommes en train d'achever le travail sur le projet de modification du décret de juillet 1973 de façon à ce que cette disposition puisse être opérationnelle sous peu. J'ai choisi cependant, avant de signer ce texte, de le soumettre au Conseil national de la formation tout le long de la vie, et dès que cette consultation sera achevée, le texte pourra être signé et devenir opérationnel au plus tard au début de cette année qui arrive.

Sur ce que j'appellerais la stratégie globale du notariat, vous avez rappelé, Monsieur le Président, l'évolution de cette profession. En dix ans, elle a augmenté de 17%. Vous avez parlé de ces trois dernières années et de l'arrivée de 300 nouveaux notaires, en solde net, si j'ai bien compris, c'est-à-dire déduction faite des remplacements et des départs à la retraite. En 10 années, vous avez augmenté vos effectifs de 17 %. Ces trois dernières années, 300 nouveaux notaires nets. C'est la preuve d'une profession qui n'est pas close, qui n'est pas repliée sur elle-même et là, nous avons certainement l'occasion de casser un cliché qui prospère sur la profession de notaire. Votre profession s'accroît.

Le salariat dans votre profession a été introduit en 1990. Cette disposition a contribué à la croissance de la profession. Elle visait d'ailleurs au renouvellement et au rajeunissement et je crois qu'elle a vraiment accompli son office. Simplement, cette évolution a été encadrée –elle l'est encore– par la règle du « un pour un », cette règle du « un pour un » qui suppose que pour un notaire ou un associé, il y aura un salarié possible. Cette disposition de salariat avait été conçue pour permettre notamment aux jeunes notaires qui ne peuvent pas ou ne souhaitent pas dans l'immédiat, soit acquérir une charge, soit s'associer à une étude, de commencer à pratiquer néanmoins la profession de notaire et de pouvoir bénéficier et acquérir de l'expérience tout en pratiquant la délégation d'autorité publique. Néanmoins –et vous l'avez indiqué très clairement lorsque je vous ai reçu à la Chancellerie– vous souhaitez assouplir cette règle du « un pour un ». Après analyse de la situation, j'approuve l'évolution de ce ratio et je pense comme vous qu'au moins dans un premier temps –laissons-nous la capacité de perspectives sur la profession par la suite– mais qu'au moins dans un premier temps, nous passions à la règle du « un pour deux ». J'ai donc donné instruction aux services de la Chancellerie pour préparer les dispositions juridiques qui conviennent, de façon à accrocher cette mesure dans le prochain véhicule législatif utile – nous essaierons de faire au plus vite.

Mesdames et Messieurs, si cette profession est aussi dynamique, c'est de façon considérable à vous, Mesdames les notaires, qu'elle le doit. J'ai consulté votre site et il apparaît que vous composez 30% de la profession. C'est pas mal. C'est mieux que l'Assemblée nationale. C'est moins bien que le Gouvernement. C'est mieux que certaines autres professions, y compris réglementées. Cependant, j'ai observé, Monsieur le Président, que les femmes sont un peu moins de 30% dans l'organe de direction. Je suis sûre que vous trépignez d'y remédier. Je sais que l'impulsion viendra de l'intérieur. Donc, je ne m'en mêle pas. Plus de notaires, plus de notaires femmes, plus de femmes associées : cela me paraît la trajectoire vertueuse d'une profession aussi dynamique.

Je vais vous parler de quelques textes, ceux qui ont été récemment adoptés, ceux qui sont en cours d'adoption, ou ceux qui sont encore en cours d'élaboration et qui sont liés aux thèmes de votre Congrès sur la transmission. Dans votre discours, Monsieur le Président – mais vous l'aviez fait lors de notre rencontre et dans votre discours vous en avez ajouté bien entendu –, vous m'aviez adressé quelques questions. D'abord sur la base des données immobilières. Le décret relatif à la base des données immobilières et qui va consacrer en fait une nouvelle mission au notariat, une mission qui vous conduit à rassembler des données, à les mettre à disposition et qui conduit chaque notaire à participer à l'alimentation de la base, ce décret sera

sous peu transmis au Conseil d'État. Il validera donc cette mission que vous accomplissez, il préparera la rémunération, les conditions de rémunération de chaque notaire qui participe à approvisionner la base. C'est un acte important, d'une grande utilité, qui permettra de mieux suivre l'évolution du parc immobilier et qui permettra aussi sans doute aux citoyens d'accéder, en tout cas de disposer plus facilement de l'information qui leur permet d'accéder à la propriété et vous contribuerez également à l'efficacité de la politique gouvernementale du logement. C'est donc un décret qui sera opérationnel sous peu de temps et qui va resituer le notariat au cœur même du domaine immobilier, ce qui était une de vos revendications, une de vos demandes, une de vos attentes, une de vos espérances.

Sur les successions internationales, le règlement communautaire a été adopté récemment. Un peu plus de 12 millions d'Européens sont concernés, qui vivent en dehors de leur État de naissance et qui par conséquent sont très attentifs à cette disposition qui concerne plus de 450 000 successions par année et qui va faciliter ces successions, raccourcir les procédures, réduire le coût des formalités. Jusque-là, deux lois au moins s'appliquaient : celle de l'État de résidence pour celui qui opère la succession pour ce qui concerne ses biens meubles, et celle de l'État de situation pour ce qui concerne les biens immobiliers. Dorénavant, avec ce règlement, une seule loi sera applicable et une seule autorité sera reconnue compétente en cas de litige. Cela simplifie considérablement les choses et va faciliter votre travail puisque les dispositions juridiques seront valables dans l'ensemble des pays européens concernés par ce règlement.

Je vous ai entendu parler de vos actions internationales et je suppose que cette fluidité de la succession est intéressante au-delà du territoire européen, et que probablement vous travaillez à des accords bilatéraux, sans doute, des conventions qui pourraient étendre ces dispositions avec des pays partenaires. Ce règlement européen a également permis la mise en place du certificat successoral européen. Ce certificat est reconnu dans tous les États, ce qui permet à tout héritier ou tout légataire de faire valoir sans autre formalité son état d'héritier et de légataire dans tous les pays européens. Ce règlement a abouti après plus de trois ans de négociations, de négociations parfois tendues parce que la France était très attentive à maintenir le caractère amiable et à éviter une judiciarisation excessive dans ses dispositions.

Vous savez qu'il y a deux textes encore à l'étude, qui concernent les régimes matrimoniaux et le partenariat. Ils sont relatifs à la compétence, à la reconnaissance, à l'exécution des dispositions. Pour ces textes-là, nous assurons aussi une vigilance soutenue de façon à maintenir cette dimension amiable dans les procédures et à éviter, là encore, la judiciarisation excessive.

Concernant le fichier central des dispositions des dernières volontés, vous m'avez interrogée aussi sur ce projet de décret. Vous voulez éviter un jubilé, je crois. Je sais ce que représente pour vous en fait la validation d'un dispositif qui a quelques années, vous le rappelez, quatre fois une dizaine d'années. Oui, sans doute qu'il est temps de le reconnaître. Je pense qu'il a fait ses preuves. C'est un dispositif qui a mis en place un réseau européen sur le registre des testaments. Je crois qu'il est indiscutablement utile. Simplement, je dois vous dire que sur un sujet pareil, j'ai souhaité consulter la CNIL. La procédure est en cours. Donc, le jubilé sera évité d'ici au début de l'année prochaine.

Vous avez d'ailleurs d'autres dispositifs qui contribuent sérieusement à l'efficacité : je pense à la signature électronique, je pense aussi au rôle que vous jouez dans la vérification dématérialisée des données d'état civil. Tout cela participe d'une dynamique qui rend plus efficace et plus rapide surtout, plus réactive, l'intervention du notaire sur un certain nombre d'actes.

Vous m'avez, Monsieur le Président, également interpellée sur un domaine de compétences qui n'est pas le mien, mais c'est le risque auquel s'expose tout membre du Gouvernement en participant à une manifestation publique, et ce domaine de compétence, c'est la fiscalité. Il n'y aurait pas grand intérêt à ce que je vous promette de transmettre à M. Cahuzac parce que je crois que la transmission est probablement déjà faite. Je présume que M. Cahuzac écoute, lit avec la plus grande attention vos observations, surtout qu'il les lit, donc il n'entend pas la tonalité de l'interpellation vigoureuse à laquelle il a eu droit ce matin. Je suis sûre qu'il aura à cœur de vous apporter quelques réponses et probablement d'organiser quelques séances de travail avec vous, représentant des notaires. J'ai entendu vos observations sur les plus-values, sur le droit de partage. Vous avez également évoqué la nécessité d'aligner les régimes fiscaux de l'adoption plénière et de l'adoption simple. Ça n'est pas de mon domaine de compétences. Il demeure que je partage votre souci de l'équité envers les enfants d'une fratrie et, par conséquent, je veillerai pour ma part à ce que cette équité soit assurée au niveau de ces régimes fiscaux.

Je pense avoir répondu à l'essentiel de vos interpellations. Je crois que j'ai un peu contribué, sinon au bonheur de la salle, à insuffler un peu de sérénité, qui n'en manquait pas d'ailleurs. Je ne voudrais pas clore ce propos sans évoquer un code, un code dont Jean Carbonnier dit que vous êtes une institution. Vous en êtes une institution collatérale parce que votre profession a été créée et organisée par la loi du 25 ventôse de l'an XI – ça fait très « chic ». Vous allez retrouver la date parce que c'était en même temps que le Code civil, ce Code des personnes, de la famille, des contrats, des obligations, de la propriété, des sûretés, ce code qui nous unit, ce code qui fait que vous, notaires, professions juridiques, officiers publics et ministériels,

vous soyez liés à la Chancellerie, à la ministre de la Justice, garde des Sceaux que j'ai le bonheur, l'honneur et le plaisir d'être. C'est ce qui nous lie intrinsèquement.

Puisque l'ambiance est à la philosophie, au lyrisme, je vais faire un peu de droit presque trivial en me référant, comme Monsieur le Président du Congrès, à Émile Zola. Je partage avec vous la lecture d'un petit extrait de *La Joie de vivre*. Vous savez, c'est ce douzième volume de la saga familiale des Rougon-Macquart. Émile Zola écrit dans ce petit extrait, en parlant d'une femme qui s'adresse à son mari – il parle en fait d'une adolescente qui vient d'avoir 18 ans et dont ils ont la responsabilité des biens : « *Sa confiance revenait. Elle monta chercher son Code, tous deux l'étudièrent. L'article 478 les tranquillisa, mais ils restèrent embarrassés devant l'article 480 où il est dit que le compte de tutelle doit être rendu devant un curateur nommé par le conseil de famille. Certes, elle tenait dans sa main tous les membres du conseil. Elle leur ferait nommer qui elle voudrait. Seulement, quel homme choisir ? Où le prendre ? Le problème était de substituer à un subrogé tuteur redouté un curateur complaisant* ». Mesdames et Messieurs les notaires, la grandeur, la hauteur, la noblesse de votre tâche, c'est d'éviter de tels choix.

Je veux vous remercier. Vous tenez cette année à Montpellier votre congrès comme vous avez tenu celui de 1981, entre autres. Sans doute que vous avez dans cette profession le sens des symboles ou une grande capacité de prédiction. En tout cas, je veux vous redire à quel point j'ai été heureuse d'être là ce matin, d'écouter les propos de votre rapporteur général, de votre Président de congrès, de votre Président du Conseil supérieur du notariat. Je prendrai connaissance avec la plus grande attention des résultats des travaux de vos commissions. Je lirai avec intérêt et attention les propositions que vous ferez pour améliorer notre droit. Je veux vous redire ma joie d'avoir été là, ma gratitude et tous mes remerciements.

Philippe POTENTIER, Président du 108^e Congrès des Notaires :

Je vous remercie, nous vous remercions Madame la Ministre. Je vous laisse repartir avec le Président du Conseil supérieur.

Première commission



UNE VOLONTE

INTRODUCTION

Introduction par Xavier Bouché, Président

Mesdames, Messieurs, mes chers confrères, chers amis, il est grand temps d'ouvrir les travaux de la première commission. Le titre de cette commission, « Une volonté », illustre un parti pris qui nous a guidés tout au long de ces deux années. La transmission est une démarche volontariste. Elle est le fruit d'une décision individuelle, libre et éclairée.

C'est un postulat qui n'allait pas de soi. Les économistes de la famille soutiennent parfois la thèse du « legs accidentel », thèse selon laquelle l'héritage laissé à son décès par un individu ne serait en réalité qu'une réserve d'épargne non consommée.

Or nous pensons, au contraire, que personne n'est jamais obligé de transmettre. Que l'immense majorité des transmissions, qu'elles soient *ab intestat*, testamentaires ou anticipées, comporte une part d'altruisme, plus ou moins affirmée.

Mais, alors, quels sont précisément les ressorts de la transmission ? Pourquoi laisse-t-on un héritage à ses enfants ? Qu'est-ce qui anime un donateur ou un testateur au moment du passage à l'acte ?

Si la solidarité familiale, l'équité, ou encore la conservation des biens dans la famille restent les principaux moteurs d'une transmission, nous avons aussi pu vérifier que la fiscalité, lorsqu'elle est favorable aux donations, est un puissant accélérateur de transmission.

En droit, cet élan altruiste, parfois teinté d'opportunisme, et qui conduit un disposant à s'appauvrir au bénéfice d'autrui, cet élan altruiste porte un nom qui

vous est familier, tant il imprègne la matière des successions et des libéralités. C'est bien sûr l'intention libérale.

L'intention libérale est systématiquement recherchée par les tribunaux, à côté de l'élément matériel, pour caractériser une libéralité, ou au contraire pour la réfuter. La Cour de cassation l'a encore rappelé avec force dans une série d'arrêts rendus au début de cette année 2012 : il n'y a pas de libéralité sans intention libérale.

Or, paradoxalement, l'intention libérale reste difficile à cerner. Elle n'est définie nulle part : ni par le législateur, ni par la Cour de cassation qui s'y refuse obstinément. Nous y voyons un handicap pour la pratique notariale, auquel il convient de remédier. Ce sera l'objet de notre première proposition.

Lorsqu'elle s'applique aux transmissions entre vifs, l'une des caractéristiques essentielles de l'intention libérale est son irrévocabilité.

La donation réalise nécessairement un dépouillement définitif du donateur, une transmission sans retour. C'est ce qu'exprime la fameuse maxime de Loysel « Donner et retenir ne vaut ». Et c'est ce que la doctrine appelle l'irrévocabilité spéciale des donations, qui se traduit par l'interdiction faite au donateur de se réserver la faculté de revenir sur son engagement.

Or ce principe est aujourd'hui mis à mal par une partie de la doctrine, qui s'interroge sur son utilité au XXI^e siècle.

Il est vrai que l'espérance de vie d'un donateur est incomparablement plus longue qu'au temps de Loysel. Et que nous vivons dans un monde instable, où rien n'est jamais acquis, où personne n'est à l'abri d'un bouleversement familial, d'un accident de la vie ou d'un revers de fortune. Et le risque est d'autant plus grand évidemment que les donations sont souvent consenties très tôt, incitées, on l'a dit, par une fiscalité favorable à l'anticipation.

Dans ce contexte, la probabilité est désormais significative qu'une donation consentie naguère s'avère en définitive inopportune.

Alors faut-il abolir le principe de l'irrévocabilité spéciale, et autoriser l'insertion d'une faculté de rétractation dans un acte de donation ?

Nous ne le pensons pas. Nous pensons au contraire que l'irrévocabilité spéciale est consubstantielle à l'intention libérale, et qu'elle est à la fois un rempart contre l'arbitraire du donateur et une protection indispensable du donataire.

En outre, la rigidité de la règle ne doit pas être exagérée.

D'abord, le législateur lui-même prévoit la révocation des donations dans certaines hypothèses. Je pense notamment au droit de retour, ou à la révocation pour inexécution des charges ou encore pour ingratitude.

Ensuite, la règle de l'irrévocabilité spéciale, dès lors qu'elle est bien comprise, laisse une large place à la flexibilité. Il est possible, par exemple, d'insérer une condition résolutoire dans une donation, sous réserve qu'elle ne soit pas potestative. Ou d'introduire une clause permettant au donateur de retarder le choix de l'objet qui sera finalement délivré au donataire.

Enfin, les parties peuvent, *a posteriori* et d'un commun accord, revenir sur une donation antérieure. Soit en réincorporant l'objet donné dans une donation-partage pour l'attribuer à un autre enfant. Soit, plus radicalement encore, en procédant à la résolution amiable de la donation.

Des solutions existent donc, en droit positif, pour assurer au donateur une forme de droit au repentir, sans pour autant qu'il soit nécessaire de remettre en cause la règle de l'irrévocabilité spéciale des donations.

Les six propositions que nous allons maintenant vous soumettre s'inscrivent précisément dans cette double démarche : réaffirmer la nécessité d'une intention libérale irrévocable, tout en favorisant la flexibilité et la réversibilité des transmissions.

Ainsi, les deux premières propositions sont respectivement consacrées à l'intention libérale et l'irrévocabilité spéciale des donations.

La troisième proposition vise à lever les incertitudes qui pèsent sur les donations alternatives et facultatives.

La quatrième proposition ambitionne de revisiter le droit de retour conventionnel, en le rendant optionnel.

La cinquième proposition s'attachera à clarifier le régime juridique et fiscal de la résolution amiable des donations.

Enfin la sixième et dernière proposition s'intéressera à la représentation des renonçants à succession, rendue possible par la loi du 23 juin 2006, mais dont le régime n'est pas totalement abouti.

Je vais maintenant laisser la parole à Xavier Guédé qui va vous présenter la première proposition.

PROPOSITION 1 :

Déterminer l'intention libérale qui fait la libéralité.

Proposition 1 par Xavier Guédé, Rapporteur

Mes chers confrères,

Comment qualifiez-vous la jouissance à titre gratuit d'un appartement ou d'une maison que des parents laissent à un enfant - et pas à un autre - pendant de si nombreuses années ?

Est-elle mue par l'intention libérale des parents envers cet enfant-ci ? Ou bien n'est-ce qu'un prêt à usage ?

Si vous voulez en tenir compte dans la liquidation de la succession des parents pour établir un équilibre entre les enfants - et je ne parle même pas d'égalité - la Cour de cassation exige depuis un arrêt rendu le 18 janvier 2012 que la jouissance à titre gratuit soit le produit de l'intention libérale des parents.

En effet, par cet arrêt du 18 janvier 2012 et trois autres du même jour, la première Chambre civile de la Cour de cassation vient d'affirmer avec force que les libéralités « *supposent l'existence d'une intention libérale* ».

Vous me direz que cela n'est pas nouveau et que vous le saviez depuis votre « plus tendre enfance juridique »...

Vous me direz que vous saviez déjà que dans le droit des libéralités, l'intention libérale est partout.

Que dans les libéralités entre vifs, quelle qu'en soit la forme, l'intention libérale apparaît sous le visage de l'*animus donandi*.

Qu'à cause de mort, l'intention libérale se drape sous l'*animus testandi* qui porte toutes les dispositions patrimoniales de dernières volontés.

Mais connaissez-vous un texte, un seul texte du Code civil, qui emploie le terme d'intention libérale ?

Je vois que certains d'entre vous cherchent dans leurs souvenirs universitaires...

Est-ce dans l'article 894 qui définit la donation entre vifs comme : « (...) *un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte* » ?

Est-ce dans l'article 895 qui définit le legs plus que le testament et dispose : « *Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou droits et qu'il peut révoquer* » ?

Est-ce dans l'article 893 qui, depuis la réforme des successions et des libéralités réalisée par la loi du 23 juin 2006, définit la libéralité comme « *un acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits en faveur d'une autre personne* » ? Et bien non !

Aucun de ces trois textes fondateurs du droit des libéralités ne parle d'intention libérale...

C'est l'article 2013 qui a été introduit en 2007 par la première loi sur la fiducie.

Ce texte dispose que « *Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public.* » Eh oui !

D'intention libérale, vous en avez entendu parler depuis que vous êtes « tombés dans le notariat... », mais ce n'est pas la loi qui vous en a parlé !

Avant cette loi de 2007, le Code civil n'a jamais – je dis bien JAMAIS ! – employé cette expression. Et pourtant, cela aurait pu être le cas.

En effet, un groupe de travail sous la direction du doyen Carbonnier a rédigé en 2003 une offre de loi proposant la réforme du droit des libéralités.

Dans son article 911, cette offre de loi proposait de faire entrer l'intention libérale dans le Code civil en rappelant dans un alinéa 1^{er} qu' « *Il n'y a pas de donation entre vifs ni de testament sans intention libérale.* »

Et dans son alinéa 2, l'article 911 offrait envisageait la cause de la libéralité en proposant que « *Le motif sans lequel le disposant n'aurait pas disposé est la cause de la libéralité.* »

Cette offre de loi n'ayant pas été retenue par le législateur de 2006 à l'occasion de la réforme de la matière des libéralités, ce sont donc toujours jurisprudence et doctrine qui façonnent la notion d'intention libérale.

Pour elles, l'intention libérale est une notion fonctionnelle créée dans le but de caractériser la présence d'une libéralité.

Mais, au fait, savez-vous ce que signifie cette expression : intention libérale ?

Vous me direz que s'il n'y a pas de texte légal évoquant l'intention libérale, la loi n'en a donc forcément pas donné de définition...

Même si, depuis la loi précitée de 2007 sur la fiducie, l'intention libérale a été légitimée *a contrario* comme composante de la libéralité.

Qu'à cela ne tienne ! En bon juriste, vous vous tournez vers la jurisprudence et vous placez en elle votre espoir d'une définition de l'intention libérale. Vous vous dites qu'il doit bien y avoir un arrêt de la Cour de cassation qui définit clairement l'intention libérale ! Eh bien non !

La Cour de cassation fluctue depuis un siècle et demi sur la conception à retenir de l'intention libérale.

Finalement, l'on constate qu'elle se replie systématiquement sur son quant-à-soi en refusant de contrôler la notion d'intention libérale.

Ainsi, elle a pu décider, notamment dans un arrêt du 19 novembre 2002 que :
« (...) *le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine par les juges du fond, qui ne se sont pas contredits, de l'absence d'intention libérale (...)* ».

Selon la Haute Juridiction, il appartient donc aux juges du fond de caractériser sa présence ou son absence. Ainsi, pour la Cour de cassation, la question de l'intention libérale qui anime ou propulse un individu, qui le détermine à passer à l'acte, est une question de fait et non une question de droit.

Les juges du fond apprécient donc souverainement si l'intention libérale était ou non présente.

Le seul contrôle que la Cour de cassation accepte d'opérer est celui de la qualification de libéralité. Ainsi, une cour d'appel ne pourra pas - sans encourir la cassation de son arrêt - qualifier de libéralité un acte juridique si elle ne prend pas la peine de caractériser la présence chez le disposant d'une intention libérale.

Mais voilà... Se pose à nous, notaires, la question de savoir comment on reconnaît l'intention libérale dans l'écheveau des faits qui nous sont soumis et, quand on l'aperçoit, comment on la prouve. Et là, surgit en pleine lumière la nécessité d'une définition ou, *a minima*, d'un faisceau d'indices, « graves, précis et concordants », permettant d'en fixer à coup sûr l'existence.

Aucune régulation de la notion d'intention libérale n'étant opérée par la Cour de cassation, vous commencez à sentir l'ampleur de la tâche qui nous attend, de tenter d'approcher une définition de cette composante - pourtant centrale - de toute libéralité.

En effet, qu'elle soit une question de fait ou une question de droit, cette intention libérale, nous la rencontrons quotidiennement dans nos études.

Trois exemples achèveront de vous convaincre de la nécessité d'étudier cette notion au seuil de ces journées consacrées à la Transmission par libéralité.

Trois exemples tirés de notre pratique de tous les jours qui nous permettront de synthétiser les apports de la jurisprudence et de la doctrine pour tenter d'approcher une définition de l'intention libérale.

J'aborderai les cas suivants :

Tout d'abord, les libéralités non authentiques,

ensuite, les donations-cessions,

et enfin, bien sûr, vous vous en doutez... l'assurance-vie.

En premier lieu, examinons le cas des libéralités non authentiques.

C'est par l'intention libérale qui les porte que l'on reconnaît les libéralités qui n'ont pas utilisé la voie de l'authenticité.

Mais en pratique, comment reconnaissez-vous, à coup sûr, une donation indirecte qui emprunte la voie d'un acte neutre pour exister ?

Et comment déchiffrez-vous un acte à titre onéreux qui cache une donation déguisée ?

Et comment qualifiez-vous un don manuel qui, sous les apparences de simplicité opérationnelle, cache des trésors d'insécurité juridique ?

Ne s'agit-il pas plutôt d'un prêt de somme d'argent ? Eh oui !

Nous, notaires, dans notre pratique des liquidations, sommes confrontés tout autant aux actes authentiques de donations que nous-mêmes, nos prédécesseurs voire un confrère ont pu rédiger qu'à ces libéralités non écrites et pourtant exécutées...

Une autre situation, en pratique, met en relief ce besoin d'une définition de l'intention libérale : le cas des donations-cessions. Ici, la problématique est inverse. Un acte de donation existe, officiellement.

Le schéma, devenu classique, est le suivant : une donation est consentie préalablement à la vente d'un immeuble ou de titres gorgés de plus-values. Cette donation diminue d'autant l'assiette de l'impôt de plus-value dû à l'occasion de la vente ou de la cession.

Mais, parfois, l'administration fiscale cherche à nier l'existence de cette donation, au nom de son célèbre « réalisme », par le biais de la non moins célèbre procédure de « l'abus de droit ».

Et comment s'y prend-elle ?

Elle cherche à démontrer la fictivité de la donation et cela, précisément, en démontrant l'absence d'intention libérale du donateur proclamé !

L'administration tente de prétendre que la donation officiellement consentie n'est qu'un voile pudique, dénué d'intention libérale, exclusivement chargé de purger les plus-values latentes, généralement un court laps de temps avant à la cession.

La jurisprudence, et les affaires examinées par le Comité des abus de droit, montrent que deux angles d'attaque ont été utilisés par l'administration dans son entreprise de déconstruction des donations avant cession :

- Tout d'abord, la chronologie des opérations, notamment lorsque la donation a été signée alors que les conditions suspensives stipulées au protocole de cession étaient déjà réalisées...

- Puis le caractère irrévocable de la donation intervenue - nous y reviendrons tout à l'heure à l'occasion de notre deuxième proposition - lorsque les effets civils de cette donation sont, dans les faits, niés. Par exemple, lorsque le donateur remet la main sur les fonds provenant de la vente des biens donnés...

Une définition de l'intention libérale qui anime le cédant donateur trouverait là une fonction d'apaisement des relations entre le fisc et les contribuables.

Notre troisième et dernier exemple, ô combien banal dans nos études, achèvera de vous démontrer la nécessité d'approcher cette définition de l'intention libérale : l'assurance-vie.

Le régime dérogatoire au droit commun des libéralités de la clause bénéficiaire des contrats d'assurance-décès - historiquement né par faveur pour la prévoyance - nécessite aujourd'hui, du fait des détournements dont cette clause a été l'objet, qu'une définition de l'intention libérale soit tentée.

En effet, parmi les contrats d'assurance-vie souscrits, il y a lieu de trier le bon grain de l'ivraie.

Le contexte de sa souscription :

- l'âge du souscripteur au moment de la souscription, la qualité, aux yeux du souscripteur, du bénéficiaire désigné en cas de décès,
 - l'économie du contrat (versements périodiques ou prime unique),
 - l'acceptation du contrat par le bénéficiaire désigné,
 - le caractère illusoire de l'exercice de la faculté de rachat,
 - et les facultés du souscripteur : les fameuses primes manifestement excessives,
- sont autant d'indices de la volonté du souscripteur de considérer l'assurance-vie souscrite comme la résurrection d'une donation à cause de mort plus que comme l'exécution d'une obligation naturelle de prévoyance envers le bénéficiaire.

On le ressent bien à l'issue de ces développements, une définition de l'intention libérale faciliterait notre pratique quotidienne. Mais la multitude des situations à recouvrir par cette définition rend la tâche ardue voire impossible.

Il faudra donc se contenter d'une approche, d'une sorte de définition en creux voire *a contrario*, acquise par tâtonnements successifs.

Aussi, nous vous proposons une leçon de « faits et d'observations » de la pratique des libéralités passées au crible de la jurisprudence.

On sait de l'intention libérale qu'elle est une composante essentielle de la libéralité. Les mathématiciens diraient : « Une condition nécessaire mais non suffisante ».

Il faut donc à la libéralité, à côté de l'intention libérale, un élément matériel qui la révèle en ce sens qu'il la concrétise, qu'il la rend visible : c'est l'appauvrissement du disposant.

La première Chambre civile de la Cour de cassation l'a rappelé dans l'un de ses arrêts précités du 18 janvier 2012 : « (...) *une libéralité suppose un appauvrissement du disposant dans l'intention de gratifier* (...) ».

Si donc il y a appauvrissement d'un côté et gratification ou enrichissement de l'autre, c'est que le but recherché par le disposant est l'absence de contrepartie.

Toutefois, la jurisprudence témoigne que l'absence de contrepartie signifie « absence d'équivalence » et non pas absence d'intérêt pour le disposant.

Même moral, l'intérêt du disposant ne fait pas obstacle à la caractérisation d'une intention libérale.

D'ailleurs, l'article 900-2 du Code civil le dit expressément en visant le cas de la demande en révision des charges et des conditions grevant les donations ou legs reçus, à l'initiative du gratifié.

Aussi, mes chers confrères, fort de cette leçon d'empirisme, le 108^e Congrès des notaires de France soumet à votre vote la proposition suivante :

Lecture des considérants par Xavier Bouché, Président

Considérant

- 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 toujours 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 et conditions ;

Le 108^e Congrès 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.

.... La parole est à la salle...

Intervenant 1: Je voterai votre vœu avec une petite réserve, quand vous dites « même assorti de charges », je vais soumettre à votre réflexion le cas pratique que j'ai eu. *Quid* de l'intention libérale vous verrez ! Il s'agit d'un exploitant agricole jeune, un bailleur à ferme, il exploite plusieurs hectares et envisage d'acheter les terres qu'il exploite, il pense certes au banquier, mais il pense surtout à ses parents. Les parents ont huit enfants dont un seul est exploitant agricole, alors on se déplace chez le notaire de l'époque, de famille, et le notaire envisage une donation entre vifs, en avancement sur parts successorales de la nue-propriété d'une somme d'argent pour permettre au fils d'acheter les terres qu'il exploite. Mais les parents n'auront plus les revenus de ce capital, alors le notaire imagine le versement d'une rente viagère sur deux têtes revalorisée chaque année sur un indice, et cette rente correspond au fermage que payait le fils pour les terres qu'il exploitait. Le donateur, le père, décède 24 ans après la donation. On vient me voir pour régler la succession, bien évidemment, Monsieur laisse son épouse, toujours en vie, et huit enfants. Je me suis trouvé confronté bien sûr au problème civil, laissons le côté fiscal du rapport successoral. J'ai fait le calcul du fermage versé pendant 24 ans, j'ai évalué les terres, valeurs décès dans le même état où elles étaient il y a 24 ans, l'exploitant a fait lui-même de

gros travaux de drainage. Il résulte des calculs que les charges excèdent l'émolument donné. Vous savez comme moi qu'il y a une jurisprudence, certes ancienne, de la Cour de cassation - il y a eu d'autres arrêts depuis - qui dit que dès l'instant où les charges excèdent l'émolument, il n'y a pas lieu à rapport, en fait ce n'est plus une donation, donc pas de rapport. Il a fallu que j'explique ceci aux sept autres enfants. Je ne sais pas s'il y avait une intention libérale de la donation d'il y a 24 ans, mais aujourd'hui le fils, l'exploitant agricole, indépendamment du fait qu'il me dise « j'ai été mal conseillé », regrette de ne pas avoir contracté un prêt. Et moi, pour arrêter l'hémorragie, d'un commun accord avec tout le monde, je viens de faire faire une donation par la veuve, elle a donné l'usufruit de la somme d'argent, et j'ai fait arrêter immédiatement le versement de cette pseudo-rente. Voilà, quid de l'intention libérale ? J'insiste donc sur le problème de la dangerosité des donations entre vifs avec des charges. Il n'y a plus de problème de rapport, puisque les charges excèdent, de manière manifeste, l'émolument donné. Il y a très peu de jurisprudence là-dessus.

Xavier Guédé, Rapporteur : Je vous remercie de votre communication, cher confrère, effectivement dans votre cas, bien entendu, il n'y a pas d'intention libérale, ce qui prouve bien d'ailleurs que l'intention libérale s'apprécie au moment de l'acte et peut évoluer éventuellement par la suite.

Intervenant 2 : Votre définition nous paraît belle et bonne, mais j'ai une question un peu préliminaire : où comptez-vous inscrire cette définition ? Est-ce dans le Code civil proprement dit, ce qui aurait un caractère un peu plus contraignant pour un juge, par exemple, mais j'ai cru comprendre, et ce sera l'objet d'ailleurs d'un débat, je pense, qu'il n'y a pas que le Code civil, il y a aussi l'aspect fiscal, l'aspect assurance-vie, et je crois qu'il y a des convictions en matière d'assurance-vie. Cette décision est intéressante, mais que comptez-vous en faire à part l'affirmer dans le Congrès des notaires, comptez-vous l'inscrire dans un texte qui aura une vertu contraignante particulière, et vis-à-vis de qui ?

Xavier Guédé, Rapporteur : Je vous remercie de votre question, cher confrère : nous n'avons pas l'intention de demander le vote d'un texte contenant une définition de l'intention libérale, tout simplement parce que nous ne proposons pas une définition en tant que telle, nous proposons un outil, permettant aux confrères de caractériser, au cas particulier, l'existence ou non dans chacun de leurs dossiers d'une intention libérale. C'est plus un outil destiné à la pratique, qui sera peut-être utilisé par nos magistrats un jour, pourquoi pas, mais nous ne demandons pas l'écriture d'un texte.

Nous pensons qu'il est assez difficile d'enfermer la notion d'intention libérale dans une définition.

Intervenant 3 : Je voudrais revenir au problème de l'intention libérale. Tout en amont de cette intention libérale, pour que votre responsabilité ne soit jamais engagée, encore faut-il que vous vous assuriez que celui qui vient vous voir est libre, c'est le problème de la liberté. Alors j'oserais vous proposer quelque chose de très simple, c'est de vous en assurer en joignant toujours à l'acte qu'il va accomplir, que ce soit une donation, un legs, que ce soit dans le cas d'un contrat d'assurance-vie un changement de bénéficiaire, un certificat médical du jour de son médecin traitant ou d'un médecin de l'article 431 du Code civil.

Xavier Guédé, Rapporteur : Je vous remercie pour votre communication, Madame.

Intervenant 4 : Je voudrais vous demander très simplement si vous avez envisagé la question de l'intention libérale d'une personne morale ? Très simplement parce qu'à mon sens, sociétés civiles ou commerciales, on se pose rarement la question. En revanche, dès qu'on aborde le monde associatif là, subitement, l'intention libérale d'une personne morale surgit avec les fondations, avec les fonds de dotations, c'est une préoccupation ancienne pour moi, et je n'ai jamais trouvé de vraies réponses. Et dans les considérants, il y a un considérant que je trouve tout à fait intéressant, quand vous dites que doit s'adjoindre un élément subjectif qui forme l'intention libérale et qui se distingue du simple consentement. Je me dis qu'à propos d'une personne morale, cela va être difficile, parce que déjà recueillir le consentement d'une personne morale, je pense aux associations, pour une donation, c'est déjà très compliqué, on ne sait pas très bien quel est le support, est-ce que les formes de l'article 931 doivent s'appliquer à l'assemblée... mais si en plus on doit y adjoindre, à juste titre, un élément subjectif, je me demande là si l'intention libérale ne quitte pas le monde des personnes morales. Je ne vous cache pas que personnellement, j'en serais très satisfait, parce que je ne suis jamais arrivé à comprendre comment une personne morale peut être capable d'une intention libérale. Donc, s'il n'y a plus d'intention libérale dans le monde associatif, finalement on n'aura plus de donation, on aura d'autres supports juridiques, mais personnellement je pense qu'effectivement le terrain sera un peu éclairci.

Xavier Guédé, Rapporteur : Nous n'avons pas particulièrement creusé la question de l'intention libérale dans les personnes morales, effectivement l'immense majorité des libéralités sont quand même consenties par des personnes physiques et il est

assez difficile, là encore, de faire une sorte d'extension vers la personne morale, je serais bien en peine de donner une réponse certaine à votre question

Xavier Bouché, Président : Nous allons passer au vote.

La proposition est adoptée à une très large majorité.

PROPOSITION 2 :

Réaffirmer l'irrévocabilité spéciale des donations.

Proposition 2 par Xavier Guédé, Rapporteur :

Mes chers confrères,

Nous venons de toucher du doigt, à l'occasion de l'examen de cette première proposition sur le thème de l'intention libérale, toute la subtilité et la finesse de la matière des transmissions.

Nous avons rappelé qu'en droit positif, la volonté de l'auteur d'une libéralité doit être empreinte d'une clairvoyance et d'une force particulière, témoignant de la profondeur de son engagement : c'est l'intention libérale.

Mais encore faut-il, pour que cette intention libérale puisse produire ses effets, qu'elle soit irrévocable.

Aussi allons-nous maintenant nous arrêter sur une règle fondamentale du droit des libéralités entre vifs, qui donne à l'intention libérale toute sa force : la règle dite de l'irrévocabilité « spéciale » des donations.

Jadis exprimée par l'adage « *Donner et retenir ne vaut* », cette règle résulte aujourd'hui, dans son principe, de deux textes :

- l'article 894 du Code civil qui impose que « le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte. »
- et de l'article 944 du même Code, qui édicte la sanction de la contravention à cette règle : « *Toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur sera nulle.* »

Les textes sont apparemment clairs.

Pourtant, cette règle de « l'irrévocabilité spéciale des donations » est attaquée par une doctrine majoritaire depuis des décennies. Et ce alors que la jurisprudence ne révèle pas spécialement de problèmes récurrents liés à son existence ou à son maintien. Alors que cette même jurisprudence étend l'empire de cette règle sur les donations indirectes, les donations déguisées et les dons manuels, et alors que le législateur n'a pas jugé utile de se saisir de cette question à l'occasion de la réforme profonde des libéralités intervenue par la loi du 23 juin 2006.

Aussi étudierons-nous la règle de l'irrévocabilité « spéciale » des donations sous l'angle de l'utilité pratique qu'elle conserve en ce début de XXI^e siècle au regard de la réalité contemporaine de ce que sont devenues les donations.

Pour ce faire, trois questions doivent être tour à tour examinées. Trois questions qui sont liées les unes aux autres :

La première est celle de savoir en quoi cette irrévocabilité de la donation est « spéciale » et non pas « générale » comme celle du droit commun des contrats.

C'est la question du sens de la règle.

La seconde est celle de savoir pourquoi la donation, qui est un contrat, a besoin d'une règle - différente de celle du droit commun des contrats - pour sceller la question de son irrévocabilité.

C'est la question du fondement de la règle.

La troisième question est une question de frontières, celles des limites de la règle. Quelles sont les clauses autorisées par la loi par exception à cette règle de l'irrévocabilité spéciale des donations ?

C'est la question du domaine d'application de la règle.

Tout d'abord, examinons le sens de la règle de l'irrévocabilité.

La donation, nous l'avons dit, est un contrat. Elle est donc en tant que tel soumise à l'article 1134, alinéa 2, du Code civil qui prévoit que : « *Les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties ou pour les causes que la loi autorise* ».

Cette révocation peut intervenir à tout moment, postérieurement à la donation, du consentement mutuel du donateur et du donataire.

Mais l'irrévocabilité à laquelle la donation est soumise va au-delà de la nécessité de ce consentement mutuel. Elle prohibe que ce consentement mutuel puisse être stipulé, par avance, dans l'acte de donation lui-même.

C'est en cela que l'irrévocabilité de la donation est spéciale par rapport à l'irrévocabilité des contrats en général. Car l'irrévocabilité générale, elle, autorise dans le contrat originaire que des cas de révocations soient stipulés.

Ainsi, l'irrévocabilité spéciale apparaît comme une règle de police des transmissions à titre gratuit.

Par principe, le donateur est libre de donner, mais pas à n'importe quelles conditions et sûrement pas à la condition de pouvoir revenir sur la donation consentie. En un mot, l'irrévocabilité spéciale des donations est un rempart. Un rempart qui veut montrer que toute condition n'est pas permise au donateur.

Mais contre quoi, et en faveur de qui, ce rempart est-il dressé ? Pourquoi cette police de la donation est-elle exercée ?

C'est notre deuxième question : celle du fondement de la règle.

Il suffit pour le comprendre d'envisager en pratique la situation visée par les textes. Même si « comparaison n'est pas raison », nous raisonnerons par analogie pour nourrir l'analyse.

On le sait, l'archétype du contrat à titre onéreux portant transfert de propriété est le contrat synallagmatique de vente.

Deux questions se posent dans la vente à propos de son irrévocabilité.

Tout d'abord, celle de son principe. Ensuite, celle de ses modalités.

Le principe. Un vendeur peut-il révoquer son engagement, c'est-à-dire redevenir propriétaire de la chose vendue ?

La réponse est positive. La loi elle-même prévoit aux articles 1659 et suivants du Code civil que l'acheteur peut prévoir une faculté de rachat : c'est le pacte de « réméré ». Un contrat de vente peut donc contenir une stipulation prévoyant pour le vendeur la faculté de revenir sur son engagement de transférer la propriété du bien vendu à l'acquéreur.

Quant aux modalités d'exercice de cette faculté de réméré, la loi les prévoit avec un luxe de détails (limitation dans le temps, opposabilité aux tiers...).

Mais la modalité la plus importante est celle de la restitution par le vendeur suite à l'exercice du réméré.

L'article 1673 du Code civil prévoit en effet que le vendeur qui exerce la faculté de rachat « *doit rembourser, non seulement le prix principal, mais encore les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires, et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation.* »

Examinons maintenant la même situation à l'occasion du contrat de donation.

C'est très exactement cette faculté de réméré que la règle de l'irrévocabilité « spéciale » des donations interdit de stipuler dans une donation.

Et sa raison d'être est simple : si l'on transposait purement et simplement cette règle du contrat de vente au contrat de donation, quel serait l'objet de la restitution pour le donateur suite à sa volte- face ?

Il n'y en aurait aucun...

Ou peut-être seulement « les frais et loyaux coûts » de la donation. Mais, en pratique, mes chers confrères, vous le savez bien, c'est très souvent le donateur qui assume les frais et coûts de l'acte de donation...

Si donc l'on pouvait se raviser sans rien devoir restituer, quelle force aurait la parole donnée, si ce n'est celle accordée par le droit à l'honneur ?

Là se situe, mes chers confrères, le cœur de la question de l'irrévocabilité « spéciale » des donations. Peut-on traiter l'acte de donation comme un acte à titre onéreux ? En un mot que la pratique notariale connaît bien, comme un « acte courant » ?

Les rédacteurs du Code civil ont bien entrevu cette question car la sagesse populaire le dit bien : « Donner c'est donner ; reprendre c'est voler ». Le Code civil a donc traduit en termes techniques une règle intuitivement connue et respectée des Français.

Là naît, selon nous, la raison d'être profonde de cette règle que la sentence légale invite à considérer non pas seulement comme une règle, mais aussi comme un principe ! Et ce n'est pas parce que les incitations fiscales à la transmission entre vifs ont fait depuis une trentaine d'années se multiplier le nombre des donations que cette multiplication doit faire rimer donation avec banalisation !

La « jubilation fiscale » à conclure un acte de donation, comme l'a qualifiée le professeur Michel Grimaldi, ne doit pas faire oublier le caractère nécessairement exceptionnel de l'acte de donation dans la vie d'un donateur. Bien au contraire !

Et d'autant moins que les donateurs sont de plus en plus jeunes et donc nantis d'une espérance de vie plus élevée que les donateurs du XIX^e ou du XX^e siècle et que leur aspiration à la réversibilité de la donation doit être fermement encadrée afin de ne pas voir la donation dégénérer inexorablement.

La donation a toujours été, et reste encore aujourd'hui, un acte grave que la volonté des parties, même commune, ne peut pas envisager de révoquer pour telle ou telle raison qu'il leur plaira à l'initiative du donateur. En tout cas pas en dehors des cas expressément prévus par la loi.

Aussi aborderons-nous maintenant notre troisième et dernière question : celle du domaine d'application de la règle de l'irrévocabilité spéciale des donations.

La loi elle-même jalonne le domaine d'application de la règle d'exemples illustrant cette prohibition ou, au contraire, de clauses validées comme conformes à cette règle. Les exemples de clauses particulières interdites figurent aux articles 943, 945 et 946 du Code civil. Dans cet ordre sont interdites toutes donations portant sur des biens à venir, toutes donations à charge d'acquitter les dettes futures du donateur et toutes donations avec réserve du droit de disposer. Au contraire, sont validées expressément par le Code civil les clauses qui ont pour objet de retenir l'usufruit des biens ou droits donnés, articles 949 et 950, et celles qui stipulent un droit de retour, conventionnel, donc au profit du donateur en cas de prédécès du donataire et/ou de ses enfants, articles 951 et 952.

Et entre ces bornes clairement posées, la jurisprudence a eu l'occasion d'examiner et de valider certaines clauses issues de la pratique : les donations dites *post mortem* par un arrêt Roussin en 1937 et les donations d'usufruit réversible définitivement en 1983 par un arrêt dame Bonnaud.

À y regarder de plus près, les articles 943, 945 et 946 que je citais à l'instant sont unis par une idée force : celle de la protection de la valeur donnée.

En effet, le transfert de propriété y survit à la nullité fulminée par les textes dès lors que l'émolument transmis est certain pour le donataire.

Cette idée force nous conduit à refonder le principe de l'irrévocabilité spéciale des donations sur cette idée transversale de protection de l'émolument donné, du quantum de la donation.

Cette lecture « en valeur » de la règle constituerait un critère de validité de toute clause que le donateur voudrait voir stipuler dans l'acte de donation. Ainsi, toute clause dont l'exécution ne met pas en péril l'émolument qui doit être recueilli par le donataire pourrait être considérée comme valable ! Et ce, quelle que soit la technique employée pour donner ou les pouvoirs réservés sur la chose conservés temporairement par le donateur.

Alors, me direz-vous ! Que conclure quant à l'utilité de notre règle de police des donations au regard des besoins de la pratique contemporaine ? L'irrévocabilité spéciale des donations serait-elle vraiment si inutile qu'il faille l'abroger ?

On l'a dit, c'est l'opinion de la doctrine majoritaire qui la combat depuis longtemps.

Il a été essentiellement reproché à cette règle qu'elle n'avait pas de fondement à force d'en avoir trop. Il est vrai que la doctrine a identifié une quantité impressionnante de fondements possibles à ce principe.

On parle de la protection du donateur, de la protection du donataire, de la protection de la famille du donateur qui se traduit par l'idée de conservation des biens dans la famille, de la conjuration des combinaisons frauduleuses aux droits des créanciers et des héritiers, de la stabilité de la propriété, de la sécurité du crédit.

Cette profusion de fondements avancés a contribué non pas à affermir la règle mais à l'affaiblir.

À cela nous répondons : pourquoi ne pas retenir le fondement de bon sens proposé à l'instant par comparaison entre le transfert de propriété par donation et par vente, à savoir l'absence d'objet à restituer par le donateur ? L'objection du fondement tomberait !

Pour en terminer, j'ajouterai deux remarques.

Tout d'abord, cette lecture « valoriste » nouvelle de l'irrévocabilité spéciale des donations peut se recommander d'une lignée prestigieuse de dispositions légales non démenties au cours des cinquante dernières années. Deux illustrations : la généralisation du rapport en moins-prenant faisant disparaître le rapport en nature. La protection de la réserve héréditaire, jadis assurée en nature et aujourd'hui en valeur.

Enfin, cette refondation du principe que nous proposons consiste toujours à y voir une règle de protection de la propriété. À ceci près que la propriété y est considérée dans son aspect cristallisateur de valeur, vecteur d'un émolument.

En un mot, ce n'est pas la propriété qui est protégée, c'est la valeur qu'elle porte, qu'elle transporte, qu'elle supporte. La valeur dont la donation opère la transmission.

Aussi, mes chers confrères, le 108^e Congrès des notaires de France soumet à votre vote la proposition suivante :

Lecture des considérants par Xavier Bouché, Président

Considérant

- 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 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 Congrès 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.

...La parole est à la salle...

Intervenant 1 : Je crois que vous avez tout à fait raison sur cela, simplement ce que j'aurais aimé c'est que l'on puisse le réaffirmer dans les textes. C'est quelque chose qui est ancré dans notre société, depuis notre jeune âge, je me souviens que l'on disait dans les cours de récréation : « Tu me l'as donné, le chat l'a mangé » ! Cela veut donc dire que cette irrévocabilité est ancrée en nous, dans notre société,

et c'est aussi ce qui fait la force de l'acte de donation, de l'abandon de bien. Il faudrait donc aller un petit peu plus loin et l'introduire dans un texte... Merci beaucoup en tout cas pour votre travail remarquable.

Xavier Guédé, Rapporteur : Nous n'avons pas encore pris le parti de demander l'introduction du moindre texte puisque nous avons deux textes qui en plus sont restés, à la virgule près, dans leur état de 1804, alors certes le principe de l'article 894 qui définit la donation n'est qu'un adjectif, « irrévocablement », mais la tournure de la phrase, sur le plan de la syntaxe, sonne comme une sentence, et cela nous a paru suffisant d'utiliser un adjectif pour poser un principe.

Intervenant 2 : Je me demande si nous n'avons pas créé nous-mêmes, non pas les conditions de la révocabilité mais les conditions de l'absence des faits de la donation. Je m'explique, on fait un apport d'actif à une société civile, on lui donne l'objet le plus large, on se réserve, on lui donne évidemment les parts et pas le bien. On sert le droit de vote dans les assemblées générales, à part ne pas récupérer les fonds pour partir en vacances, je ne vois pas trop ce que le donateur d'origine ne peut plus faire. C'est-à-dire que nous avons nous-mêmes créé des outils qui permettent à la fois de transmettre et de garder à peu près tous les pouvoirs sur le bien transmis.

Xavier Guédé, Rapporteur : Je suis parfaitement d'accord avec vous, du fait que les pouvoirs ont été conservés mais l'émolument a été transmis.

Intervenant 2 : C'est pour ça que ça ne remet pas en cause du tout l'aspect de principe et quasi philosophique de votre proposition, mais en réalité, à part la transmission de l'émolument, ça ne change rien dans la pratique, dans la vie courante à la fois du donateur et du donataire.

Xavier Guédé, Rapporteur : Ça rappelle l'existence du principe, quand même !

Intervenant 2 : J'entends, c'est pour cela que ça ne fait pas vraiment obstacle à l'adoption de votre proposition, bien sûr !

Intervenant 3 : Depuis 1970, vous m'invitez à tous vos congrès, et je veux vous faire une confession, je vous aime beaucoup mais je ne vous comprends pas de temps en temps : vous dites qu'il y a beaucoup trop de lois, et à chaque congrès vous nous proposez une pluie de lois nouvelles, alors là je suis perdu. Aujourd'hui, si j'avais le droit de vote je voterais des trois mains, des quatre mains vos propositions parce qu'elles ne font que consolider les textes

merveilleux du Code civil. Donc, je vous remercie et je souhaite que l'unanimité, presque stalinienne, continue à vous soutenir.

Xavier Guédé, Rapporteur : Je vous remercie de votre adhésion à nos propositions, Monsieur le Professeur, et sachez que nous en sommes fort honorés.

Intervenant 4 : Votre proposition valide finalement la faculté de substitution qu'on peut prévoir dans les actes de donations par rapport à un immeuble notamment, donc la question de la fongibilité des immeubles est définitivement statuée ?

Xavier Guédé, Rapporteur : Cette question sera abordée dans les propositions suivantes, donc on en reparlera tout à l'heure si vous le voulez bien. Merci.

Intervenant 5 : Je n'avais pas compris tout de suite, mais Philippe Malaurie nous le confirme, vous ne demandez pas un changement de texte, donc on réaffirme comme ça. C'est très bien, d'ailleurs votre rapporteur général a dit qu'il fallait mieux inciter la pratique à évoluer et surtout à utiliser tous les outils que nous offre aujourd'hui la loi de 2006, et si vous permettez je ferai une remarque sur cette loi. En arrivant ici, je me suis dit : « Cette équipe va avoir bien du souci pour trouver des vœux intelligents étant donné que la loi de 2006 a tout réglé, et sans doute est allée un peu loin ». Mais cette loi de 2006 offre aux notaires des instruments nouveaux, des outils nombreux, et je me demandais à qui on devait cette loi. J'ai pensé tout de suite à Jean Carbonnier et Pierre Catala, l'offre de loi qui a inspiré directement le législateur qui a pu se contenter de faire du copier-coller, mais ma réflexion s'est poursuivie et je me suis demandé où ces éminents juristes ont trouvé les éléments de leur proposition : l'offre de loi. Et bien, tout simplement dans les congrès des notaires : Deauville, Vittel dans les années 70, plus récemment 2000, 2006... les congrès posent des questions, les juristes de haut niveau les formulent à leur façon et le législateur n'a plus qu'à les reprendre. Si bien que je me demande, je ne sais pas si c'est prévu dans les statuts du congrès, si le rapporteur de synthèse n'a pas une obligation, en quelque sorte virtuelle, d'accompagner l'équipe du congrès pour faire valoir les propositions, les mettre en forme et les faire adopter.

Xavier Guédé, Rapporteur : Je vous remercie pour votre intervention.

Bertrand Savouré, Rapporteur Général : Il va de soi que nos propositions n'ont absolument pas pour objet de modifier les textes qui sont parfaits mais de les comprendre mieux. Dans la proposition qui vous est faite sur l'irrévocabilité, il y

a la notion d'émolument, et c'est vrai qu'il nous semble que ce qui compte et qui est essentiel c'est que l'irrévocabilité se conçoive comme attachée à l'intention libérale. Il n'y a pas de donation s'il n'y a pas irrévocabilité parce qu'il n'y a pas de donation s'il n'y a pas d'intention libérale. Et précisément ce qui compte, et c'était la proposition précédente, dans l'intention libérale, c'est le transfert de patrimoine qui constitue le motif essentiel du disposant. Donc, nous pensons que les charges sont acceptables, à la seule condition que le motif essentiel de la libéralité soit ce don et ce transfert définitif et sans possibilité de révocation. C'est les sens de nos deux propositions.

Xavier Bouché, Président : Nous allons donc passer au vote.

La proposition est adoptée à une très large majorité.

PROPOSITION 3 :

Sécuriser le changement d'objet dans les donations optionnelles.

Proposition 3 par Xavier Bouché, Président :

Il y a manifestement, à Montpellier, un terrain favorable aux libéralités complexes. Car c'est l'équipe du 87^e Congrès des notaires, qui s'est tenu ici même à Montpellier en 1991, qui a redécouvert les donations optionnelles. Et c'est à nouveau à Montpellier que nous allons vous demander de vous prononcer sur la nécessité de sécuriser cet instrument juridique au service de la flexibilité des transmissions, mais qui manque aujourd'hui cruellement d'assises légales.

De quoi s'agit-il ? Qu'est-ce qu'une donation optionnelle ?

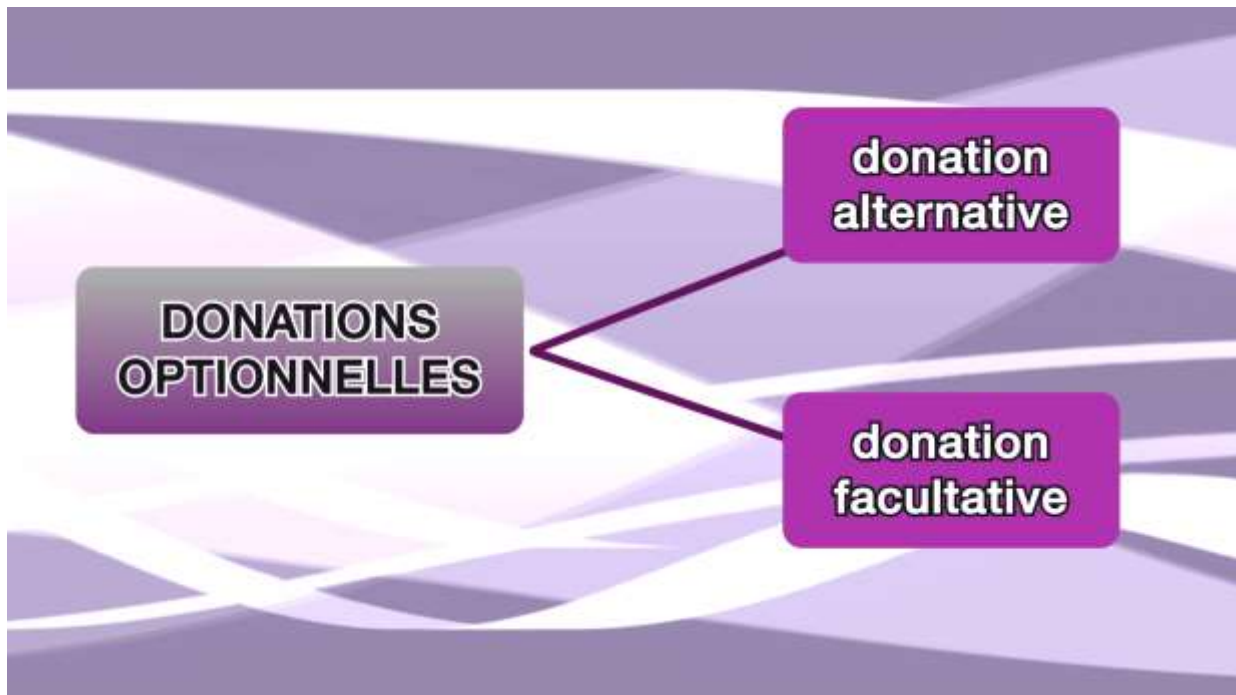
On peut en quelques mots la définir comme une variété de donation qui permet au donateur de retarder la détermination du bien qui sera finalement délivré au donataire.

La donation optionnelle est donc assortie d'une double modalité : un terme et une option.

Elle est d'abord une donation à terme, une donation dans laquelle le transfert de propriété n'est pas immédiat, mais différé dans le temps.

En second lieu, comme son nom l'indique, la donation optionnelle offre, à l'issue du terme convenu, une option. Une option portant sur l'objet à transmettre.

La donation optionnelle se décline, comme vous le voyez apparaître à l'écran, normalement en deux sous-catégories : la donation alternative et la donation facultative.



La première, la donation alternative, porte sur deux objets, le donateur se réservant, au terme du délai, la possibilité de délivrer l'un ou l'autre objet.

Par exemple, je m'engage aujourd'hui, et de manière irrévocable, à donner soit ma résidence principale, soit ma résidence secondaire. Et je dispose d'un délai de 5 ans pour exercer mon choix.

Quant à la donation facultative, elle porte cette fois sur un objet unique, à délivrer au donataire à une date convenue, mais elle offre au donateur la faculté de délivrer un autre objet à la place.

Par exemple, je donne ma résidence principale, à délivrer au plus tard dans 5 ans, mais je me réserve, jusqu'à cette date, la faculté d'y substituer ma résidence secondaire.



Il y a en réalité assez peu de différences entre la donation alternative et la donation facultative. Ces différences sont résumées dans un tableau qui apparaît et que je vous laisse regarder quelques instants...



La différence la plus notable tient dans le titulaire de l'option, qui ne peut être que le donateur dans la donation facultative, alors qu'il peut s'agir aussi bien du donateur que du donataire dans la donation alternative.

J'insiste sur le fait que la donation optionnelle est avant tout et fondamentalement une donation à terme, dans laquelle le transfert de propriété est différé jusqu'à la date de l'exercice de l'option. Ce qui permet de la distinguer d'une autre libéralité complexe qui est la donation avec faculté de substitution, dans laquelle le transfert de la propriété est immédiat, mais le donateur se réserve la possibilité de reprendre la chose donnée pendant une période définie, pour la remplacer par autre chose.

La proposition que nous allons vous soumettre dans un instant vise uniquement cette variété de donations à terme que sont les donations alternatives et facultatives, et en aucun cas les donations avec faculté de substitution, qui sont une création récente de la pratique et de la doctrine, et qui sont encore un peu au stade expérimental.

À l'inverse, les donations optionnelles ne sont pas nées d'hier, elles ont même connu un certain succès jusqu'au milieu du XIX^e siècle, où on les trouvait alors pour l'essentiel dans les contrats de mariage, sous la forme de donations alternatives et facultatives consenties par les parents aux futurs époux.

Mais bien sûr ces donations par contrat de mariage ont pratiquement disparu de nos offices. Et avec elles, du même coup, les donations optionnelles. Or nous pensons que ces donations méritent aujourd'hui d'être exhumées, car elles répondent à un besoin de flexibilité et de réversibilité des transmissions que j'évoquais tout à l'heure dans mon introduction et qui a été évoqué ce matin par Bertrand Savouré.

Nous proposons plusieurs illustrations dans le rapport, pour être précis aux pages 201 et suivantes, des illustrations qui montrent la pertinence de ces donations optionnelles dans un certain nombre de configurations familiales et patrimoniales.

Nous évoquons notamment le cas d'un dirigeant d'entreprise qui souhaite transmettre sa société à son fils, alors salarié dans l'entreprise, tout en conservant une marge de réversibilité jusqu'à son départ en retraite, pour le cas où finalement le donataire ne serait pas à la hauteur de l'enjeu.

Comme vous le voyez à l'écran ce dirigeant va donc consentir une donation facultative de la nue-propiété des parts sociales, à exécuter au plus tard dans cinq ans, tout en se réservant la faculté d'y substituer, jusqu'à cette date, une somme d'argent équivalente.



Le donateur ici s'oblige définitivement et irrévocablement envers son fils. Seul le transfert de propriété est reporté dans le temps.

Les cinq années qui séparent la donation de son exécution peuvent alors être analysées comme une période probatoire ou comme un délai d'épreuve. Avec deux issues possibles. Soit le test est concluant, et la donation des titres sera confirmée. Soit au contraire l'enfant n'est pas l'homme de la situation, et le donateur renoncera à lui transmettre l'entreprise en lui versant une somme d'argent équivalente.

La validité juridique des donations optionnelles a parfois été discutée. Mais aujourd'hui ce débat est clos. En premier lieu, la Cour de cassation a définitivement consacré la validité des donations à terme par son arrêt du 22 février 2005, qui confirme que le dépouillement actuel du donateur, exigé par l'article 894 du Code civil, ne veut pas dire pas délivrance immédiate de la chose, laquelle peut être différée dans le temps.

En second lieu, l'option offerte au donateur, à l'issue du terme convenu, n'est pas incompatible avec l'irrévocabilité spéciale des donations, dès lors que les deux branches de l'option sont strictement équivalentes en valeur. C'est la position unanime de la doctrine. Ce qui importe, c'est que le « sacrifice économique » soit identique pour le donateur, quelle que soit l'option retenue.

Sous réserve donc du respect de cette équivalence, la validité des donations optionnelles est incontestable.

Mais alors, me direz-vous, pourquoi sont-elles si peu pratiquées ? Pourquoi les donations alternatives et facultatives, qui répondent pourtant à un besoin de la pratique, sont-elles encore réduites au rang de curiosité juridique ?

La raison tient au fait que le régime juridique et fiscal des donations optionnelles est mal défini. Si elles sont validées dans leur principe, un certain nombre de points essentiels ne sont pas tranchés. Ce qui laisse un sentiment de flou, peu propice au développement de la pratique.

Trois questions sont plus particulièrement discutées.

La première est celle de la date du transfert de propriété. Il n'y a plus aucun doute aujourd'hui sur le fait que, s'agissant d'une donation à terme, la propriété est transférée au jour de l'option et non au jour de la donation. Mais en revanche, la discussion reste ouverte sur la rétroactivité du transfert de propriété.

La doctrine est hésitante sur le sujet, tout en admettant que la rétroactivité présente en l'espèce plus d'inconvénients que d'avantages.

La seconde question est celle de la date à retenir pour l'équivalence des prestations nécessaires au respect de l'irrévocabilité spéciale. S'agit-il de la date de la donation ou de la date de l'option ?

Notre conviction est que l'équivalence s'apprécie au jour de l'option. Dans notre exemple de tout à l'heure, si le dirigeant décide *in fine* de donner à son fils une somme d'argent au lieu et place des titres sociaux, cette somme doit être équivalente à la valeur des titres au jour de l'exercice de l'option.

Enfin, le troisième point de discussion est fiscal. Il concerne plus précisément les droits de mutation.

Les auteurs qui se sont intéressés au sujet se réfèrent essentiellement à une jurisprudence bicentenaire de la Cour de cassation et à un traité de droits d'enregistrement datant de la fin du XIX^e siècle. Il était enseigné que les droits sont toujours exigibles au jour de la donation, peu important que le transfert de propriété soit différé dans le temps. Mais qu'aucune nouvelle taxation n'était exigible au jour de l'option, sauf si la valeur des biens effectivement transmis excédait celle sur laquelle les droits avaient été initialement liquidés. Auquel cas un complément de droits était dû.

Ces solutions fiscales sont parfaitement logiques. Elles sont conformes, selon nous, à la nature de donation à terme des donations alternatives et facultatives. Mais elles sont parfois incomplètes, et surtout trop anciennes pour être tout à fait rassurantes.

Et d'une manière générale, les incertitudes juridiques et fiscales qui entourent les donations optionnelles ne plaident pas en faveur d'une pratique sereine. Il suffit d'ailleurs, pour s'en convaincre, de voir que les rares formules de clauses

proposées sont systématiquement accompagnées d'un modèle de reconnaissance de conseil donné. Vous conviendrez avec moi que ce n'est pas particulièrement encourageant, même pour un notaire en quête de nouvelles sensations juridiques.

Voilà pourquoi nous pensons qu'à la manière des donations graduelles et résiduelles, qui ont fait leur apparition dans le Code civil, le développement des donations optionnelles nécessite une intervention du législateur, pour éclairer la pratique et offrir un cadre sécurisé.

Tel est le sens de la troisième proposition que nous soumettons aujourd'hui à votre vote.

Lecture des considérants par Xavier Guédé, Rapporteur

Considérant

- 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 Congrès des Notaires de France propose :

Que soient consacrées par la loi les donations, dites 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 ;

- au regard 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 ;
- et au regard 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.

... La parole est à la salle...

Intervenant 1 : D'abord, félicitations pour la clarté de votre exposé, illustré par des images. On comprend beaucoup mieux ces donations un peu compliquées qui ont été mises au point peu à peu. Votre vœu sur le plan fiscal sera certainement suivi comme tous les vœux de cette nature. Sur le plan juridique, évidemment, on peut hésiter, le professeur Malaurie va peut-être protester comme il le fait habituellement contre les vœux législatifs. Moi j'hésite un peu plus, parce que c'est vrai que les notaires ont besoin d'être encouragés. Je suis un des responsables des reconnaissances de conseils donnés. Je ne le fais pas pour me faire plaisir, mais pour aider les notaires à éviter des procès qui sont souvent tout à fait malvenus, infondés. Mais on constate tout de même que dans le droit actuel, il y a de plus en plus d'incertitudes, on n'est pas absolument sûrs d'obtenir le résultat voulu, c'est pourquoi on fait des reconnaissances de conseils donnés. Cela dit, le vœu législatif civil peut être discuté et je me demande si vous n'avez pas intérêt, étant donné la clarté de votre exposé, de dire aux notaires : « Marchez, vous pouvez y aller, allez-y, créez à nouveau une pratique qui, alors qu'autrefois les conditions n'étaient pas les mêmes, je le sais, était tout à fait vivante, donc marchez », même si le législateur ne nous suit pas sur le plan civil.

Xavier Bouché, Président : Je suis à 100 % d'accord avec vous, j'appelle de mes vœux le développement des donations alternatives et facultatives, simplement je constate que c'est le troisième congrès sur ce sujet, après ceux de 1991 et 2000, et il me semble, pour avoir fait un micro-sondage autour de moi, que les donations alternatives et facultatives sont très peu pratiquées. Il me semble donc qu'un petit coup de pouce du législateur, ou un gros coup de pouce, je ne sais pas, civil et fiscal, serait le bienvenu.

Intervenant 2 : Une première question, puisque cette proposition a valeur de proposition législative, qu'entendez-vous par « sous certaines conditions » ? Lorsqu'on fait une proposition législative, il faut que les conditions soient

précises. Donc on pourrait déjà éclairer quitte à remodeler votre vœu ultérieurement ; première question. Deuxième question, est-il opportun aujourd'hui de légiférer à l'époque de la contractualisation du droit de la transmission ? Ne peut-on faire confiance, tout simplement, à la liberté des contrats initiée par le Code Napoléon ?

Xavier Bouché, Président : Sur la première question, nous n'avons pas écrit les textes que nous aimerions voir introduits peut-être un jour dans le Code civil, simplement nous avons posé les bases de ces règles, qui approuveraient, qui consacraient les donations optionnelles, au moins sur deux points : le transfert de propriété et l'absence de rétroactivité, c'est inclus dans le vœu, et puis la question de la date d'équivalence des prestations, qui serait celle de l'option, et peut-être, voire surtout, un texte fiscal qui aurait pour objet finalement de valider en quelque sorte cette jurisprudence bicentenaire, dont je parlais à l'instant, qui est peut-être la raison qui fait qu'aujourd'hui ces donations optionnelles ne sont pas pratiquées. C'est probablement le plus grand frein à l'utilisation dans la pratique des donations optionnelles. Sur la deuxième question, j'appelle de mes vœux au développement des donations alternatives et facultatives, pas tous azimuts, parce qu'elles resteront toujours des donations assez marginales. Mais je pense effectivement qu'elles ont un sens. Elles sont validées depuis des décennies, voire des siècles, et il faut les appliquer et ne pas attendre une réforme législative pour cela, mais la réforme législative, encore une fois, sera la bienvenue.

Intervenant 3 : Je suis notaire à Paris. D'abord je voulais vous féliciter pour la qualité de vos travaux et la clarté de vos explications, et c'est extrêmement intéressant. Tout d'abord je voudrais souligner le côté tout à fait intéressant de l'approche de la 2^e proposition, sur l'irrévocabilité spéciale des donations, qui par ce rappel d'un principe général permet ensuite de passer sur les propositions suivantes, et notamment de donner encore plus de force à ce que l'on entend, en fait, dans l'approche des donations facultatives, etc. Sur le fond, je crois quand même, et je vous rejoins complètement, que l'on aura besoin de textes, parce que même si, sur le plan civil, effectivement, on peut imaginer revenir à des principes généraux, sur le plan fiscal, en revanche, je crois qu'il y a là un frein qui sera majeur si on n'arrive pas à avancer sur ce sujet, et il y a une grosse incertitude, lorsque l'on parle justement de vouloir modifier l'actif que l'on va donner, se pose la problématique des régimes fiscaux de faveur dont on a pu bénéficier lors de la donation initiale et qui n'existeraient pas pour l'actif substitué, donc je souscris et je soutiens pleinement votre vœu.

Xavier Bouché, Président : Effectivement la question des biens qui bénéficient d'un régime de faveur est importante, notamment la question de la compatibilité avec le pacte Dutreil. C'est une question essentielle, et si le pacte Dutreil est maintenu, ce que j'espère, je pense que c'est en bonne voie, ce serait très utile effectivement que pour le coup, le législateur fiscal puisse nous donner quelques certitudes.

Intervenant 4 : Je ne peux que partager votre souhait de voir se développer ce genre de stratégie patrimoniale, j'avoue que je suis un peu dubitatif quant à leur utilisation assez fréquente dans les années qui vont suivre. Quand on voit les réserves des notaires à l'égard des donations à terme, simples, des simples donations à terme de sommes d'argent, on se dit que dans les donations alternatives, les incertitudes sont telles que les notaires auront quelques difficultés à s'y lancer. Encore deux petites questions concernant vos propositions : dans une donation à terme, le transfert de propriété est reporté à la date de livraison, quid de la rédaction de l'acte, ça veut dire que si je fais une donation dans laquelle j'ai mis deux immeubles, l'acte est-il publié ou non, comment cela se passe-t-il ? Le notaire aimerait savoir ce qu'il doit faire puisqu'il a inscrit deux immeubles. D'autre part, deuxième observation, vous dites qu'il y a une obligation d'équivalence de valeur au jour de la livraison, mais quid alors de la dette de livraison ? Si je n'ai pas livré, j'ai une dette à l'égard de celui à qui j'ai donné, et si j'ai une dette à l'égard de celui à qui j'ai donné, je dois fiscalement la déduire, en termes d'ISF par exemple. Et si je ne prends pas la valeur au jour de la donation, je ne sais plus quelle somme indiquer puisqu'elle est reportée à la date de livraison. Donc, ce n'est pas simple, pour autant, allons-y, continuons, travaillons tous ensemble, pour arriver à de belles propositions parce qu'elles sont effectivement en harmonie avec les besoins de nos clients.

Xavier Bouché, Président : Sur les deux questions, le transfert de propriété effectivement a lieu au jour de la livraison, et sur le plan de la publicité foncière, le transfert de propriété doit être inscrit au fichier immobilier au jour du transfert de propriété. Sans aucun doute le donateur, dans une donation alternative, lorsque la donation porte sur un immeuble au moins, peut parfaitement vendre l'immeuble, sauf l'hypothèse d'une clause d'inaliénabilité mais qui n'a pas beaucoup de sens dans une donation alternative ou facultative. Donc la publicité foncière se fait toujours au jour de la livraison. Quant à l'ISF, évidemment le bien n'est pas transmis, le transfert de propriété est décalé dans le temps donc le bien doit figurer dans l'assiette de l'ISF du donateur, ça c'est une certitude, quant à la dette effectivement, la dette de livraison, à ma connaissance il n'y a pas de réponse, pas de doctrine fiscale sur le sujet. On peut peut-être faire référence au quasi usufruit, en

tout cas l'administration fiscale nous a clairement dit que la dette de restitution n'était pas déductible. Mais c'est un point qui pourrait effectivement être tranché par le législateur fiscal.

Intervenant 5 : De l'expérience que j'ai, je crains que le législateur fiscal ne se positionne que lorsque ces donations optionnelles auront reçu une bénédiction civile. Alors, je pense que l'ouverture pour travailler ces textes, en ce qui concerne les donations facultatives et les donations alternatives, pourrait être un travail en profondeur dans le cadre de la réforme du droit des obligations qui est toujours en cours, et je pense que c'est là, peut-être, qu'il y a véritablement une voie d'accès, aussi bien pour les contrats à titre onéreux que pour les contrats à titre gratuit.

Xavier Bouché, Président : Effectivement ça pourrait être à cette occasion-là, sachant que les obligations alternatives et facultatives sont pour le coup validées, elles sont dans le Code civil, en tout cas pour la première, depuis 1804. Mais c'est vrai qu'on pourrait l'étendre spécifiquement et expressément aux donations. Merci beaucoup, nous allons passer maintenant au vote.

La proposition est adoptée à une large majorité.

PROPOSITION 4 :

Consacrer un droit de retour optionnel.

Proposition 4 par Xavier Bouché, Président :

Mes chers confrères, nous allons maintenant nous intéresser à la clause de retour conventionnel. Son mécanisme bien sûr n'a plus aucun secret pour vous, elle est insérée dans la plupart de vos actes de donation et donation-partage.

Je rappelle néanmoins, très brièvement, que le droit de retour conventionnel permet au donateur de se réapproprier la chose donnée pour le cas où le donataire viendrait à décéder avant lui.

Et comme vous le savez, l'article 951 du Code civil, qui apparaît à l'écran, autorise deux variantes : le retour peut être stipulé pour le cas du prédécès du donataire seul, ou pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants.

Je rappelle également, pour mémoire, que la loi du 23 juin 2006 a instauré un nouveau droit de retour légal en faveur des pères et mères, dont l'objectif était de compenser la suppression, par cette même loi, de la réserve des ascendants.

Mais ce droit de retour légal, qui a vocation à s'appliquer à défaut de clause de retour conventionnel, n'est pas satisfaisant. Il est d'ailleurs régulièrement vilipendé par la doctrine tant le nouvel article 738-2 du Code civil est mal rédigé et source d'incertitudes.

L'institution de ce nouveau droit de retour légal, très imparfait donc, n'a eu aucun effet sur la pratique notariale, qui continue, à juste titre, d'utiliser des clauses de retour conventionnel.

Or, si l'hypothèse du prédécès d'un enfant était jadis improbable, elle l'est beaucoup moins aujourd'hui en raison de l'allongement de la durée de vie. En 1950, un donateur de 60 ans avait une espérance de vie de 15 ans alors qu'aujourd'hui, en 2012, ce même donateur de 60 ans peut vivre encore 25 ans.

Logiquement, les cas de décès d'enfants avant leurs parents, par maladie ou accident, se multiplient.

De sorte que chacun d'entre vous a déjà, ou va fatalement un jour, devoir régler la succession d'un donataire prédécédé et se trouver alors confronté à une clause de retour, dont la mise en œuvre, nous allons le voir, peut s'avérer problématique.

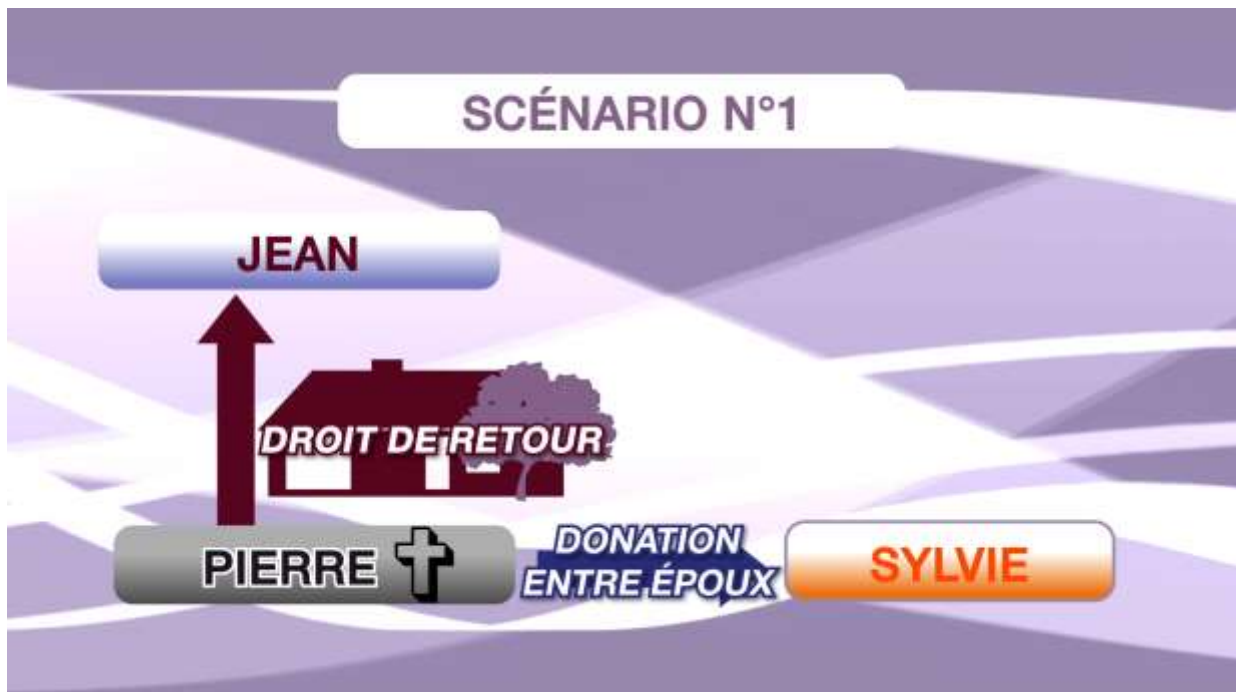
Pour bien comprendre l'enjeu de cette quatrième proposition, je vous propose une illustration extrêmement banale du droit de retour conventionnel.

Comme vous le voyez à l'écran, Jean a fait donation, en 2002, d'une maison d'habitation à son fils Pierre, en stipulant une clause de retour conventionnel pour le cas de prédécès du donataire sans descendance.



Or, ce qui ne devait pas arriver arrive : 10 ans plus tard, Pierre décède d'un cancer.

Examinons maintenant deux scénarios, en fonction de la composition de la famille de Pierre au jour du décès.



Dans le premier scénario, Pierre ne laisse pas d'enfant, mais uniquement son épouse, Sylvie, bénéficiaire d'une donation au dernier vivant. Dans ces conditions, la clause de retour a naturellement vocation à s'appliquer.

Mais il s'avère que Jean n'a pas besoin de récupérer la maison, et qu'il a toujours entretenu d'excellentes relations avec sa belle-fille. Il informe alors son notaire de sa volonté de renoncer au droit de retour.



Dans le second scénario, Pierre laisse à son décès, outre son épouse Sylvie, un enfant, prénommé Jacques. De sorte que cette fois la clause de retour n'a pas vocation à s'exercer. La maison sera transmise à Jacques et Sylvie, dans des proportions qui dépendront de l'option retenue par Sylvie, aux termes de la donation entre époux.

Mais il s'avère cette fois que Jean est en froid avec sa belle-fille, et qu'il aurait justement souhaité pouvoir exercer son droit de retour. Il regrette alors amèrement de n'avoir pas stipulé dix ans plus tôt un droit de retour pour tous les cas de prédécès du donataire, avec ou sans descendance.

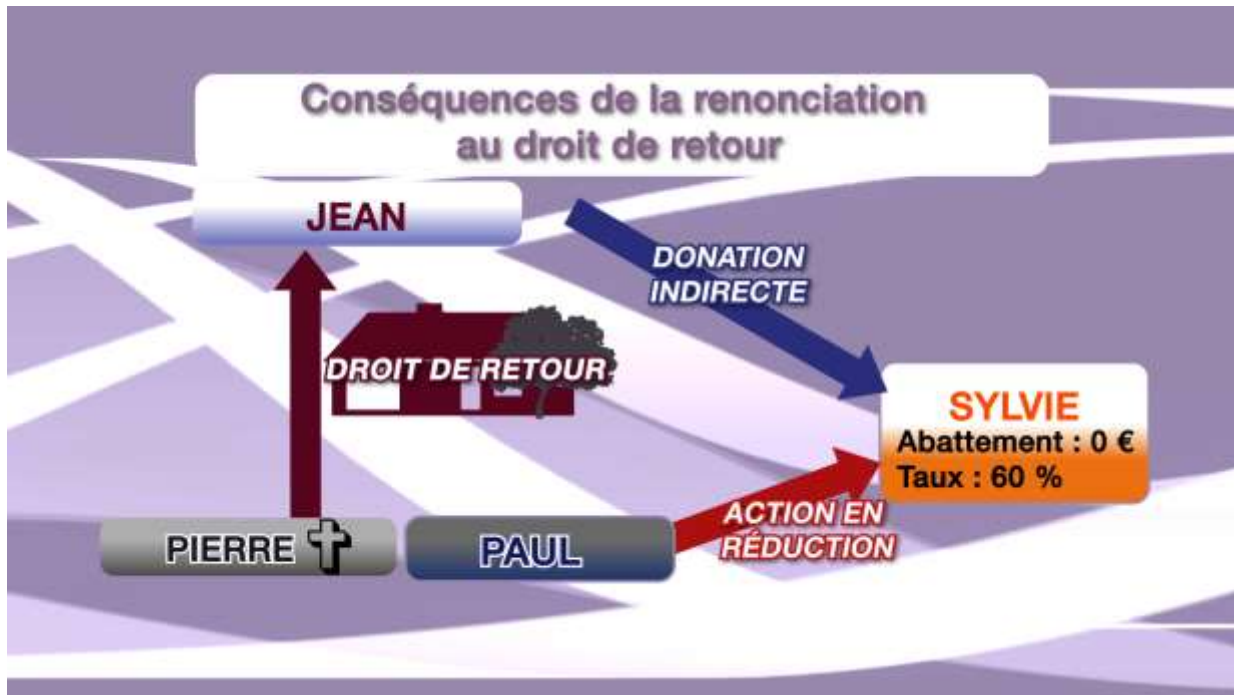
Au final, dans cet exemple à tiroirs, on voit bien que la clause de retour ne donne jamais satisfaction. Dans le premier scénario, le droit de retour s'applique mais le donateur ne souhaite pas l'exercer. Dans le second, au contraire, le droit de retour ne s'applique pas alors que le donateur aurait souhaité l'exercer.

Alors, me direz-vous, il suffit d'insérer dans nos actes une clause de retour pour tous les cas de prédécès du donataire, avec ou sans descendance. Quitte à y renoncer au jour du décès du donataire si le retour s'avère finalement inopportun.

Hélas, ce serait trop simple ! La doctrine est unanime à considérer qu'il n'est pas possible de renoncer à son droit de retour après le décès du donataire, ou plus

précisément qu'une telle renonciation opère une nouvelle transmission du donateur vers les héritiers du donataire.

Revenons un instant à notre premier scénario, dans lequel Pierre décède sans enfant. Si Jean renonce à son droit de retour, il réalise une donation indirecte au profit de sa belle-fille Sylvie. Avec les conséquences que l'on devine.



D'abord, au plan civil, cette donation est potentiellement réductible si Jean a d'autres enfants. Supposons ici que ce soit le cas, et que Pierre ait un frère cadet, prénommé Paul. Paul donc, si sa réserve est atteinte, pourrait exercer une action en réduction contre sa belle-sœur, au décès de son père.

Ensuite bien sûr, au plan fiscal, la renonciation au droit de retour est soumise aux droits de mutation au tarif applicable entre étrangers. Scénario catastrophe pour Sylvie, taxée à 60 % dès le premier euro alors qu'elle aurait été totalement exonérée à défaut de clause de retour conventionnel.

La clause de retour conventionnel peut donc s'avérer très pénalisante dans certaines hypothèses. Et se retourner contre celui qu'elle était censée protéger.

Alors que faut-il faire ? Faut-il bannir la clause de retour conventionnel de nos actes ? Ce serait évidemment excessif.

Faut-il en user avec plus de discernement, et ne plus l'envisager de façon aussi systématique ?

Sans aucun doute. Mais cela ne suffit pas. L'hypothèse du prédécès d'un enfant est déjà difficile à concevoir, alors anticiper sur la situation familiale et

économique dans laquelle se trouveront les parties au jour de ce décès, peut-être 20 ou 30 ans plus tard, relève de la pure divination.

Dans ces conditions, est-il possible d'orienter sereinement nos clients en sachant que, peut-être une fois sur deux, notre conseil s'avèrera en définitive non pertinent ?

Voilà, mes chers confrères, un cruel dilemme !

Pour le résoudre, il existe une solution. Solution qui, précisément, fait l'objet de notre 4^e proposition, c'est la clause de retour optionnel.

De quoi s'agit-il ? Très simplement d'une clause par laquelle le donateur se réserve, mais à titre simplement facultatif, un droit de retour pour le cas du prédécès du donataire. En clair, le donateur dispose d'une option entre : exercer son droit de retour ou ne pas l'exercer (Nous proposons d'ailleurs un exemple de clause page 194 du rapport).

Cette clause présente ou présenterait un double intérêt. En premier lieu, la clause de retour optionnel présenterait l'intérêt de ne pas figer les choses au jour de la donation. De laisser le donateur libre d'apprécier, au jour du décès du donataire, l'utilité de faire jouer ou non le droit de retour. En fonction de sa situation familiale ou économique, de son âge, de son état de santé, etc.

Et la clause de retour optionnel présenterait un autre atout majeur : celui d'évacuer la délicate question du choix à opérer entre les deux options de l'article 951 du Code civil. La clause pourrait en effet être stipulée sans aucun risque pour tous les cas de prédécès du donataire, avec ou sans descendance, puisque le donateur resterait toujours libre de l'exercer ou non, et notamment en considération de la présence d'enfants.

Alors, puisque cette clause est aussi performante, vous me direz qu'il n'y a qu'à l'adopter et l'intégrer dans tous nos actes. Et mon propos s'arrêterait là.

Oui, mais ce n'est pas aussi simple ! Car la validité de cette clause fait débat, comme en témoigne la position extrêmement contrastée des 5 CRIDON, que nous avons interrogés sur le sujet.

Il a notamment été soulevé que l'article 951 doit être interprété strictement. La clause proposée constituerait donc un aménagement du droit de retour non autorisé. Cet argument est discutable. Car la jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur la clause de retour optionnel, certes, mais elle a déjà admis que le droit de retour puisse faire l'objet d'aménagements conventionnels.

Il a été également soutenu que la clause de retour optionnel était un pacte sur succession future prohibé comme portant sur un bien dépendant de la succession non encore ouverte du donataire. Cet argument est également contestable, car le droit de retour conventionnel n'est pas de nature successorale.

Enfin, certains CRIDON valident la clause de retour optionnel mais doutent de son efficacité sur le plan fiscal, considérant que l'option du donateur pour le non-exercice du droit de retour pourrait être requalifiée en libéralité ?

Mais, là encore, en droit patrimonial de la famille, l'exercice d'une option dans un sens défavorable à son titulaire n'est pas nécessairement considéré comme une libéralité. C'est par exemple le cas de l'option pour l'usufruit par un conjoint survivant bénéficiaire d'une donation entre époux, alors qu'il aurait pu opter pour un quart en pleine propriété et trois quarts en usufruit.

Quoiqu'il en soit, il n'y a pas de consensus sur le sujet. Et tous ces arguments et d'autres, bien que discutables pour certains, ne peuvent être ignorés.

Or, la généralisation de la clause de retour optionnel dans nos actes de donation et donation-partage ne peut s'envisager que si elle est parfaitement validée et sécurisée aussi bien sur le plan juridique que fiscal. Les notaires et leurs clients ont besoin de sécurité.

Voilà pourquoi nous souhaitons donner une base légale à la clause de retour optionnel, avec cette quatrième proposition.

Lecture des considérants par Xavier Guédé, Rapporteur

Considérant

- 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 droit 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 Congrès 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 ».

... La parole est à la salle...

Intervenant 1 : Vous avez préparé des vœux formidables, qui sont pour l'essentiel d'une excellente qualité. Il vous a été reproché tout à l'heure de ne pas avoir proposé de textes. Pour les deux premiers vœux ce n'était nullement nécessaire puisque les règles existent déjà, vous leur avez manifesté un grand attachement que je comprends parfaitement. Et cette fois-ci vous franchissez le pas, il s'agit de rédiger un ajout dans le Code civil, article 951. Vous avez parfaitement travaillé et je ne doute pas que vous aurez la réponse à la question que je souhaite vous poser : au plan civil, j'ai l'impression que le résultat que vous souhaitez obtenir peut être atteint tout simplement par la stipulation d'un droit de retour conventionnel en cas de décès du donataire seul. Dans cette hypothèse, à supposer que le donateur préfère ne pas exercer le droit de retour parce que la situation familiale lui paraît suffisamment intéressante telle qu'elle est, il lui suffit d'y renoncer, c'est un droit, ce n'est pas une obligation, on peut toujours renoncer à un droit dès lors qu'il est acquis. Et s'il y renonce, la succession du donataire sera réglée tout simplement avec le bien qui a été donné, et qui se trouvera dans cette succession. Reste l'aspect fiscal, et j'ai l'impression que votre vœu est directement tourné vers cet aspect. Vous avez montré qu'il y avait un risque de taxation car la renonciation pourrait être constitutive d'une donation indirecte, mais au fond, êtes-vous bien certains qu'avec votre système le résultat ne serait pas le même, est-ce que nous n'aboutirions pas aussi à une donation indirecte dans l'hypothèse où le donateur utiliserait telle ou telle branche de son option dans un sens qui serait favorable à telle ou telle personne ?

Xavier Bouché, Président : Sur la première question, il me semble que la doctrine très majoritaire considère qu'il n'est pas possible de renoncer à une clause de retour conventionnel, ou plutôt qu'il est possible de le faire mais avec les conséquences

civiles d'une donation qui serait consentie par le donateur aux héritiers du donataire, avec des conséquences civiles malgré tout, que j'ai essayé d'illustrer tout à l'heure. Sur le plan fiscal, la modification de l'article 951, telle qu'elle est apparue tout à l'heure à l'écran, prévoit que l'option pour le non-exercice du droit de retour ne soit pas considérée comme une libéralité. Et nous considérons que le prolongement fiscal de cette modification de l'article 951 doit se faire naturellement et que peut-être éventuellement une instruction fiscale pourrait le confirmer mais que, en tout état de cause, affirmer que le non-exercice du droit de retour ne constitue pas une libéralité, pour nous, résout à la fois la problématique civile et la problématique fiscale.

Intervenant 2 : Votre proposition m'apparaît très séduisante, parce qu'il est très clair que la neutralisation de l'automatisme du retour conventionnel va constituer un instrument souple de techniques patrimoniales à mettre à côté de celles déjà mises en place par la loi de 2006. Vous l'avez parfaitement mis en valeur aujourd'hui, le bon choix patrimonial, c'est celui qui permet de s'adapter à l'évolution des situations économiques et familiales. Cette approche patrimoniale à géométrie variable est devenue une nécessité en raison de l'allongement de la durée de vie. Deux observations sur votre proposition : la première, je pense qu'au regard du principe de l'autonomie du droit fiscal, même si vous la faites figurer dans l'article 951, alinéa 3 nouveau du Code civil, elle mériterait un dispositif spécifique, comme on l'a fait en 2006 pour la RAAR, et comme on l'a fait en 2006 pour le cantonnement. Ce n'est pas suffisant de mettre dans votre texte civil que ça ne constitue pas une libéralité. On a pris le soin de le faire pour le cantonnement et la RAAR, d'ailleurs vous prenez soin pour la renonciation de le faire au vœu précédent, donc soyez d'une certaine cohérence pour aussi bien la renonciation que pour le non-exercice du droit de retour conventionnel. Ensuite, pour la deuxième observation qui est moins importante, mais je la précise néanmoins, vous indiquez que ce droit de retour s'exercera à titre facultatif dans un délai fixé par les parties. Moi je vous propose une formule plus générale qui engloberait l'ensemble du formalisme, nécessité par l'exercice de ce droit de retour, et d'indiquer qu'il s'exercera selon les modalités fixées par les parties, pour ne pas se limiter aux délais ; précision purement technique si on avait à insérer ce texte, un jour, dans un article du Code civil.

Xavier Bouché, Président : Sur la première question, enfin plutôt sur l'observation fiscale, évidemment nous avons réfléchi à la nécessité, ou pas, de proposer un texte fiscal, volontairement nous nous sommes cantonnés à une modification du Code civil, considérant que la fiscalité du droit de retour est déjà traitée par le Code général des impôts, à l'article 791 ter, ce qui n'était pas le cas de la RAAR et du

cantonement. Mais effectivement c'est une question qui pourrait se poser, est-ce qu'il faut une instruction ? Est-ce qu'il faut un texte ? La question reste ouverte, bien sûr.

Intervenant 3 : Est-ce que vous pourriez nous préciser ce qui va se passer lorsque le donateur sera devenu incapable d'exercer son option ?

Xavier Bouché, Président : C'est une bonne question. Il y a une autre hypothèse qui est celle du décès du donateur avant l'exercice de l'option, alors la réponse à la question est dans l'acte que vous allez rédiger. Dans la proposition de clause, on envisage que si le donateur n'a pas exercé son option dans un délai de trois mois, ou s'il est décédé avant ces trois mois, et bien il sera réputé ne pas avoir exercé son droit de retour.

Intervenant 4 : Si je peux me permettre de prendre la parole, j'indiquerais simplement que nous nous retrouvons dans le droit de la loi du 5 mars 2007 applicable à partir du 1^{er} janvier 2009, que tout ce qui touche la donation est un acte de disposition particulier, que nous soyons en matière de sauvegarde de justice, en matière de curatelle,- qu'elle soit simple, aménagée ou renforcée, en matière de tutelle que nous soyons en tutelle simple ou en tutelle avec conseil de famille. Il faudra toujours au préalable l'autorisation, sauf le cas des conseils de familles, du juge des tutelles. Concernant les conseils des familles bien sûr le juge des tutelles va siéger. Si nous avons le cas du conseil des familles avec un mandataire ; Monsieur a raison de dire que la question est fondamentale, parce qu'avec l'allongement de la durée de vie, l'exécution ou la non-exécution de la donation peut avoir lieu 20 ou 30 ans plus tard, alors même que le donateur a 85 ans et plus.

Xavier Bouché, Président : Oui, bien sûr. Alors juste pour terminer et répondre : dans ma proposition de clause, j'envisageais que le non-exercice de l'option dans les trois mois, à la limite, profite au donateur, c'est-à-dire que le donateur est censé avoir exercé son droit de retour.

Intervenant 5 : Je vais voter sans aucune arrière-pensée cette proposition qui me paraît excellente, bienvenue, et comme le disait fort justement Alain Delfosse, dans le sens de l'histoire. Et je trouve qu'en plus cette proposition a une vertu pédagogique pour tous les notaires de France, à savoir, est-ce que nous avons tous le réflexe, lorsque nous rédigeons une donation, une donation-partage, de réfléchir vraiment aux conséquences de l'exercice du droit de retour, je n'en suis pas vraiment sûr puisque l'on fait des formules standard qui prévoient le droit de retour, mais c'est à peine si on l'explique au client. Et je crois que votre proposition aura au moins le mérite de permettre d'avoir une espèce de droit de repentir dans l'hypothèse

malheureuse où ça arrive. Il n'y a pas très longtemps, j'ai eu un donateur de 85 ans qui faisait une donation-partage, parmi les donataires il y avait un monsieur de 60 ans qui était marié sans enfant et il n'a pas très bien compris, je lui ai expliqué et il a vu ça de manière assez négative, il l'a accepté parce qu'il respectait l'autorité du *pater familias*. Et souvent, on aurait intérêt à expliquer, surtout pour des gens qui ont un patrimoine non négligeable, qu'il serait préférable de prévoir dans une telle hypothèse une clause résiduelle dans la donation ou la donation-partage, justement pour éviter des remontées et des redescendentes qui n'ont aucun sens, arrivé à un certain âge. En tout état de cause, et pour toutes ces raisons, j'apprécie beaucoup votre travail et singulièrement cette proposition.

Xavier Bouché, Président : Effectivement, c'est le problème des clauses de style, et j'ajoute que la combinaison entre le droit de retour optionnel, la clause de retour optionnelle et la clause résiduelle est parfaitement possible et même très intéressante.

On va passer maintenant au vote. **Ce n'est peut-être pas l'unanimité mais la quasi-unanimité.**

PROPOSITION 5 :

Clarifier le régime juridique et fiscal de la résolution amiable des donations.

Proposition 5 par Xavier Bouché, Président :

Mes chers confrères, le nombre de libéralités entre vifs s'est considérablement accru au cours des dernières décennies. Un seul chiffre : 100 000 donations ont été consenties en France en 1970, contre 300 000 en 2007, hors dons manuels.

Parallèlement, le délai entre la donation et le décès du donateur s'est beaucoup allongé, sous l'effet conjugué de deux facteurs. En premier lieu, bien sûr, l'allongement de la durée de vie humaine. Mais aussi l'incitation fiscale aux transferts anticipés. Je pense en particulier au renouvellement périodique des abattements, 15 ans désormais, à la réduction d'assiette pour réserve d'usufruit ou encore, même si elles ont aujourd'hui pratiquement disparu, aux réductions de droits en fonction de l'âge du donateur. Autant de primes à l'anticipation successorale qui se sont avérées redoutablement efficaces.

Cette accélération du rythme des transmissions anticipées doit être saluée. Et elle est encore insuffisante : l'INSEE vient de publier une étude qui montre que les ménages de 60 ans et plus possèdent un patrimoine moyen 10 fois plus important que les ménages de moins de 30 ans.

Dans ce contexte, les libéralités entre vifs sont doublement utiles. D'abord elles participent au rééquilibrage nécessaire entre les générations. Ensuite, quant elles portent sur l'épargne excédentaire des seniors, elles sont un facteur de dynamisme économique, les jeunes générations étant plus orientées vers la consommation et l'investissement que leurs aînés.

Les donations entre vifs doivent donc être encouragées.

Mais évidemment, l'anticipation successorale n'est pas sans danger. Aucun donateur n'est à l'abri d'un accident de la vie, qui rendrait *a posteriori* inopportune la donation consentie. Par exemple un divorce, la maladie ou la dépendance du donateur, un revers de fortune, un licenciement, etc.

D'où cette question, et c'est précisément l'objet de la cinquième proposition : lorsque survient l'un ou l'autre de ces événements, les parties peuvent-elles, d'un commun accord, revenir en arrière, en révoquant la donation consentie ?

Autrement dit, peut-on résoudre, amiablement, une donation et dans l'affirmative, quelles en sont les conséquences juridiques et fiscales ?

La première question, celle de la validité de la résolution amiable peut être rapidement évacuée dans un sens positif.

En droit commun des contrats d'abord, si la révocation unilatérale est condamnée par l'article 1134 du Code civil, le même article précise que les parties peuvent parfaitement révoquer une convention par consentement mutuel. C'est ce que la doctrine appelle le *mutius dissensus*.

Ensuite la règle de l'irrévocabilité spéciale des donations n'est en aucune manière menacée par la résolution amiable. Ce qui est proposé, vous l'avez compris, c'est la faculté réservée par le donateur, dans l'acte de donation, de révoquer unilatéralement la donation consentie. Or l'hypothèse que nous visons ici est tout autre, c'est celle où les parties décident, ensemble et *a posteriori*, de résoudre la donation.

La validité de la résolution amiable des donations est donc incontestable. Elle est d'ailleurs admise, aussi bien par le Conseil d'État que par la Cour de cassation. En revanche, la jurisprudence ne s'est pas clairement prononcée sur la qualification juridique de la résolution amiable.

Et la littérature est plutôt discrète sur le sujet. Quelques auteurs anciens, tels que Demolombe au XIX^e siècle, ont brillamment disserté sur les conséquences juridiques de la résolution amiable d'une donation. Mais à chaque fois en partant d'un présupposé selon lequel la résolution opérerait nécessairement une donation en sens inverse, du donataire au profit du donateur.

Sans rechercher si le donataire est ou non inspiré par une intention libérale. Comme si cela relevait d'une évidence.

Or, la qualification d'une résolution amiable en libéralité est potentiellement lourde de conséquences.

Comme vous pouvez le voir dans l'exemple qui s'affiche, où Jean Martin a donné sa résidence secondaire en pleine propriété à son fils Pierre. Or, un an plus tard, alors qu'il est âgé de 58 ans, Jean Martin est brutalement licencié. Il envisage alors de s'installer à son propre compte en achetant un fonds de commerce. Mais il est à court de liquidités et se trouve contraint de vendre la maison de famille pour financer son projet.

Les relations familiales étant excellentes, Jean et son fils Pierre conviennent ensemble de révoquer la donation. Ils consultent leur notaire.

Et voilà le notaire de la famille Martin plongé dans un abîme de perplexité. Comment en effet traduire la volonté de ses clients ? Doit-il, comme l'y incite la doctrine Demolombe, établir un acte de donation en sens inverse, par le fils au profit du père ?

Il en résulterait une double conséquence : l'une civile, l'autre fiscale.

En premier lieu, les 2 enfants de Pierre, Jacques et Paul, pourraient, au décès de leur père, exiger la réunion fictive de cette nouvelle donation aux biens existants. Si Jean, le grand-père, survit à son fils, il encourra la réduction pour atteinte à la réserve.

En second lieu, cette fois sur le plan fiscal, Jean, devenu donataire, serait assujéti aux droits de mutation à titre gratuit au-delà de l'abattement en ligne directe, désormais limité à 100 000 €.

Que de conséquences fâcheuses !

Mais, comme ce notaire aura assisté aux travaux de la première commission du congrès de Montpellier, il se souviendra qu'il n'y a pas de libéralité sans intention libérale. Qu'il n'y a d'intention libérale que s'il existe une volonté de gratifier, et enfin que cette volonté doit constituer le motif impulsif et déterminant de l'avantage économique conféré au bénéficiaire.

Et dans notre exemple, comme dans la majorité des cas, les parties entendent seulement remettre les choses en l'état, pour faire face à une situation d'urgence ou de besoin. Pierre n'a pas conscience de s'appauvrir. En tous cas ce n'est pas là le mobile propulseur.

Le notaire de la famille Martin, convaincu que ce *mutius dissensus* ne porte pas d'intention libérale, mettra alors au panier son projet de donation en sens inverse pour établir un acte neutre qu'il intitulera « résolution amiable, ou révocation amiable ou résiliation amiable ».

Cette cinquième proposition, vous l'avez compris, veut affirmer haut et fort que la résolution amiable d'une donation ne constitue pas une donation en sens inverse. Ou, du moins, pas systématiquement. Car au fond, de deux choses l'une.

Soit l'opération est volontairement qualifiée de donation en sens inverse par les parties, assistées de leur notaire, et il y a alors une présomption quasi irréfragable de libéralité.

Soit l'opération est qualifiée par les parties de résolution amiable, et il n'y a pas de libéralité, sauf, naturellement, si l'intention libérale du donataire envers le donateur est avérée. Mais la charge de la preuve pèse sur celui qui l'invoque, la Cour de cassation vient de le réaffirmer avec force au début de cette année.

La résolution amiable d'une donation, quand elle ne constitue pas une libéralité, est donc un acte neutre, soumis au droit commun des révocations amiables. Et la jurisprudence pose le principe que la révocation amiable produit le même effet que l'accomplissement d'une condition résolutoire.

De sorte que, dans le silence des parties, les choses sont remises en l'état initial, comme si la donation primitive n'avait jamais existé. En pratique cependant, les parties pourront écarter conventionnellement la rétroactivité, ce qui est parfaitement admis par la jurisprudence.

Enfin, sur le plan fiscal, la position de l'administration nous paraît très contestable, puisqu'elle soumet la résolution amiable d'une donation aux droits de mutation à titre onéreux, dès lors que le donateur, en tout cas, n'est pas animé par une intention libérale.

Nous ne voyons aucune logique à cette règle. Car la résolution amiable n'est jamais un acte onéreux. Elle est un acte neutre.

C'est pourquoi nous proposons que toutes les conséquences fiscales soient tirées de l'analyse civile : de sorte que, sauf intention libérale avérée, la résolution amiable soit soumise au droit fixe.

Voici donc le texte de la cinquième proposition.

Lecture des considérants par Xavier Guédé, Rapporteur

Considérant

- 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 Congrès 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.

... La parole est à la salle...

Intervenant 1 : Je suis à 100 % pour votre proposition, d'autant plus que je vis en ce moment un dossier particulièrement pénible où on retrouve ce type de problématique, il s'agit d'un propriétaire qui, il y a une quarantaine d'années, avait fait une donation d'un château à 50 km de Paris à un établissement public, donc là c'est le problème de personne morale, à un établissement public d'État avec des charges très précises d'y développer, de manière récurrente, des activités culturelles, artistiques et autres. Rien n'ayant été réellement fait par cet établissement public pendant toutes ces années, la mairie s'est déclarée intéressée pour reprendre le bien en question et souscrire aux obligations voulues par le donateur qui entretemps était décédé, et un accord a été trouvé avec les héritiers du donateur et avec l'État, en l'occurrence, qui avait bien compris que ce n'était pas possible et qui en plus entretenait les lieux, ce qui n'était pas rien, une centaine d'hectares, un très grand château. Donc un accord a été trouvé pour faire une révocation amiable de la donation avec pour motivation l'inexécution des charges, une motivation qui peut être complètement prouvée, avérée, et pour consentir le même jour une nouvelle donation à la commune avec des nouvelles charges qui ressemblent évidemment aux anciennes. En fait, on se trouve devant de nombreux problèmes : l'État, en l'occurrence, employait une dizaine de personnes pour l'entretien courant du château, quid du droit du travail dans une hypothèse de cette nature, s'il y a une révocation on reprend le bien, mais cette notion d'activité peut faire courir le risque de reprendre les dix employés, alors qu'il n'était pas question que la commune accepte de reprendre les dix salariés qui y travaillaient. Cela fait des mois que l'on travaille sur ce sujet, et donc l'État s'est occupé du reclassement des gens. Ceci pour expliquer que votre proposition sur la clarification juridique me paraît tout à fait opportune. Quant à la fiscalité, effectivement, les gens sont un peu tombés des nues, surtout les héritiers du donateur d'origine, quand on leur a dit : « Il faut payer des droits comme si vous rachetiez le bien. » On ne voit pas très bien la justification de ce type de taxation. Finalement un accord a été trouvé, mais très iconoclaste parce que la mairie s'est rendue compte qu'au fond, les droits de mutation à titre onéreux rentraient dans sa poche pour la plus grande partie, et elle a donné son accord pour les restituer aux héritiers du donateur d'origine, et dans ce sens la nouvelle donation sera à

charge de rembourser la somme correspondant aux droits de mutation. Donc, quand vous voyez la gymnastique à laquelle il faut travailler pour obtenir satisfaction, on ne peut qu'être d'accord avec votre proposition. Ce qui est sûr c'est que l'on a besoin de clarification et surtout d'avoir un régime fiscal qui soit cohérent avec la réalité.

Xavier Bouché, Président : C'est une très belle illustration pratique que j'aurais pu utiliser à la place de mon exemple.

Intervenant 2 : En effet, je trouve votre proposition tout à fait intéressante, surtout sur son volet fiscal, en tant que civiliste je suis un peu plus inquiet parce que en ce qui concerne la jurisprudence, la Cour de cassation a notamment rendu en 1994 un arrêt par lequel elle dit concernant une rétrocession qu'il s'agit d'une donation indirecte. Et je voudrais vous poser la question suivante : est-ce que vous ne craigniez pas qu'on retienne systématiquement l'intention libérale au motif qu'il ne s'agit jamais que d'avantager autrui. Or, justement, vous avez dit « intention de gratifier », mais est-ce que ce n'est pas simplement l'intention d'avantager le donateur, et à ce moment-là, on aurait systématiquement une libéralité ?

Xavier Bouché, Président : Merci, Monsieur le professeur. Dans l'arrêt de 1994, effectivement, j'ai eu l'occasion de le voir au cours de nos travaux, la question est de savoir s'il y avait intention libérale ou pas. En l'occurrence il y avait intention libérale donc on en revient au vœu n°1, celui de l'intérêt de définir les contours et les critères de détermination de l'existence d'une intention libérale, donc finalement tout est dans l'intention libérale ; je rajoute que l'acte de résolution amiable est ou sera rédigé par un notaire, évidemment, et que ce sera au notaire d'apprécier l'existence ou non d'une intention libérale, et là encore on en revient au vœu n°1.

Intervenant 3 : C'est une observation par rapport aux travaux, aux transformations que l'on peut faire sur le bien, quid du statut qu'ils vont avoir et puis éventuellement le détournement par rapport à l'ISF ?

Xavier Bouché, Président : Merci pour ces deux questions, je vais essayer d'y répondre rapidement. Sur la question des améliorations, je dirai, là encore, que c'est une question d'intention libérale. Si les améliorations apportées par le donataire sont extrêmement importantes, on voit mal comment la résolution ne pourrait pas être requalifiée en donation en sens inverse. S'il s'agit de simples améliorations, il y a bien là deux possibilités, soit le donateur rembourse au donataire les améliorations qui ont été effectuées, soit, éventuellement, avec la théorie des impenses que l'on

connaît en matière d'indivision, selon que les dépenses sont nécessaires, utiles ou voluptuaires, soit le donateur n'a pas l'intention de rembourser ces impenses, et le donataire ne le demande pas, et dans ce cas il y aura à mon sens, une libéralité consentie au donateur, à concurrence de ses améliorations qui seraient, par hypothèse, utiles et nécessaires. Sur la deuxième question, celle de l'ISF, on pourra être parfois, évidemment, à la limite de l'abus de droit. Je pense que dans l'immense majorité des cas, l'objet de la résolution amiable de la donation ne sera pas fiscal, mais il peut y avoir des cas limites évidemment et le Comité des abus de droits est là pour veiller au grain.

Nous allons maintenant passer au vote de cette 5^e proposition.

La résolution est adoptée à la quasi-unanimité.

PROPOSITION 6 :

Confirmer la neutralité juridique et fiscale de la renonciation à succession.

Proposition 6 par Xavier Guédé, Rapporteur :

Avant la loi du 23 juin 2006 portant réforme du droit des successions et des libéralités, lorsqu'un héritier appelé à une succession exerçait son option successorale et choisissait de renoncer à cette succession, cela avait pour conséquence de priver ses propres héritiers de tout droit dans ladite succession.

Corrélativement, l'effet de cette renonciation à succession était d'appeler, aux lieu et place du renonçant, ses cohéritiers ou les héritiers appartenant à un ordre subséquent.

La loi l'exprimait ainsi à l'ancien article 786 du Code civil :

« La part du renonçant accroît à ses cohéritiers ; s'il est seul, elle est dévolue au degré subséquent ».

Ainsi, au cas de renonciation à une succession bénéficiaire, les présomptifs héritiers du renonçant étaient frustrés définitivement de la quote-part successorale à laquelle leur auteur avait renoncé.

La loi le formulait expressément et froidement en deux temps :

- à l'ancien article 744 (alinéa 1^{er}) du Code civil : « *On ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes* »,
- et à l'ancien article 787 du Code civil : « *On ne vient jamais par représentation d'un héritier qui a renoncé (...)* ».

Par une volte-face, néanmoins préfigurée par la faculté ouverte en 2001 de représenter les indignes, la loi du 23 juin 2006 a autorisé la représentation successorale des renonçants.

La loi énonce désormais, toujours en deux temps, un principe nouveau.

Tout d'abord, elle prévoit à l'article 754, alinéa 1^{er}, du Code civil que :

« (...) *on ne représente les renonçants que dans les successions dévolues en ligne directe ou collatérale* ».

Ensuite, elle dispose à l'article 805, alinéa 2 que :

« *Sous réserve des dispositions de l'article 845, la part du renonçant échoit à ses représentants (...)* ».

La règle nouvelle est donc, tout simplement, l'inverse de l'ancienne.

Alors que naguère, on ne représentait JAMAIS un héritier renonçant, désormais on peut TOUJOURS représenter un héritier renonçant.

Cette application de la technique de la représentation successorale au domaine de la renonciation à succession permet donc, comme le dit la loi à l'article 751 du Code civil :

« (...) *d'appeler à la succession les représentants aux droits du représenté* ».

Il se produit donc un saut de génération de n (le défunt) à $n + 2$ (ses petits-enfants), grâce à la volonté de $n + 1$ (son enfant) manifestée par l'acte neutre que constitue la renonciation à succession au greffe du tribunal de grande instance du lieu d'ouverture de la succession.

Cette liberté nouvelle conquise par tout héritier appelé à une succession ouverte depuis le 1^{er} janvier 2007 a créé des perspectives de développement du nombre

des renonciations à succession qui, jusqu'alors, ne représentaient qu'environ 5 % du nombre des successions ouvertes chaque année.

Le notariat doit donc prévoir et conseiller, une stratégie nouvelle s'appuyant sur la technique de la renonciation à succession.

Tout héritier à qui une succession est dévolue doit dorénavant s'interroger sur le point de savoir s'il a l'utilité de ces biens et droits héréditaires transmis par cette succession.

Au cas de réponse négative, il pourra, éventuellement, renoncer dans le but d'en faire profiter ses propres enfants.

La renonciation à succession est ainsi devenue, par l'effet de cette opportune modification législative de 2006, un outil de transmission patrimoniale.

C'est bien ainsi que le rapport à l'Assemblée nationale de Sébastien Huyghe a présenté cette opportunité nouvelle :

« (...) un corollaire indispensable, dans le cas de la succession ab intestat, de la possibilité ouverte par le projet de loi en matière de libéralités de procéder à des donations transgénérationnelles, au profit d'un petit-enfant, et de la faculté nouvelle ouverte à l'enfant de renoncer a priori à toute action en réduction (...) ».

Cependant, cette fonction nouvelle « *d'instrument de stratégie patrimoniale* » conférée au mécanisme de la représentation successorale s'est effectuée au moyen d'une économie de mots et de textes.

Or, cette parcimonie législative pourrait bien être un frein à l'utilisation de ce nouvel outil de transmission qu'est la représentation de l'héritier renonçant.

Ce frein pourrait avoir trois sources.

En premier lieu, la jurisprudence.

En effet, cette modification *a minima* des textes pour introduire la faculté nouvelle place le ou les représentant(s) de l'héritier renonçant à une succession bénéficiaire dans une situation inconfortable, elle l'(les) expose à la jurisprudence rendue sous l'empire des textes antérieurs réglementant la renonciation à succession.

Or, naguère, il a été souvent jugé que la renonciation à une succession bénéficiaire était, en réalité, une donation indirecte.

L'on parlait de renonciation *in favorem*.

Celles-ci étaient reconnues « translatives » au contraire de celles qui n'étaient pas déclenchées par une intention libérale qui étaient dites « abdicatives ».

Cette jurisprudence ne semble pas contredite par les textes nouveaux qui n'ont vu dans l'autorisation nouvelle de la représentation des héritiers renonçants qu'un moyen dont ils n'ont pas entrevu la nécessité de choisir la qualification. De sorte que l'autorité de la jurisprudence rendue sous l'empire des textes antérieurs à cette loi du 23 juin 2006 resterait entière. Et cette autorité ferait planer un doute quant à une éventuelle requalification de la volonté de l'héritier renonçant en donation indirecte.

Un deuxième frein à l'utilisation de la faculté nouvelle, viendrait d'un texte du Code civil issu de cette même réforme de 2006.

En effet, l'article 754, alinéa 2, du Code civil dispose depuis 2006 que :

« Les enfants du renonçant conçus avant l'ouverture de la succession dont le renonçant a été exclu rapportent à la succession de ce dernier les biens dont ils ont hérité en son lieu et place, et s'ils viennent en concours avec d'autres enfants conçus après l'ouverture de cette succession. »

Si donc « *les biens dont ils ont hérité en son lieu et place* », comme le dit le texte, sont rapportables, on peut légitimement y voir la présence d'une libéralité.

En effet, ce texte, conjugué à la nouvelle jurisprudence issue des quatre arrêts rendus par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 18 janvier 2012 et dont nous avons parlé tout à l'heure à l'occasion de notre première proposition semblent bien indiquer qu'une telle renonciation serait une libéralité.

Un troisième et dernier frein pourrait être d'ordre fiscal. En effet, sous l'empire des textes antérieurs à la réforme opérée en 2006, l'article 785 du Code général des impôts organisait le régime fiscal de la renonciation à succession. Ce texte posait la règle de la neutralité de cette renonciation à l'égard de l'administration. Une double liquidation des droits de succession devait être effectuée : droit dû part le renonçant et droit dû ensuite de la renonciation, seuls les droits les plus élevés étant dus. Mais, il n'y avait pas fiscalement de double imposition ; du

patrimoine du défunt à celui du renonçant, et de celui du renonçant à celui appelé par les faits de la renonciation. Cet article a été abrogé par l'article 52 de la loi de finance rectificative pour 2006, de sorte que l'accompagnement fiscal de la renonciation à succession est aujourd'hui encadré, par incidente, par l'article 779, 1 et 4 du Code général des impôts à propos des abattements dont bénéficient les héritiers en ligne directe et en ligne collatérale. Cet encadrement législatif *a minima*, conjugué à des rescrits fiscaux publiés présentant des cas manifestement frauduleux de renonciation, pourrait donner lieu à des interprétations par l'administration fiscale défavorables à cette technique nouvelle et souhaitable de la représentation des héritiers renoncés.

Est-ce là ce qu'a voulu le législateur de 2006 ? Assurément non !

Le rapport à l'Assemblée nationale, que nous avons cité tout à l'heure, avant de faire de la représentation des héritiers renonçants un corollaire de la donation-partage transgénérationnelle et de la RAAR, justifiait la volte-face législative sur cette question de la représentation des renonçants par le souhait de permettre « *aux descendants du renonçant de ne pas être gravement lésés par cette renonciation de leur ascendant direct* ».

Alors, en bonne logique, s'il s'agit d'éviter aux descendants d'un héritier appelé à une succession d'être lésés par sa renonciation, il ne peut donc pas s'agir de créer un enrichissement.

Or, l'enrichissement est nécessaire à l'existence d'une libéralité.

Aussi, la renonciation à succession qui a pour effet de transmettre aux descendants du renonçant « *les biens dont ils ont hérité en son lieu et place* » ne pourrait pas être une libéralité.

Alors ! Me direz-vous ! Pourquoi alors ne pas l'avoir écrit ?

Comme cela a été fait à l'article 930-1, alinéa 2, du Code civil pour la RAAR qui dispose que :

« *La renonciation, quelles que soient ses modalités, ne constitue pas une libéralité.* »

Comme cela a été fait pour le cantonnement en général à l'article 1002-1 du Code civil qui dispose dans sa dernière phrase que :

« Ce cantonnement ne constitue pas une libéralité faite par le légataire aux autres successibles. »

Et comme cela a été fait pour le cantonnement par le conjoint survivant en particulier à l'article 1094-1, alinéa 2, dernière phrase, du Code civil :

« Cette limitation ne peut être considérée comme une libéralité faite aux autres successibles. »

Aussi, afin de lever définitivement toute ambiguïté sur la qualification à retenir de l'acte neutre que constitue l'exercice de l'option successorale par un héritier appelé à une succession bénéficiaire, en faveur de la renonciation à ladite succession, le 108^e Congrès des notaires de France formule la proposition suivante :

Lecture des considérants par XAVIER Bouché, Directeur

Considérant

- 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 Congrès 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 ».*

... La parole est à la salle...

Intervenant 1 : Je comprends parfaitement le souci de sécurité juridique et fiscale qui anime votre proposition, notamment sur les conséquences d'une renonciation abdicative sur la liquidation des droits de mutation à titre gratuit. L'objectif en

fait est de couper court à toute velléité de l'administration fiscale au regard d'une éventuelle double taxation du défunt au renonçant, du renonçant au bénéficiaire de la renonciation. Néanmoins deux questions se posent : au regard des cas visés par l'alinéa 2 de l'article 805, c'est-à-dire au premier cas la représentation du renonçant, au deuxième cas l'absence de représentation du renonçant, sa part accroît à ses cohéritiers ou à défaut échoit aux héritiers de l'ordre subséquent. Ne pensez-vous pas que dans ces situations, le risque de double taxation est néanmoins évité aujourd'hui ? Pourquoi ? En fait, en 2006, lorsque nous avons travaillé sur la réforme fiscale et la réforme des successions et des libéralités, on avait pris soin, vous l'avez dit très justement, de modifier les articles du tarif, et notamment les articles des abattements, et aussi dans une instruction fiscale du 22 novembre 2007, on a une précision très claire de l'administration fiscale qui nous dit qu'en cas de représentation du renonçant il n'y a pas lieu à double taxation, donc on met de côté le sujet de la représentation du renonçant. Maintenant, dans les deux autres cas visés à l'alinéa 2 de l'article 805, c'est-à-dire en fait l'absence de représentation, donc la part qui accroît aux cohéritiers ou à défaut aux héritiers de l'ordre subséquent, celui-ci n'est pas visé effectivement par le Code général des impôts, il est visé éventuellement et *a contrario* par l'instruction fiscale du 22 novembre 2007 ; qui précise que, lorsque la renonciation ne modifie pas les règles de la dévolution légale, la renonciation, même la renonciation à une personne déterminée, est assimilée à une renonciation pure et simple, une renonciation abdicative et n'entraîne pas une double taxation. Donc, aujourd'hui, votre vœu va dans un sens avec lequel je suis entièrement d'accord, il faut essayer de clarifier, mais il faut aussi sécuriser. Votre vœu aurait le mérite d'être consolidé et codifié dans le Code général des impôts, de fixer la solution de l'administration fiscale, d'éviter des raisonnements *a contrario*, comme celui que je viens de faire, mais néanmoins attention à ne pas trop susciter d'interrogations auprès de l'administration fiscale sur des choses qui peuvent apparaître relativement claires aujourd'hui, je me situe au plan fiscal et pas au plan juridique de votre proposition. Encore bravo pour toute cet après-midi qui était formidable.

Xavier Guédé, Rapporteur : Merci de votre position qui va dans le sens de la nôtre, puisque de toute façon notre but n'est que de confirmer et de sécuriser quelque chose dont nous pensons que cela existe déjà. Il n'y a pas d'ambiguïté là-dessus. On souhaite simplement écrire clairement que cette combinaison de deux techniques civiles, qui n'ont strictement rien à voir avec la transmission d'une manière classique, mérite une qualification qu'elle n'a pas eu clairement.

Bertrand Savouré, Rapporteur général : Je prends l'occasion qui m'est donnée pour répondre à l'observation précédente : quand on doit raisonner *a contrario* pour trouver la sécurité fiscale, c'est que quand même il y a un problème, premièrement. Deuxièmement, ce que nous voulons dans la proposition, c'est montrer et affirmer, assumer en fait complètement, que la renonciation à succession est une technique de transmission. Donc nous, ce que nous ne voulons pas, c'est masquer la réalité de nos études et de nos dossiers, et nous voulons pouvoir conseiller à nos clients, en toute sécurité, la possibilité de renoncer à une succession, donc tu as tout à fait raison, la sécurité fiscale aujourd'hui, elle existe, on peut sans doute régler toutes les difficultés qu'on aurait potentiellement avec l'administration, mais il nous semble nécessaire d'aller bien plus avant et d'assumer complètement cette stratégie de transmission.

Xavier Bouché, Président : Nous allons passer au vote :

Le vote est adopté à l'unanimité sauf une voix.

Deuxième commission



UN CADRE

INTRODUCTION

Introduction par Nicolas Randoux, Président

Mesdames, messieurs, mes chers confrères,

Le cadre de la transmission, voilà le thème qui sera abordé ce matin.

Par cadre, nous entendons l'ensemble des règles constituant une contrainte plus ou moins oppressante à l'encontre de la transmission. Ce cadre, on pourrait le croire figé, il n'en est rien. Les règles afférentes à la transmission ne cessent, vous le savez, d'évoluer. Le législateur ne s'y est pas trompé, lui qui est revenu par deux fois, en 2001 et en 2006, sur l'ouvrage. Et ce n'est pas lui manquer de respect que de considérer que cette matière, plus que d'autres, nécessitera encore à l'avenir son intervention.

Ces évolutions nécessaires pour répondre aux besoins de la société amènent systématiquement à se poser la même question : faut-il plus ou moins de contraintes ? Que cette question est piègeuse ! Car il y a là, comme en cuisine, une quantification à opérer. Et pourtant, nous ne pouvons nous laisser aller à des mélanges inédits de saveurs. Le problème du caractère contraignant de la norme juridique se pose aussi bien pour la réserve que pour le rapport des libéralités.

Il amène en premier lieu à s'interroger, et c'est l'objet de la première proposition, sur l'opportunité de la réserve. Mais à supposer celle-ci établie, encore faut-il la garantir. Intervient alors la mise en œuvre de la réduction. C'est bien la déclinaison de celle-ci qui délivre les senteurs les plus subtiles de la réserve, du bois parfumé de la maison familiale constituant pour les héritiers autant de madeleines englouties à la somme d'argent dont l'objectivité est telle qu'un dicton populaire lui conteste la moindre odeur. Faut-il supprimer toute trace de réduction en nature ? Nous tenterons de répondre à cette question à l'occasion de la deuxième proposition.

À user de provocation, j'aurais tendance à vous dire que les deux premières propositions ne sont rien sans la troisième. Il n'est guère utile de renforcer un système juridique si certains peuvent en éviter l'application par un simple déménagement dans un autre pays. La réserve doit être étudiée à l'international et c'est l'objet de la troisième proposition.

La contrainte, je vous l'ai dit, est affaire de dosage. À cet égard, on est en droit de se demander si le législateur n'a pas eu la main trop lourde en matière de rapport des libéralités. La question est ici d'autant plus importante que la contrainte sert l'égalité entre les héritiers. Mais peut-on aboutir à une égalité absolue ? Quand bien même celle-ci ne serait pas une chimère, faut-il tout abandonner pour y parvenir ? C'est au regard de la mise à disposition gratuite d'un bien que la quatrième proposition tente de répondre à cette difficile question.

Mais la contrainte, enfin, n'est pas qu'affaire de dosage. De manière systématique, elle amène certains à s'en détourner. Et, à bien y réfléchir, quoi de plus normal ? On préfère en général le sucré à l'amer. Sauf que la contrainte consiste ici au rapport que le gratifiant exige du gratifié comme modalité de la libéralité. Elle est bien souvent un élément déterminant de la donation. En plus de légale, la contrainte est alors légitime. Le législateur en a pris conscience, lui qui a instauré les clauses de rapport en cas de renonciation. La cinquième proposition a pour but de clarifier le régime juridique de cette clause.

Par endroits, trop de contraintes ; en d'autres, pas assez. Ce constat n'est pas le reflet d'une insatisfaction obstinée. Il doit être perçu comme le souci de rechercher l'équilibre dans une matière qui constitue le cœur de notre activité. Assurément, elle le mérite.

Je vous propose sans plus attendre de passer à l'étude de la première proposition.

PROPOSITION 1 :

**Affirmer l'attachement du notariat à la réserve
héréditaire.**

Proposition 1 par Nicolas Randoux, Président

S'il existe des tendances en droit, la réserve semble être passée de mode. Elle ne

correspond plus, nous dit-on, à l'air du temps. Pire, elle se heurte à de puissants mouvements contemporains.

En droit de la famille, elle empêche le plein développement de la contractualisation. Parce qu'elles sont d'accord, les parties doivent pouvoir transmettre ce qu'elles veulent à qui elles veulent. Pourquoi la réserve est-elle un obstacle à une donation-partage pleinement inégalitaire ou simplement à un legs au profit de la concubine ? C'est entendu, nous disent les clients, les enfants ont déjà été allotis. Ils ont eu leur part, nous rassurent-ils, en essayant probablement de se rassurer eux-mêmes.

Mais dans cet excès d'explications, ils ne comprennent pas que la loi décide à leur place et qu'elle les prive de manifestations d'affections en faveur de certains. D'où le développement de l'assurance-vie, d'où la création de la renonciation anticipée à l'action en réduction.

De manière générale, la réserve va à l'encontre du libéralisme ambiant. Oh ! Bien sûr, l'opposition n'est pas ici frontale mais latente, respect pour cette vieille dame du droit successoral oblige. Il n'empêche, certains cercles de réflexion tendent à insister à coup de rapports ou de conférences sur l'inutilité de la réserve et sur l'opportunité de la remettre en cause.

C'est sans doute ce qui explique cette récente proposition de loi visant à autoriser une personne à ignorer la réserve dans une finalité philanthropique. La bonne pensée au service du démantèlement du droit successoral. Car comment ne pas traiter les juristes d'affreux égoïstes s'ils n'acceptent pas l'effacement de la réserve par une cause aussi noble ? À peine oserait-on susurrer qu'à un vrai problème on apporte à bon escient une mauvaise solution.

Mais surtout, l'argument le plus souvent avancé à l'encontre de la réserve, c'est celui de son ancienneté. Parce que la réserve a trop de passé, elle n'a plus assez d'avenir. Elle se vide d'elle-même, elle s'épuise. Si l'histoire a une fin, selon Fukuyama, a fortiori la réserve en a-t-elle une.

Le constat est accablant. La réserve est taxée d'archaïsme, contournée par l'assurance-vie et fragilisée par la Renonciation Anticipée à l'Action en Réduction. D'où la question : faut-il supprimer la réserve ?

Question difficile, et il ne s'agit pas ici d'élever une partie d'entre nous contre une autre. Chacun s'est forgé son avis sur la question mais nous espérons, au regard des multiples fondements que nous allons égrainer, vous convaincre, si besoin est, de son intérêt.

Si la réserve est le pilier de l'ordre public successoral, ce n'est ni par tradition, ni par défaut, c'est tout simplement parce qu'elle est utile. La réserve n'est pas qu'une notion, dont on parlerait plus qu'on ne l'appliquerait. Destinée à la pratique, elle constitue un véritable instrument juridique. On ne peut le nier, ses atouts sont

nombreux.

En premier lieu, la réserve regorge d'avenir. Elle est le gage de l'indépendance d'une jeunesse qui n'est pas obligée de se ranger par réalisme à la volonté des ascendants. Prendre son autonomie intellectuelle et émotionnelle car on sait qu'on ne peut être matériellement rejeté vivifie l'esprit d'entreprise et suscite l'envie d'innover. La réserve modère les passions, celles-ci pouvant se traduire par une certaine tyrannie testamentaire. Quel épanouissement pour une jeunesse qui vit sous la crainte des spasmes du codicille ? La réserve a mille fois raison de ne pas brider l'impertinence de la jeunesse car celle-ci est parfois le signe d'une pensée fort prometteuse.

Tournée vers l'avenir, la réserve garantit également le présent. Le présent d'un individu d'abord, car en octroyant des droits, la réserve suscite inmanquablement des devoirs. Des devoirs moraux, certes, mais devoirs quand même. L'héritier réservataire, s'il sait son sort garanti, se sent débiteur à l'endroit de son ascendant. Il essaie de le comprendre, l'aide et même l'accompagne. La sérénité que se découvre celui-ci du fait de la protection de la loi aide celui-là au moment où la fragilité due à l'âge se fait sentir.

La loi recouvre la réserve d'un non-dit, celui de l'exhérédation, pour permettre aux relations humaines de se développer sur des bases solides. Ce faisant, la réserve modère les réactions excessives. Elle apparaît comme un instrument de régulation.

Le présent d'une fratrie ensuite : peu importent les relations, tumultueuses ou non, fondées sur la différenciation avec l'ascendant ou au contraire sur le mimétisme avec celui-ci, chaque frère et sœur fait partie d'un même groupe, celui des réservataires. Au risque de dislocation par des avantages excessifs au profit de l'un de ses membres, la réserve répond par une égalité minimale entre eux.

Conséquence non négligeable : la réserve évite les litiges initiés par ceux qui n'ont rien à perdre car ils n'ont tout bonnement rien reçu. De manière plus technique, si les testaments sont faiblement attaqués, c'est bien parce qu'il y a peu d'intérêt à les contester...

Le présent d'une famille enfin, et même au-delà d'ailleurs. La réserve permet le développement des solidarités. Elle est à ce titre porteuse d'une fonction sociale. Ces solidarités s'expriment du haut de la famille, c'est-à-dire des ascendants vers le bas, c'est-à-dire les descendants. Bien sûr, nous dit-on, les gens n'attendent pas après cela, d'ailleurs renchérit-on, n'héritent-ils pas à un temps où ils sont déjà grands-parents ? Oui, mais si tel est le cas, la réserve, tout comme le testament, tout comme la transmission sont vidés d'une partie de leur signification. A argument nihiliste, autre argument nihiliste en somme. Mais dans les autres cas, la réserve permet l'expression de la solidarité familiale.

A ses détracteurs, on ne peut que rappeler que la notion est en perpétuelle évolution.

Réserve en valeur, en nue-propriété, pourquoi pas plus tard en usufruit, autant de déclinaisons nouvelles signe de l'incroyable vitalité de la notion.

A évoquer le mouvement, ne peut-on pas imaginer un statut au moyen duquel la volonté individuelle aurait plus ou moins prise sur la réserve. Un aménagement du régime de la réserve à l'initiative de celui-là même qu'elle protège constitue sans doute une piste de réflexion à étudier.

L'essentiel est que la réserve de demain permette, comme celle d'aujourd'hui, de garantir un véritable équilibre social.

Enfin, si je ne vous ai pas encore pleinement convaincu, faisons œuvre l'espace d'un instant, je l'espère, de fiction. Imaginons un droit sans réserve. Voyons large : rayons une partie du titre II du Livre III du Code civil. Nous avons tous entendu les arguments de ceux qui estiment que la réserve est une atteinte à leur liberté de transmettre, qu'elle ne correspond pas à la toute-puissance de leur volonté, durement renforcée au fil des ans. Mais avons-nous entendu les autres, ceux qui doivent recevoir ? On peut en douter et ce pour plusieurs raisons.

Les plus jeunes ne se soucient guère de la réserve. Comme, d'ailleurs, ils ne se préoccupent pas des affaires d'héritage. Tout cela, c'est loin au fond, pour eux, ils ont le temps. Ce qui ne signifie pas qu'ils n'y porteraient pas le même intérêt que leur ascendant si le temps se faisait plus pressant. Surtout, ils savent bien qu'ils doivent développer leur patrimoine par eux-mêmes. Il y a ici comme un code de réussite. Ce n'est pas pour autant qu'ils n'attendent pas une aide naturelle de leurs parents. Une chose, mes chers confrères, peut être voulue sans être demandée.

La suppression de la réserve serait alors, pour les plus jeunes, comme un ralliement à ceux, plus anciens, qui maîtrisent la transmission.

Adhérer à cette position nous amènerait à renvoyer l'image de praticiens légitimement désireux d'avenir mais malencontreusement empêtrés dans le passé. Devons-nous alors opérer pareil chamboulement, lequel, par le tournis qu'il ne manquerait pas de provoquer, nous mènerait en-deçà de notre point de départ ? A suivre les vogues, prenons garde à ne pas devenir rétro. D'autant que les grands couturiers le savent bien, les modes ne durent que le temps d'une saison.

Lecture des considérants par Priscille Caignault, Rapporteur

Considérant

- 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 renonciations 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 Congrès des Notaires de France propose :

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

Avant d'ouvrir le débat nous vous communiquons deux informations : La première est relative au questionnaire qui vous a été distribué à l'ouverture de la séance. Il s'agit d'un questionnaire sur la réserve héréditaire en lien direct avec la première proposition qui vient de vous être présentée. Nous savons que chacun ne pourra peut-être pas s'exprimer aujourd'hui, pourtant nous sommes persuadés que vous avez tous un avis sur le sujet. Et votre avis nous sera utile. Nous vous invitons donc à remplir nombreux ce questionnaire et à le remettre aux hôtes en sortant de l'auditorium. La deuxième information concerne le bon déroulé de nos débats et du vote des propositions : Pour permettre au plus grand nombre d'entre vous de s'exprimer, nous vous remercions, comme hier, de ne poser qu'une seule question à la fois, et de la formuler de la manière la plus concise possible. Nous vous invitons également, avant de prendre la parole, à vous lever et à vous présenter. S'agissant maintenant du vote, nous vous rappelons que seuls les notaires en exercice ont le droit de voter, le vote s'effectue, comme vous le savez, au moyen de ce panneau.

.... La parole est à la salle...

Intervenant 1: Bonjour, je voudrais commencer par un tout petit rappel historique, vous avez dit que la réserve héréditaire était une vieille dame, pas du tout, elle date de 1804, cela fait 200 ans seulement, ce n'est pas énorme, et ce qu'il faut voir c'est ce qu'il y avait avant, c'était le droit d'aînesse, le régime dotal pour les femmes et toute l'histoire de la Mainmorte, c'est-à-dire les personnes se sentant proches de la fin laissaient tous leurs biens à une religion ou à une association pour acheter leur passage. Et quand je dis religion, je ne pense pas seulement à la religion catholique. Donc, avant de remettre en cause la réserve, il faut surtout penser à ce qu'il y avait avant.

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie de votre observation mon cher confrère.

Intervenant 2: Il faut évidemment voter ce vœu, en dehors du rappel historique extrêmement important qui vient d'être fait, il est bien évident que c'est un rempart important contre le nomadisme contemporain de l'amour et de l'affection. Il faut dire également que c'est un des socles de notre système

juridique et on a vu hier, et on le verra, je crois, encore pendant ces deux jours, que le grand débat aujourd'hui c'est quand même la préservation de notre culture juridique issue en grande partie et en matière civile du Code Napoléon. Alors, ceci étant, une question très simple, dans le considérant vous dites : « *la réserve doit évoluer* », dans la proposition vous dites « *elle évolue* ». Pourquoi y a-t-il un peu moins d'impératif dans la proposition alors que le considérant était clairement « *doit évoluer* » ? Peut-être attendez-vous le résultat de notre sondage, mais pourquoi « *doit* » dans le considérant et pourquoi plus faiblement « *évolue* », c'est un simple constat, ce n'est pas un impératif dans la proposition elle-même ?

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie de votre observation mon cher confrère, « *doit évoluer* », « *peut évoluer* », bref, elle évolue, et je suis d'accord avec vous, l'essentiel est qu'elle évolue.

Intervenant 3 : Je voudrais dire que votre vœu est parfaitement équilibré, la réserve est en effet fondée sur un socle de règles plus que bicentennaires, on vient de le dire, dont la principale est que cette réserve constitue le reflet de la responsabilité de la solidarité familiale et donc il faut réfléchir avant de détricoter le droit. Et sur ce point, l'alinéa premier de votre vœu me semble parfait. Mais voilà, la mise en œuvre de la réserve peut poser problème dans certaines situations, parce que la solidarité familiale est battue en brèche, non pas du haut vers le bas comme vous l'avez dit, mais à l'inverse, entre les héritiers et les parents. Je veux dire que, malheureusement, et je crois que les notaires pourront confirmer cette situation, il arrive que les liens familiaux avec les parents soient rompus, parfois depuis des décennies et ce sont les nouveaux modes de vie qui veulent cela. Et c'est alors le notaire qui est informé que, dans la grande vieillesse des parents, certaines personnes, des tiers à la famille, les ont entourés, un petit peu comme quand, au siècle dernier, les bonnes s'occupaient de leur curé ! Et on est alors confronté à un problème : le disposant, effectivement, a parfois dépassé la réserve héréditaire, surtout lorsqu'il y avait plus de trois enfants et que le patrimoine était assez restreint. Alors que doit faire le notaire ? Va-t-il falloir qu'il procède à une réduction des legs ? Là je crois que l'alinéa 2 de votre vœu met l'accent sur un problème de société, qui, je le crains, va se développer dans les années à venir.

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie de votre observation, Monsieur le professeur.

Intervenant 4 : Comme vous le dites très justement, la réserve héréditaire est un des piliers de notre droit successoral, comme dans certains pays de droit

continental. Il faut bien sûr la conserver par opposition aux pays de tradition anglo-saxonne attachés aux principes d'une large liberté testamentaire. C'est vrai que lors des différentes auditions qui ont précédé la loi de 2006, nous avons sans cesse rappelé la nécessité de son maintien. Nos concitoyens, le notariat, lors de l'enquête préalable de la réforme de 2006, avaient démontrés leur attachement, et je suis prêt à parier que cet attachement sera identique à l'issue du sondage que vous avez proposé aujourd'hui. Certes, la réserve a ses détracteurs qui ne manquent pas d'avancer sa nocivité économique et sociale. Simplement, la réserve a considérablement évolué, elle devra encore, pour survivre, évoluer en fonction des besoins de la société, en tout cas je voterai personnellement votre proposition.

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie de votre observation Maître Delfosse.

Intervenant 5: Merci d'avoir lancé le débat qui est évidemment fondamental. Personnellement je réfléchis depuis de nombreuses années à cette question, et avec des hauts et des bas en fonction des dossiers et des situations auxquels je suis confronté. Mais, maintenant je suis convaincu qu'il faut conserver la réserve. Je ne suis même pas sûr que ce soit la réserve en elle-même qui pose problème, mais la manière dont elle est traitée à droite et à gauche, je dirais qu'aujourd'hui elle est devenue une mauvaise maison de tolérance, et donc il faut la repenser et la faire évoluer.

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie de votre remarque Maître Ferrandez.

Intervenant 6: J'approuve totalement votre vœu, votre argumentaire est tout à fait éclairant et parfaitement convainquant, c'est une approbation sans réserve. Ceci étant, j'ai peut-être quelque part un petit regret, vous voulez sauver la réserve héréditaire actuelle, telle qu'elle se présente, c'est-à-dire celle qui résulte de la loi du 23 juin 2006, et précisément je me souviens que cette loi du 23 juin 2006 a quand même rapidement supprimé la réserve des ascendants. Alors, bien sûr, on dira que, en compensation, il y a eu cet article 738-2, le droit de retour sur les biens donnés, et on sait aussi toutes les contorsions nécessaires pour voir encore aujourd'hui comment l'appliquer. J'ai été très frappé, à l'époque, lors des débats qui ont été rapides sur le sujet d'ailleurs, de voir cette suppression de la réserve des ascendants. Il y a une contradiction quelque part, dans la mesure où on sollicite, et avec tous les moyens, les seniors : les parents, pour anticiper, pour

donner, et après qu'ils ont donné, quelque part, on leur coupe la tête puisqu'ils ne sont plus réservataires. Et puis, sans parler de ces donations fastueuses à laquelle ils sont invités à consentir, dans les patrimoines moyens, les patrimoines petits, modestes, au regard de la situation des familles aujourd'hui, on a beaucoup parlé de l'allongement de la vie, de l'évolution de la société. L'allongement de la vie est aussi souvent significatif de besoins de vie de plus en plus élevés où alors, l'enfant venant à décéder laissant un patrimoine dont il a disposé au profit de tiers, les parents, même s'ils sont toujours dans le besoin, n'ont plus rien à dire. C'est un regret, et j'aurais aimé que vous y fassiez allusion dans votre vœu aussi, pour comprendre malgré tout cette suppression de la réserve des ascendants.

Nicolas Randoux, Président : L'objectif de ce vœu était avant tout d'affirmer la notion de réserve, et peut-être même, de manière plus générale, le caractère d'ordre public du droit successoral. Mais, nous comprenons bien votre point de vue sur le regret de la suppression de la réserve des ascendants.

Intervenant 7: C'est évident que votre vœu c'est : il faut sauver le soldat réserve, alors du haut du paradis des juristes nous devons être bien contents de ce vœu, je pense qu'il faut l'adopter sans aucune réserve, il faut aller jusqu'au bout, et pour retenir les propos de notre confrère Delfosse, c'est vrai que ce mouvement qui vient contester la réserve est d'inspiration anglo-saxonne. Alors les anglo-saxons nous ont déjà brûlé Jeanne d'Arc, on ne va pas les laisser nous brûler la réserve !

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie, mon cher confrère, pour ce rappel historique et pour votre observation sur la réserve.

Intervenant 8: Je suis d'origine britannique et maintenant je pratique en tant que notaire en France, j'ai grandi avec la notion de droit coutumier, on n'a pas de droit de réserve, et je ne crois pas qu'il y ait moins de solidarité dans la famille en Grande-Bretagne qu'en France, et il me semble que la liberté individuelle, c'est quand même plus important que de pouvoir protéger des enfants qu'on n'a pas nécessairement envie de protéger.

Nicolas Randoux, Président : Au fond je crois que nous sommes tous d'accord, le droit est avant tout le produit d'une histoire, il ne s'agit pas d'opposer la liberté à l'égalité, il s'agit simplement de considérer que cette institution juridique, plus que d'autres, nous semble utile et donc doit être préservée. Mais j'ai bien compris que je n'aurais pas réussi à vous convaincre d'implanter la réserve en Grande-Bretagne.

Intervenant 9: Je voterai ce vœu avec une grande fierté pour le notariat. En effet, au moment où les contrats de Pacs se développent dans nos études, où, vous le savez, vont bientôt commencer les débats sur le mariage entre personnes du même sexe, quand on voit l'évolution du droit de succession depuis la loi du 3 janvier 1972 qui a reconnu des droits aux enfants dits naturels - on a supprimé le mot adultérins comme vous le savez, tous les enfants maintenant héritent au même degré – à ce moment donc je ne voudrais pas qu'on ouvre une brèche et je soutiens complètement votre vœu, que ce congrès défende avec une grande fermeté le droit de la famille car sinon nous ne ferons plus de donation aux enfants. La famille, vous le savez, est en train d'éclater, nous avons dans nos études des successions de familles recomposées qui sont de plus en plus difficiles. Donc maintenant, avec un embryon si je puis dire, avec un grand « E », du droit de la famille, reconnaissons le droit des enfants et faisons très attention lors de futurs débats au sujet de la réserve de ne pas rétrécir la réserve à une peau de chagrin, vous savez comme moi que nous faisons encore des communautés dites universelles, il y a certes l'assurance-vie mais il faut maintenir avec une grande fermeté la réserve héréditaire en droit français.

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie de votre observation mon cher confrère.

Intervenant 10: Il est vrai qu'il y a quelques années, j'étais assez réservé sur la réserve, sans faire de mauvais jeu de mot. Et plus le temps passe, plus je constate qu'elle est nécessaire : il y a un côté qui n'a peut-être pas été assez abordé, c'est le côté intérêt général de la réserve. On voit de plus en plus que, dans le cadre des collectivités locales et autres, il y a de plus en plus d'aides, la collectivité vient en aide aux personnes âgées et autres, et c'est vrai que la réserve crée en quelque sorte une obligation vis-à-vis des ayants-droit. Et je pense que le législateur sera bien inspiré de maintenir la réserve car c'est un élément qui permet de stabiliser les rapports, et qui permet donc à l'aide sociale de pouvoir s'exercer sans arrière-pensées.

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie de votre observation, mon cher confrère.

Intervenant 11: C'est autant le notaire, avec 40 ans de métier derrière lui, que le père et grand-père de cinq petits-enfants qui se permet de prendre la parole ce matin. J'ai connu une évolution dans ma vie professionnelle, j'ai un souvenir assez précis ; il y a une vingtaine d'années, on nous a demandé de régler une

succession, c'était un organisme social qui avait assuré la fin de vie d'un monsieur dans un établissement de retraite, il n'avait apparemment, aucun héritier, il était là depuis une vingtaine d'années et n'avait jamais de visite... Nos amis généalogistes ont bien travaillé et rapidement ils ont trouvé que ce monsieur avait un fils qui habitait à quinze kilomètres exactement de la maison de retraite. Et là, je me suis dit que ce n'est quand même pas très normal que ce monsieur n'ait pas pu, par testament, déshériter cet enfant apparemment ingrat. Donc il y a pleins d'arguments en effet contre la réserve héréditaire, la dispersion des familles aujourd'hui, l'hédonisme ambiant et puis il y a aussi l'argument que quand des gens ont 50 % de leur patrimoine en assurance-vie, est-ce que cela a encore un sens... Sur cet argument-là, je dirais qu'il ne faut pas le prendre comme tel, c'est l'inverse qu'il faut faire, c'est-à-dire qu'il faut remettre l'assurance-vie dans la réserve et ne pas se servir de l'assurance-vie pour dire que la réserve ne sert à rien. Alors, en réalité, nous sommes dans un congrès sur la transmission et la transmission, c'est quand même une opération familiale, on transmet autant de sa personne que son patrimoine et je pense qu'en tant qu'outil de solidarité familiale, on ne peut pas aujourd'hui faire abstraction de cet outil, surtout lorsque l'on voit des gens vivre très très vieux, plus on avance en âge et plus on est susceptible d'être atteint par des vulnérabilités de tous genres et il serait scandaleux qu'au soir de sa vie, quelqu'un prive ses enfants, sur des influences plus ou moins innocentes, de son patrimoine, aussi petit soit-il, et j'allais dire plus il est petit et plus c'est grave, donc je voterai favorablement à votre proposition, avec une certaine réserve tout de même quant au quantum, je pense qu'il faut maintenir le principe de la réserve mais compte tenu des arguments contre qui doivent aussi être pris en considération, je crois qu'il serait plus astucieux d'instituer ce que j'appellerais un « bouclier familial » - vous voyez à quoi je veux faire allusion - qui serait de l'ordre, par exemple, de 50% du patrimoine, au fond on est libre de disposer de 50% de ces biens, et 50% doivent rester à la famille et aux enfants. Et par contre, je crois qu'il faudrait être beaucoup plus libre sur la répartition de ce bouclier familial qui serait une réserve générale pour l'ensemble des enfants, mais à l'intérieur des enfants, on n'est pas obligé de partager exactement selon le nombre d'enfants que l'on aurait. Donc, oui à la réserve sur le principe, oui au bouclier familial de 50% si l'on veut déjà avancer dans le débat.

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie de votre observation, le vœu qui vous est présenté aujourd'hui consiste à confirmer ou non votre attachement au

principe de la réserve. Les modalités de la réserve constituent une autre question qui n'est pas abordée au travers de ce vœu.

Bertrand Savouré, rapporteur général : Juste une petite précision en complément, dans le deuxième alinéa de la proposition, nous avons précisé que la réserve doit évoluer avec la société. Les questions de quantum, ou de personnes, sont des modalités d'exercice de la réserve qui sont bien sur des vraies questions. Aujourd'hui, est-ce que la réserve doit aller au conjoint, hier il n'y en avait pas, qu'en sera-t-il demain ? C'est précisément la raison pour laquelle nous avons proposé que la réserve doit évoluer avec la société car la position d'aujourd'hui sur les bénéficiaires et sur le quantum ne sera pas celle de demain. Notre proposition est destinée à s'inscrire dans le temps, l'attachement du notariat à la réserve héréditaire est un attachement qui doit durer, pas les modalités de son exercice.

Intervenant 13: Je voulais faire une observation dans le même sens : si on défend la réserve héréditaire, ne faut-il pas également inclure les assurances-vie dans le calcul de cette réserve ? Mais c'est vrai que c'est un autre débat.

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie de cette observation mon cher confrère, l'intégration que vous suggérez sera soulevée dans d'autres commissions et je laisserai donc le soin à mes coéquipiers de répondre à cette question au moment venu.

Intervenant 14: Je voulais évidemment apporter mon soutien à ce vœu qui est extrêmement important. Je voulais rappeler que la réserve n'existait pas, le mot « réserve » a été introduit dans le Code civil il y a très peu de temps, mais l'expression existait sous une autre forme sous l'ancien régime, on l'appelait « la légitime », c'était la part que tous les héritiers, tous les enfants pouvaient recevoir de ses auteurs. Or, il y a une certaine corrélation avec les coutumes. Lorsque les coutumes maintenaient une légitimité relativement forte, il y avait beaucoup de notaires, lorsqu'elle était faible, le maillage notarial diminuait.

Intervenant 15: Bien sûr je voterai votre proposition, et plutôt des deux mains, c'est un principe, comme l'a rappelé votre rapporteur général, et le notariat a besoin de principes pour asseoir également la fonction de notaire. En même temps on a vu à travers le débat qu'il y avait beaucoup de cas particuliers, et je pense que nous avons tous des expériences diverses et variées, nous pourrions chacun nous exprimer pour évoquer une situation particulière dans laquelle la réserve semble inadaptée. En même temps il faut asseoir le principe, d'une façon

évidente, et ne pas oublier que le notaire est aussi conseil : c'est vrai que l'allongement de la vie est important et c'est aussi au notaire de conseiller son client par rapport à une situation donnée. Je voudrais juste faire une parenthèse pour dire qu'effectivement, il existe des moyens comme la RAAR, dont vous avez parlé. Effectivement, la RAAR c'est un outil très précieux, notamment lorsque le bien le plus important de la famille est une entreprise, et que seul un des enfants a les compétences nécessaires pour poursuivre cette entreprise et conserver les emplois, et la RAAR est justement un des moyens pour faire en sorte que la réserve puisse être atteinte mais avec l'espoir de développer une entreprise ou de continuer une entreprise et cela dans un climat familial tout à fait normal. Il me semble que c'est bien d'asseoir cette réserve, ce principe, et je vous remercie de cette proposition.

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie mon cher confrère pour la pertinence de cette observation et l'exemple de l'entreprise. Dernière question, avant que nous passions au vote.

Intervenant 16: Il y en aura au moins un qui sera contre votre vœu, ce sera moi, je trouve qu'il est teinté de conservatisme et qu'il manque d'audace, je pense que le notariat s'enorgueillirait de faire une proposition supprimant la réserve en France. Je crois qu'il y a moyen de protéger les cas dont nous avons parlé, tout simplement en prévoyant que pour porter atteinte à la réserve il faut un testament authentique.

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie de votre observation, mon cher confrère, je me permettrais néanmoins d'indiquer que le maintien du droit n'est pas forcément source de conservatisme et que tout changer n'est pas forcément source non plus de nouveauté.

Nous allons maintenant procéder au vote.

La résolution est adoptée.

PROPOSITION 2 :

**Éclairer la volonté pour les legs consentis à des non
successibles.**

Proposition 2 par Nicolas Randoux, Président :

En 1840, Stendhal écrivait à Balzac qu'en écrivant *La Chartreuse*, pour prendre le ton, il lisait chaque matin deux ou trois pages du Code civil. Quiconque n'a pas lu *La Chartreuse* se sentirait rassuré sur la compréhension du vocabulaire employé en droit. Les autres savent ô combien l'écart peut être important entre le langage courant d'une part et le langage juridique d'autre part.

Le terme même de réserve peut paraître difficilement compréhensible pour celui qui l'entend. Dire qu'il correspond à un minimum garanti par la loi semble insuffisant pour dissiper tout malentendu quant à sa signification. Comment ce minimum s'exprime-t-il ? S'agit-il de prendre des biens dans la succession ou au contraire d'obtenir une créance contre la succession ? À n'en pas douter, le langage courant évoque beaucoup plus un droit dans la succession qu'un droit contre la succession. Ne dit-on pas communément que l'on va toucher une « part d'héritage » ou que l'on va léguer une part de sa succession ? Il est vrai que ce lien aux biens qu'entretient le langage courant prend son assise dans une longue tradition juridique. Pendant plus de deux siècles, la réserve exprimait, via son mode de réduction, une part dans la succession de son auteur. L'appréhension matérielle des biens était la conséquence d'une réserve indéfectiblement liée à l'actif successoral. Le législateur a opportunément renversé le principe en 2006. Délaissant la réduction en nature, il s'est orienté vers la réduction en valeur. Dans les hypothèses de réduction des libéralités consenties, ce passage amène à considérer la réserve comme une créance.

De cette distorsion entre le langage courant et le langage juridique, nous tirons les conséquences et nous proposons que le principe de la réduction en valeur soit expliqué par nos soins à nos clients. Il s'appliquera, ainsi, pour les legs consentis à des non-successibles, lorsque ces legs auront été constatés par acte authentique.

Il ne s'agit pas ici de revenir sur ce qui a été fait. La réduction en valeur constitue un progrès essentiel et déterminant en droit des successions. Elle permet d'éviter les indivisions et facilite les liquidations, donc les transmissions. Pour autant, elle a contre elle de constituer une technique, laquelle, et c'est bien là le propre d'une technique, n'est connue que des techniciens, à savoir nous-mêmes. Elle constitue une rupture, croyons-nous, avec la pensée communément admise.

Or, il n'y a pas pire danger que celui d'un droit tourné sur lui-même ; pas pire écueil que celui de juristes en décalage constant avec ceux qui ont besoin d'eux. La tendance actuelle à la simplification du droit résulte d'une attente des non-

juristes à comprendre ce qui leur est trop longtemps apparu comme abscons. Simplification du droit des sociétés, simplification du droit social, à quand la simplification du droit des successions ? De ce point de vue, pareille réforme sonnerait pour nous comme un échec, celui de la pédagogie.

La distinction entre la réduction en valeur et la réduction en nature doit ainsi être expliquée, et osons le dire, vulgarisée. Car elle emporte des conséquences fondamentales en pratique : dans le cas d'un legs universel consenti à un concubin, les héritiers réservataires pourrait bien n'appréhender rien d'autre qu'un chèque d'un montant égal à leur réserve. Des lettres maladroitement, mais au combien touchantes, d'un amoureux d'un autre temps, devenu par la suite le grand-père de la famille, plus généralement des objets du quotidien, des parents affligés de banalité avant le décès mais chargés d'émotions depuis. Les héritiers ne verront rien, les souvenirs de famille seront oubliés, ils perdront leurs puissances évocatrices. Ce point, comme d'autres d'ailleurs, mérite explication.

Il faut sortir la réduction de sa torpeur, non par une explication théorique quant à son expression mais par une évocation de la portée dont elle est dotée. Les clients sont à même de comprendre s'ils veulent que les réservataires soient propriétaires, même indivis ou simples créanciers. Cette distinction est tellement ancrée dans la vie économique qu'elle sonne juste pour la plupart de nos clients.

Ce n'est pas contestable, cette proposition tend à renforcer notre devoir de conseil. Mais justement, il nous semble ici attendu. Le lien aux biens constitue l'un des soubassements essentiels d'une transmission. Certains vous diront que transmettre la vieille bâtisse familiale ou sa contre-valeur en argent, c'est du pareil au même. Oui, mais d'autres vous interpellent en considérant que c'est le jour et la nuit. À chacun son opinion, en somme, sur cette question. Encore faut-il rappeler qu'on ne peut y répondre que si on l'a préalablement posée...

Mais doit-on systématiquement la poser ? Il y aurait là assurément une lourdeur. Le conseil doit être justement avancé pour ne pas être banalisé. Annonçant souvent la forme authentique, il ne saurait être pris à la légère. Si le mode de réduction constitue dans tous les cas un enjeu, il nous semble déterminant dans certains cas et non dans d'autres. C'est lorsque que le legs est consenti à un non-successible que le notaire doit expliquer les différences entre la réduction en valeur et celle en nature, et ce pour deux raisons majeures.

D'une part, tous les réservataires sont alors concernés. Le risque de perte du patrimoine familial est alors prégnant.

D'autre part, le legs consenti à un non-successible traduit souvent une faveur à son endroit, sans véritablement refléter une défaveur envers les réservataires. Vérifions-nous que le testateur, tout occupé qu'il est à gratifier une personne, a bien perçu les incidences de son acte sur les autres héritiers. C'est bien dans cette hypothèse que le conseil peut s'avérer utile car le message est audible. Il peut en tous cas ne pas être brouillé par une rancœur envers les réservataires. La proposition qui vous est faite aujourd'hui doit être prise pour ce qu'elle est. Elle a simplement pour finalité d'expliquer aux clients les conséquences des actes juridiques, lesquels, pour être importants, sont souvent les derniers. Jamais avare d'un bon mot, Guitry affirmait avoir détruit son testament car celui-ci faisait tant d'heureux qu'il en serait venu à se tuer pour ne pas les faire attendre. Afin d'éviter que les testaments ne soient effectivement détruits, assurons-nous donc que les heureux de Guitry ne le soient pas contre sa volonté.

Lecture des considérants par Priscille Caignault, Rapporteur

Considérant

- 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 Congrès 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. Le débat est ouvert, la parole est à la salle.

...La parole est à la salle...

Intervenant 1 : Je voterai ce vœu dès demain, je suis très surpris depuis la loi de 2006, il n'y ait eu que très peu d'écrits sur ce sujet, pour moi ce vœu est le complément de la première proposition, dans la mesure où nous avons défendu pratiquement, pas à l'unanimité mais à une grande majorité, le droit à la réserve en droit français. Comme vous disiez très justement tout à l'heure, recevoir un chèque n'est pas l'équivalent de recevoir la belle commode provençale ou la maison en bord de mer. Donc, défendons ce vœu, et je ferais juste une remarque pertinente : il nous faut défendre et insister sur le testament authentique, je fais allusion à la loi qui a prévu, quand on prive le conjoint survivant du droit d'usage et d'habitation, qu'un testament authentique soit obligatoire. Et je ferais juste une remarque, si vous le permettez, sur le droit de retour optionnel. Vous préconisez un délai de trois mois pour opter, il ne reste plus que trois mois pour régler la succession du donataire, prenez l'hypothèse du donataire qui fait un legs universel à des cousins germains 55%, dans cette hypothèse précise, nous préconisons le testament authentique. Donc, privilégions le testament authentique, expliquons à nos clients qu'il est indispensable parce que là le patrimoine s'en va hors famille, et on défend ainsi le droit à la réserve.

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie de votre remarque mon cher confrère, vous avez bien compris effectivement qu'ici la proposition visait à faire œuvre de pédagogie. Il ne s'agit pas d'opposer réduction en valeur à réduction en nature, mais il s'agit de l'expliquer.

Intervenant 2 : Votre vœu m'intéresse et me surprend en même temps, d'abord je vous remercie d'avoir évoqué la question de la réduction en valeur parce que je pense que c'est le cœur de la réforme de 2006, je pense qu'il faudra des années avant qu'on ait tiré toutes les conséquences de cette révolution, parce que ce n'est pas une évolution, c'est une rupture radicale. Alors la première surprise si vous voulez, c'est de lier les modalités de réduction au formalisme du testament. D'abord j'ai une objection sur cette démarche, comme saurez-vous au moment où

vous allez rédiger votre testament authentique que vous avez affaire à un successible ou à un non-successible, vous ne pourrez le savoir qu'au décès. D'autre part, la question de la réduction en valeur peut se régler très simplement. Vous avez parlé de pédagogie, c'est toute la noblesse du travail du notaire sur la rédaction des testaments. Or là, je crois que tout peut se régler par une pédagogie et une rédaction appropriée du testament, puisqu'à ma connaissance l'article 924 ne me semble pas un texte d'ordre public. Je peux donc écrire noir sur blanc que si la réduction est demandée, elle aura lieu en nature. Donc, pourquoi lier les modalités de réduction au formalisme à un moment où le testament authentique est difficile à rédiger car la jurisprudence est en train de durcir les conditions de validité du testament authentique ?

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie de votre question ma chère consœur. Vous prenez à juste titre l'exemple d'un non-successible, et vous dites au fond comment savez-vous qu'il sera encore non successible au moment du décès, il peut très bien y avoir eu une adoption, et je vous rejoins sur ce point, effectivement. Et je pense que votre remarque rejoint la question plus générale du formalisme. Pourquoi utiliser cette forme ? Pourquoi le testament authentique ? Précisément parce que le débat nous semble important, et nous semble tout aussi important que l'expression de la désignation de celui qui doit hériter. Une chose est de savoir qui va hériter, une autre est de savoir comment il va hériter. Les deux questions sont quasiment sur le même plan, me semble-t-il.

Intervenant 3 : J'approuve entièrement votre vœu, je voudrais juste faire une petite observation de forme. Le testament authentique suppose des conditions de forme justement très strictes, il faut penser aussi aux personnes qui ne sont plus en état de s'exprimer, qui ne peuvent plus parler, et qui parlent par l'intermédiaire, aujourd'hui, d'un ordinateur. Je souhaiterais que vous rajoutiez à votre vœu : testament authentique ou testament international.

Nicolas RANDOUX, Président : Je vous remercie de votre remarque, mon cher confrère, les modalités d'établissement du testament authentique seront examinées cet après-midi lors de la troisième commission, et donc je laisse soin au président ainsi qu'au rapporteur de cette commission de répondre à votre question.

Intervenant 3 : Je suis évidemment favorable à toutes idées concernant la pédagogie, c'est le sel de notre métier, faire comprendre. Je suis un peu plus réservé sur la pédagogie imposée au nom d'une forme, je préfère la pédagogie

librement sollicitée et délivrée dans le cadre d'un simple conseil notarial que nous sommes habitués à délivrer pour la rédaction de bien des testaments olographes.

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie de votre observation mon cher confrère, je me permettrai simplement de préciser qu'il nous semble que le conseil plus la forme valent mieux que le conseil seul. Ce point nous semble plus efficace.

Intervenant 4 : Je suis très intéressé par ces développements sur la réduction en valeur, je me pose deux questions. La première, ne pensez-vous pas qu'un testateur qui veut gratifier une personne, s'il veut lui laisser quelque chose, voudra, si on lui dit que finalement il y aura une réduction, laisser justement cette option au légataire de pouvoir subir une réduction uniquement en valeur, est-ce que ce n'est pas une évidence que de toute façon il le voudra si on fait ce travail de pédagogie ? Et la deuxième question, est ce que la difficulté n'est pas le plus souvent celle que nous aurons en face des conjoints survivants ? C'est-à-dire que, très souvent, nous établissons nos donations entre époux en prévoyant la totalité au profit du conjoint survivant et une possibilité de réduction accordée aux héritiers, et cette possibilité de réduction se fera donc en valeur, ils n'auront pas la possibilité de la demander en nature. Est-ce que ce n'est pas là, justement, que notre travail de pédagogie serait essentiel ?

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie de votre question, mon cher confrère. Pour répondre à la première, si le testateur vous indique qu'il laisse le choix au légataire, c'est qu'au fond il n'est pas plus intéressé que ça par la réduction en nature, c'est son choix, et dans ces cas-là, ses volontés s'exprimeront soit par testament authentique soit par testament olographe. De manière plus générale, je vous rejoins tout à fait sur ce que vous nous indiquez, il s'agit ici de faire œuvre de pédagogie, que nous expliquions les conséquences de la loi de 2006, conjoints survivants compris, pour que tout le monde prenne bien conscience de cet enjeu du mode de réduction.

Intervenant 5 : Je voudrais dire que cette proposition contient une bonne idée que vous me paraissez sacrifier avec un moyen inapproprié pour la réaliser. La bonne idée c'est effectivement d'expliquer les limites et les risques d'une réduction en valeur, et vous l'avez fort bien expliqué dans votre présentation. Le moyen c'est de dire que le testament authentique est la solution. Pour avoir accompagné beaucoup de notaires dans des traitements contentieux du testament, j'ai toujours été frappé, d'une part, comme il a été dit tout à l'heure, de ce que les cours et

tribunaux sont d'une sévérité sans faille à l'égard du formalisme du testament authentique, et d'autre part, et probablement par voie de conséquence, que les notaires qui avaient fait un testament authentique dont la fragilité était exposée dans un litige exprimaient très simplement qu'ils n'aimaient pas cette institution, qu'ils avaient de la difficulté à la mettre en œuvre, ils se sentaient en risque, bref qu'ils n'apportaient pas de la sécurité. Alors, il me semble qu'avant de rendre obligatoire, ou de vouloir généraliser à certaines libéralités le testament authentique, il faut d'abord que la profession s'approprie cette institution, essaie éventuellement de la faire évoluer vers un peu plus de simplicité, j'ai vu que d'autres commissions s'en chargeront, c'est probablement le préalable à votre proposition.

Nicolas Randoux, Président : Effectivement il y a une continuité naturelle entre la deuxième et la troisième commission et ce débat sera sûrement abordé cet après-midi. Mais puisque vous semblez considérer que le testament authentique n'est pas approprié, raisonnons *a contrario* et imaginons cette proposition avec un simple testament olographe. Le conseil me semble-t-il sera assurément dilué ou en tout cas non systématiquement délivré pour des raisons évidentes, les testateurs ne seront pas forcément dans nos offices pour recevoir ce conseil, c'est la raison pour laquelle il nous a semblé, au-delà de l'utilité naturelle du testament authentique, que nous n'avons pas eu besoin de rappeler, que cette rédaction s'imposait pour des raisons pratiques.

Bertrand Savouré, rapporteur général : En complément, je voudrais juste rappeler que cette solution existe déjà, et je pense notamment à la privation des droits du conjoint sur le droit viager au logement, naturellement. Donc les notaires sont très habitués à recourir au testament authentique lorsque la décision à prendre par le testateur est une décision grave. Je voudrais apporter un élément de réponse également à Madame Mazon : le successible ne deviendra jamais non successible, en revanche le non-successible peut devenir successible, cela semble répondre à la question. Sur cette relation entre la forme et le fond, notre réflexion est qu'il y a trois solutions : soit on laisse la réduction en valeur telle qu'elle est et on a tous constaté, dans notre pratique, que ça ouvre, que ça va ouvrir des contentieux importants pour des testaments olographes qui sont mal pensés, rapidement rédigés. Soit on revient sur le principe de la réduction en valeur, sur une réduction en nature, cela ne nous paraît pas bien en l'état actuel du droit, parce que la réduction en valeur est une bonne solution. La seule solution qui nous reste c'est que la volonté de celui qui prend la disposition soit éclairée.

Il nous semble que la solution que nous proposons est fondée sur le conseil. L'acte authentique obligatoire rendrait ce conseil obligatoire.

Intervenant 7 : Je trouve que votre vœu va dans le bon sens, je me demande toutefois s'il va assez loin dans le bon sens, et je rejoins un peu le propos d'une de vos consœurs, auquel vient parfaitement de répondre votre rapporteur général mais il est vrai que la qualification de non-successible peut poser des questions, et moi je m'en pose une, le conjoint survivant, le conjoint du testateur appelé à être le conjoint survivant, est-il un successible ou un non-successible ? A priori aujourd'hui c'est un successible ! Si ce conjoint est un second conjoint dans une famille recomposée avec des enfants du testateur, un legs universel au profit de ce conjoint fera partir tout autant les biens dans une autre famille que dans la famille des héritiers par le sang, et ils n'auront qu'un chèque pour se consoler, cela a été dit de la comode provençale, à moins que ce ne soit une villa sur la côte du Languedoc-Roussillon. Alors est ce qu'au fond il ne suffirait pas de supprimer l'idée de non-successible et de dire que la réduction ne se fait en valeur que si le testament a été rédigé en la forme authentique ?

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie de votre remarque et de votre question, professeur. Vous avancez de manière fort pertinente la différence entre les unions. Il existe des unions libres et des unions concrétisées par le mariage. Sans opposer les différentes formes d'union, nous observons que si un mariage a été prononcé, très souvent il ne l'a pas été à l'insu des héritiers ou éventuellement des éventuels successibles, ou en tout cas, pour ne froisser personne sur les différentes formes d'union, que le mariage passe moins inaperçu que la rédaction d'un testament olographe.

Intervenant 8 : Je comprends bien le souci pédagogique de votre vœu, mais je suis pris au dépourvu et un peu surpris peut-être de la raideur qu'il risque me semble-t-il d'engendrer dans certains cas en liant le formalisme et l'effectivité de la réduction. On a beaucoup raisonné sur le cas du conjoint, on a évoqué notamment l'article 764 et il me semble que la privation d'un droit n'est pas la même chose que d'établir l'efficacité d'un legs, et là où on risque de voir la différence c'est précisément, me semble-t-il, pour les partenaires en cas justement de legs destinés à assurer le logement de la famille au partenaire survivant quand il y aura des enfants. Est ce qu'on ne risque pas d'aboutir peu ou prou à l'inverse de ce qui a été souhaité ? Ce qui aurait été souhaité c'est de maintenir le partenaire survivant dans le logement, et votre vœu, si le testament n'est par mégarde pas authentique, va aboutir simplement à une créance, c'est-à-dire des

situations qui sont dans la plupart des cas plutôt catastrophiques et totalement en contradiction avec ce qui aurait été voulu. Donc je comprends le souci pédagogique, je comprends parfaitement l'idée d'avoir plus de conseils, y compris bien sûr dans le cadre d'un pacs, cela dit j'ai un peu peur du résultat pratique.

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie, monsieur le professeur, il existe effectivement des situations dans lesquelles la solution peut créer certaines difficultés. Il n'en demeure pas moins que les solutions inverses en créeront d'autres ! Ne pas adopter le testament authentique, c'est courir précisément le risque que la réduction en valeur s'invite, alors qu'elle n'était pas précisément souhaitée, pour tout dire, la solution que nous préconisons n'est peut-être pas la meilleure, elle nous paraît en tout cas la moins mauvaise. Elle nous paraît faire œuvre de pédagogie en liant le conseil à une forme et précisément parce qu'il y aura eu préalablement à la forme le conseil, la forme pourra être adaptée selon le conseil.

Intervenant 9 : Monsieur le rapporteur général, vous indiquiez tout à l'heure qu'un successible ne pouvait jamais devenir non successible. Lorsque la loi de 2001 est entrée en vigueur, des collatéraux privilégiés qui venaient en concours avec le conjoint survivant sont devenus non successibles. Dans ces cas-là comment traiteriez-vous la question ?

Bertrand Savouré, rapporteur général : Puisque la question m'est adressée, il y a évidemment des situations qui sont atypiques dans toutes les règles que l'on propose. Mais ce que j'aimerais rappeler également, monsieur le professeur, sur la question de la raideur, c'est la loi qui définit la différence entre le successible et le non-successible, ce n'est pas nous ! Que le partenaire ne soit pas un successible, c'est la loi qui le décide. Que cela introduise des difficultés dans la relation patrimoniale entre les partenaires, c'est incontestable, et nous le vivons tous les jours. Maintenant les solutions, effectivement, pourraient être d'ouvrir la proposition à toutes les situations comme cela a été proposé. Ce n'est pas notre choix parce qu'il nous semble que c'est excessif. Nous avons trouvé du sens à cette distinction entre successible et non-successible parce que précisément là où la loi a cru bon de faire une différence, il nous a semblé bon également d'y faire écho. Mais nous ne prétendons pas créer une différence entre les deux. Un jour peut-être le partenaire pacsé ou un concubin deviendra successible et à ce moment-là le problème sera réglé parce que la loi aura décidé de lui conférer un autre statut.

Nicolas Randoux, Président : Nous allons passer au vote.

La proposition est adoptée.

PROPOSITION 3 :

Concilier la réserve héréditaire de droit français et le droit communautaire.

Proposition 3 par Nicolas Randoux, Président :

Le droit international successoral se joue en ce moment à guichets fermés. Ces derniers temps, il a été marqué tant par une sortie que par une entrée. La sortie, c'est bien sûr le droit de prélèvement. Celui-ci a tiré sa révérence à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel a jugé ce mécanisme vieux de plus de deux siècles contraire au principe d'égalité devant la loi.

L'entrée, sous les projecteurs des différentes instances communautaires, c'est le règlement européen relatif aux successions internationales. Sa première représentation se fit néanmoins attendre, le texte n'entrera en vigueur que dans quelques années.

Ce règlement a fait l'objet de multiples lectures avant son adoption et il en ressort un texte de bonne facture. Le principe est connu de tous : la loi applicable à la succession, à toute la succession, est désormais la loi de la résidence habituelle du défunt. Est ainsi abandonnée la distinction que nous connaissions entre la partie mobilière soumise à la loi du dernier domicile du défunt et la partie immobilière dépendante de la loi du lieu de situation de l'immeuble. La loi de la résidence habituelle ne s'appliquera néanmoins pas automatiquement et chaque personne pourra exprimer le choix de voir appliquer à sa succession la loi de sa nationalité. Voilà la profession juriste entrée dans notre droit positif. Mais sa forme bridée permettra assurément d'éviter les comportements frauduleux.

Ce règlement européen est pétri de mesure et de réalisme et nous ne pouvons que nous en féliciter.

Tout dans ce texte est-il également convainquant ? Nous ne le pensons pas. En particulier, la valeur accordée à la réserve y est incertaine, pareille approximation risque d'être bien ennuyeuse au regard des multiples situations qui se présenteront en pratique. Imaginons qu'un Français déménage en Grande-Bretagne, après avoir passé toute sa vie en France, et qu'il institue un tiers légataire universel. Comment protéger les héritiers réservataires ? Par le recours à la fraude à la loi avait-on l'habitude de considérer dans pareilles hypothèses. Mais précisément, il n'y a plus fraude à la loi française puisque celle-ci ne s'applique plus. La solution que nous vous proposons est de la faire entrer la réserve dans l'ordre public international. Ne nous laissons pas payer de mots : cet ensemble n'est pas constitué de règles jugées suffisamment importantes à l'international pour être adoptées hors de France. Il est constitué de règles jugées suffisamment importantes en France pour être opposable à l'international. La proposition qui vous est faite tend à respecter pleinement l'esprit de conciliation spécifique au droit international privé. C'est ainsi non seulement la réserve de droit français que nous visons mais également tout équivalent qui protège les héritiers.

À cette proposition, il pourrait être répondu que l'article 35 du règlement européen a déjà pour vocation de permettre à un particulier de soulever les exceptions d'ordre public lorsque l'application d'une loi étrangère heurte trop les valeurs fondamentales du for. Ce texte a cristallisé un bon nombre de tensions lors des négociations européennes au point qu'il a été vidé d'une partie de sa substance, pour nous déterminante.

Autant nous étions convaincus par le texte initial à l'étude duquel on pouvait encore croire en l'invocation du principe de la réserve, au titre des exceptions d'ordre public, autant la disparition soudaine de la référence à la réserve nous laisse perplexe. Elle est le signe d'un compromis entre les influences anglo-saxonnes et continentales.

De cette position, il résulte une hésitation. Il n'est pas certain qu'un héritier français puisse s'opposer à l'application d'une loi qui ne connaît pas l'idée de réserve.

Cette incertitude est-elle choquante ? Nous le pensons et c'est bien pour cela que nous vous proposons aujourd'hui, non de corriger ce fameux article 35 mais, au contraire, d'en prolonger l'influence par les mécanismes spécifiques de notre droit. Intégrer la réserve dans l'ordre public international, c'est au fond permettre aux tribunaux français saisis d'un litige comportant des éléments d'extranéité

d'utiliser efficacement l'article 35 du règlement européen. Il s'agit en quelques sortes d'un levé de rideau pour donner à ce texte tout son brillant.

Plus généralement, la réserve doit être protégée à l'international pour deux raisons essentielles. La première relève du pur droit interne. Il ne sert à rien de maintenir la réserve dans le giron de l'ordre public si elle peut être contournée en droit international. C'est bien ici l'exode juridique qui risque de faire craquer les eurostars. La seconde raison relève exclusivement du droit international. Le principe même de la réserve est connu dans la plupart des pays d'Europe. Il ne nous paraît alors pas incongru qu'elle soit respectée, voire protégée, à ce niveau.

Cette seconde raison donne la mesure de la proposition que nous vous faisons. Il ne s'agit pas de protéger le régime de la réserve, ni même son expression mais seulement son existence. Les différences de taux entre pays nous paraissent acceptables et il nous semble vain de croire à une harmonisation sur ce point.

Aussi opportune que puisse apparaître l'inclusion de la réserve dans l'ordre public international, il faut encore de se demander si elle le mérite. Il est classique de considérer que ce corpus de normes se compose principalement des principes de justice universelle ainsi que des fondements politiques et sociaux de la civilisation française et européenne. Autant faire relever la réserve de la première classe attesterait d'une catégorie particulièrement ouverte ; autant ne pas la faire relever de la seconde attesterait d'une catégorie particulièrement fermée. Par son arrêt Patino de 1963, la Cour de cassation a considéré que la possibilité pour un couple de se séparer relevait de l'ordre public international. L'insertion de la réserve dans l'ordre public international s'inscrirait dans cette tendance de la jurisprudence visant à protéger les institutions essentielles du droit de la famille. Et nous aurions le devoir de renvoyer les héritiers devant les tribunaux à chaque fois qu'ils ne tombent pas d'accord.

Rassurons-nous sur un point : l'adoption de cette proposition ne fait pas de nous des anti-européens. D'une part, parce que le principe demeure que l'ordre public d'un pays n'a pas à être respecté par les magistrats d'un autre pays. D'autre part, parce que nous entendons faire prévaloir la notion d'ordre public de proximité. Ce n'est que lorsque la situation présentera des liens étroits avec le système juridique français que cet ordre public interviendra.

Ainsi établie, cette proposition nous paraît œuvrer à une meilleure coordination entre les systèmes successoraux européens dans une logique de respect mutuel.

Lecture des considérants par Priscille Caignault, Rapporteur

Considérant

- 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 Congrès 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.

... La parole est à la salle...

Intervenant 1 : Bonjour, pour mieux comprendre votre proposition j'ai deux questions à vous poser. La première c'est cette protection que vous proposez sera-t-elle réservée aux nationaux français, comme l'était le droit de prélèvement, et la deuxième, lorsque vous aurez un patrimoine qui sera à cheval sur deux pays, appliqueriez-vous alors le principe unitaire, ce qui conviendrait, ce qui conduirait à étendre la réserve à des biens situés à l'étranger ou reviendriez-vous à l'encontre de ce qui est prévu par le règlement à l'ancien principe scissionniste ?

Nicolas RANDOUX, Président : Je vous remercie pour vos questions mon cher confrère. Pour la première question, les critères de l'ordre public de proximité, à savoir les critères de mise en œuvre de cette exception d'ordre public international, relèvent ou relèveraient de la seule compétence des tribunaux français, mais au regard de ce qui existe déjà puisque cet ordre public, cette notion d'ordre public de proximité est déjà utilisé par les tribunaux français, il apparaît que deux critères se distinguent particulièrement, le premier celui de la nationalité, le second celui de la résidence. Les deux se cumulent et ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, et, encore une fois, il appartiendrait aux tribunaux de les apprécier souverainement. Pour votre seconde question il s'agirait, si cette

exception était mise en œuvre, de revenir à un principe d'unité. En tous les cas il ne s'agit pas ici de remettre en cause l'unité qui relève ou qui a été mise en œuvre par le règlement et qui nous semble t-il constitue un progrès par rapport au régime scissionniste que nous connaissions auparavant.

Intervenant 2 : Votre vœu me laisse un peu perplexe, pour trois raisons. D'abord parce qu'il me paraît tout de même contraire à l'esprit général du règlement. Vous avez évoqué les débats qui ont eu lieu tout au long de la négociation et il me semble que cette question de la réserve a été abordée, le fait que nous n'en parlons pas n'est pas négligeable. Bon, on voit bien qu'il y a eu débat et que l'esprit du règlement c'est tout de même de ne pas faire rentrer la réserve dans les principes d'ordre public. D'autant que je le rappelle, vous l'avez dit, le choix est extrêmement limité, enfin les lois potentiellement applicables sont limitées : loi de la résidence habituelle et loi nationale de l'intéressé. Donc, les risques de fraude sont faibles finalement. Alors, c'est contraire à l'esprit du règlement, d'après moi, l'article 35, ce sont vraiment des hypothèses par exemple d'une loi étrangère qui prévoirait que les filles ont la moitié seulement des droits des garçons, ça existe dans certaines législations. Donc là, on peut comprendre l'article 35, pour la réserve encore une fois j'ai des doutes. Deuxième raison qui fait que je suis perplexe, ça me paraît aussi contraire aux prévisions légitimes des parties. Vous avez un anglais qui s'est installé en France, qui a fait le choix de la loi nationale anglaise, comme le règlement le permet, il siège en France, cela veut dire que vous allez lui opposer les règles de la réserve parce que la réserve serait d'ordre public ? Peut-être me diriez-vous on ne l'opposerait que lorsqu'il a des héritiers français, mais là vous allez ressusciter en pire le droit de prélèvement. Et puis troisième raison, les risques de fraude, je le répète, sont extrêmement réduits, alors certes on a vu tel ou tel homme, de grande fortune française, commencer à s'installer dans un pays étranger. Bon, on peut imaginer qu'on aille effectivement vivre et de préférence mourir dans un pays étranger pour une raison successorale. Cela peut arriver, mais je vous avouerais que le risque est relativement faible et j'imagine que ce genre de personne trouvera d'autres astuces pour contourner les règles de la réserve, s'il entend les contourner.

Nicolas RANDOUX, Président : Je vous remercie de vos observations monsieur le professeur. Sur votre exemple particulier de l'anglais qui vient s'installer en France, nous ne préconisons pas l'application de la réserve française, nous disons que nous renvoyons aux tribunaux. Il ne s'agit ici nullement de modifier un texte, nullement d'asséner une certitude, que d'ailleurs nous n'avons pas. Il s'agit

d'ouvrir une souplesse, de renvoyer aux tribunaux dans des hypothèses qui nous paraissent, au fond, légitimes. Quant à votre dernier argument, monsieur le professeur, celui d'un contournement, je me permettrais juste d'indiquer que je suis assez sceptique sur l'argument de ne pas poser une règle, sous prétexte qu'elle pourrait être contournée. Je vous remercie.

Intervenant 3 : Moi je suis très heureuse de pouvoir m'exprimer sur ce vœu puisque c'est une question qui me tient vraiment à cœur. On est un pays de droit latin, on est un pays de droit écrit, et la réserve est une composante essentielle de notre système ; la saisine héréditaire, le système de succession aux personnes, par opposition au système de succession aux biens, en sont des composantes essentielles et des prolongements essentiels et pour assurer la cohérence d'un système, il me paraît difficile et il me paraît justement essentiel de faire rentrer la réserve dans l'ordre public international. Ça fera partie de la cohérence de notre système et je pense que ce serait vraiment très important. On voit aux Etats-Unis que des tribunaux écartent l'application des testaments qu'ils jugent excessif parce que les veuves ont été déshéritées, les orphelins ont été déshérités et a posteriori ils règlent les dysfonctionnements, et ça c'est essentiel de voir que l'on résonne de manière complètement différente, nous en Europe, on raisonne a priori, eux ils règlent les dysfonctionnements a posteriori. On ne peut pas enlever la réserve de notre système et la faire rentrer dans l'ordre public international. C'est assurer la cohérence de notre système. Merci.

Nicolas Randoux, Président : Je vous remercie de votre observation ma chère consœur.

Intervenant 4 : Votre vœu est mesuré, doublement mesuré puisque vous conditionnez le jeu d'ordre public à une double condition si j'ai bien compris, la condition qu'il n'y ait pas de mécanisme protecteur et équivalent dans la loi qui est déclaré applicable, et la condition qu'il y ait des liens manifestement étroits avec la France. Et c'est sur ces liens manifestement étroits, qu'on pourrait peut-être, que vous pourriez peut-être préciser un peu votre vœu. Parce que fondamentalement dans le règlement il y a deux situations au jeu de l'exception de l'ordre public qui peuvent se poser. Il y a la situation du national d'un pays qui ne connaît pas la réserve, l'anglais qui vit en France et qui fait le choix de sa loi nationale donc le lien avec la France dans cette hypothèse là, c'est la résidence habituelle du défunt. Et puis, il y a la seconde hypothèse, l'hypothèse du français qui part vivre dans un pays qui ne connaît pas la réserve héréditaire, donc le français qui va vivre par exemple en Angleterre, et le lien avec la France, dans

cette hypothèse là, c'est la nationalité du défunt. Ma question s'est donc de savoir si vous mettez les deux éléments à égalité, est-ce que pour vous on doit faire jouer l'exception d'ordre public dans les deux cas : résidence habituelle ou nationalité, l'un et l'autre ? Et cette question appelle une remarque, peut-être auriez-vous pu ajouter à votre vœu un second vœu, parce que le principal risque pour la réserve héréditaire, c'est plutôt que la loi française soit considérée comme contraire à l'ordre public international lorsqu'elle sera appliquée par des pays qui ne connaissent pas la réserve héréditaire. Et peut-être auriez-vous pu émettre le vœu que jamais dans le système du règlement, on ne puisse opposer l'exception d'ordre public international à l'application de la loi française, notamment à ces modalités de réserve héréditaire lorsqu'elle est désignée par le règlement comme étant la loi applicable à la succession.

Nicolas RANDOUX, Président : Je vous remercie de vos observations monsieur le professeur. Quant à l'utilisation des critères, nous n'avons ici aucune certitude et j'aurais tendance à vous dire que nous n'avons pas à en avoir. Nous disons simplement que dans des situations qui sont fréquentes, ou qui peuvent l'être, il s'agira de renvoyer aux tribunaux, qui permettront éventuellement de sauvegarder l'idée même de réserve si celle-ci leur paraît être mise en danger. Les critères resteraient de la seule appréciation des tribunaux mais vous les avez soulignés, c'est les critères de la résidence habituelle, c'est les critères de la nationalité, c'est peut-être d'autres critères, encore une fois, ce sera aux tribunaux de se prononcer.

Intervenant 5 : J'interviens surtout en ma qualité de responsable du groupe de travail au CNUE à Bruxelles, pendant de nombreuses années, sur la préparation de ce règlement. Donc, pour le notariat européen, j'ai travaillé pour le CNUE à Bruxelles. Mais pour dire que ce règlement qui comporte beaucoup de choses, qui est très profond, n'est pas une unification du règlement des successions en Europe, il a toujours été voulu comme une harmonisation des règles de conflits mais toujours avec un respect du droit matériel des Etats. Vous l'avez dit, il est pétri de mesures et de réalisme mais ne parlons que de la réserve. Moi je voudrais simplement dire que la réserve tout au long de cette préparation, pendant de nombreuses années, toutes les personnes que nous avons rencontrées à Bruxelles, ça a toujours été une préoccupation forte que personne n'a cherché à écarter, que ce soit les personnes responsables de la Commission, les gens du Conseil, des députés européens que l'on a rencontrés, toujours la question de la réserve était présente. Alors, c'est vrai que l'article 35 finalement ne donne pas toutes les satisfactions qu'il y avait dans la précédente version qui était l'article 27, et ça a

été le dernier compromis qui est sorti du vote du parlement européen, mais cela étant, je ne crois pas qu'il y ait à craindre avec le règlement qui s'appliquera en 2015, qu'il y ait à craindre un détournement, une délocalisation, et vous l'avez dit un exode juridique qui fera craquer les Eurostars, non, là je crois qu'on n'a pas de crainte à avoir. Les grands patrimoines s'organisent depuis toujours pour gérer ces questions, en réalité le règlement veut rendre service à des gens qui sont un petit peu surpris par une situation de fait et qui sont confrontés à des règles de droit international privé. Juste pour dire un mot à propos de votre vœu, qu'il y a trois alinéas, je suis très satisfait du 1er alinéa qui je crois sera une prise de position forte du congrès des notaires de France en 2012 sur cette question, et qui pourrait être utile pour toutes les personnes qui vont continuer à travailler justement, à la mise en œuvre du règlement, que ce soit ici, que ce soit à Bruxelles ou ailleurs. Je suis un peu plus réservé sur l'alinéa 2 que je trouve un petit peu compliqué dans sa lecture et dans sa compréhension, mais surtout l'alinéa 3, je le trouve alors là pour le coup, délicieusement inutile parce que nous demander de rechercher l'accord entre les parties, c'est très aimable à vous mais je pense que tout le monde le fait tous les jours. Et puis renvoyer les gens devant les tribunaux, rassurez-vous ils savent très bien y aller tous seuls. Voilà, cela dit en toute amitié, pour vous et pour votre rapporteur général, merci pour ce vœu que je soutiendrais avec grande satisfaction.

Nicolas RANDOUX, Président : Je vous remercie mon cher confrère pour vos observations.

Intervenant 6 : Pour avoir vécu comme Pascal CHASSAING, la genèse de ce règlement qui a quand même pris huit ans, et où la réserve a été une question plus que sensible comme l'a rappelé Pascal, j'aimerais simplement rappeler que nos amis britanniques, danois et irlandais, ont fait « opt out » sur le règlement qui ne s'appliquera donc pas dans ces trois pays.

Nicolas RANDOUX, Président : Je vous remercie pour ce pertinent rappel maître.

Intervenant 7 : Ce qui me préoccupe avec la proposition, ce n'est pas le cas des français qui vont s'installer en Angleterre pour essayer d'éviter la réserve héréditaire, je pense que c'est peu probable, et s'ils y vont ce sera plutôt pour privilégier la fiscalité sur Londres ! Ce qui me préoccupe c'est le cas d'un anglais résident en Angleterre mais qui achète une maison secondaire en France, et avec cette proposition, si je l'ai bien comprise, pour prendre un peu de recul, je pense qu'il y a, je ne sais pas le chiffre exact mais 200, 300 000 personnes

britanniques qui sont propriétaires d'une résidence secondaire en France, je pense que la plupart d'entre nous des confrères et consœurs, ont reçu ces gens, et la première préoccupation qu'ils ont quand on parle de testament, c'est de pouvoir faire bénéficier le conjoint survivant et puis après que le conjoint survivant fait profiter les enfants. Alors ils nous demandent très souvent d'essayer de contourner la réserve. Et donc en ce moment on a une boîte à outil pour pouvoir faire ça, le pacte successoral, le changement de loi applicable concernant les biens immeubles en France et puis l'ameublement du bien. Alors ce règlement nous a donné une autre possibilité, de simplement faire un testament par une personne britannique qui adopte sa loi nationale et donc qui fait un testament au profit de son conjoint, et si on adopte cette proposition, pour moi le but de ce règlement était de prévoir plus de flexibilité et en adoptant cette proposition on va annuler cette flexibilité, de plus c'est déjà prévu que la possibilité de désigner la loi applicable pour un immeuble situé dans un autre pays sera supprimée donc on va se trouver avec très peu de possibilités pour essayer de régler le problème des personnes britanniques qui veulent faire bénéficier le conjoint survivant.

Nicolas RANDOUX, Président : Je vous remercie de vos observations mon cher confrère, il ne s'agit pas ici d'empêcher les ressortissants communautaires de nationalité britannique d'appliquer leur propre loi, même pour les biens qu'ils ont en France, il s'agit encore une fois d'appliquer ce principe de réserve lorsque les critères posés par les tribunaux seront remplis. Et autant je vous ai dit qu'il s'agissait de renvoyer aux tribunaux et que seuls eux, auraient l'appréciation des critères, autant je ne prends pas grand risque à vous dire que pour un anglais qui a acheté un bien en France, qui y réside de manière sporadique voir usuelle mais qui conserve une nationalité anglaise, la mise en œuvre de l'exception d'ordre public ne devrait pas s'appliquer.

Bertrand Savouré, rapporteur général : Je voudrais apporter un petit complément. Un débat s'installe, qui va durer 3 ans, jusqu'en 2015. Ces questions sont complexes, et on ne prétend pas aujourd'hui régler tous les problèmes. Simplement notre proposition, c'est que le notariat français délivre un message en cohérence avec son attachement à la réserve héréditaire. Sur le plan technique, monsieur le professeur, tout à l'heure, vous disiez qu'il y avait deux limites en fait à l'application de l'ordre public, il y en a une troisième qui a été expliquée par Nicolas RANDOUX : c'est la compétence juridictionnelle. C'est à dire que l'ordre public ne pourrait être invoqué par un tribunal que français et que dans des circonstances où le tribunal serait saisi. Or, le règlement européen

prévoit ces compétences juridictionnelles. Et dans les situations notamment, monsieur le professeur, que vous évoquiez, le tribunal français ne sera pas compétent. Donc dans la situation que vous évoquiez de l'anglais qui vient s'installer en France, il n'y a aucun risque pour que la réserve héréditaire de droit français lui soit opposée. Ce sera soit la compétence de la loi désignée, donc la loi française, soit la compétence de la résidence, soit la compétence subsidiaire lorsqu'il y a des biens en France et que le défunt avait la nationalité française donc nous serons vraiment dans des situations très caractéristiques. Et, la situation la plus nette, évidemment, c'est celle du français qui deux ans avant son décès par exemple, s'est expatrié en laissant ses biens en France, et là, objectivement est-ce qu'il n'y a pas une certaine cohérence à ce que ses héritiers soient protégés au titre de la réserve héréditaire ? C'est la question que nous posons et qui sera un jour posée devant les tribunaux. Notre proposition n'a pas d'autre ambition que d'anticiper ces situations.

Nicolas RANDOUX, Président : Nous allons procéder au vote ? Qui vote contre cette proposition ? Qui s'abstient ? Qui vote pour cette proposition ? **La proposition est adoptée.**

PROPOSITION 4 :

Pacifier les relations familiales en cas de mise à disposition d'un bien.

Proposition 4 par Priscille CAIGNAULT, Rapporteur :

L'égalité !

Voilà, vous en conviendrez, une préoccupation constante de nos clients !

Pourtant lequel d'entre nous n'a pas provoqué la surprise, voire l'incompréhension, en apprenant à son client qu'avoir mis gratuitement un logement à la disposition de son enfant risque de compromettre cette égalité ?

Mais alors cette égalité, doit-elle être à ce point absolue, qu'il faille tout compter, au risque de rompre l'harmonie familiale ?

Cette recherche d'égalité doit-elle être à ce point systématique, qu'elle entrave la liberté de nos clients, d'user à leur gré de leurs biens ou de leurs revenus ?

Assurément non, me direz-vous.

Et pourtant ! En consacrant le rapport successoral des donations de fruits et revenus, le législateur pourrait, sans le vouloir, et dans sa recherche constante de parfaire cette égalité, lui avoir porté un coup.

Oui ! Avoir porté un coup à l'égalité successorale ! Pire ! Menacer la paix des familles, en faisant planer sur elle le spectre d'un égalitarisme forcené !

Considéré au plan du droit, le principe désormais posé par le Code civil du caractère rapportable des donations de fruits et revenus ne semble pas sujet à caution.

Mais fallait-il un texte pour s'en convaincre ? Etait-il nécessaire de légiférer en la matière ? Rien n'est moins sûr.

Car enfin, ne doit-on pas considérer, au regard du seul droit commun des libéralités, qu'une donation, quel qu'en soit l'objet, est rapportable sauf volonté contraire ?

Alors pourquoi avoir adopté ce texte en 2006 ?

Sans doute doit-on chercher la réponse du côté de la jurisprudence !

Car c'est essentiellement pour résoudre un problème spécifique, celui de la mise à disposition gratuite d'un logement, que la Cour de Cassation a invoqué pour la première fois en 1997 le principe du rapport des donations de fruits et revenus.

Et c'est en se fondant sur cette même jurisprudence, destinée à résoudre un litige particulier, que le législateur a posé en 2006, un principe général, celui du rapport des donations de fruits et revenus, créant alors une grande confusion dans notre pratique.

Car vous l'aurez compris, certains avantages sont d'une nature trop incertaine pour qu'on les qualifie systématiquement de libéralité.

Et c'est d'ailleurs le sens des quatre arrêts rendus par la Cour de cassation le 18 janvier 2012, en matière de mise à disposition gratuite d'un logement.

Alors que depuis 2005, la Cour de Cassation voyait dans la mise à disposition gratuite d'un logement, un avantage indirect rapportable, et ce même en l'absence de toute intention libérale, ce changement de cap doit nous interpeler.

Désormais point de rapport sans intention libérale, point de rapport sans libéralité !

Et ce retour aux fondamentaux des règles du rapport ne peut que réjouir les praticiens que nous sommes.

Car au fond, la fonction du rapport successoral n'est-elle pas de garantir une égalité entre les héritiers dans la succession, et non une égalité en général ?

D'ailleurs, qui mieux que le propriétaire du bien, qui mieux que le titulaire des fruits et revenus sait ce qu'il a voulu faire en les abandonnant ? Qui mieux que lui

peut dire s'il a voulu prêter, donner ou simplement aider momentanément ? Car nous le savons, notre client agira le plus souvent avec la volonté d'aider, plus qu'avec l'intention de donner. Son aide s'apparentera alors à des frais d'entretien, qui eux ne doivent pas être rapportés.

Et la mise à disposition de son bien, ne sera bien souvent pour lui, pas source d'appauvrissement, pas plus qu'elle ne sera d'ailleurs source d'enrichissement pour son bénéficiaire.

Or la Cour de cassation ne vient-elle pas de rappeler la nécessité d'un appauvrissement du donateur pour qualifier l'élément matériel d'une libéralité ?

Alors avoir admis de manière expresse le rapport des donations de fruits et revenus, c'est, vous en conviendrez, glisser progressivement d'une égalité voulue par le disposant vers une égalité revendiquée par l'héritier.

Car dans cette configuration, les sommes les plus modiques pourraient devoir être rapportées, engendrant alors des comptes d'apothicaire à l'heure du règlement de la succession.

Et l'heure cruciale du règlement des comptes pourrait bien se transformer, dans notre bureau, en heure fatidique du règlement de compte.

Avoir admis de manière expresse le rapport des donations de fruits et revenus, c'est ouvrir la porte à des demandes aussi déraisonnées que déraisonnables, source d'un contentieux interminable.

Mais c'est aussi sacrifier la liberté du disposant sur l'autel d'une recherche d'égalité absolue, d'une égalité abstraite purement arithmétique, au détriment de l'équité, bien plus souvent recherchée par nos clients.

Agir en équité, voilà ce que tentent de faire nos clients.

Alors comment leur expliquer que des avantages en apparence équitables seront traités de manière différente sur le plan juridique ? Que des avantages en apparence équitables seront sources d'inégalité ?

Vous l'avez compris !

Comment expliquer à nos clients que la mise à disposition gratuite d'un logement sera traitée différemment de la donation d'usufruit ?

Que si rien n'est prévu, le premier, sans même avoir été gratifié d'une libéralité, devra rendre compte de son avantage, alors que le second, pourtant gratifié d'une libéralité, ne devra rien si l'usufruit est éteint, car dans ce cas l'indemnité de rapport sera égale à zéro ?

Aucun doute ! S'il avait su, le client aurait pris la précaution de régulariser un acte, qu'il s'agisse d'ailleurs d'une donation d'usufruit ou d'un prêt à usage.

Dès lors vous paraît-il juste de pénaliser celui qui, par méconnaissance du droit, et alors qu'il pensait agir en équité, n'aura pas franchi la portes de nos études ?

Dans ces conditions, revenir au droit commun des libéralités s'agissant des fruits et revenus, et laisser aux tribunaux le soin de régler un contentieux somme toute circonscrit,

Régler le cas de la mise à disposition gratuite d'un logement par une disposition spécifique du Code civil, tout en admettant une volonté contraire, ne seraient-ce pas deux mesures de nature à retrouver le chemin d'une égalité apaisée garante d'une meilleure équité ?

N'est-ce pas au fond ce que l'on veut ?

Je passe maintenant la parole à Nicolas Randoux, qui va vous donner lecture de la proposition.

Lecture des considérants par Nicolas Randoux, Président

Considérant

- 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 Congrès 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* ».

... La parole est à la salle...

Intervenant 1 : Vous évoquez là une question pratique très importante qui est effectivement celle de la mise à disposition gratuite d'un logement au profit de l'un de ses enfants et de ce fameux article 852. Nous avons lors de nos travaux, l'année dernière, longuement réfléchi à cette question, et nous avons formulé une proposition sur une question voisine, qui est celle des études supérieures longues et coûteuses. Alors on avait effectivement réfléchi à l'ensemble de ces avantages directs ou indirects, rarement formalisés et qui finalement profitent à l'un des enfants, avec au moment du partage successoral, parfois, des différences importantes économiquement significatives. La particularité de ces avantages, et je crois que la mise à disposition gratuite d'un logement entre dans ce cadre-là, c'est qu'ils sont finalement d'une double nature : ils relèvent d'une obligation légale, obligation d'entretien voire obligation alimentaire, et éventuellement, au-delà d'un certain seuil, constituent des libéralités. Alors il est vrai que la jurisprudence, et en particulier les arrêts qui ont été rendus en début d'année, ont réaffirmé que l'avantage n'était rapportable que si l'intention libérale était caractérisée. La Cour de cassation n'a pour autant pas dit que l'avantage indirect n'était pas rapportable par principe, il faut seulement que l'intention libérale soit

caractérisée mais lorsque vous avez effectivement la mise à disposition gratuite d'un logement pendant 15 ans, pendant 20 ans, si vous prenez un taux de rendement à 5% pendant 20 ans, finalement l'avantage indirect correspond à la valeur en capital du bien. Alors la conclusion à laquelle nous étions arrivés était de dire que pour qu'il en soit tenu compte au moment du partage, il fallait impérativement l'accord du bénéficiaire et même plus généralement l'accord de l'ensemble de la famille, et nous avons formulé une proposition pour élargir le champ d'application des donations-partages en y intégrant ces avantages qui relèvent de l'obligation légale. Vous avez choisi une autre option qui consiste à étendre le champ d'application de l'article 852, mais en l'étendant expressément à la mise à disposition gratuite d'un bien, est-ce qu'on n'a pas toujours les deux risques qui sont effectivement l'un des problèmes de fond que pose l'article 852 alinéa 1^{er} ? Le premier risque est que lorsque que la mise à disposition gratuite aura été de courte durée, qu'il s'agit en réalité simplement d'un prêt à usage, ou encore mieux, que la mise à disposition gratuite n'est que l'exécution d'une obligation d'entretien ou d'une obligation alimentaire, prendre le risque, sur la seule décision unilatérale des parents, de la rendre rapportable, n'est-ce pas une source de difficulté ? À l'inverse, lorsque la mise à disposition aura été de très longue durée, que sans doute l'intention libérale sera caractérisée et que nous serons donc en présence d'une vraie donation, la considérer par principe comme non rapportable sauf décision contraire, n'est-ce pas aussi prendre le risque de créer une inégalité manifeste qui risque de rendre le règlement successoral non pacifique ?

Priscille Caignault, Rapporteur : Nous ne le pensons pas. En fait, il faut replacer cette proposition dans son contexte et par rapport à l'objectif qu'il vise, c'est-à-dire pacifier les relations familiales. Ce qu'on a souhaité au travers de cette proposition c'est laisser respirer les familles et maîtriser en fait les conséquences du rapport. On veut en fait inverser, créer une dynamique, une tendance, de manière à ce qu'on n'ait pas un rapport subi mais un rapport maîtrisé. Et il se peut effectivement que dans certaines situations la mise à disposition soit de courte durée, mais que le disposant entende exprimer une volonté libérale parce que peut-être aura-t-il avantagé un autre enfant de manière différente. Il voudra rétablir ainsi l'égalité. Et dans d'autres situations, une mise à disposition gratuite aura été consentie pendant une longue durée, comme vous l'évoquez, pour autant, les éléments caractérisant une donation, à savoir l'élément matériel et l'élément intentionnel n'existeront pas. Et dans ce cas de figure, la volonté de vouloir rapporter ne s'exprimera pas. Donc vraiment la proposition vise à créer une tendance, à dire effectivement que la mise à disposition

n'est pas forcément une libéralité. Et ceci va dans le sens des arrêts de la Cour de cassation de 2012.

Intervenant 2 : Je rebondis sur l'interrogation d'Yves Delecraz, et j'en ai une autre pour ma part, mais peut-être plus de rédaction. Le problème que vous cherchez à régler est celui du logement mais dans la formulation que vous proposez, vous envisagez la mise à disposition d'un bien. Alors est-ce que ça ne risque pas de créer plus de questions que d'en régler, puisque cela pourrait être aussi la mise à disposition d'autres choses que d'un logement, par exemple d'une entreprise, d'un fonds de commerce ? Si vous voulez traiter la question du logement, pourquoi ne pas viser directement le problème de la mise à disposition d'un logement ?

Priscille Caignault, Rapporteur : Nous avons beaucoup discuté pendant nos travaux de la formulation à retenir, et nous avons pris le parti de parler d'un bien parce que nous ne voulions pas être trop réducteurs, effectivement la question s'est posée relativement au logement, mais que penser par exemple d'un garage mis à la disposition d'un enfant pendant une certaine durée, parce que cet enfant a fait l'objet d'une mutation à l'étranger et qu'on lui a laissé la disposition un garage pour entreposer ses meubles ? Que penser d'un parent qui dispose d'un garage à Paris et qui a un enfant qui tous les jours se rend à Paris en voiture pour des raisons professionnelles, qui met ce garage à disposition de cet enfant ? Que penser plus simplement de la mise à disposition d'un enfant d'une voiture pendant un certain temps ? Donc il nous a semblé que se limiter à la notion de logement était réducteur, et risquait de ne pas résoudre la problématique que nous avons de, précisément, laisser respirer les familles. Il y a des mises à disposition qui sont faites par esprit de famille et on ne doit pas vouloir tout compter. Encore une fois, plus que l'égalité c'est sans doute l'équité qui est recherchée au travers de cette proposition.

Intervenant 3 : Votre proposition me paraît reposer sur une prémisse fautive, qui est que la donation d'usufruit ne serait pas rapportable. Si j'ai deux enfants, que je fasse donation sur le même bien à l'un de l'usufruit et à l'autre de la nue-propriété et qu'à mon décès chacun soit toujours titulaire de son droit réel démembré, bien évidemment le rapport sera dû par chacun des deux enfants. Donc vous ne pouvez pas dire que l'usufruit ne serait pas, par principe, rapportable. Deuxième remarque lorsque vous généralisez le non-rapport des donations de revenus, vous vous focalisez sur la mise à disposition d'un logement. Que faites-vous du footballeur professionnel qui donnerait les trois quarts de ses revenus, mois après mois, à un bénéficiaire ? Ce ne serait ni

rapportable ni réductible ? Je ne suis pas certain que ce soit la paix des familles. Rappelez-vous l'arrêt du 14 janvier 1997 : cinq enfants, quatre hébergés pendant 15 ans dans des appartements de la région parisienne, le cinquième n'ayant rien reçu. Est-ce que la paix des familles a refusé au cinquième le rapport ? Je n'en suis pas persuadé.

Priscille Caignault, Rapporteur : J'ai cru comprendre qu'il y avait deux aspects dans cette interrogation, le premier, l'usufruit n'est pas rapportable. Ça n'est pas tout à fait ce que nous avons dit, effectivement une donation de l'usufruit est rapportable, la question qui se pose c'est le montant de l'indemnité de rapport et ce que nous avons précisé c'est que, effectivement, si l'usufruit est éteint au moment du décès, plus exactement du partage, l'indemnité de rapport, si l'on applique strictement les textes et notamment l'article 860 du Code civil, sera valorisé pour zéro, l'indemnité de rapport sera donc égale à zéro. C'est le premier point. À nous ensuite, praticiens, de convenir éventuellement d'un mode de calcul différent en utilisant le dernier alinéa du même article, pour prévoir le calcul d'une indemnité de rapport de manière différente. Le deuxième point concerne plus spécifiquement les donations de fruits et revenus, et il n'est pas question dans notre proposition de considérer que les donations de fruits et revenus ne sont pas rapportables. Je crois que nous avons un arrêt, en 1997, qui a posé le principe, il nous paraît simplement que du fait que les donations de fruits et revenus sont rapportables, il suffit de se référer à l'article 843 du Code civil qui pose le droit commun : quel que soit l'objet de la donation, elle est rapportable.

Intervenant 4 : J'ai bien compris que votre vœu vise l'hypothèse, semble-t-il exclusive, où il s'agit d'un parent qui héberge un enfant, l'éduque, l'entretient... Comment traitez-vous l'hypothèse inverse que nous avons tous les jours dans nos études et de plus en plus, où un des enfants héberge depuis des mois voire des années un parent ? Cet enfant se fait rémunérer par un loyer, des frais de nourriture, des frais d'habillement, de manière exagérée, au-delà d'une certaine somme raisonnable, et nous avons un problème au moment du décès, par rapport aux autres enfants, il y a litige. Comment traitez-vous cette hypothèse-là ?

Priscille Caignault, Rapporteur : Il est bien clair que nous traitons de la mise à disposition. Si la mise à disposition a une contrepartie financière, nous ne sommes plus dans la gratuité, donc à ce moment là le problème du rapport ne se pose pas. Si maintenant il y a excès, et il y aura sans doute des situations où il y aura des excès, à ce moment-là s'il y a litige, ce sera aux tribunaux de trancher, mais le but de notre proposition c'est vraiment de pacifier les relations familiales, encore une fois de ne

pas vouloir tout compter, conduire à des comptes d'apothicaires, c'est précisément là où on aura peut-être des sources de contentieux innombrables, et qui vont bloquer les successions parce qu'un enfant pourra dire « mais toi tu as eu ça, toi tu as eu ça » et on voudra effectivement tout compter, ce qui n'est pas notre souhait. Nous voulons justement inverser la tendance, parce que ces actes de mise à disposition font partie bien souvent des actes quotidiens de la vie, et sont faits de manière spontanée, les parents ne pensent même pas qu'en mettant à disposition ils vont créer un déséquilibre.

Intervenant 5 : On a un arrêt de la Cour de cassation d'août 2012 où une personne recevait de son conjoint survivant, en l'occurrence, une somme de 2 500 euros en plus des 2 000 euros qui lui avaient été alloués. Et la Cour de cassation, dans sa grande sagesse, a considéré que vu le fait que pendant des années cette somme de 2500 euros mensuels avait été versée par le conjoint à son épouse, elle n'était donc pas un revenu et qu'en conséquence on ne pouvait pas en tenir compte, et que la somme devait être rapportée à la succession dans son intégralité ; 2 500 euros multipliés par douze mois multiplié par le nombre d'années.

Nicolas Randoux, Président : Nous allons donc procéder au vote.

La proposition est adoptée.

PROPOSITION 5 :

Sécuriser la transmission face au risque d'une renonciation.

Proposition 5 par Priscille Caignault, Rapporteur :

Transmettre, c'est parfois, et même souvent, vouloir concilier l'inconciliable ! Et ce n'est pas vous tous, ici réunis, qui me contredirez.

Car transmettre, c'est pour notre client tout à la fois préserver l'égalité entre ses enfants, sauvegarder sa liberté testamentaire mais aussi prémunir sa volonté contre une renonciation malencontreuse.

Alors, me direz-vous, comment concilier l'inconciliable ? Comment concilier égalité entre les héritiers et liberté du disposant ? Comment concilier volonté actuelle du disposant et choix futur de l'héritier gratifié ?

Une transmission réussie est, vous en conviendrez, une transmission qui respecte la volonté du disposant par-delà son décès, dès lors que cette même volonté n'est pas contraire à l'ordre public.

Mais une transmission réussie, c'est aussi, à n'en pas douter, une transmission qui respecte le choix de l'héritier, son choix de renoncer à la succession.

Or vous le savez, depuis que la représentation du renonçant est admise, une renonciation à succession peut être motivée par la volonté d'un héritier de s'effacer au profit de ses propres enfants, comme il l'aurait fait dans une donation-partage transgénérationnelle.

Alors si l'on peut se réjouir que la renonciation à succession fasse désormais partie des outils au service de la transmission, notre enthousiasme risque en revanche de faiblir chaque fois que l'héritier renonçant aura bénéficié d'une libéralité.

Car quelles seront alors les conséquences liquidatives ? Comment sera traitée la libéralité reçue par le renonçant, au regard tant de l'imputation que du rapport ?

À ce stade, deux certitudes et une inconnue.

Première certitude : Dès lors qu'il est représenté, l'héritier qui renonce compte pour la détermination de la réserve et de la quotité disponible.

A contrario, ce même renonçant ne compte pas s'il n'est pas représenté.

Deuxième certitude : Si le renonçant est représenté, la donation en avancement de part qu'il a reçue s'impute sur la part de réserve qui aurait dû lui revenir. Tout se passe en fait comme si la donation s'imputait sur la réserve de sa souche.

Si au contraire l'héritier qui renonce n'est pas représenté, la donation est traitée, cette fois-ci, comme une donation hors part. Elle s'impute donc sur la quotité disponible.

Arrêtons-nous quelques instants pour visualiser sur le tableau affiché les principes qui viennent d'être énoncés.

Le renonçant a été gratifié d'une libéralité		
	Renonçant représenté	Renonçant non représenté
Décompté pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible	OUI	NON
Imputation sur	Part de réserve « de sa souche »	Quotité disponible
Rapport	?	NON

Comme vous pouvez le constater, la renonciation à succession emportera des conséquences différentes selon que l'héritier renonçant sera ou ne sera pas représenté :

- conséquences différentes, tout d'abord, quant au calcul de la réserve et de la quotité disponible,
- conséquences différentes, ensuite, quant au secteur d'imputation de la libéralité reçue par le renonçant.

Qu'en est-il maintenant du rapport ? Vous allez me répondre : quelle étrange question ! Car le rapport n'est dû que par un héritier à son cohéritier, or le renonçant n'est plus héritier.

À l'évidence, si l'héritier renonçant n'est pas représenté, il ne devra aucun rapport. Car nous l'avons vu, sa donation sera traitée comme une donation hors part.

Mais si le renonçant est représenté, le doute sera permis. Et là est bien notre inconnue.

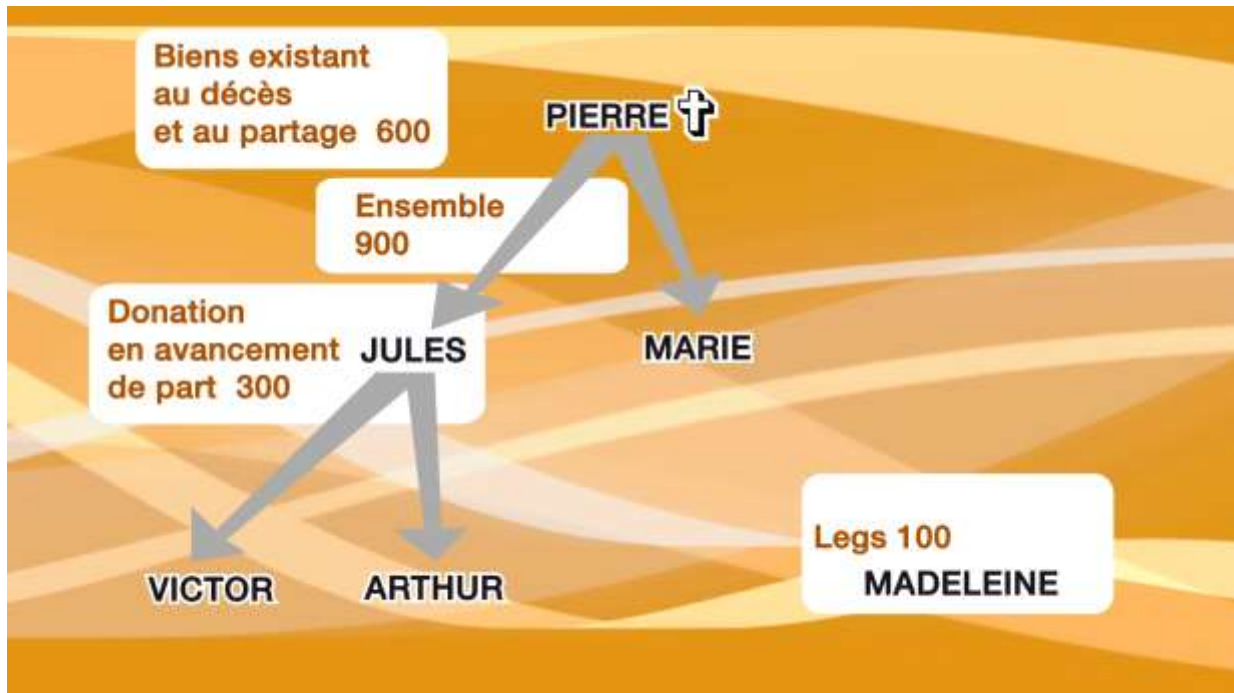
Car en 2006, aucun texte n'est venu préciser qui, dans ce cas, est le redevable du rapport, ni même d'ailleurs, s'il y a un redevable du rapport.

Alors, doit-on faire application de l'article 848 du Code civil, et considérer que les enfants du renonçant sont ici redevables du rapport de la libéralité reçue par leur auteur ?

Faut-il appliquer un texte qui, écrit en 1804 et non remanié depuis, visait le seul cas de représentation d'une personne décédée ?

À dire vrai, la réponse à cette question n'aura que peu d'importance dans le cas où le rapport, même dû par les enfants du renonçant, pourra s'effectuer en moins-prenant. C'est-à-dire dans le cas où le défunt laissera un patrimoine suffisant pour allouer chaque héritier réservataire, en plus de la libéralité déjà consentie au renonçant.

Pour bien comprendre, prenons un exemple.



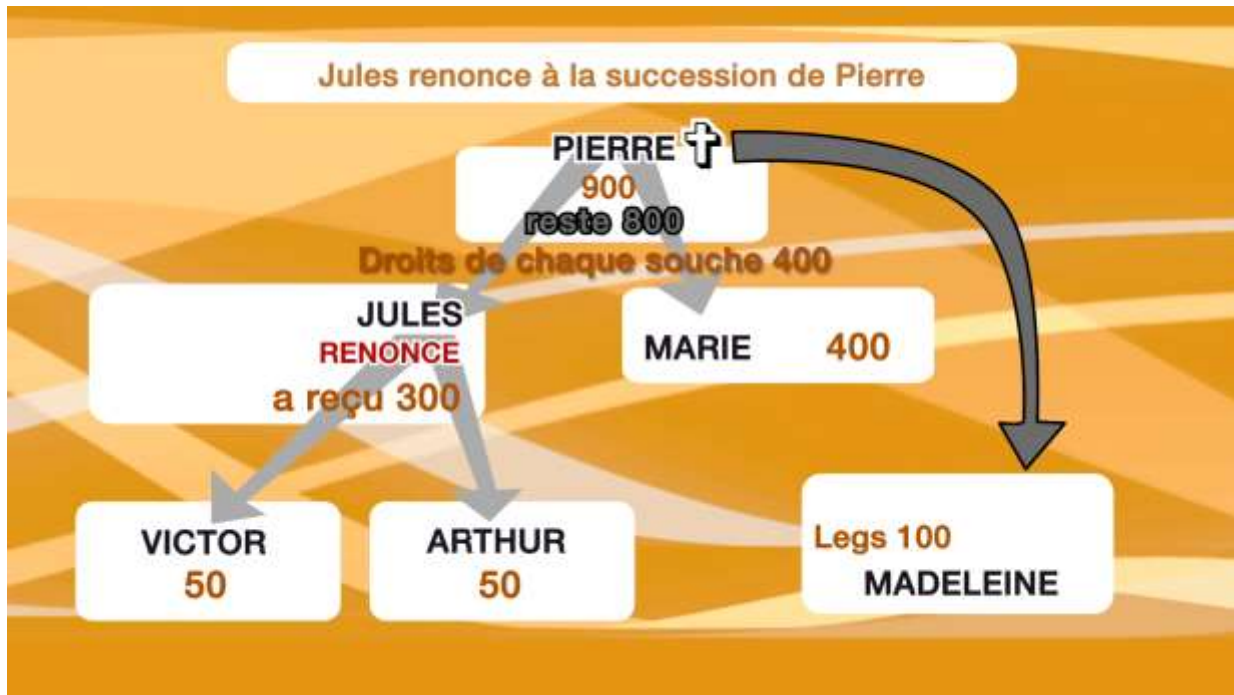
Pierre décède laissant deux enfants, Jules et Marie.

Il a deux petits-enfants, Victor et Arthur, les enfants de Jules.

Jules a bénéficié d'une donation en avancement de part évaluée au décès et au partage à 300.

Pierre a légué à sa filleule Madeleine un bien évalué 100.

Si Jules renonce à la succession de Pierre, quels seront les résultats ?



Madeleine, dont le legs n'est pas réductible, peut, vous le voyez, recevoir 100.

Il reste alors à répartir 800 entre les souches de Jules et de Marie, soit 400 pour chacune.

Or, Jules a déjà reçu 300, ses enfants Victor et Arthur ne peuvent donc ici prétendre qu'au reliquat de la souche. Ils reçoivent donc ensemble 100, soit l'équivalent, vous le voyez, de 50 chacun.

Je vous le disais à l'instant, parce que le défunt laisse un patrimoine suffisant, parce que les enfants de Jules ont la possibilité de rapporter en moins-prenant, la renonciation de Jules ne pénalise pas ses enfants, pas plus d'ailleurs qu'elle ne pénalise la volonté de Pierre. Les dispositions testamentaires de Pierre sont respectées, l'égalité entre ses enfants aussi.

Mais, vous le devinez, cette situation idéale ne sera pas légion.

Car comment préjuger, à l'heure de la libéralité, du patrimoine que laissera le disposant à son décès ? Comment ne pas se méfier d'un gratifié mal intentionné ?

Reprenons notre exemple, et considérons cette fois-ci que les biens existant au décès et au partage ne sont plus de 600 mais seulement de 300.

Envisageons alors successivement les trois situations qui peuvent se présenter selon que l'on applique ou pas l'article 848 du Code civil, suite à la renonciation de Jules.



Première situation. Victor et Arthur sont redevables du rapport de la donation consentie à Jules par application de l'article 848 du Code civil.

Madeleine, dont le legs n'est toujours pas réductible, peut recevoir 100.

Il reste cette fois-ci 500 à répartir entre les souches de Jules et de Marie, soit 250 pour chacune.

Mais Jules a déjà reçu 300 au titre de sa donation. Impossible dès lors pour Victor et Arthur d'effectuer un rapport en moins-prenant.

Vous le constatez, le rapport imposé à Victor et Arthur les oblige ici à restituer 25 sur leurs biens personnels, pour que l'égalité entre les enfants, ou plus exactement entre les souches, soit respectée.



Passons maintenant à la deuxième situation. Celle où Victor et Arthur ne sont cette fois-ci pas redevables du rapport de la donation consentie à leur père.

Madeleine peut, là encore, recevoir son legs de 100.

Mais vous le voyez, l'absence de tout rapport contribue ici à réduire la masse à partager, qui n'est alors composée que du seul reliquat des biens existants c'est à dire 200.

Jules a déjà reçu une donation de 300.

Marie doit donc dans ce cas se contenter de sa seule réserve de 200.

Alors vous le constatez, l'égalité entre les enfants est ici rompue.



Troisième et dernière situation. Victor et Arthur décident à leur tour de renoncer à la succession de Pierre, par crainte d'avoir à restituer sur leurs biens personnels. Alors dans ce cas, Jules n'est plus représenté. Vous le voyez, la réserve n'est plus ici de 200 mais de 300. La donation de 300 reçue par Jules absorbe alors la quotité disponible, et le legs à Madeleine devient entièrement réductible.

Quant à Marie, elle reçoit 300, c'est-à-dire les biens existants qui correspondent à sa part de réserve.

Vous l'avez compris : leur renonciation place Jules dans la situation d'un héritier renonçant non représenté.

Alors, en conclusion, quel enseignement retirer ?

De toute évidence, que la renonciation ne pénalise jamais l'héritier qui renonce. Il suffit pour s'en convaincre de reprendre les résultats obtenus.

Jules renonce à la succession de Pierre			
Droits des ayants-droit	Victor et Arthur sont redevables du rapport	Victor et Arthur ne sont pas redevables du rapport	Victor et Arthur renoncent à la succession de Pierre
Jules	300	300	300
Victor	-25	0	0
Arthur	-25	0	0
Marie	250	200	300
Madeleine	100	100	0
Ensemble	600	600	600
	Obligation de restitution sur les biens personnels	Egalité bafouée	Liberté testamentaire pénalisée

Regardez la première colonne, celle où le rapport est dû par Victor et Arthur. La renonciation pénalise ici les représentants, car elle les oblige à restituer 25 sur leurs biens personnels.

Passons maintenant à la deuxième colonne. C'est ici Marie, cohéritière, qui est pénalisée par l'absence de rapport. Elle ne reçoit plus 250 comme précédemment, mais seulement 200, alors que Jules, lui, conserve sa donation de 300.

Terminons enfin par la troisième colonne. Pauvre Madeleine ! La renonciation aura eu raison de son legs.

Mais une ligne du tableau ne vous aura sans doute pas échappée. Jules, bien qu'ayant renoncé, conserve quoiqu'il advienne sa libéralité de 300. N'est-ce pas choquant ?

Faut-il alors laisser le sort d'une libéralité aux prises avec une renonciation à succession ?

N'est-il pas de notre rôle de sécuriser la transmission voulue par notre client ?

Mais alors comment faire se concilier une volonté actuelle, celle du disposant, avec un choix futur, celui de l'héritier gratifié ?

La loi du 23 juin 2006 pourrait nous avoir fourni, à nous praticiens, un outil qui permet de concilier l'inconciliable.

Un outil qui permet :

- d'un côté, de renforcer les garanties en faveur de l'égalité entre les héritiers,
- de l'autre, de préserver la liberté de tester du disposant,

- Et le tout dans le strict respect de l'équité entre les héritiers d'une même souche.

Cet outil, cette technique, nous est fourni par l'article 845 du Code civil, dans sa nouvelle rédaction telle qu'issue de la loi de 2006.

L'article 845 du Code civil prévoit en effet sous son premier alinéa :

« L'héritier qui renonce à la succession peut cependant retenir le don entre vifs ou réclamer le legs à lui fait jusqu'à concurrence de la portion disponible à moins que le disposant ait expressément exigé le rapport en cas de renonciation. »

Vous l'aurez compris, il est désormais possible au disposant, par l'expression de sa volonté, d'imposer au gratifié le rapport de la libéralité qu'il consent en avancement de part successorale, pour le cas où ce même gratifié serait tenté plus tard de renoncer à sa succession.

Alors c'est vrai, il ne peut s'agir d'un véritable rapport dans la mesure où le rapport n'est dû que par un héritier à son cohéritier.

Mais laissons de côté les problèmes de sémantique et concentrons-nous sur les effets de cette clause.

Cette clause de rapport en cas de renonciation présente un intérêt évident.

Elle permet aujourd'hui, date de la libéralité, de stabiliser un règlement successoral futur, grâce à des conséquences liquidatives maîtrisées.

Désormais, plus d'inconnue, mais trois certitudes.

Première certitude : L'héritier qui renonce compte pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible, dès lors qu'il est tenu au rapport de l'article 845 du Code civil.

Deuxième certitude : La donation que le renonçant a reçue en avancement de part successorale s'impute sur sa part de réserve, dès lors qu'elle contient la clause de rapport de l'article 845 du Code civil.

Troisième certitude, reprenons là notre tableau : Grâce à la clause de l'article 845 du Code civil, le rapport est dû en toutes circonstances, que le renonçant soit représenté ou pas. Le redevable du rapport est en outre parfaitement identifié en la personne du renonçant.



Vous l'avez compris, la clause de rapport joue un rôle stabilisateur :

- stabilisateur, car les conséquences liquidatives seront les mêmes que l'héritier renonçant soit ou pas représenté.
- stabilisateur ensuite car la renonciation de l'héritier gratifié emportera des conséquences liquidatives quasi similaires à celles de son acceptation.

Alors, me direz-vous, appliqués à notre exemple, quels seront les résultats chiffrés ?



Vous le constatez, par l'effet de la clause de rapport :

- l'égalité entre les enfants de Pierre est rétablie. Jules et Marie reçoivent chacun 250, grâce à l'indemnité de rapport de 50 que doit verser Jules,
- l'équité est assurée au sein de la souche de Jules : Victor et Arthur ne sont plus obligés de restituer à sa place sur leurs biens personnels, et s'ils renoncent à leur tour, Jules restera redevable du rapport,
- enfin, la volonté testamentaire de Pierre est respectée, le legs à Madeleine peut s'exécuter pour 100.

Alors nul doute !

La renonciation à succession est depuis 2006 une stratégie de transmission. Mais elle peut tout aussi bien être un instrument redoutable.

Alors pour se prémunir contre ses effets néfastes en présence d'une libéralité, sans doute faut-il adapter notre pratique et recourir plus souvent dans nos actes de donation à la clause de rapport en cas de renonciation.

Doit-on peut-être même espérer une clarification des textes et un changement législatif pour que cette exception devienne la règle ?

Je passe maintenant la parole à Nicolas Randoux, qui va vous donner lecture des considérants.

Lecture des considérants par Nicolas Randoux, Président

Considérant

- 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 Congrès 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 à l'article 845 du Code civil,
- Que l'article 845 du Code civil soit réécrit et prévoie qu'une donation 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.

... La parole est à la salle...

Intervenant 1 : Vous avez parfaitement détaillé les conséquences juridiques de la renonciation de l'héritier donataire. Permettez-moi simplement de vous féliciter pour avoir osé aborder et surtout exposer un des problèmes les plus délicats posés par loi de 2006. Votre proposition tournée à la fois dans ses premiers paragraphes vers la pratique notariale, et puis dans ses autres paragraphes vers le législateur est parfaitement cohérente et parfaitement équilibrée. Si l'on veut que la loi, qui a pris depuis 2006 une dimension positive, participe au sein des autres instruments en tant qu'instrument de transmission transgénérationnelle, il faut définitivement lever les obstacles, aussi bien juridiques, on le voit aujourd'hui, que fiscaux hier. Encore bravo pour vos travaux de cette commission.

Intervenant 2 : Les trois alinéas de votre vœu sont clairs, ceci étant, quand vous dites une clause de rapport, vous laissez la liberté contractuelle, semble-t-il, s'exprimer et on pourrait par exemple stipuler une clause de rapport forfaitaire égal au montant des biens donnés, après on s'en réfère au Code civil, quid de l'excédent qui s'impute sur la quotité disponible ? Donc clause de rapport, dans votre esprit, c'est liberté contractuelle ?

Priscille Caignault, Rapporteur : Effectivement, ce que nous souhaitons par cette proposition, c'est que la volonté du disposant soit respectée. Donc pour que cette volonté soit respectée, tant dans sa dimension d'égalité que de liberté de tester, il nous faut effectivement une clause de rapport. Après, dans l'acte, on pourra prévoir un rapport forfaitaire, le cas échéant. C'est la volonté qui devra s'exprimer.

Intervenant 3 : Sur le projet de vœu que vous formulez, je suis tout à fait d'accord, et je pense d'ailleurs que l'on ne peut pas utiliser l'article 845 dans nos actes sans avoir la certitude que toutes les donations du futur défunt comportent cette règle. Sinon on arrive à des distorsions dans la liquidation successorale qui sont assez imprévisibles. Donc j'appuie tout à fait votre vœu d'en faire la règle par défaut. Cependant, à l'occasion, mais ce serait peut-être une amélioration que l'on pourrait apporter, j'attire votre attention sur le fait que l'actuelle règle de l'article 845 est peut-être mal rédigée, car elle fonctionne sur la base d'une indemnité de rapport en valeur partage, ce qui est un petit peu gênant, et moi je préconise conventionnellement qu'on retienne la valeur décès pour l'indemnité, pour la valeur des biens qui sont soumis au rapport. Pourquoi ? Parce que le donataire renonçant n'est plus un héritier indivisaire, il ne provoque plus le partage, il ne maîtrise plus la date du partage, et il est éventuellement tenu à rapporter une plus-value qui peut naître après le décès de manière aggravée, autrement dit, il est dans une sorte de piège au niveau du mécanisme de l'indemnité de rapport fictif, puisque c'est fictif. Mais sous cette réserve, purement technique et rédactionnelle, l'idée du rapport de l'article 845 et sa généralisation doivent être approuvés à 100%.

Nicolas RANDOUX, Président : Nous allons procéder au vote.

La proposition est adoptée.

Troisième commission



DES MOYENS

INTRODUCTION

Introduction par Stéphanie Arnaud, Président

La volonté exprimée, le cadre défini, il est temps de passer à l'acte, d'ouvrir la boîte à outils et de réaliser la transmission. Mais pas n'importe quelle transmission : la vôtre, la leur, celle de chacun de nos clients.

C'est que les outils juridiques mis en place par le législateur et la pratique sont de plus en plus variés et sophistiqués. Et leur maîtrise permet de s'approprier la transmission, de la façonner à son image.

Car transmettre, ce n'est pas nier le passé, en faire table rase et recommencer. Transmettre, c'est intégrer le passé et se projeter vers le futur. Il ne s'agit pas pour autant d'inventer la machine du retour vers le futur. Certes pour reprendre les mots de Régis Debray : « *La transmission fait advenir le passé dans le présent ... elle permet à un message de perdurer en se transformant. La transmission est un transport qui transforme...* ». Mais davantage, la liberté de moyen qu'offre notre droit nous autorise à élaborer dans la sérénité la machine du retour vers le futur.

Dans ce contexte, on comprend que l'analyse des moyens mis à la disposition des intéressés et de leurs conseils ne peut être statique. Elle se fait nécessairement de manière dynamique et ce à travers deux prismes : les personnes et le patrimoine.

La transmission est une affaire d'hommes. La transmission, dans sa réalisation, peut s'analyser dans la relation entre deux êtres qui se " prolongent ". Deux acteurs - un auteur et un bénéficiaire - se sont choisis et se sont liés.

Le passage de témoins d'une personne à une autre, de génération en génération, se fait selon le tempo donné par l'auteur : il attend, il anticipe, il contrôle, il freine.

Ainsi, certains outils classiques lui permettent d'établir un lien immédiat et sans contrainte : un lien successoral de plein droit ou un lien institué par testament ou donation.

Testament ou donation : deux instruments dont le formalisme nous arrêtera à l'occasion de deux propositions. Il nous est en effet apparu essentiel de réfléchir sur le formalisme du testament par acte public et d'admettre que la suppression de l'obligation de la dictée du testateur renforce le rôle du notaire et l'aura de l'acte authentique.

La recherche de la place de l'authenticité nous a invités encore à nous interroger sur les domaines respectifs des différents types de donations - donation manuelle, donation indirecte - et des donations authentiques.

Par l'utilisation de ces outils, classiquement le mort saisit le vif.

Mais parfois, « *le mort accompagne le vif* », voire entrave le vif. Sans pour autant paralyser la transmission, l'auteur de celle-ci veut pouvoir la maîtriser.

Ainsi d'autres techniques permettent à ce dernier de resserrer le lien avec le bénéficiaire. Il sort de la vie mais tente de dépasser la mort en temporisant la transmission, voire en la contrôlant notamment par des mandats donnés à des tiers.

Le lien établi est dès lors médiat.

Parmi les mandats consacrés par la loi du 23 juin 2006 figure le mandat à effet posthume dont la raison d'être est de faciliter la transmission. Or les incertitudes et discussions persistantes sur l'étendue des pouvoirs du mandataire justifient selon nous une clarification législative. Telle est une des propositions de la troisième commission.

Le disposant a certes l'initiative mais il n'a pas pour autant le dernier mot. Le bénéficiaire peut s'approprier la transmission par lui-même et par des décisions unilatérales : il accepte un peu, beaucoup, passionnément ou pas du tout, ou il cantonne. Le cantonnement, un bel outil consacré par la loi du 23 juin 2006 dont il convient d'améliorer la pratique pour favoriser le développement qu'il mérite. Une proposition est faite en ce sens.

Le bénéficiaire peut agir également de manière concertée avec l'auteur de la transmission. De véritables pactes familiaux sont nés et notamment les donations partages transgénérationnelles ou la renonciation par anticipation à l'action en réduction.

En effet, la loi a admis la possibilité pour l'héritier réservataire de renoncer à l'action en réduction dans une succession non encore ouverte. Sauf qu'il nous semble regrettable que cette renonciation soit limitée à l'émolument auquel a vocation l'héritier réservataire. Nous proposons que ce dernier puisse accepter que d'autres formes d'atteintes, et pas seulement arithmétiques, affectent sa réserve.

Finalement, un constat s'impose : les outils sont nombreux pour permettre de créer le lien entre les différents acteurs de la transmission. Certains, classiques et éprouvés, méritent une lecture réactualisée. D'autres, plus récents, bousculent l'ordre établi, l'équilibre existant entre l'auteur et le bénéficiaire. Au point d'ailleurs que le lien ainsi créé est parfois tellement sujet à aménagements, à adaptations que l'on peut se demander, à force de contrôles, contraintes et prescriptions, si le lien personnel ne se dilue pas, ne s'efface pas au bénéfice d'une simple organisation patrimoniale.

C'est que la réalisation d'une transmission ne consiste pas seulement dans la création d'un lien entre les hommes, mais également dans la transmission d'un patrimoine qu'elle rend mobile.

Succéder, c'est s'assujettir, remplacer, prendre la place de... mais c'est aussi transmettre un héritage. La transmission met le patrimoine en mouvement.

Pour mieux assimiler le concept de transmission, il faut donc davantage s'attacher à l'objet de celle-ci dont la richesse repose sur la variété et la variation.

Variété du bien transmis dont on ne peut faire abstraction, parce que l'on ne transmet pas de la même manière une entreprise, des valeurs mobilières, des droits d'auteur, et des droits extrapatrimoniaux. La nature du bien lui-même influe sur l'acte de transmission et nécessite l'élaboration d'un régime juridique particulier pour l'organiser.

Aussi lorsque, dans nos débats, il est question de la clarification du domaine des différents types de donation, la spécificité de l'objet est au cœur de notre réflexion. Notamment, à propos des valeurs mobilières, on s'interroge pour savoir où s'arrête l'idée de dématérialisation : à l'objet transmis? Aux modalités de transfert de la propriété elles-mêmes ?

La nature du bien influence la transmission. Ce constat est d'autant plus vrai que parfois le bien subit des variations pendant la transmission.

Variations en ce sens que la transmission, devenue plus sophistiquée, plus contractuelle, s'étale dans le temps. L'héritage évolue, les biens transmis se transforment avant que leur destinataire final ne soit atteint. Comment alors satisfaire

aux objectifs de prévisibilité et de sécurité face à un patrimoine en mouvement, un patrimoine qui se transforme ?

En restituant toute sa place et sa fonction à la volonté. Elle seule peut gérer l'instabilité du patrimoine, l'anticiper et y faire face. Par l'anticipation, la volonté humaine corrige les éventuelles transformations physiques du bien : ainsi en est-il avec les obligations d'emploi et le jeu de la subrogation réelle. Davantage, la volonté, parfois, participe de la mutation juridique du bien transmis. Il n'est plus question ici d'une altération naturelle du bien pendant la transmission mais plutôt d'une mutation intrinsèque du bien du fait de la transmission elle-même. Tel est le cas avec les interdictions de disposer, de demander le partage, les exclusions de communauté, etc.

Avec les libéralités graduelles et résiduelles, les questions d'altérations juridiques et physiques s'entremêlent. Le bien reçu par libéralité graduelle n'est pas un bien comme les autres, il a perdu notamment la qualité de circuler librement : c'est un bien de main morte. Or ne faut-il pas inviter le législateur à repenser cette question, notamment quand le jeu de la subrogation réelle vient au support de la protection des droits du second gratifié ? Nous ouvrons aujourd'hui le débat sur cette approche et ce dès la première proposition.

Les qualités intrinsèques des biens sont maîtrisées pour les besoins de la transmission. La volonté reprend incontestablement ses droits et exerce une réelle influence sur la nature même du bien transmis.

Finalement le patrimoine persévère dans l'être et se préserve par lui. Car comme l'écrivait le professeur Jean Carbonnier : «*Les biens n'ont de sens que par rapport à l'homme. Le droit n'étudie pas des natures mortes ni des paysages vides de marmousets* ».

Quant aux congrès, ils n'ont de sens que par les débats animés et constructifs qu'ils suscitent, aussi place maintenant aux propositions de la troisième commission du 108^e Congrès des notaires.

PROPOSITION 1 :

Autoriser la subrogation dans les libéralités graduelles.

Proposition 1 par Stéphanie Arnaud, Président

Les substitutions de personnes sont permises. En effet, la loi du 23 juin 2006 consacre les libéralités résiduelles et graduelles. Ces libéralités organisent la transmission vers deux personnes et ce de manière successive. D'abord un premier gratifié puis un second, dont les droits s'ouvrent à la mort du premier.

L'assiette de la libéralité du second gratifié est conditionnée par les droits et obligations du premier gratifié.

Or, si la loi valide les substitutions de personnes, elle semble plus réticente à admettre la substitution de biens. La subrogation réelle et l'obligation de remploi qui en est le pendant seraient écartées par le législateur.

Un tel principe serait déduit de l'article 1049 du Code civil pour les libéralités graduelles et affirmé par l'article 1058 du même Code pour les libéralités résiduelles.

Ainsi si les biens sont aliénés par le premier gratifié, ni les biens échangés, ni le prix de vente, ni les biens acquis en remploi ne profitent au second gratifié. La libéralité initiale est maintenue, mais la seconde libéralité est privée d'effets.

Cette interdiction serait générale et globale.

Elle s'appliquerait tant aux libéralités résiduelles qu'aux libéralités graduelles.

La subrogation réelle serait contraire à l'absence d'obligation de conservation du premier gratifié dans une libéralité résiduelle. Et elle serait également contraire à l'obligation de conservation dans une libéralité graduelle.

Or ne faut-il pas nuancer cette approche et accepter que, parfois, la substitution de biens puisse jouer et ce sans que les principes et notions ne soient atteints dans leur essence.

Oui ! Il est possible de l'admettre en dissociant le sort des libéralités résiduelles et graduelles.

La pratique retrouverait alors une souplesse permettant de traduire toutes les nuances de l'intention libérale du disposant.

Revenons ensemble à la genèse de l'interdiction de la subrogation réelle. Pourquoi prendre l'option de figer les biens transmis ?

Parce que la conservation en nature se concilierait plus aisément avec la fiction juridique selon laquelle le second gratifié est censé tenir ses droits et biens, non du grevé, mais du disposant.

Admettre que les biens et droits transmis puissent se retrouver sous une autre forme que le bien originaire à la mort du grevé serait contraire au fait que « le second gratifié est réputé tenir ses droits du disposant ».

Le principe de l'unicité de l'acte est à l'origine ou, du moins, est la justification du maintien de la règle traditionnelle de la transmission des biens, objet de la libéralité substitutive, en nature.

Unicité de l'acte certainement, mais avant tout dualité de la libéralité.

Deux en une !

Or selon qu'il s'agit d'une libéralité résiduelle ou graduelle la place à l'idée de dualité est plus ou moins prépondérante et avec elle la nécessité du recours à la fiction juridique.

Quelle est la situation dans les libéralités résiduelles ?

D'un côté, refuser la subrogation, c'est permettre au premier gratifié qu'il aliène tous les biens transmis dans le seul but de favoriser ses propres héritiers. Le remplacement de tous les biens transmis par d'autres priverait en effet le second gratifié du bénéfice de la libéralité.

D'un autre côté, admettre le remplacement, raisonner en termes d'universalité et non plus d'identité des biens en matière de libéralité résiduelle risque de créer des problèmes d'interprétation de certaines situations successorales. On risque d'insérer dans le *residuum* des biens qu'il n'avait pas vocation à comprendre.

Admettre le remplacement, c'est dénaturer le *residuum*. Le jeu de la subrogation réelle apparaît comme contraire à l'essence de la libéralité résiduelle : le second bénéficiaire a vocation au *residuum*, mais il n'a droit qu'à cela.

N'oublions pas que l'objectif du disposant est davantage de gratifier le premier bénéficiaire. La libéralité dont est gratifié le second bénéficiaire est et demeure conditionnelle, éventuelle, future et incertaine.

Ainsi une conception concrète du résidu doit être défendue.

L'écueil qui consiste à dénaturer les libéralités résiduelles, que celles-ci soient détournées de leur définition et leur substance vidée pour des raisons uniquement fiscales, est ainsi évité.

Tout autre est la situation en cas de libéralité graduelle.

L'intention libérale du disposant est davantage tournée vers l'appelé. D'ailleurs, le terme même de « graduelle » est éclairant : est graduel ce qui est progressif, ce qui s'effectue par degrés. Autrement dit : les deux gratifiés ne se substituent pas. Ils se succèdent, ou plus précisément, se suivent.

Ainsi, le recours à la fiction juridique n'est pas utile pour justifier que les biens dont profite le second gratifié lui viennent du disposant.

La faculté d'aliéner et le jeu de la subrogation réelle deviennent défendables.

D'autant plus défendables qu'incontestablement l'obligation de conserver en nature et l'absence de subrogation qui en découlerait affecteraient le principe de la libre circulation des biens.

D'autant plus défendable qu'avec la subrogation réelle, on aliène tout en conservant ou on conserve même en aliénant. N'oublions pas que la subrogation réelle est l'opération juridique en vertu de laquelle un bien est, dans un rapport de droit, substitué à un autre, les caractères juridiques du bien primitif et les effets du rapport de droit qui s'y attachaient sont transposés au bien nouveau, qui a pris sa place. Le bien subsiste.

L'obligation de conservation se trouve certes affectée dans son contenu, puisqu'elle se reporterait sur le bien subrogé, mais non dans son principe, dès lors que le emploi est organisé. Il en va de même de l'obligation de transmettre en nature au second gratifié ; elle se trouve écartée à l'égard du bien originaire, mais subsisterait en ce qui concerne le bien subrogé ; elle n'est pas, elle non plus, affectée dans son principe même.

D'ailleurs, cette solution ne serait pas nécessairement contraire aux intérêts du second gratifié, pas plus qu'à ceux du grevé. Il n'est pas rare, en effet, que le second gratifié, bénéficiaire de la transmission au décès du grevé, préfère recueillir un autre bien, plutôt que le bien ou le droit originairement transmis au grevé.

Vous allez alors me dire : que faites-vous de l'objectif de conservation des biens dans la famille ? Souvent les libéralités graduelles tendent au maintien de certains biens dans le cercle de la famille.

Dans ce cas, que l'article 1049 du Code civil s'applique *stricto sensu*.

Car l'idée défendue ici est celle d'une subrogation conventionnelle autorisée par le disposant. La subrogation réelle n'est possible que si telle est la volonté du disposant. C'est dire que le disposant n'entend pas faire de la conservation du bien en nature une condition déterminante de la libéralité.

Le disposant est maître des modalités de l'intention libérale et il doit pouvoir, par exception, s'il estime que cette perspective n'est pas de nature à compromettre les intérêts du second gratifié, autoriser le grevé à procéder à un échange, une subrogation réelle.

Pas de nature à compromettre les intérêts du second gratifié !

Évidemment, la subrogation réelle n'est défendable qu'autant que soit organisée la protection du second gratifié. C'est-à-dire qu'autant que la réalité du emploi soit sécurisée.

Aussi le délai de réalisation du emploi ainsi que les caractéristiques des biens susceptibles d'en faire l'objet devront être fixés avec précision. Par ailleurs, il est important de prévoir qu'un tiers contrôle l'effectivité du remplacement. Il pourra s'agir du disposant lui-même ou du second gratifié voire de l'équivalent d'un tuteur à la substitution.

Ce sont ces règles qui garantiront la sauvegarde des intérêts du second gratifié et dès lors l'équilibre de la libéralité graduelle. N'est-ce pas d'ailleurs tout le sens et l'intérêt de l'article 1052 du Code civil qui prévoit que le disposant doit prescrire des garanties et des sûretés pour la bonne exécution de la charge ?

L'approche ainsi proposée de dissocier les solutions selon qu'il s'agit d'une libéralité graduelle ou résiduelle permet non seulement de respecter le cadre défini par la loi, mais également de respecter les volontés du disposant et de maîtriser l'art de la nuance, qui doit être le génie du droit civil.

Je passe la parole à Sébastien Ginon qui va vous faire lecture de la proposition...

Lecture des considérants par Sébastien Ginon, Rapporteur

Considérant

- 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 Congrès 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 légués ;

- 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.

.... La parole est à la salle...

Intervenant 1: Bonjour, Sébastien Huygues, je suis député du Nord, et j'ai eu l'honneur d'être rapporteur de la loi de 2006 sur la réforme des successions et des libéralités et à ce titre j'ai été l'auteur de l'amendement qui introduit les libéralités graduelles, puisque dans le cadre du projet de loi qu'avait présenté le Gouvernement il n'y avait que les libéralités résiduelles qui étaient prévues. Je vous confirme qu'effectivement l'esprit du législateur était de ne pas permettre cette substitution. Je voudrais vous remercier pour le travail qui a été fait par cette 3^e commission, j'ai trouvé votre exposé passionnant, il était vraiment pile poil dans le cadre du travail de préparation de ce texte de loi, et vous m'avez convaincu de la nécessité de modifier le texte pour permettre cette substitution. Donc, si vous en êtes d'accord, je déposerai une proposition de loi allant dans ce sens. Il se trouve que désormais je suis dans l'opposition donc je ne suis pas sûr d'être suivi, mais il n'y a pas de vocation politique à ce genre de texte. En tout cas, il est vrai qu'à la commission des lois nous avons fixé une règle, c'est que 1 an, 2 ans, voire 3 ans après le vote d'un texte, le rapporteur ainsi qu'un membre de l'opposition devaient mener une réflexion sur l'application de la loi telle qu'elle a été votée et éventuellement la faire évoluer. Il est vrai que dans le cadre de cette réforme sur les substitutions libéralités, qui est plus une boîte à outils qu'un texte classique, je pense qu'il y avait besoin d'un peu plus de recul, et j'entends bien mener cette évaluation sur ce texte, donc à ce titre je mènerai aussi un certain nombre d'auditions et j'espère que vous me ferez l'honneur de venir me parler de l'ensemble de ce texte. Je vous remercie.

Stéphanie Arnaud, Président: Je voulais justement vous dire qu'on était partis du postulat que la loi de 2006 était une belle loi avec des beaux outils et c'est pour ça que le but de cette proposition n'avait pas du tout pour volonté de faire des révolutions ou de modifier des outils bien établis, mais justement de proposer une évolution qui satisfasse aux objectifs et aux finalités de la loi à laquelle vous aviez participé, donc je vous en remercie.

Intervenant 2: Je voudrais que nous nous arrêtions un instant sur le caractère, terrifiant ou formidable, suivant quel côté vous vous placez, de la libéralité résiduelle. Je prends un cas de figure malheureusement très fréquent, ou heureusement d'ailleurs, voici un couple de personnes remariées, ils n'ont pas d'enfants en commun, mais chacun a des enfants d'une précédente union. Quid d'une libéralité résiduelle par laquelle chacun des époux lègue plutôt à son conjoint la totalité de ses biens en lui interdisant simplement d'en disposer à titre

gratuit comme la loi le prévoit ? Le conjoint me paraît totalement libre du moins dans la mesure où il n'y a pas des relations conflictuelles dans la famille. Vous avez raisonné jusqu'à présent en imaginant une multiplication de précautions qui auraient pour effet d'enfermer un petit peu les parties, mais on peut imaginer la situation inverse, où la famille respecte le remariage de ses parents. Et c'est une solution un petit peu égoïste, voilà pourquoi je la qualifiais de terrifiante ou formidable pour le conjoint survivant, c'est une position formidable, il n'a plus pratiquement aucune contrainte sauf la privation des libéralités. Pour les enfants, en revanche, il en ira tout autrement lorsqu'ils se retrouveront tête à tête après la mort des époux. Au fond cette combinaison n'est pas du tout blâmable, elle repose sur un principe très simple qui anime certainement les époux. Je préfère mon conjoint à mes enfants ou peut-être leur situation, mais en revanche je préfère mes enfants aux enfants de mon conjoint. Donc, je me demande si la libéralité résiduelle, par les inquiétantes velléités peut-être de contentieux qu'elle suscite, ne pourrait pas être un peu plus encadrée. Merci de votre attention.

Stéphanie Arnaud, Président : Je ne crois pas que le danger vienne de l'outil, c'est-à-dire de la libéralité résiduelle, dans l'hypothèse que vous prenez, un legs à titre universel fait au conjoint survivant présente également le danger pour les enfants d'un premier mariage. Donc cette situation et ses dangers, cette mise en danger et ses difficultés dans les familles recomposées n'est pas propre à l'outil lui-même, et au contraire, à la limite la résiduelle ou la graduelle sont des outils qu'il faut favoriser dans ces situations, puisqu'elles permettront peut-être à ce disposant pris entre son nouveau conjoint et les enfants d'une précédente union de protéger ce dernier, sans pour autant déshériter ses propres enfants et descendants. Donc, j'aurais tendance à rebondir sur votre argument et dire qu'il faut voir au contraire dans la résiduelle et la graduelle un côté transgénérationnel, un côté double gratifié qui permet justement de sauver ces situations-là qui sont difficiles.

Intervenant 3 : Ce soir, je vais seulement, à l'occasion de cette proposition, évoquer le souvenir de Pierre Catala, qui a été si présent dans vos colloques, qu'il illuminait par son intelligence et l'élégance de sa parole. Il avait combattu avec beaucoup de vivacité l'obligation de conserver en nature prévue pour les libéralités graduelles. Comme vous, il y voyait un archaïsme contraire à la liberté de circulation. Et, c'est pourquoi, avec beaucoup d'émotion, je tiens à rappeler ici l'invincible force de l'esprit de Pierre Catala, je suis sûr que sa mémoire est reconfortée par ce vœu, qui est conforme à ses idées.

Stéphanie Arnaud, Président : Je pense que je peux parler au nom de tout le 108^e Congrès des Notaires de France et de toute l'assemblée pour vous dire qu'on se joint à l'hommage que vous faites aujourd'hui au professeur Catala.

Sébastien Ginon, Rapporteur : Effectivement nous avons beaucoup travaillé avec son offre de loi et vous allez voir que cela se retrouve un petit peu dans toutes les propositions.

Stéphanie Arnaud, Président : Alors je vous propose que l'on passe au vote.

La résolution est adoptée.

PROPOSITION 2 :

Permettre un nouveau type de renonciation anticipée.

Proposition 2 par Frédéric Petit, Rapporteur :

La contractualisation du droit de la famille d'une part, l'affirmation du principe de la réserve héréditaire d'autre part, ce sont là deux orientations auxquelles adhère l'équipe du 108^e Congrès des Notaires de France.

Elles ne sont pas contradictoires, dès lors qu'elles ont pour convergence l'adaptation du droit des successions et libéralités aux préoccupations de nos contemporains.

Ainsi, en adoptant la RAAR, le législateur de 2006 a voulu apporter une souplesse accrue aux libéralités réalisées malgré la présence d'héritiers réservataires, et ce en tenant compte du particularisme de la situation familiale et patrimoniale du disposant.

On a ainsi voulu sécuriser les libéralités consenties dans ce contexte.

Malgré tout, force est de constater que la RAAR n'est pas toujours efficace. En effet, la RAAR n'est une renonciation qu'à l'action en réduction. De cette affirmation, il faut alors en tirer deux conséquences :

La première, vous le savez, c'est que le renonçant n'agit que pour lui-même et donc vis-à-vis de la seule fraction d'indemnité de réduction qui aurait dû lui revenir.

Et par là-même, les mécanismes classiques des liquidations successorales aboutissent à ce que, si TOUS les héritiers réservataires n'ont pas renoncé, la libéralité sera presque irrémédiablement vouée à la réduction.

Et le cas échéant le renonçant, alors même qu'il aurait consenti à une atteinte portant sur la totalité de sa réserve, prendra une partie des biens existants. Il prendra ainsi une partie de sa réserve.

Alors, nous n'allons pas revenir cet après-midi sur les débats doctrinaux, parfois vifs, qui ont agité cette question.

Non, intéressons-nous plutôt, et c'est là l'objet de notre proposition, à la seconde conséquence qui d'ailleurs est peut-être passée inaperçue...

Cette seconde conséquence est la suivante : La réduction ne sanctionne qu'un seul type d'atteinte à la réserve. Or une libéralité peut porter atteinte à la réserve pour d'autres raisons qu'un dépassement de quotité disponible.

La réserve ne se définit pas qu'en termes de quotité ; elle doit au surplus assurer à son titulaire l'ensemble des prérogatives d'un plein propriétaire.

Et c'est bien ainsi que le législateur en 2006, a défini la réserve ! À l'article 912 du Code civil, que je relis avec vous :

« La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la Loi assure la dévolution libre de charges... »

Le constat est alors le suivant : Une multitude de libéralités, pourtant fort utiles, et susceptibles de porter atteinte à la réserve.

Ces libéralités ne peuvent être sauvées par la RAAR actuelle ; et pourtant elles couvrent des situations... plus fréquentes, plus diverses que celles qui peuvent faire l'objet de la RAAR actuelle.

Il en est ainsi de la libéralité qui comporte une charge, telle qu'une obligation d'emploi, une interdiction d'aliéner, cette charge est peut-être en soit licite mais elle devient illicite dès lors qu'elle porte atteinte à la réserve héréditaire.

Prenons si vous le voulez bien deux illustrations :

1^{re} illustration : « J'interdis à mon enfant, donataire, de vendre le bien donné en avancement de parts successorales avant sa 20^e année ou encore je donne sous condition d'entrée en communauté », la sanction ici n'est pas la réduction dès lors que l'enfant aura consenti à une atteinte à sa réserve, mais potentiellement la suppression de la clause fondée sur le principe de la prohibition des pactes sur successions futures.

2^e illustration : « J'oblige mon enfant, légataire, à réinvestir la somme d'argent léguée dans un appartement ». La sanction ici n'est pas la réduction mais plutôt le cantonnement à la quotité disponible, et le cas échéant la suppression de la clause. La question est alors la suivante : dans quelle mesure l'auteur de la libéralité pourrait-il anticiper, neutraliser la critique du gratifié qui, au moment du décès, viendrait à refuser d'exécuter la charge au motif qu'elle porterait atteinte à sa réserve ? J'en aperçois parmi vous qui pensent à l'action révocatoire, aux clauses pénales, à la condition impulsive et déterminante, mais détrompez-vous, ces armes seront ici fréquemment inefficaces car elles ne sauraient recouvrir une charge illicite. Que cette charge figure dans un legs et elle sera contraire à l'ordre public réservataire, que cette charge figure dans une donation et c'est le consentement du donataire qui pourrait potentiellement s'avérer contraire à la prohibition des pactes sur successions futures.

On mesure donc bien, mes chers confrères, l'intérêt patrimonial et familial qu'il y aurait à admettre une renonciation anticipée à contester ses libéralités pour atteinte à la réserve.

Ce serait là un nouveau pacte sur succession future autorisée !

Vous pourriez vous en offusquer. Mais, dites-moi, le législateur n'a-t-il pas déjà imposé ce type d'atteinte à la réserve autre qu'un dépassement de quotités disponibles ? Pensez ici à l'usufruit du conjoint survivant qui vient grever la réserve des descendants, pensez encore au mandat à effet posthume qui autorise un mandataire à administrer, à gérer les biens successoraux, fussent-ils constitutifs de la réserve.

Et puis, dites-moi, dans d'autres domaines, le législateur n'a-t-il pas déjà validé ce type de renonciation anticipée autre que la réduction ? Pensez ici aux libéralités graduelles.

Relisons ensemble l'article 1054 C alinéa 2 du Code civil : « *Le donataire peut toutefois accepter, dans l'acte de donation ou postérieurement dans un acte établi dans les conditions prévues à l'article 930, que la charge grève tout ou partie de sa réserve* ».

Le pacte que nous vous proposons pourrait d'ailleurs s'appliquer aux libéralités résiduelles, ce qui interdirait au premier gratifié de léguer les biens alors même qu'ils constitueraient sa part de réserve, quitte alors à prévoir que cette charge devrait bénéficier aux enfants nés ou à naître du premier gratifié.

Alors jusqu'où faut-il aller ? Deux éléments de réponses permettent de délimiter le périmètre de ce que nous voulons vous proposer. Il y a en effet ce que nous voulons vous proposer et ce que nous n'avons pas voulu effectuer.

Ce que nous vous proposons, c'est un pacte qui se limiterait à valider par anticipation toutes charges au sens de l'article 912 du Code civil, venant grever la réserve au terme d'une libéralité.

Ce que nous n'avons pas voulu vous proposer, c'était une renonciation générale à la réserve et encore moins une remise en cause du principe de la réserve elle-même.

Certes, vous pourriez me dire ici qu'il y a par ce pacte une renonciation à la réserve elle-même, en ce qu'elle est définie en l'article 912 comme étant une part des biens et droits successoraux libres de charges. Et qu'en cela, le pacte que nous vous proposons semble aller au-delà de la RAAR actuelle.

Mais là où la RAAR n'est pas une renonciation à sa réserve, elle constitue une renonciation à son émolument. Au contraire, ici, il y a une renonciation à recevoir sa réserve pleine et entière mais pas pour autant systématiquement une renonciation à son émolument.

Ce pacte ne remettrait pas en cause le principe de la réserve, qui interdit au *de cujus* de déshériter ses enfants, mais constituerait une nouvelle atteinte limitée au principe de la prohibition des pactes sur successions futures. Et, c'est d'ailleurs pour cette raison que nous donnerions à ce pacte le même formalisme que la RAAR actuelle.

En conclusion, mes chers confrères, il faut valider un tel pacte, moins dangereux pour l'enfant, nous semble-t-il, que ne l'est la RAAR actuelle.

Il faut valider un tel pacte, utile pour la pratique, car il permet de sécuriser les libéralités comportant une charge :

- Ces charges dont on ne peut sereinement maîtriser l'exécution
- Ces charges que l'on ne sait véritablement définir, hier comme aujourd'hui.

Et il suffit pour s'en convaincre d'évoquer les libéralités en usufruit : l'usufruit est-il une charge ?

Avec les questions incidentes : la réduction est-elle en nature, en valeur ? La RAAR est-elle applicable ?

Valider un tel pacte c'est donc sécuriser notre pratique !

Et si cette proposition vous reçoit votre agrément, mes chers confrères, c'est alors une réécriture de l'article 912 du Code civil qu'il conviendrait de suggérer au législateur.

Stéphanie Arnaud va vous donner lecture de notre proposition.

Lecture des considérants par Stéphanie Arnaud, Président

Considérant

- 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 ;
- Que l'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 Congrès 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.

...La parole est à la salle...

Intervenant 1 : Si j'ai bien compris le raisonnement qui était parfaitement exposé par Maître Petit, qui peut le plus peut le moins. On peut renoncer de façon anticipée à la réduction pour une part de sa réserve, on peut donc accepter par avance que sa réserve soit grevée d'une charge. Mais ce que je ne saisis pas bien c'est pourquoi vous proposez une modification de l'article 912, c'est une manière

de toucher la réserve - mais pas tout simplement une modification de l'article 929 dans laquelle est organisée la RAAR, et prévoir que la RAAR peut consister en une acceptation d'une charge grevant la réserve.

Frédéric Petit, Rapporteur : Effectivement ce que nous avons voulu faire avec cette proposition, c'est le prolongement finalement de la RAAR actuelle. La RAAR actuelle permet effectivement de renoncer par anticipation à toute action en réduction au sens classique du terme, c'est-à-dire accepter un dépassement de la quotité disponible, mais pas forcément dans d'autres hypothèses, et notamment l'hypothèse des charges qui pourraient venir grever la réserve. Donc effectivement c'est le prolongement de la RAAR actuelle. Alors, pour autant, dans quel texte aurions-nous pu placer ce pacte que nous vous proposons ? On a effectivement hésité à envisager de placer ce texte dans les articles 929 et suivants qui ont trait à la renonciation anticipée à l'action en réduction et finalement dans la partie relative à l'action en réduction elle-même. Nous avons préféré inviter le législateur à placer ce pacte dans l'article 912 qui traite, comme vous l'avez justement rappelé, de la réserve elle-même. Parce qu'effectivement c'est bien de la réserve dont il s'agit au sens où elle doit être elle-même libre et entière, non grevée de charges, et c'est bien par référence à la définition de la réserve qui est posée par le législateur que ce pacte devrait s'apprécier. Surtout que je ne suis pas convaincu non plus que le pacte que nous vous proposons soit de même nature que la renonciation à l'action réduction. Vous savez que lorsque qu'une charge vient grever la réserve, la sanction c'est l'action en cantonnement qui se situe peut-être dans le prolongement de l'action en réduction, mais qui est à mon avis légèrement différente tout de même, car l'action en réduction ne suffit pas, l'action en réduction va déterminer qu'il y a un empiètement, un dépassement peut-être de la quotité disponible mais elle ne va pas suffire à définir, à déterminer, à isoler, à déterminer effectivement les biens précis qui vont être constitutifs de la réserve, pour les rendre libres de toutes charges.

Voilà pourquoi nous avons préféré placer cette réflexion sur le terrain de l'article 912.

Intervenant 2 : Je voudrais d'abord vous féliciter parce que la clarté de l'exposé était impressionnante et sur le fond je souscris pleinement bien sûr à cette mesure. Juste une petite question, est-ce que vous pourriez nous préciser pourquoi vous avez choisi de repasser par la lourdeur du formalisme de la RAAR ?

Frédéric Petit, Rapporteur : Pourquoi effectivement avons-nous choisi la lourdeur, comme vous dites, en tout cas le formalisme de la RAAR actuelle, et notamment la présence de deux notaires ? Je crois qu'il faut être cohérents, la RAAR actuelle c'est

le modèle de référence que nous avons par rapport à ce pacte anticipé de renonciation, par conséquent là où la RAAR prévoit deux notaires, il nous semble cohérent d'adopter également le même formalisme ici. D'autant plus que la protection requise est la même. Là aussi il faut éviter sans doute une certaine pression, là aussi on renonce à recevoir sa réserve en pleine propriété, et au-delà de cela, je crois qu'il faut être cohérent avec le mouvement législatif en cette matière. En 1975, rappelez-vous, le Congrès des notaires avait voté finalement l'abolition du principe de la prohibition des pactes sur successions futures. En 2004, on a validé certains pactes de familles sans pour autant remettre en cause la prohibition des pactes sur successions futures. En 2001, le législateur réaffirme avec force le principe de cette prohibition des pactes sur successions futures à l'article 722, concernant le droit des successions et libéralités. En 2006 on réaffirme cette fois-ci le principe de la réserve héréditaire en la définissant comme je vous l'ai dit à l'article 912, mais pour autant en 2006, on prend acte de cette contractualisation et on étend la possibilité de faire toute une série de pactes. Vous voyez bien que le législateur, entre les principes qu'il a réaffirmés avec force, les piliers de l'ordre public réservataire, la définition de la réserve en tant que telle et la prohibition des pactes sur successions futures prend le soin de trouver et de prendre acte de la contractualisation du droit à la famille, mais il trouve cet équilibre à travers un formalisme renforcé, c'est pour ça qu'il nous est apparu cohérent, vis-à-vis du législateur et vis-à-vis du modèle de référence qui existe, d'adopter le même formalisme que le RAAR actuelle.

Intervenant 3 : Oui, juste un petit mot concernant ce formalisme qui peut paraître à beaucoup de notaires, à beaucoup de professionnels, assez lourd, effectivement c'était également un amendement que j'avais proposé, et vous savez qu'au moment où les parlementaires et notamment le rapporteur veulent proposer un certain nombre d'amendements, il y a une discussion avec la chancellerie, et à l'époque la chancellerie était d'accord pour mettre en place cette renonciation anticipée à l'action en réduction mais elle voulait que ça passe par le juge, et donc la procédure aurait été encore plus lourde et dans la négociation que nous avons eue j'ai proposé qu'effectivement, plutôt que de passer par une judiciarisation de la procédure, on se tourne simplement vers le notaire mais en donnant une petite protection supplémentaire en faisant appel à deux notaires, et je pense que finalement la procédure, aussi lourde soit-elle pour les professionnels, est quand même beaucoup plus légère que de passer par l'homologation du juge.

Frédéric Petit, Rapporteur : Je vous remercie, Monsieur le député, j'en profite pour vous remercier par ailleurs parce qu'au travers de ces textes, vous pourrez constater à de multiples égards la confiance renforcée qui est accordée au notariat.

Stéphanie Arnaud, Président : Je propose que nous passions au vote.

La proposition est adoptée.

PROPOSITION 3 :

Adapter le formalisme du testament authentique.

Proposition 3 par Sébastien Ginon, Rapporteur :

Mes chers confrères,

Nous vous invitons maintenant à réfléchir sur l'avenir d'une vénérable institution notariale, le testament par acte public, que vous connaissez plus en pratique sous le terme de testament authentique.

Il s'agit d'une institution juridique très ancienne qui était autrefois entièrement orale, devant un public composé à l'origine de religieux, puis de notaires et de témoins dans sa forme actuelle.

Aujourd'hui, un constat s'impose : Les testaments par acte public sont peu utilisés. Ils représentent environ 15% des testaments recensés par l'ADSN, l'écrasante majorité étant réalisée sous la forme olographe.

Nous nous sommes donc interrogés : Pourquoi ? Et faut-il que cela change ?

Les testaments olographes sont aujourd'hui plébiscités en pratique pour leur simplicité de confection. Mais il ne faut pas s'y tromper ! Le testament olographe demeure précaire et dangereux. Il laisse le testateur Tantôt esseulé devant sa feuille blanche avec des risques d'erreur juridique, sans parler des risques de perte ou de destruction; Tantôt mal accompagné par une personne intéressée qui abuse de sa faiblesse en fin de vie et contraint moralement le testateur à l'instituer héritier.

Par ailleurs, la pratique des testaments prérédigés ou établis sur la base de modèles qui ont pu lui être dictés par le notaire n'est pas satisfaisante. C'est une déviance qui nous éloigne de la mission qui nous est confiée par l'État de conférer l'authenticité à la volonté des parties.

Mes chers confrères, il faut réhabiliter le testament authentique !

Il faut arrêter de trembler à l'idée de rédiger un testament authentique.
Il doit être développé car il apporte tranquillité et sécurité au testateur,

Ce testateur qui est soucieux de pouvoir exprimer librement ses dernières volontés,
Ce testateur qui est soucieux également qu'elles soient ensuite appliquées dans la sérénité.

Le notaire doit jouer tout son rôle dans son élaboration, comme pour tout acte authentique.

Or un constat s'impose : Le testament authentique régi par le Code civil ne le permet pas actuellement.

Le formalisme qui le caractérise, la dictée du testateur qui est consignée scrupuleusement par le notaire dans son acte nous paraît inapproprié et ce pour au moins trois raisons :

Premièrement, la dictée est une survivance de l'histoire, relevant d'une époque à laquelle l'oralité était le meilleur moyen de transmettre ses dispositions de dernières volontés. Ce temps est désormais révolu !

Nos concitoyens sont aujourd'hui demandeurs d'une assistance pour consigner par écrit leurs dernières volontés et assurer leur conservation. Le notaire ne doit pas être cantonné à un simple rôle d'enregistreur des volontés du testateur mais il participe pleinement à l'élaboration du testament ;

Il retrouve alors sa place naturelle, au cœur du processus de transmission en donnant un corps juridique aux volontés du testateur.

- Deuxièmement, la forme ne doit pas desservir le fond.

La nullité des testaments par acte public est essentiellement prononcée en justice en raison du défaut du respect du formalisme de la dictée exigé par le Code civil.

Ces annulations de testament, qui sont tout à fait justifiées sur le plan légal, entraînent de graves conséquences sur la dévolution de la succession du disposant.

La sanction est cruelle pour le disposant en cas d'annulation de son testament authentique, car la dévolution *ab intestat*, qu'il a écartée, devient applicable. Pire, le testament antérieur expressément révoqué par le testateur dans son testament authentique peut alors s'appliquer et les héritiers exclus par le disposant vont appréhender son patrimoine.

Quel paradoxe pour le testateur qui, pensant renforcer la force probante de son testament et la qualité de son gratifié en recourant à la forme authentique, voit ses dispositions de dernières volontés contestées pour un problème de forme !

Attention cependant à ne pas se tromper de combat !

Le formalisme du testament authentique est fondamental ! C'est son essence même !

Mais c'est bien le caractère public de ce testament en présence de témoins et de notaires et non l'obligation de dictée qui doit fonder ce formalisme.

C'est également, nous en sommes convaincus, l'assistance du ou des notaires, aux côtés du testateur, dans la confection du testament qui fonde ce formalisme, et non une simple écoute passive.

- La troisième raison, c'est que l'accessibilité du testament authentique est actuellement limitée : En effet, en l'état actuel de la législation, le testament authentique n'est pas accessible à tous en raison de la nécessité de la dictée : toutes les personnes ne pouvant physiquement dicter leurs dernières volontés ne peuvent recourir au testament authentique. Cela concerne notamment les personnes rendues muettes par un handicap, mais également les personnes incapables de s'exprimer en français, lorsque le notaire ne maîtrise pas parfaitement la langue étrangère. Il en va de même pour les personnes ne pouvant entendre.

Et cela concerne d'une manière générale toutes les personnes de plus en plus vulnérables qui, du fait du vieillissement de la population, se présentent devant nous de plus en plus affaiblies physiquement.

Mes chers confrères, donnons à ces personnes dont les facultés physiques sont limitées des moyens juridiques adaptés et sécurisés pour exprimer leurs dernières volontés.

Le médiateur de la République, à la fin de l'année 2011, s'en est ému, il appelait de ses vœux une réforme visant à autoriser le notaire à rédiger le testament à partir des souhaits du testateur.

Pour reprendre ses termes, il est inacceptable qu'une personne ne pouvant s'exprimer oralement soit privée d'un droit du seul fait de son handicap.

Mes chers confrères, pour toutes ces raisons, il faut « changer la loi » pour permettre au testament authentique de retrouver son rang au sein de la hiérarchie des testaments.

Le notaire doit pouvoir rédiger lui-même les dernières volontés de son client dans un acte authentique. Le cœur de notre métier n'est-il pas d'authentifier la volonté des parties dans l'ensemble de nos actes ? Pourquoi en irait-il différemment en matière testamentaire ?

Il n'y a aucune raison de craindre l'intervention active du notaire dans le testament, il demeure un intervenant désintéressé au service du disposant. Il convient même au contraire de l'encourager dans cette matière technique.

La solution proposée par le 108^e Congrès des notaires de France consiste dans la suppression de l'obligation pour le testateur de dicter son testament au notaire rédacteur. Le notaire rédige le testament en collaboration avec le testateur, en présence de témoins et/ou du second notaire. Il procède ensuite, préalablement à sa signature, à sa lecture en présence du testateur qui l'approuve et des témoins ou du second notaire.

La sécurité juridique du testament authentique serait renforcée et les conséquences dommageables liées à son annulation limitées. Or conférer la sécurité juridique au testament authentique n'est pas une simple faculté pour le notaire, mais un devoir !

Je passe la parole à Frédéric Petit qui va vous présenter notre proposition.

Lecture des considérants par Frédéric Petit, Rapporteur

Considérant

- 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 ne rend pas trop 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 Congrès 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 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 intervienne en présence du notaire et des deux témoins ou des deux notaires, lesquels signent également.

... La parole est à la salle...

Intervenant 1 : On a déjà évoqué ce matin le testament authentique avec force, bravo pour votre vœu, en revanche, pour le titre de votre proposition : « Adapter le formalisme du testament authentique », je vous propose de supprimer purement et simplement le mot « public » et de le remplacer par le mot « authentique », et là on affirmera avec force le testament authentique et le client comprendra, parce que acte « public » le client ne sait pas ce que ça veut dire, donc essayons d'avancer dans la terminologie, faisons du nettoyage de texte si je puis dire, je vous propose de supprimer le mot « public » et de le remplacer par « authentique ».

Sébastien Ginon, Rapporteur : Effectivement votre suggestion s'inscrit peut-être dans une tendance notariale puisque beaucoup de notaires appellent ce testament, aujourd'hui, le testament « authentique » et d'ailleurs je l'ai repris dans mon exposé. Simplement le terme « public » est très fort puisque c'est la solennité même du testament que nous effectuons dans nos études et c'est ce caractère solennel que nous avons tenu à conserver puisqu'il incarne le testament reçu devant un notaire, ce testament « public ». Le testateur donne le contenu de son testament au notaire et aux témoins ou aux deux notaires et c'est bien là la force de ce testament ... c'est ce que nous devons défendre dans la profession, donc je ne sais pas s'il faut rayer le mot « public » du testament, je ne crois pas.

Intervenant 2 : Je voulais vous dire que je suis assez d'accord, je pense que le temps est venu d'un toilettage, et qu'il faut nous mettre en harmonie avec les temps nouveaux. Alors, on peut discuter, débattre des termes, des modalités, mais dans l'esprit je m'associe à votre vœu, et si j'étais notaire en exercice je le voterai. Vous avez eu l'extrême délicatesse de ne pas mettre en cause une jurisprudence que la pratique ou beaucoup de praticiens ont trouvé sévère, et le thème est sans doute faible. Je voulais vous dire que la Cour de cassation et *a priori* la première chambre civile n'ont vraiment rien contre le testament authentique, je peux vous l'assurer. Il n'en demeure pas moins que dans l'état actuel du texte, « dictée » quand vous reprenez le Larousse : « prononcé des mots qu'un autre écrit au fur et à mesure », donc il y a deux parties en cause : le testateur, le notaire, l'un qui parle qui prononce des mots et l'autre qui doit au fur et à mesure écrire, et il y va de soi que quand on a rédigé depuis 15 jours le texte et qu'on se contente de dire « oui bah c'est ça que je veux » on n'a pas respecté le texte. Voilà, c'était pour vous expliquer un petit peu le fonctionnement et le pourquoi de la jurisprudence de la première chambre civile. Aucune malice, aucune volonté, au contraire, c'est pour renforcer cette authenticité qu'elle est exigeante à l'égard du notariat. L'authenticité constitue l'une des raisons d'être du notariat. Se dérober pour des raisons de facilité apparente ou de confort à cette raison d'être équivaldrait, à mon sens, à sonner le glas du notariat, et ce n'est pas parce qu'un acte est complexe à établir qu'il faut l'abandonner, ou en abandonner la pratique. Au contraire, il y va de l'honneur de notre profession de relever le défi qui nous est lancé à tous. Soyons fiers de la confiance dont l'État nous rend dépositaires, n'écrivons plus la main tremblante, alors mes chers confrères, permettez-moi de vous inviter à l'audace : Vive le testament authentique et que le testament authentique que vous proposez soit éventuellement révisé et réécrit.

Sébastien Ginon, Rapporteur : Merci, Monsieur le Conseiller. Je tiens absolument à signaler que nous ne souhaitons pas du tout critiquer les décisions de la Cour de cassation, et c'est important de dire que les testaments qui ont été annulés par la Cour de cassation le seront encore après notre proposition ! Parce que nous ne souhaitons pas valider les testaments préparés à l'avance. Simplement, notre raisonnement a été le suivant : aujourd'hui nous souhaitons que le testament authentique fonctionne. Alors, jusqu'où peut-on aller ? On entend que c'est cette dictée qui n'a plus raison d'être ; en fait, elle ne doit plus figurer dans le testament, d'une part c'est dévalorisant pour le notaire lui-même puisque le notaire est cantonné à un simple rôle d'enregistreur alors qu'il doit absolument jouer son rôle de conseil. Certains vont me dire : « Il le joue déjà, il a droit d'être un secrétaire intelligent »,

mais ce n'est pas suffisant d'être un secrétaire intelligent, ce n'est pas ce qui se passe dans nos études aujourd'hui, les gens viennent nous voir et ils attendent des conseils. Donc, on doit pouvoir rédiger le testament ensemble, tout en conservant le caractère public, c'est-à-dire que les témoins ou le deuxième notaire doivent pouvoir dire : « Effectivement, c'est bien ce que j'ai entendu, c'est bien son testament ».

Intervenant 3 : Je voudrais féliciter Maître Ginon pour son exposé particulièrement clair, et je voudrais juste faire une observation.

Nous avons déjà à notre disposition une technique qui nous permet de recevoir les testaments des personnes qui ne peuvent s'exprimer et qui ne peuvent pas parler. Cette technique c'est le testament international qui a parfaitement été résumé dans un bulletin du CRIDON de Paris il y a quelques mois. Et je l'ai utilisé pour une personne qui était tétraplégique et qui m'a indiqué ses dernières volontés au moyen d'un ordinateur, je voulais que les confrères sachent que cette technique était d'ores et déjà extrêmement pratiquée.

Sébastien Ginon, Rapporteur : Effectivement, mais c'est une autre technique. Le testament international existe et il est utilisé. Il a des finalités mais ce n'est pas un acte solennel et ce n'est pas une forme allégée du testament authentique, je dirais qu'il faut laisser les deux formes coexister mais le testament international aujourd'hui est plus proche d'un testament mystique et donc il n'a pas les vrais avantages de notre testament authentique. Donc, l'objectif de notre proposition n'est pas du tout de fragiliser le testament international ou le testament olographe, mais il est de promouvoir le testament authentique qui doit devenir la forme de testament utilisée en principe par le notaire. Et effectivement, dans certains cas, vous pourrez avoir recours au testament international et notamment ce pourquoi il est prévu, c'est-à-dire les cas de personnes étrangères.

Intervenant 4 : Tout d'abord je voulais vous féliciter aussi pour le rapport et puis pour la qualité des débats, et de vos interventions. C'est vrai qu'à l'heure actuelle on est très limités par cette dictée, il faut que ce soit modifié parce qu'on voit que les transmissions sont de plus en plus complexes, y compris quand on veut les anticiper un petit peu via le testament et dans ces cas-là, s'il n'y a pas d'héritiers réservataires, on va faire un testament authentique en nommant uniquement le légataire universel pour qu'il ait la saisine et pour tout ce qui sera difficile on va faire un testament international à côté, alors c'est quand même dommage, oui il faut modifier le testament authentique, enfin ce problème de la dictée.

Intervenant 5 : Je souscris parfaitement à la nouvelle rédaction que vous proposez pour les testaments authentiques, la question que je me pose c'est pourquoi laisser l'obligation de rédiger le testament en cours de séance, puisque l'on sait parfaitement que le testament est souvent le fruit d'une réflexion qui dure pendant longtemps, la rédaction peut être complexe, est-ce qu'on ne doit pas simplement se contenter de veiller à ce que le consentement soit plein et total, et ne pas exiger la rédaction du testament en séance ?

Sébastien Ginon, Rapporteur : C'est effectivement une question que nous nous sommes posée au sein de l'équipe, et nous avons eu un débat assez large même avec certains universitaires, mais nous n'avons pas souhaité aller aussi loin. Nous souhaitons absolument garder ce caractère public intégral de la confection du testament. Évidemment ça n'empêche pas de préparer le testament en amont entre le testateur et le notaire. Mais l'expression du testament doit rester, à notre sens, essentielle.

Intervenant 6 : La proposition que vous faites est extrêmement importante surtout au moment où se met en place l'acte authentique électronique, puisque dans cette forme d'acte notamment, on ne pourra plus recevoir de testament mystique qui parfois répondait à un besoin d'un testateur présentant certaines incapacités physiques. Il faut donc que le testament authentique nouveau que vous proposez puisse répondre à tous les cas possibles, c'est le souhait de votre proposition que je soutiens, mais toutefois je reprendrais à mon compte les deux observations qui ont été faites ; la première d'un premier intervenant sur le remplacement du mot « public » par le mot « authentique » et la dernière sur la rédaction de l'acte. Je pense qu'un testament complexe obéit à une rencontre à plusieurs reprises avec le testateur et qu'il me paraît préférable de recueillir son consentement et son expression de la volonté exprimée dans le testament après lui avoir éventuellement remis un projet. Et, la définition de la rédaction du testament elle-même ne porte-t-elle pas en germe le contentieux futur, où commence la rédaction ? Dans l'ancien testament qui était dicté on pouvait préparer le cadre et c'était simplement la dictée des volontés qui était impérativement passée en présence des témoins. Est-ce qu'il va être intéressant de faire assister les deux témoins avec la fragilité de leurs témoignages par la suite et du secret, donc des discussions pour des atteintes à la réserve par rapport aux enfants. Donc la préparation en amont est nécessairement exprimée par la rédaction d'un projet d'acte. Je pense qu'il est plus utile d'avoir l'expression de la volonté du testateur devant les témoins que la rédaction matérielle de l'acte elle-même. Merci.

Bertrand Savouré, Rapporteur général : Une petite précision sur cette question de terminologie. La terminologie ici est au service d'un fondement. L'acte public c'est bien l'acte qui est reçu dans une unité de temps et de lieu. L'acte authentique ne requiert pas ce côté impératif. La vente est un acte authentique et le testament authentique ne doit pas, ne doit jamais devenir un acte courant comme l'est la vente. Donc pour nous la terminologie d'acte public est tout à fait fondamentale. C'est la raison pour laquelle, dans notre proposition, nous avons dit que le testament devrait être rédigé à partir des volontés exprimées par le testateur. Mais, si on commence à admettre qu'on a fait un projet d'acte de testament authentique, ça veut dire que les volontés ont été exprimées avant. Ça veut dire que le pas est tout petit entre ça et puis finalement le simple consentement qui s'exprimera devant deux témoins, c'est-à-dire que le testament n'aura plus rien d'acte public. Donc, la limite de notre proposition c'est que l'ensemble des discussions entre la volonté exprimée et la réception de ces volontés par le notaire soit fait dans une unité de temps et de lieu, c'est absolument essentiel. Nous n'avons pas voulu aller jusqu'à la banalisation du testament authentique par acte simplement authentique, car le rôle du notaire est facilité, mais perd sa force, et donc sa légitimité.

Intervenant 8 : D'abord je voulais vous féliciter pour votre travail de synthèse et d'analyse notamment en ce qui concerne les testaments. J'applaudis votre proposition particulièrement utile et demandée. Juste une petite précision, nous sommes parfois interrogés par des personnes qui ne maîtrisent pas suffisamment la langue française et qui pourtant souhaiteraient tester par acte authentique, est-ce possible ?

Sébastien Ginon, Rapporteur : À ma connaissance c'est possible mais exclusivement si le notaire est parfaitement bilingue de la langue parlée par le testateur, car en aucun cas on ne peut recourir à un interprète même agréé auprès d'une cour d'appel, donc effectivement c'est une des limites du testament authentique actuel, et à mon sens il n'existe que le testament international pour faire cette forme de testament aujourd'hui.

Intervenant 9 : Je trouve votre vœu très pertinent, il correspond à un besoin réel de la pratique, est-ce que dans vos travaux vous vous êtes posés la question de supprimer le testament authentique avec deux témoins et d'exiger systématiquement deux notaires ?

Sébastien Ginon, Rapporteur : Oui, effectivement c'est une proposition qui est très tentante, en tout cas quand on est un notaire, mais les témoins, d'une part, ça me semble important de les conserver pour certaines situations, notamment dans

l'urgence par exemple, si on n'arrive pas à recueillir un deuxième notaire, si on a besoin d'aller dans un hôpital par exemple pour recueillir le consentement d'urgence et peut-être que le testateur lui-même peut souhaiter avoir deux notaires ou un notaire et deux témoins, il est possible qu'un testateur souhaite avoir ses amis auprès de lui pour attester que c'est bien lui qui a rédigé le testament. Donc cela a fait partie de notre débat lorsque l'on s'est dit que nous souhaitions faire une proposition sur le testament authentique mais on s'est dit que pour l'instant il fallait mieux conserver les deux solutions.

Maître Michel Giray : Juste une petite remarque pour aller dans le sens de la personne qui vient d'intervenir, d'abord bravo pour tout ce que vous avez fait, c'est un travail de très grande qualité et c'est avec plaisir que je me joindrais au suffrage favorable. Ceci dit, il ne faut pas que vous croyiez qu'il y a une espèce de deal amical et occulte entre le Président du Congrès et les personnes qui sont sur cette estrade, à qui on aurait pu dire : « Vous monterez sur l'estrade mais il faudra toujours voter dans le sens des propositions. » Je crois que vous avez raison, il est très important que le testament authentique puisse prospérer, on voit bien qu'il y a mille fois plus de contentieux dans les testaments olographes, donc il faut inciter les personnes à aller dans ce sens-là. Néanmoins, je crois que cette forme, d'une lourdeur qui, personnellement, me paraît excessive, est un élément assez dissuasif pour utiliser ce type de testament, et c'est un peu dommage, donc je pense que votre proposition pourrait être la première étape vers d'autres évolutions futures. Pourquoi ? Lorsque vous faites une donation, c'est un acte qui entraîne un dessaisissement immédiat et irrévocable, il y a un seul notaire. Vous souscrivez à un contrat d'assurance-vie, vous désignez un bénéficiaire, ça peut être sur des sommes colossales, ce bénéficiaire peut accepter si le souscripteur accepte simultanément, ça se fait sur un capot de voiture par un assureur, acte sous seing privé d'accord ? Vous faites un testament authentique s'il y a un notaire, pourquoi est-ce qu'il ferait plus mal un testament qu'il ne fait une donation ? Je pense qu'il y a quand même un vrai problème. Vous savez, les témoins ça gêne beaucoup les gens, j'ai observé régulièrement - car vu mon âge malheureusement j'en ai fait pas mal des testaments authentiques - et même un second notaire qu'ils n'ont jamais vu de leur vie et qu'ils doivent prendre parce que la loi nous oblige à le faire, ça ne met personne à l'aise, ça limite la liberté de parole du testateur. Et je pense qu'un notaire qui fait des donations qui, à mon sens, sont un acte au moins aussi grave qu'un testament, est en mesure de rédiger avec le même sérieux un testament authentique, alors c'est peut-être un peu

prématuré mais je pense que c'est bien d'en parler pour que justement chacun y réfléchisse.

Sébastien Ginon, Rapporteur : Effectivement il me semble que dans les fondements de ce formalisme, la donation était considérée comme un petit peu moins grave, car étant donné qu'il y avait un dessaisissement immédiat, le donateur était plus à même de se rendre compte de ce qu'il faisait. De toutes façons, nous n'avons pas souhaité aller aussi loin et peut-être que les générations futures l'envisageront un jour...

Intervenant 10 : Je poursuis les propos qui viennent d'être tenus à l'instant et je m'indigne de cette obsession que les notaires ont pour les deux témoins dans un testament authentique. À l'époque de l'élaboration de la loi, j'avais émis l'espoir qu'on parviendrait enfin à les supprimer et à ma grande surprise, ce sont les notaires qui s'y sont opposés, et pourquoi l'ont-ils fait ? Parce qu'ils pensent que les témoins les protègent, or c'est une erreur, ils se trompent. Le président de la caisse centrale de garantie que j'ai interrogé sur le sujet me disait que 9 fois sur 10, dans un contentieux de testament, ce sont les témoins qui accablent le notaire parce qu'ils ne le reconnaissent pas, parce que leur mémoire est fragile et dès lors, c'est un leurre de croire que les témoins peuvent apporter quelque chose de supplémentaire à l'authenticité. Par ailleurs, nous savons que les témoins indisposent le testateur, ils n'aiment pas raconter leurs histoires devant le voisin de palier et même lorsqu'il s'agit d'un deuxième notaire. Enfin, on a parlé de la désaffection du testament authentique, elle résulte de là et pas seulement de la dictée, c'est au fond le formalisme excessif qui fait que 9 fois sur 10 lorsqu'un client pénètre dans une étude de notaire pour rédiger un testament authentique, il en ressort. J'avais donc l'espoir qu'à l'occasion de ce congrès on revienne enfin sur la question des témoins dans les testaments, hélas vous ne l'avez pas fait, vous avez manqué d'audace, j'espère que ce sera pour un prochain congrès, peut-être dans 10 ans, sûrement à Montpellier...

Sébastien Ginon, Rapporteur : Oui, mais aujourd'hui on peut utiliser la formule des deux notaires, personne n'oblige à utiliser la formule du témoin.

Stéphanie Arnaud, Président : Et aussi, le formalisme est peut-être important, pour que le testament authentique ne devienne pas un testament trop banal et qu'à l'avenir, au contraire, plutôt que de développer le testament dans nos études, on voit naître un testament sous acte privé, par exemple. Donc, je pense qu'au contraire le formalisme est aussi protecteur de notre métier.

Je propose que nous passions au vote.

La résolution est adoptée.

PROPOSITION 4 :

Clarifier les domaines des différents types de donations.

Proposition 4 par Stéphanie Arnaud, Président :

Cette dernière proposition n'en est pas une. Il s'agit en effet d'une clarification qui s'adresse à l'ensemble de la communauté des juristes. Une clarification du domaine des différents types de donations.

Les hypothèses, sont en effet de plus en plus nombreuses où certains dons manuels, voire certaines donations indirectes, assortis de pactes dits adjoints pourraient être requalifiés de donation sous seing privé et à ce titre nuls.

C'est vrai, il n'y a aucun doute : les dons manuels, les donations indirectes, les pactes adjoints sont valables.

Mais attention aux dérives, attention aux mariages dangereux. Chaque institution doit rester à sa place pour que le paysage des libéralités reste harmonieux.

La sérénité, la sécurité, la cohérence, la transparence de la transmission en dépendent.

Sérénité d'abord du donateur qui doit être protégé comme un élan de générosité mal maîtrisé ;

Sécurité encore du donataire qui doit être averti des charges et conditions qu'il accepte ;

Cohérence ensuite des différentes transmissions réalisées, gage du respect de la cohésion familiale ;

Et transparence enfin, qui est le garant du respect des règles civiles.

Telles sont les fonctions assignées au formalisme.

C'est ainsi, en effet, que se justifie l'obligation de l'acte authentique énoncée à l'article 931 du Code civil.

Et c'est ainsi également que doit se comprendre l'exception validée du don manuel. Dans ce cas le formalisme de l'acte authentique est remplacé par celui de la tradition.

Il en résulte alors une règle d'or très simple :

La validité du don manuel suppose que la propriété d'une chose puisse être valablement transférée par sa seule tradition et que cette tradition se suffise à elle-même. Le don manuel ne s'accommode pas d'un autre formalisme.

Le dessaisissement du donateur et l'irrévocabilité de la donation doivent en résulter sans autre formalité.

Pourtant cette règle est parfois oubliée : une partie de la doctrine, de la pratique et de la jurisprudence s'en éloigne en tolérant à l'extrême les dons manuels assortis de pactes adjoints ou en validant les dons manuels de biens incorporels, notamment de valeurs mobilières, les deux mouvements allant d'ailleurs souvent de pair.

Ainsi, antérieurement réservé aux choses mobilières susceptibles de se transmettre par simple tradition de la main à la main, le don manuel a fini par s'appliquer à des biens et droits mobiliers incorporels, de sorte que de véritables transferts patrimoniaux s'opèrent par ce procédé, et que la tradition ne se suffit plus à elle-même, elle doit être assistée d'un écrit.

Mais enfin, le don manuel n'a pas été conçu pour réaliser des opérations complexes ou compliquées, il l'a été simplement pour faciliter et régulariser des donations de biens meubles pour lesquels il est difficile d'exiger un acte.

Alors stop, stop au dévouement. Renouons avec les concepts juridiques, respectons les qualifications juridiques et nombres de litiges seront évités et nombre de difficultés levées.

L'association dons manuels et pactes adjoints doit être maîtrisée, quant au don manuel de valeurs mobilières, par virement de compte à compte, il doit être requalifié.

D'abord stop aux pactes adjoints qui n'en sont plus. La tradition doit se suffire à elle-même sans le support ou le soutien d'un acte.

Originellement, si la jurisprudence s'accommode du pacte adjoint c'est qu'il a une fonction probatoire. C'est-à-dire que le pacte doit se contenter de constituer la preuve de la tradition et de la date de celle-ci.

Or que penser d'un don manuel assorti d'un pacte adjoint dont l'objet est: d'organiser la réversion d'un usufruit ?

Que la « *donation est nulle, faute d'avoir été consacrée par acte authentique, l'usufruit ne pouvant faire l'objet d'un don manuel* ».

Que penser encore d'un don manuel assorti d'un pacte qui prévoit une interdiction d'aliéner voire une stipulation résiduelle ou graduelle ?

Que l'article 931 du Code civil qui impose l'acte notarié pour faire une donation est une règle impérative et générale qui s'applique aux clauses et conditions de la libéralité.

Que penser enfin de dons manuels assortis d'un pacte dont l'objet est de leur conférer le caractère de donation-partage ?

« *Qu'une donation-partage doit être passée devant notaire à peine de nullité.* »

Autant d'exemples où le constat s'impose : la tradition ne se suffit plus à elle-même. Pourtant la règle était si simple : l'équilibre contractuel créé *de facto* entre le donateur et le donataire ne doit pas être affecté, complété, modifié par un pacte et ce de quelque manière que ce soit.

Sinon ce pacte n'a rien d'adjoint.

Il est l'acte principal, l'acte constatant la donation : une donation sous seing privé nulle.

Ou encore il est cet acte indivisible, celui qui affecte la nature, l'objet ou les effets d'une opération avec laquelle il devient unique, celui qui affectant l'équilibre initial existant entre les parties du fait de la tradition devrait revêtir pour sa validité la forme authentique. À défaut il serait nul.

Une nullité lourde de conséquences puisque n'oublions pas les termes de l'article 1339 du Code civil : « 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 ».

La tradition est un substitut du formalisme de l'acte authentique, et ce formalisme doit reprendre le dessus lorsque celle-ci ne parvient pas à exprimer la volonté des parties.

C'est la même raison qui milite contre les dons manuels de valeurs mobilières. NON aux « *quasi* » dons manuels de valeurs mobilières.

Il ne peut être fait abstraction d'un minimum de corporalité. Si la donation n'est accompagnée ni d'un acte, ni d'une tradition matérielle, elle apparaît d'une abstraction telle qu'elle pourrait en perdre toute consistance.

Alors que penser du virement de compte à compte et dès lors du don manuel de somme d'argent et du don manuel de valeurs mobilières. Contrairement à la

tendance actuelle, les deux hypothèses diffèrent et ne méritent pas la même approche.

Toute l'originalité du don manuel de somme d'argent fait par virement réside dans son objet : la monnaie.

La monnaie scripturale est une chose. La jurisprudence la qualifie ainsi.

La monnaie est absorbée par le procédé qui la véhicule. Une certaine quantité d'unités de paiement est incorporée dans un support : ce support, c'est tantôt une pièce, un billet ou un chèque, ou une inscription en compte. L'inscription n'est qu'un support monétaire dématérialisé et le virement que le raccourci d'un retrait suivi d'une remise matérielle de la chose.

Alors analyser le don manuel et le virement d'une somme d'argent comme une tradition de la main à la main devient défendable de par la spécificité de l'objet sur lequel il porte.

L'esprit historique du don manuel - simplicité et sécurité - est respecté.

Tout autre est l'analyse des valeurs mobilières.

Toute analogie avec la monnaie scripturale est impossible. En effet, les valeurs mobilières ne sont pas des choses. Si elles l'ont parfois été, à l'époque où la distinction entre titres au porteur et titres nominatifs avait une réalité physique, depuis la dématérialisation tel n'est plus le cas.

Car avec les valeurs mobilières, l'inscription en compte n'a pas le même rôle : elle est consubstantielle au bien. On est allé plus loin dans la dématérialisation. Trop loin dans la dématérialisation pour que puisse être retenue la qualification de don manuel.

Trop loin dans la dématérialisation au point que le législateur, pour rassurer et assurer la sécurité des transactions, a renoncé au principe du consensualisme : les réformes récentes et notamment l'ordonnance du 24 juin 2004, le décret du 11 décembre 2006 et la loi du 22 octobre 2010 obligent au respect d'un certain formalisme, le transfert de propriété est devenu formel.

On assiste à ce que l'on pourrait appeler une « mise au nominatif » des valeurs mobilières.

La tradition, même dite dématérialisée, ne se suffit plus à elle-même, l'écrit est partout : ordre de virement, déclaration à l'Autorité des marchés financiers, notification à la société. Or, on ne le répètera jamais assez : le don manuel ne s'accommode pas de formalisme.

Autant d'écrits militant pour l'interdiction des dons manuels de valeurs mobilières, source d'insécurité juridique préjudiciable.

Alors comment qualifier ce transfert sur registre ?

D'acte abstrait. Vous le savez, cet acte neutre est valable indépendamment de sa cause et a pour effet l'acquisition immédiate et irrévocable de la propriété des valeurs mobilières par le bénéficiaire du transfert. En cas d'intention libérale, cet acte neutre se prête à la réalisation d'une donation indirecte.

Mais alors prenons garde, tout écrit - ordre de virement causé ou pacte adjoint - manifesterait l'accord des parties sur la cause du transfert sur registre et ôterait à celui-ci son caractère abstrait, la requalification en donation sous seing privé se justifierait.

Forcer est de constater que l'heure est venue où des choix de politique législative, clairement encadrés par les tribunaux, doivent être faits et le 108^e Congrès des notaires de France entend y prendre part.

Je passe la parole à Sébastien GINON qui va vous faire lecture de la proposition.

Lecture des considérants par Sébastien Ginon, Rapporteur

Considérant

- 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 impropre ou improbable 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 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 Congrès 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, qui est l'acte authentique.

... La parole est à la salle...

Intervenant 1 : Vous avez totalement raison, j'élargirais simplement le débat. Il faut remettre de la cohérence dans « le désordre des libéralités », et plus

particulièrement dans la prolifération des donations informelles, non pas par pur souci de corporatisme mais simplement par souci de la sécurité juridique. La simplicité apparente des dons manuels ne doit pas nous faire oublier qu'il s'agit de véritables bombes à retardement. La transmission d'un patrimoine, acte grave s'il en est, doit s'inscrire dans la durée et ne peut se limiter à la simple signature d'un imprimé fiscal. Et plus intéressant encore, lors des différentes auditions à Bercy, à la commission des finances de l'Assemblée nationale, le CSN n'a pas manqué de rappeler que les dons manuels consistaient de véritables recels, de véritables gisements fiscaux. L'État, paraît-il, a besoin d'argent, l'État s'attaque aux niches fiscales, et bien que l'État s'attarde quelque peu sur les dons manuels qui constituent de véritables niches fiscales et échappent en majeure partie à la taxation des droits de mutation à titre gratuit. Encore une fois, il ne s'agit pas d'abolir les dons manuels, il s'agit simplement de revenir sur l'immunité fiscale dont ils bénéficient et d'en limiter les abus. Votre proposition va dans ce sens, elle est très courageuse et je vous en félicite.

Intervenant 2 : Pourquoi ne pas aller carrément vers une définition du don manuel ? Parce qu'en réalité le don manuel a à peu près le même âge que la réserve. Le don manuel a été défini par la tradition tout simplement, ce qui veut dire d'ailleurs que l'acte en question dont vous parlez à plusieurs reprises ne réalise pas le don manuel, ce qui le réalise c'est la tradition, ce n'est qu'un pacte adjoint. Vous vous attaquez à l'acte. Bien sûr depuis deux siècles il s'est passé beaucoup de choses et le terme de tradition a évidemment fortement évolué, le don manuel peut être réalisé, vous le dites brillamment, par pleins de modalités qui sont plus ou moins appréciées par la jurisprudence. Or, plutôt que d'aller en aval, pourquoi ne pas aller en amont et pourquoi ne pas avoir proposé, mission difficile certes, une nouvelle définition du don manuel deux siècles après. Et ma deuxième question : pourquoi ne pas avoir donné un volet fiscal à cette remarquable proposition ?

Stéphanie Arnaud, Président : C'est vrai qu'il n'y a pas de définition du don manuel dans le Code civil, il est question du terme don manuel uniquement dans les documents à destination fiscale, mais je crois que s'il n'y a pas de définition dans le Code civil, il y en a quand même une donnée par la doctrine qui est suffisante et qui doit tout simplement s'appliquer aujourd'hui dans les pratiques utilisées. Le don manuel, c'est la tradition de la main à la main, et je crois que cette définition est claire, admise de tous, et elle n'a pas besoin d'être affirmée à nouveau... Elle pourrait être incluse dans le Code civil, mais je crois qu'elle est admise de tous. Le

seul souci c'est l'appréciation de la tradition. Doit-on considérer qu'il y a tradition uniquement s'il y a une tradition matérielle et doit-on admettre une tradition dématérialisée ? Et c'est là où il faut savoir dire stop à la dématérialisation, je sais bien que la dématérialisation est dans l'air du temps, mais l'air du temps est aussi au formalisme avec le consumérisme. La dématérialisation ne doit pas aller trop loin, sinon la tradition ne satisfait plus son rôle de transférer la propriété. Le don manuel est défini, c'est une tradition de la main à la main qui entraîne transfert de propriété. Mais il faut que cette tradition soit respectée, et qu'elle se suffise à elle-même, et tout l'objet de la proposition est de montrer qu'au contraire, nous avons des concepts juridiques et des outils juridiques mais qu'on ne les respecte pas, on ne suit pas les qualifications juridiques telles qu'on les connaît. Donc, pourquoi ne pas insérer cette définition dans le Code civil ? Je pense que la doctrine a quand même bien pallié les insuffisances du législateur de ce côté-là. Quant à la fiscalité, en l'espèce, je pense qu'elle devrait résulter du droit civil et de l'application civiliste des notions. C'est-à-dire que l'idée ici développée c'est de dire que l'on a tous les outils, il y a un panel de donations possibles ; le don manuel, la donation indirecte, la donation authentique, et que si ce panel est respecté et si chaque catégorie est respectée, il ne devrait pas y avoir de dangers au niveau de la fiscalité. Si le don manuel demeurait ancré sur une tradition effective et matérielle qui transfère la propriété, il n'y a pas de souci de « manque de transparence », d' « évasion fiscale » ou de « pas vu pas pris ». Donc, déjà, recadrons le sujet du point de vue civil, et le fiscal en découlera naturellement.

Intervenant 3 : Je trouve votre vœu particulièrement intéressant parce qu'il introduit plus de sécurité juridique dans ces transferts de valeurs. Mais pour les valeurs mobilières, des difficultés peuvent quand même apparaître, parce qu'imaginons les différentes formes que peuvent prendre ces valeurs mobilières ; titres au porteur quand on est côté au CAC 40 par exemple, nominatif pur, nominatif administré... Pour le nominatif pur, c'est-à-dire l'hypothèse où la société maîtrise des titres, connaît la personne du titulaire, là il va falloir évidemment procéder à une modification des registres. Cela peut être assimilé effectivement à un acte, mais pour les titres au porteur dont la tradition prend simplement, comme vous l'avez dit, la forme d'une simple inscription dans le registre du titulaire de ces titres, est-ce que vous croyez vraiment que c'est un acte ? C'est la question que je pose, c'est très important parce que si c'est un acte alors attention, c'est qualifié de donation indirecte, on a une fiscalité toute différente de celle des cessions d'actions avec le droit d'enregistrement. S'agissant de titres au nominatif pur, je veux bien que l'instruction qui est donnée à la société émettrice qui connaît le nom du titulaire des actions puisse être

qualifiée d'acte. Mais lorsque les titres sont au porteur, la tradition prend la simple forme d'une inscription en compte auprès de l'organisme qui est titulaire de ces titres. Est-ce que l'on peut dire que c'est un acte ?

Stéphanie Arnaud, Président : Aujourd'hui, pour la validité et l'efficacité du transfert de propriété, non seulement vous allez avoir un ordre de virement mais vous avez l'obligation de faire une notification à la société, les parties par la notification vont donner la date du transfert de propriété, l'inscription de compte en compte ne se suffit plus à elle-même pour transférer la propriété. Donc, on n'est pas dans la tradition, il faut un acte, et oui cet acte je le qualifierais d'acte neutre, dès lors qu'il n'est pas causé.

Intervenant 3 : Donc il n'y a plus de titre au porteur ?

Stéphanie Arnaud, Président : Non, je crois qu'il faut accepter l'idée qu'aujourd'hui on est dans une hypothèse de mise au nominatif de l'ensemble des titres...

Intervenant 3 : Alors on impose à toutes les sociétés émettrices du CAC 40 de se mettre au nominatif pur ou de manière administrée pour pouvoir permettre des cessions à plusieurs titres. La conséquence c'est que toutes les sociétés du CAC 40 dont les titulaires des actions voudraient procéder à une cession ou une transmission devront mettre au préalable leurs titres au porteur sous la forme nominative.

Stéphanie Arnaud, Président : Je ne dis pas qu'il n'y a plus de différence entre un nominatif pur, un nominatif simple, un titre au porteur, je dis que dans la mécanique du transfert de propriété, aujourd'hui la dichotomie qui existait jusqu'en 1981 n'existe plus. D'ailleurs l'ancien article 265 du Code civil disait : il y a les titres au porteur qui se transmettent par la tradition et il y a les titres nominatifs qui sont transmis par inscription sur les registres. Aujourd'hui cet article est abrogé suite à la loi de 1981, tous les titres se transfèrent par une inscription sur registre.

Intervenant 4 : Je veux une seconde fois dire au notariat l'admiration et l'affection que je lui porte. Vous êtes les enfants de Don Quichotte, vous combattez les moulins surtout quand ils ont des éoliennes, d'autres avant vous l'avaient fait, plus ils ont combattu le don manuel plus il s'est étendu, c'est un peu comme l'inflation législative ; plus on en dit du mal plus elle s'étend, donc je vous souhaite bon courage, mais vous n'y arriverez pas !

Stéphanie Arnaud, Président : On va quand même essayer...

Sébastien Ginon, Rapporteur : L'objectif n'est pas de changer la loi mais de faire prendre conscience aux services fiscaux et aux juges qu'il y a des textes et des notions et qu'il faut les faire appliquer.

Intervenant 4 : Pour ma part, je voudrais souligner avec force la pertinence de votre proposition et je dirais même que ce n'est pas une proposition mais le rappel évident de textes qui sont clairs. Je crois que la nécessaire remise au clair de ces fondamentaux est vraiment d'actualité à l'heure actuelle où ces dérives ne s'observent pas uniquement en présence de valeurs mobilières, de titres de sociétés du CAC 40 mais tout bêtement de parts sociales de PME, de sociétés qui sont transférées en bloc aujourd'hui, à l'occasion de la transmission de l'entreprise, qui est un poste plus que fondamental du patrimoine, et où on s'aperçoit qu'il y a aujourd'hui énormément d'entreprises qui sont transmises uniquement à l'aide de dons manuels, de pactes adjoints qui sont rigoureusement nuls comme vous l'avez bien indiqué, et très souvent quand on en discute avec nos clients, on s'aperçoit qu'ils ont été un petit peu trompés par la formule utilisée et qu'ils ont en tête quelque chose d'aussi puissant qu'une donation-partage alors que le transfert et toutes les conditions qui ont été décidées n'offrent aucune sécurité juridique, encore une fois sur un objet qui est pourtant essentiel, bien souvent, dans le patrimoine du client, donc cette remise au clair est à mon avis vraiment opportune, je pense qu'il pourrait même y avoir là un vecteur important de la communisation de notre profession au plan national au service de nos citoyens.

Stéphanie Arnaud, Président : Je pense en effet que la pédagogie est importante non seulement auprès de nos clients, mais également autour des notaires et auprès de tous les services juridiques, fiscaux et autres. Je ne sais pas si vous avez regardé les formulaires fiscaux de déclarations de dons manuels et les notes explicatives. Si vous prenez la note explicative, il est quand même marqué noir sur blanc « donation d'immeubles par acte authentique, donation de tous autres biens par acte simple ». Et ça, ce sont des choses que l'on ne peut pas laisser écrire, ce sont des choses que l'on ne peut pas laisser penser à qui que ce soit, et même si on se bat peut-être contre des chimères, des moulins ou que le vœu est pieu, il faut essayer, parce qu'il y a une dérive qui malgré tout ne doit pas être acceptée.

Bertrand Savouré, Rapporteur général : Juste une petite précision pour éviter toutes confusions. Notre proposition ne vise pas à dénoncer la nullité des pactes adjoints, les pactes adjoints, qu'on ne se trompe pas, ne sont pas nuls. Ils sont en eux-mêmes parfaitement valables. Ce que nous dénonçons c'est la proximité du pacte adjoint et

de la tradition, qui ensemble créent une véritable donation qui serait dispensée d'authenticité. Quand l'arrêt de la Cour de cassation de 2007 cité par Stéphanie nous dit que les charges et conditions de la donation, quand elle est authentique, doivent être authentiques, il faut la réciprocité. C'est à dire que si un pacte adjoint est lié à la tradition ça devient une véritable donation. C'est ça notre dénonciation. Comment auriez-vous pu imaginer qu'un congrès national sur la transmission ne se préoccupe pas de dénoncer cette incroyable dérive des dons manuels ? C'est l'objet de la proposition.

Intervenant 5 : Je voulais justement vous faire part d'une expérience curieuse que j'ai eu dernièrement, j'ai eu sur mon bureau une déclaration de dons manuels portants sur les parts sociales de SARL, la belle affaire ! Alors j'ai regardé ça comme une poule qui a trouvé un couteau et je me suis dit je vais tout reprendre à zéro ! C'était un conseil qui avait été donné en plus par un avocat (j'espère qu'il n'y en a pas trop dans la salle !). Je me suis alors effectivement intéressé à l'imprimé, et vous avez tout à fait raison, Madame la Présidente, l'imprimé est parlant puisqu'on nous dit : vous allez pouvoir donner non seulement de l'argent mais également des valeurs mobilières, des parts sociales, etc. Alors à quand le don manuel du véhicule automobile, de la mobylette ? Je crois qu'il faudrait suggérer à l'administration fiscale de modifier son imprimé, en lui faisant valoir que tout ce qui n'est pas don manuel, tout ce qui ne peut pas être transmis par tradition doit faire l'objet d'un acte, d'une taxation.

Stéphanie Arnaud, Présidente : Nous allons passer au vote.

La proposition est adoptée.

PROPOSITION 5 :

Renforcer l'efficacité du mandat à effet posthume.

Proposition 5 par Sébastien Ginon, Rapporteur :

Le mandat à effet posthume fait partie des nouveaux outils créés par le législateur avec la loi du 23 juin 2006 pour sécuriser et faciliter la gestion du patrimoine successoral.

Il est destiné à répondre aux besoins que satisfont la fiducie-libéralité ou le trust dans d'autres pays, en retardant l'appréhension du patrimoine successoral des héritiers au profit d'une administration imposée par le disposant.

Son régime juridique est inséré dans le Code civil au cœur du nouveau chapitre consacré à « l'administration de la succession par un mandataire », tout en renvoyant au régime général du mandat.

L'introduction de ce mandat a été diversement appréciée par l'ensemble du monde juridique qui oscille entre deux sentiments :

- La pertinence d'un outil de gestion pragmatique, qui permet de gérer la période délicate de l'après-décès, et d'éviter que le patrimoine du défunt ne périclite.
- La méfiance vis-à-vis d'un mandat qui limite les droits des héritiers et constitue le cas échéant une charge sur leur réserve héréditaire.

Nous sommes tentés de retenir la première approche, celle d'un outil pertinent.

Et le fait qu'il doit être justifié par un intérêt légitime et sérieux justifie selon nous qu'il puisse porter atteinte à certains principes qui sont pourtant solidement ancrés dans notre pratique. Le cadre authentique et sa limitation dans le temps sont également des gages de sécurité pour les héritiers.

Deux hypothèses de mise en œuvre du mandat à effet posthume peuvent être mises en exergue :

- Soit le patrimoine successoral est complexe et nécessite une gestion experte et dynamique. Il convient alors de donner au mandataire les moyens de s'acquitter de sa mission pendant la durée de son mandat.
- Soit les héritiers sont inaptes à gérer le patrimoine successoral, pour des raisons qui peuvent être liées à leur capacité réduite ou à une mésentente familiale. Il conviendra alors de limiter temporairement leur appréhension des biens successoraux pour permettre au mandataire d'organiser la transition dans l'attente de l'appréhension du patrimoine ou de l'aliénation.

Mes chers confrères,

Nous avons la conviction que le législateur n'est pas allé assez loin dans l'étendue des pouvoirs pouvant être délégués expressément par le mandant au mandataire, pour lui permettre de remplir sa mission.

Le mandant doit pouvoir conférer par une disposition expresse des pouvoirs plus ou moins étendus au mandataire et imposer une restriction plus ou moins importante au pouvoir de disposition des héritiers sur le patrimoine successoral. Notre réflexion a donc porté sur deux axes :

- Préciser l'étendue des pouvoirs du mandataire,
- Restreindre la possibilité de disposer des héritiers.

Attardons-nous tout d'abord sur les pouvoirs du mandataire posthume : Le Code civil, depuis la loi du 23 juin 2006, accorde au mandataire : Le pouvoir d'administrer et de gérer le patrimoine désigné dans le mandat. Mais, qu'entend le législateur par administrer et gérer ? Nous le saurons peut-être tout à l'heure...

Ces deux notions renvoient aux pouvoirs limités du droit commun du mandat prévu à l'article 1988 du Code civil, faute de précision dans le texte du mandat lui-même, à savoir, théoriquement, les actes de conservation et les actes d'administration. Mais peut-on, dans ce cadre, effectuer des actes de disposition sur le patrimoine géré ?

La gestion dynamique d'un patrimoine ne saurait aujourd'hui être limitée à la perception d'un loyer ou d'un dividende et à son placement. Elle nécessite des arbitrages car le patrimoine est en perpétuel mouvement. Le gestionnaire, qui a été choisi par le mandant pour sa compétence, doit pouvoir arbitrer et décider de remplacer un actif par un autre, dans le cadre de sa gestion.

Nous nous sommes donc interrogés : Le mandataire est-il en droit de faire actuellement des actes de disposition ? Les positions parlementaires et administratives ont été contradictoires sur le sujet à l'époque. La question, certes, va vous apparaître très technique, mais l'intérêt pratique est majeur. Un constat s'impose : Nous n'avons pas de certitude sur l'étendue des pouvoirs du mandataire posthume. Dès lors deux solutions :

- Soit l'article 812 du Code civil est laissé en l'état. Le notaire rédacteur du mandat doit alors prendre ses responsabilités pour autoriser les actes de disposition, avec un risque d'annulation ultérieure des actes du mandataire et évidemment d'une possible mise en jeu de sa responsabilité.
- Soit le texte de l'article 812 du Code civil est amendé et autorise le mandant à conférer par une disposition expresse un pouvoir de disposition au mandataire. Le rédacteur du mandat peut alors sécuriser l'exécution de son acte et garantir au mandataire son champ d'action, ce type de pouvoir serait l'exception conventionnelle, le principe légal demeurant l'absence de pouvoir de disposition du mandataire.

Mes chers confrères, le 108^e Congrès des notaires de France a opté pour la deuxième solution. Il nous semble impératif que la créativité et l'ingénierie du notariat puisse s'appuyer sur des textes clairs, s'agissant du mandat à effet posthume. Il en va de sa pérennité et de notre sérénité.

Cette évolution est souhaitable pour la pratique, mais elle n'est sans doute pas suffisante pour assurer dans certains cas une pleine efficacité au mandat à effet posthume. Nous vous proposons donc d'aller plus loin et d'autoriser

conventionnellement le mandant à interdire l'aliénation des biens désignés dans le mandat par les héritiers.

En présence d'un mandataire posthume, l'article 812-4 prévoit expressément la caducité du mandat à effet posthume lorsqu'un des biens gérés est vendu par les héritiers. Il autorise donc implicitement les héritiers à disposer des biens pendant la durée du mandat.

À ce sujet, la Cour de cassation a récemment rappelé l'impossibilité pour le mandataire de s'opposer à la vente du bien par les héritiers. Mais cette possibilité de vendre les biens gérés peut être problématique au regard de l'objectif du mandat à effet posthume.

En effet, les héritiers ne restent sous la coupe du mandataire que dans la mesure où ils conservent les biens en nature dans leur patrimoine. Et la règle de la possibilité de vendre pour les héritiers constitue assurément un handicap pour le mandataire qui risque de ne pas pouvoir mener à son terme la mission qui lui a été confiée par le mandant d'assurer la transition avec ses héritiers.

Il faut donc que le mandant soit en mesure de limiter les pouvoirs de disposition des héritiers réservataires pendant la durée du mandat, dans la mesure évidemment où la justification du mandat persiste.

En effet, il nous semble que l'admission d'un pouvoir de disposition au mandataire doit impliquer nécessairement et corrélativement la possibilité pour le mandant de retirer ce pouvoir aux héritiers.

Cette interdiction temporaire d'aliéner un bien par les héritiers va permettre le cas échéant au mandataire de préparer éventuellement la cession future au moment opportun et dans des conditions optimales du bien géré. Cela concerne notamment l'entreprise familiale, voire tout simplement un bien de famille particulier qui nécessite une expertise pour être cédé.

Certes, cette interdiction d'aliéner constitue une atteinte au droit de propriété des héritiers. Cependant, trois raisons nous incitent à la relativiser :

- Premièrement, le mandat à effet posthume est justifié par un intérêt légitime et sérieux, et je suis convaincu que c'est la base du mandat à effet posthume, de ce projet légal, pour le législateur. Cet intérêt légitime et sérieux justifie beaucoup de choses. S'il n'existe plus, évidemment le mandat sera révoqué.
- Deuxièmement, le mandat à effet posthume est un acte authentique, et vous l'aurez compris l'acte authentique est un acte qui comporte beaucoup de garanties.

- Troisièmement, la durée du mandat à effet posthume est limitée.

Mes chers confrères,

Après quelques années d'observation pratique du mandat posthume, nous sommes convaincus qu'il faut apporter des modifications ou des améliorations à cet outil, afin qu'il s'impose comme un outil juridique performant qui soit au service de la transmission.

L'avenir du mandat à effet posthume pose finalement une question de politique législative. Faut-il étendre les pouvoirs du mandataire posthume, au risque de certains abus, au détriment du pouvoir des héritiers, ou faut-il les laisser en l'état au risque de ne plus utiliser du tout le mandat à effet posthume ?

L'objectif de notre proposition est avant tout une appropriation du mandat à effet posthume par la profession notariale, qui doit en faire un contrat sur mesure adapté à chaque situation particulière que rencontrent nos clients.

Lecture des considérants par Frédéric Petit, Rapporteur

Considérant

- 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 Congrès 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.

... La parole est à la salle...

Intervenant 1 : Votre vœu a le mérite d'être très clair, néanmoins je m'interroge quand vous dites "que le mandataire puisse être autorisé spécialement", et vous insistez sur le mot spécialement, à administrer un bien spécifique et à le vendre. Au moment où le mandat à effet posthume si je puis dire est signé par le mandant, on n'a pas d'acquéreur, on n'a pas de prix. Le mandat à effet posthume, pour moi, reste un mandat, est-ce que le mandataire, autorisé à vendre un bien, pourra le vendre à n'importe quel prix ? Est-ce qu'il ne serait pas judicieux de préciser à le vendre à un prix minimum de ou déterminé ? Est-ce qu'on donne un chèque en blanc, si je puis dire ? Vous dites « spécialement autoriser à vendre », donc vous savez comme moi que ce n'est pas une procuration, certes, mais ça lui ressemble,

c'est un mandat à effet posthume certes, mais est-ce que le mandataire pourra vendre au prix qu'il souhaitera ?

Sébastien Ginon, Rapporteur : Oui, effectivement, comme vous le dites, ce n'est pas du tout une procuration, bien au contraire le mandat à effet posthume est un mandat particulier qui normalement va donner un pouvoir pour même gérer l'intégralité du patrimoine successoral, donc en aucun cas on ne va mettre un prix de vente d'un bien particulier, je pense que c'est en effet donner carte blanche au mandataire pour vendre ce bien, sous le contrôle du juge évidemment, qui sera saisi par les héritiers s'ils estiment que ce mandataire n'a pas la compétence pour le faire.

Intervenant 2 : Je soutiendrai votre vœu car il améliorera indéniablement l'efficacité économique du mandat posthume. Trois observations :

- La première de pure technique législative, à chaque texte qui nous est soumis à consultation, nous insistons sur le fait que lorsque le terme gérer est accolé à celui d'administrer, on est certain qu'on va droit dans le mur, bien que ce soit inscrit dans divers texte du Code civil, parce que l'on a des difficultés d'interprétation.

- Deuxième observation, de pure politique législative cette fois-ci, avec le mandat posthume, il faut être très prudent. Il faut conserver présent à l'esprit que le mandat posthume a bouleversé certains principes de notre droit successoral. C'est vrai que l'irruption d'un tiers dans la succession, en privant les héritiers de leur pouvoir de gestion, a bouleversé ce droit successoral et d'un principe romano-germanique de succession à la personne, de continuation de la personne. On côtoie quand même la succession aux biens, c'est-à-dire qu'en fait les héritiers ne reçoivent plus directement les biens, qui sont administrés par un tiers. Je ne dis pas qu'on est totalement dans ce système-là, mais on le côtoie. Donc, c'est vrai qu'il faut faire attention, en élargissant les pouvoirs du mandataire posthume, de bien garder cette idée en considération.

- La troisième observation, c'est qu'en élargissant les pouvoirs du mandataire posthume, il faut aussi, puisque bien évidemment cela conduit à une diminution des pouvoirs ou des droits des héritiers, et attention, à des héritiers frustrés, veiller à ce que cela n'entraîne pas une recrudescence de contentieux. Mais je soutiens votre vœu et encore bravo pour la qualité de ces travaux.

Intervenant 3 : Merci pour la qualité de vos travaux, qui sont très intéressants, enrichissants. Le mandat à effet posthume fait partie en effet des beaux outils qui nous ont été offerts par la loi de 2006, mais bien entendu, comme tout, on sent

qu'il est perfectible, parce que la pratique montre qu'il a des limites. Donc j'adhère totalement à votre vœu d'autoriser les mandataires à procéder à la vente. Alors pour répondre à la préoccupation de tout à l'heure sur le prix de vente, notamment lorsque l'on est dans une entreprise, on peut tout à fait organiser dans le mandat la possibilité d'indiquer qu'il ne pourra pas y avoir de vente en dessous d'un prix déterminé, par exemple par un commissaire aux comptes désigné par les héritiers, ce peut être une garantie offerte aux héritiers qui devront désigner un commissaire aux comptes qui fera une estimation objective, de façon à ce que le mandataire ne vende pas en-dessous du prix, de plus ce n'est pas dans l'intérêt du mandataire, dans la mesure où il engage sa responsabilité. C'est aussi un autre problème du mandat, la responsabilité du mandataire et l'assurance qu'il doit éventuellement prendre, mais cela peut s'organiser. Ce qui aurait peut-être été souhaitable également, c'est d'organiser les pouvoirs en matière de droit de vote, on sait que là encore, on a des difficultés pour déterminer jusqu'où le mandataire peut avoir un droit de vote entre les différentes assemblées générales et la nature des décisions à prendre, notamment toujours par ses règles d'administration et de gestion. Aujourd'hui on a un décret de 2008 qui définit en matière d'incapacité ce qui relève du pouvoir d'administration et ce qui relève du pouvoir de disposition, mais bien entendu il n'est pas transposable de la même façon dans le cas du mandat à effet posthume, donc pensez-vous qu'aujourd'hui, dans le cadre d'un mandat à effet posthume, on peut conférer au mandataire tous les droits de vote en assemblée générale y compris en assemblée générale extraordinaire, ou est-ce que ça nécessite une clarification législative ? Comme le rapporteur de la loi va probablement plancher sur ce sujet dans quelques semaines, nous lui adressons un petit clin d'œil.

Sébastien Ginon, Rapporteur : S'agissant des droits de vote, effectivement, je ne vois pas de limites à cela dans le mandat, je pense surtout qu'il faudrait le prévoir dans les statuts de la société en question, c'est peut-être par là qu'il faudrait commencer, s'agissant de la rédaction du mandat. Il faut que le notariat s'empare de ce mandat à effet posthume, car c'est nous qui allons rédiger ces mandats, c'est nous qui allons déterminer les pouvoirs du mandataire, c'est nous qui allons déterminer ses garde-fous, les garanties qu'il doit, etc. Donc, c'est vrai, aujourd'hui nous n'en faisons pas beaucoup, on s'est demandé pourquoi et comment nous pourrions réussir à en faire plus. D'une part, il faut augmenter les pouvoirs du mandataire, d'autre part, il faut pouvoir restreindre les pouvoirs des héritiers, et surtout il ne faut pas croire que ce mandat est réservé aux patrons d'une société du CAC 40, il faut en faire un instrument de transmission pacifié, et dès lors que l'on aura un patrimoine

un peu complexe, ou une famille un peu complexe, il faut y penser et cela doit devenir un réflexe de notre part de le conseiller : il ne faut pas être effrayé par un mandat à effet posthume.

Intervenant 4 : Je voulais reprendre la parole sur le problème de l'arrêt de la Cour de cassation sur le mandat à effet posthume. Le mandataire a perdu parce qu'il avait en face de lui un administrateur légal sous contrôle judiciaire qui demandait la vente d'un bien avec une intervention du juge des tutelles. C'est donc lui qui a gagné. Le deuxième point concerne la fiducie. Le mandat à effet posthume tel que vous le présentez, c'est tout simplement la fiducie libéralité. Vous savez que nous avons créé en 2007 la fiducie sûreté, en 2008 la fiducie gestion et là, ici, vous venez simplement de présenter la fiducie libéralité. Et, ainsi vous faites rentrer dans le droit français la fiducie qui, ne l'oubliez pas, a été abandonnée en 1789 et entrée dans le Code civil français en 1806, puis a été abandonnée définitivement en 1848. Je vous félicite.

Sébastien Ginon, Rapporteur : Je crois que je ne peux pas être tout à fait d'accord avec vos propos parce que notre but n'est pas d'introduire la fiducie libéralité en droit français, on veut plutôt essayer d'utiliser un outil existant dans lequel il n'y aura pas de transferts de propriété. Même si le mandat à effet posthume est fait pour le droit français, je pense qu'il est plus adapté.

Intervenant 5 : Tout d'abord sur le nombre de mandats, je dois dire que l'ADSN a eu la gentillesse de me communiquer que depuis le début de l'année il y a eu, et jusqu'à fin juin je crois ou début juillet, plus de 360 mandats à effet posthume rédigés et déposés à l'ADSN. Donc c'est une pratique qui commence à venir et j'en suis contente parce que c'est vraiment un bon outil. Nous devons aussi retrouver les travaux universitaires qui expliquent les pouvoirs du mandataire par la saisine. Le mandataire, à ce moment-là, est saisi des pouvoirs qui lui sont donnés dans le mandat. Et momentanément, les héritiers n'ont plus cette saisine. Cela permet de bien distinguer ce qui n'est pas compris dans le mandat, les pouvoirs qui ne sont pas conférés au mandataire, ou les pouvoirs qui n'ont plus lieu d'exister, par exemple un bien qui a été cédé par le mandant avant son décès. Il y a donc des pouvoirs qui restent, ce n'est pas parce que certaines clauses ne peuvent plus s'appliquer que les autres sont annulées et je pense que la saisine peut être vraiment une explication au niveau des pouvoirs du mandataire. Quant à la clause d'inaliénabilité, oui, c'est vrai qu'elle ne peut pas grever la réserve, et là on trouve tout à fait sa limite. L'intérêt légitime est sérieux, c'est la protection des héritiers, et c'est parce qu'il y a un intérêt légitime et sérieux au mandat que les

héritiers sont protégés. Il faut aussi prévoir le contrôle du mandataire de manière à ce qu'il recueille bien leur héritage, une fois que le mandat a rempli sa mission. Voilà, ce sont des petits points que je souhaitais mettre en avant, mais surtout il faut que ce mandat soit de plus en plus utilisé par la pratique.

Sébastien Ginon, Rapporteur : Merci pour votre intervention, mais il y a quelque chose que je souhaiterais éclaircir : à notre sens, il est impossible que le mandat à effet posthume soit cantonné à la quotité disponible, puisqu'il est conféré pour gérer un bien important d'un patrimoine ou pour gérer un patrimoine complet, donc à notre sens la clause d'inaliénabilité ne porterait pas que sur la quotité disponible, elle devrait porter sur l'entier patrimoine.

Intervenant 6 : Puisque j'ai été interpellé, je vais essayer de vous répondre. On reproche souvent à la loi d'être trop bavarde, parfois on devrait l'être un peu plus, en tout cas être plus précis mais pour vous donner un petit peu le dessous des cartes et ce qu'il y avait été envisagé à l'époque, si nous avons ajouté la gestion à l'administration, c'était dans l'esprit de donner le pouvoir de disposition et comme les termes « administration » et « gestion » existaient déjà dans le Code civil, nous les avons réutilisés... Peut-être que mal nous en a pris puisque ces termes ne sont pas suffisamment précis et donc mériteraient d'être précisés dans le sens que vous souhaitez. Une loi devra venir modifier le texte pour son application, en tous cas nous essaierons d'y souscrire.

Stéphanie Arnaud, Président : Je vous propose qu'on passe au vote.

La résolution est adoptée.

PROPOSITION 6 :

Améliorer la pratique du cantonnement.

Proposition 5 par Frédéric Petit, Rapporteur :

Le cantonnement de l'émolument du légataire ou du conjoint survivant bénéficiaire d'une institution contractuelle est, vous le savez, l'un des nouveaux outils proposés par la loi du 23 juin 2006.

S'agissant du conjoint survivant, le cantonnement est applicable aux donations entre époux et non pas aux droits légaux, cela démontre, s'il fallait encore le faire, tout l'intérêt des donations entre époux.

Malgré tout, et pour en revenir au cantonnement, force est de constater après quelques années d'application que c'est un outil méconnu, sous-estimé et finalement encore en phase de rôdage.

Et pourtant... Et pourtant, c'est un outil formidable ! Le cantonnement en effet a de multiples facettes.

Il est tout d'abord usuel de dire que le cantonnement permet au gratifié de délaissier les biens dont il n'a pas besoin. C'est sans doute ici une vision limitée, pour ne pas dire étriquée, du cantonnement.

Ce qui est moins commun, en revanche, c'est de souligner qu'en cas de libéralité portant sur la pleine propriété, le cantonnement va permettre au gratifié de concentrer ses droits sur tel bien précis pour l'appréhender sans recourir à un droit de partage et sans éventuellement recourir à un risque de réduction.

Ces illustrations témoignent d'un cantonnement qui résulte d'une décision unilatérale, égoïste pourrait-on dire.

Mais vous doutiez-vous qu'il existe une autre approche du cantonnement ? Comment dire... plus moderne, plus consensuelle, plus concertée.

L'idée en effet est ici que par le jeu combiné d'une libéralité portant sur l'universalité de la succession en pleine propriété et le cantonnement, on va pouvoir faire du sur-mesure lors du règlement successoral.

Ainsi, le cantonnement va permettre au gratifié, par exemple, d'appréhender la pleine propriété sur un bien A, un quasi-usufruit sur un plan B, un usufruit viager sur un bien C, un usufruit temporaire sur un bien D, et rien du tout sur un bien E.

L'intérêt pratique du cantonnement apparaît ici considérable !

Sur un plan stratégique, il peut se comparer avec l'utilisation des avantages matrimoniaux et plus particulièrement lorsque l'on aura prévu une série de clauses de préciput.

Il peut aussi se comparer avec ce que l'on connaissait déjà en matière de libéralité à savoir une série de legs alternatifs.

Vous le constatez, mes chers confrères, le cantonnement est un outil qui modifie totalement notre approche du règlement successoral, tant il est performant !

Performant, mais pas perfectible !

Avouons-le ! À l'usage, il nous apparaît que deux failles existent encore :

- le délai d'exercice du cantonnement
- et l'étendue du cantonnement.

Ces failles doivent être résolues et c'est là l'objet de notre proposition.

La première faille, vous disais-je, tient au délai dont dispose le gratifié pour exercer ce cantonnement. Eh oui ! Il ne faut pas oublier que face au gratifié, il y a d'autres héritiers... Et que leurs droits, tant d'un point de vue qualitatif que quantitatif, vont se trouver modifiés par cette décision du gratifié.

Malgré cela, le législateur n'a prévu aucun délai pour l'exercice du cantonnement, comme il l'a fait pour l'option successorale.

Or le cantonnement ne saurait se confondre avec l'exercice de l'option successorale. C'est une chose que d'accepter ou de renoncer à une libéralité, c'est l'efficacité de la libéralité qui est en jeu ; c'en est une autre que d'opter pour l'usufruit universel ou de cantonner à l'usufruit tel bien, c'est ici l'objet de la libéralité qui est en jeu.

Vous mesurez donc la difficulté : l'acceptation de la libéralité laisse entièrement pendante la détermination définitive de son objet.

Et cette difficulté sera encore plus criante lorsque le cantonnement résultera d'une décision égoïste. Cela va obliger les héritiers, ou les créanciers, à agir en justice pour contraindre le gratifié à définir définitivement l'objet de cette libéralité.

Pour résoudre cette difficulté, nous proposons donc d'encadrer les modalités d'exercice du cantonnement.

Et avant d'envisager une modification législative en ce sens, c'est d'abord à nous, notaires, qu'il incombe, dès l'acte constitutif, d'organiser tout cela.

On pourrait prévoir ainsi :

- que le cantonnement sera constaté par acte notarié,
- qu'il sera exercé en même temps que l'option successorale.

Ainsi, en fusionnant les deux options, l'exercice du cantonnement se trouve enfermé dans les délais prévus aux articles 771 et 772 du Code civil.

Dans le prolongement, on ajoutera qu'au cas où le gratifié serait réputé acceptant pur et simple en vertu de l'article 772 alinéa 2, il serait alors déchu du droit de cantonner. Qu'il en sera de même en cas d'acceptation tacite.

On prévoira, enfin, qui sera titulaire ou non du droit de cantonner dans l'hypothèse où il y aurait décès du gratifié avant qu'il ait exercé cette option.

Voilà, le délai d'exercice du cantonnement étant encadré, les droits des héritiers sont fixés. Pas tout à fait. Car à peine la première faille est-elle comblée qu'une autre vient à s'ouvrir !

Souvenez-vous...

Je vous ai dit que le cantonnement pouvait être un formidable outil d'optimisation du règlement successoral... Et rassurez-vous je n'ai pas changé d'avis !

Mais enfin, tout de même, c'est à la condition, me semble-t-il, que le cantonnement puisse non seulement porter sur l'assiette des droits conférés mais aussi sur la nature des droits conférés.

En d'autres termes, que le cantonnement d'une libéralité, portant sur l'universalité en pleine propriété, permette au gratifié de n'appréhender qu'une partie de ces biens en propriété, mais qu'il lui permette aussi de ne les appréhender qu'en usufruit !

Alors est-ce la fin qui justifie les moyens ?

Force est de constater qu'il existe un consensus pour considérer que cela doit être possible.

La doctrine, les cridons ; Paris, Bordeaux, et même une circulaire du 29 mai 2007 y sont favorables.

Cependant, cette bienveillance ne va pas de soi et ce pour 3 raisons :

- Tout d'abord, à la lettre, tant l'article 1002-1 que l'article 1094-1 du Code civil visent un cantonnement portant sur des biens et non sur des droits.
- Ensuite, au regard du droit des biens, cela revient à considérer que l'usufruit constitue une fraction de la propriété ; en quelque sorte, « qui peut le plus peut le moins ». Or cette conception ne fait pas l'unanimité et certains considèrent au contraire que l'usufruit n'est pas une composante du droit de propriété mais une charge du droit de propriété.
- Enfin en acceptant que d'une libéralité en propriété on passe à un usufruit, est-ce que l'on ne dénature pas la libéralité ? Respecte-t-on encore la volonté de l'auteur de la libéralité ?

Et bien résolvons cette difficulté :

Il suffirait, dans l'acte constitutif, que l'auteur de la libéralité ait prévu expressément que cette faculté de cantonnement puisse porter sur les biens conférés mais aussi sur les droits conférés.

C'est donc bien à nouveau un vœu à l'attention de la pratique que nous formulons ici.

Et puisqu'il existe un consensus favorable en la matière, ne faudrait-il pas inviter le législateur à modifier en ce sens les textes applicables ?

Telle est la position du 108^e Congrès des Notaires de France !

Et à l'issue de ces deux propositions, le cantonnement tendra enfin vers la perfection ! Et je vous encourage alors à le pratiquer davantage.

Lecture des considérants par Stéphanie Arnaud, Président

Considérant

- Que les articles 1002-1 et 1094-1 du Code civil permettent à un légataire ou au conjoint survivant de cantonner son émolument 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 émolument 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 Congrès 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 à 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.

... La parole est à la salle...

Intervenant 1 : Bien, donc il est évident qu'encore une fois votre proposition va susciter notre adhésion et je pense que vous avez raison d'insister justement sur l'importance considérable du cantonnement pour développer notamment la protection du conjoint survivant. Je pense particulièrement à une illustration que vous avez esquissée dans votre exposé, Maître Petit, concernant l'alternative entre une modification du régime matrimonial et une autre formule. On parle d'une communauté avec des préciputs qui permettent de faire des choix : pour le conjoint survivant, il faut être marié sous le régime de la communauté. Si vous êtes mariés sous le régime de la séparation de biens, comme la plupart des entrepreneurs, et que vous voulez protéger votre conjoint d'une façon extrêmement importante, notamment parce qu'il en va de l'avenir de l'entreprise si vous disparaissiez brutalement, voilà une recette extraordinaire : vous vous faites une donation entre époux, et simultanément une RAAR, ce qui implique évidemment que les enfants soient majeurs, et vous laissez s'écouler les jours... Le jour où il arrive malheureusement quelque chose, et bien, grâce à la RAAR le conjoint a vocation à récupérer la totalité de l'actif successoral, mais il peut aussi cantonner son émolument, ce qui le met dans la même situation que l'adoption d'un régime de communauté avec des préciputs ? Alors quelle est la différence ? Avec le régime de communauté avec des préciputs, on est en communauté, c'est-à-dire qu'on tombe dans un système de cogestion, ce qui n'est pas forcément ce que souhaite un monsieur ou une dame qui ont 50-65 ans... Et de plus la lourdeur est très différente puisque le changement de régime implique la liquidation du régime précédent, il faut encore que les enfants ne soient pas en opposition avec ça, vous me direz qu'avec la RAAR c'est la même chose, vous avez également me semble-t-il une réversibilité beaucoup plus forte avec le système donation entre époux RAAR/cantonnement puisque vous pouvez révoquer la donation entre époux à tout moment nonobstant le fait qu'une RAAR soit intervenue donc il y a réversibilité totale, alors qu'une modification du régime implique l'accord des deux époux. Et enfin, sur le plan fiscal, on a intérêt à privilégier ce système-là puisque l'option, du moins l'exercice du cantonnement, dans la mesure où il est assimilé à une modalité de l'option successorale, ne donnera pas ouverture au droit de partage, alors qu'évidemment l'exercice des préciputs va occasionner la taxation à 2,5 % du droit de partage. Pour toutes ces raisons, encore une fois c'est la boîte à outils qui s'enrichit et c'en est une nouvelle illustration et donc c'est très bien d'avoir insisté sur cette notion de cantonnement qui vient utilement compléter justement toute cette boîte à outils. Merci et bravo.

Frédéric Petit, Rapporteur : Ce qui est remarquable avec vous c'est que vous faites à la fois les questions et les réponses. Donc, ce que je peux ajouter, c'est qu'il y a effectivement des différences entre le cantonnement avec une donation entre époux et les clauses de préciputs avec un avantage matrimonial que vous avez pratiquement toutes énoncées, il y en a peut-être une ou deux complémentaires, dans le cadre d'une convention matrimoniale, on aura sans doute une approche plus large au niveau de la répartition des biens parce que le cantonnement va intervenir après la liquidation du régime matrimonial donc déjà il y aurait peut-être une différence et puis au niveau de l'accord des enfants, vous l'avez souligné, dans le cadre d'une libéralité entre époux, pour conforter par avance les choses, on prévoira une RAAR de la part des enfants, ce qui ne sera pas toujours envisageable alors que dans le cas d'une modification du régime matrimonial, c'est simplement une non-opposition de la part des enfants. Je crois que le cantonnement est un formidable outil qui nous est offert par la loi du 23 juin 2006, dont on ne mesure certainement pas encore tout l'intérêt, toute l'étendue qu'il peut apporter dans l'organisation post-successorale du règlement des successions. C'est un outil qu'il convient effectivement de bien maîtriser en amont, et qui est une véritable alternative à d'autres outils patrimoniaux existants.

Intervenant 2 : Au terme de cet après-midi on fait trois constats ; le premier, le législateur de 2006, Sébastien Huygues, est parti, mais il ne s'est en fait pas trompé, et on s'aperçoit que six ans après, vous avez fait ce bilan remarquable. Le deuxième constat, c'est de dire merci aux notariat, aux praticiens de savoir intégrer les réformes et de les intégrer relativement vite parce que six ans dans la vie d'une loi, ce n'est rien du tout, mais vous nous avez parlé cet après-midi de tous les outils, Fabienne nous a communiqué des chiffres qui sont plutôt encourageants malgré toutes les difficultés, donc le notariat n'est pas une profession conservatrice, pas une profession rétive, c'est une profession qui sait s'adapter. Et troisième constat c'est qu'au bout de six ans il n'est pas interdit de dire que le législateur ne peut pas tout voir, ne peut pas tout deviner, on le sait tous il faut laisser du temps au temps et avec un peu de recul on s'aperçoit que les outils qui nous sont proposés ont besoin de quelques petits serrages de vis ou de boulons, puisque la boîte à outils est à l'honneur, on devrait pouvoir y arriver. Et enfin le dernier message, et celui-là je trouve qu'il est très fort, il est essentiel, vous avez dit mais vous avez la liberté contractuelle, vous avez à tel ou tel endroit à faire preuve d'imagination, utiliser, arrêter, on se plaint toujours qu'il y a trop de lois, et en même temps quand la loi nous laisse du champ on a peur ! Ouvrons-nous ! Alors bravo, merci.

Stéphanie Arnaud, Président : Je vous propose qu'on passe au vote.

La proposition est adoptée à l'unanimité

Quatrième commission



UNE STRATEGIE

INTRODUCTION

Introduction par Fabrice Luzu, Président

Mesdames, Messieurs, mes chers confrères, chers amis,

La stratégie, voilà le thème de notre commission.

Mais à une époque où il existe des stratèges en tout, je me suis un temps demandé comment j'allais bien pouvoir évoquer devant vous un terme aussi galvaudé.

Le plus simple consiste sans doute à revenir à la source. Au commencement, c'est à dire au 6^e siècle avant Jésus-Christ, Sun Tzu indique justement dans l'Art de la guerre que « *la stratégie consiste à se préparer à déjouer une attaque, au lieu d'espérer qu'elle ne se produise pas* »,

Dès lors, pour parler stratégie, il convient de suivre la métaphore guerrière. Voilà. Je tiens par cette recommandation à présenter le programme de notre matinée. Si une guerre devait être déclarée, il convient de s'y préparer !

Mais au fait, de quelle attaque ? De quel péril faudrait-il se prémunir ? La famille tient lieu de zone démilitarisée, de havre de paix et d'harmonie au sein d'un monde parfois violent et hostile. L'amour familial l'emporte bien souvent sur les tensions qui peuvent s'y présenter.

Certes, mais en matière de transmissions familiales, vous le savez, le terrain peut être miné. Des complots sont parfois ourdis, des conflits peuvent éclater. Le chef de famille se transforme à l'occasion en chef de guerre. Il dirige ses troupes d'un ton martial ; l'autocratie lui permet d'étouffer des velléités qui ne ressortiront qu'au jour de son décès. Entretemps, son Royaume peut être l'objet de nombreuses intrigues. Mais en réalité, le pouvoir qu'exerce le chef de famille a-t-il été conquis par lui de haute lutte ? Lui est-il même réellement contesté ? Un Kalife, qui ambitionnerait sa place, se terre-t-il parmi ses proches ? La réponse à ces questions est généralement négative.

Mes chers confrères, comme le clairon, la métaphore guerrière ici sonne faux. Si le chef de famille est tiraillé entre des objectifs parfois contradictoires, il n'est souvent qu'amour et bienveillance à l'endroit de ses proches.

Nul ne lui conteste son pouvoir, qu'il s'efforce pourtant de conserver.

Nul ne revendique son patrimoine, qu'il se hâte pourtant de transmettre.

Là réside tout le paradoxe des stratégies de transmission de patrimoine.

Devenir le conseil, pour ne pas dire le consul de ces familles est un exercice complexe et qui nécessite une grande adresse. Une fois ces ressorts psychologiques identifiés, il convient d'appréhender l'arsenal que nous a livré hier la commission trois.

Chacune de ces techniques doit être évaluée et utilisée en regard de l'objectif ciblé. Puis, il convient de juxtaposer, de cumuler, de conjuguer, de mélanger, de combiner les techniques entre elles.

Elles sont comme autant de pièces d'un jeu de Lego ou de construction qu'il convient d'assembler au mieux, afin de bâtir une forteresse familiale.

C'est à cet exercice que nous nous sommes livrés dans le rapport : proposer, dans un format inédit, une feuille de route répondant à un objectif identifié et précis.

Afin de baliser le chemin à parcourir pour atteindre l'objectif ciblé, nous avons répertorié les meilleurs itinéraires. Cette cartographie des lieux n'est pas aussi exhaustive que des prises de vues prises par satellites. Il s'agit simplement d'une boussole qui indique la direction à suivre.

Mais « *les plans ne sont rien ; c'est la planification qui compte* » disait le général Eisenhower.

Notre exercice ne doit pas demeurer un simple exercice d'entraînement, une sorte de défilé militaire pour la parade. Il s'agit au contraire d'intégrer ces techniques dans une réelle planification patrimoniale et familiale.

Pour cela, il faut, mes chers confrères, de la méthode. Le déroulement des étapes, qui constituent autant de batailles à livrer et à gagner, doit être savamment orchestré. Pour que la campagne soit une réussite, en quelque sorte, la maîtrise du facteur temps est essentielle. Un calendrier opératoire doit être établi, des responsables identifiés, un contrôle régulier opéré. Un général des armées doit être désigné et il s'agit à l'évidence, vous l'aurez compris, du notaire.

Nous voici en ordre de marche. Mais pour livrer bataille, il nous faut, chers confrères, des belligérants. Or, ici, à bien scruter les alentours, il n'y a point d'ennemi en vue. Oh, le fiscaliste trouvera bien qu'il y a toujours trop d'impôts à combattre et l'on ne saurait lui donner totalement tort, tant la taxation de la transmission s'est accrue ces dernières années.

Pourtant, les terres fiscales n'ont pas toujours été hostiles. Dans un passé encore récent, souvenez-vous, elles ont même été accueillantes et bienveillantes. Ici débute un compte à rebours avec notre sixième et ultime proposition qui visera à réinstaurer un climat favorable à une réelle politique fiscale de la transmission.

À défaut d'incitation à partager, les états-majors demeurent dans l'opulence, tandis que les troupes, elles, sont rationnées.

En matière de fiscalité de la transmission, il existe bien des zones d'exclusion salutaires mais elles sont parfois difficiles à atteindre.

Ainsi, la transmission d'entreprise, en raison de l'intérêt économique qu'elle présente, est-elle encouragée. Mais, les dispositifs qui la favorisent sont complexes ; ils mériteraient d'être harmonisés, voire, pour servir notre métaphore, de revêtir un uniforme commun. Ce sera l'objet de notre cinquième proposition. Le civiliste doit quant à lui livrer une autre bataille : Celle d'un casque bleu au service du maintien de la paix. Il s'agit pour lui de préserver ou de retrouver des relations pacifiées, de la sérénité et de l'harmonie familiale. La géopolitique de nos sociétés modernes fait naître puis disparaître les alliances. Il n'en va malheureusement pas différemment des unions familiales : séparation puis recomposition peuvent se succéder. Des conventions multilatérales doivent alors être rédigées. Il convient de bâtir une authentique coalition. Un véritable pacte familial, susceptible de garantir une paix durable et stable, doit être conçu. Ce sera l'objet de notre quatrième proposition.

Mais au fait, mes chers confrères, ne suis-je pas en train de m'égarer et d'oublier ce que certains, ici peut-être, considèrent comme un réel terrain de conflit ? Lequel ? Et bien celui de l'assurance-vie ; ouverte, sans le savoir, par le législateur en 1930. En effet, les observateurs ont pu constater la survenance de multiples accrochages. Des frappes préventives interviennent même lorsque le contrat d'assurance emprunte la forme d'un Objet juridique non identifié ; qui viole durablement l'espace aérien du Code civil, sans toutefois vouloir s'y poser.

En l'espèce, si l'assurance-vie était demeurée sur ses terres originaires, la prévoyance, la coexistence pacifique pouvait perdurer. À trop vouloir s'étendre et coloniser des contrées voisines, l'assurance-vie a suscité un mouvement de résistance.

Comme souvent, en matière de conflits, c'est l'incompréhension qui en constitue la source. Il convient alors de rassurer tout en préservant les spécificités de chacun. Une approche belliqueuse est inopportune ; Mais il s'agit d'harmoniser les points de vue. La guerre peut ainsi être évitée.

Pour autant, nous entendons cependant que les prescriptions juridiques soient appliquées. En effet, à quoi bon multiplier les résolutions de principe si aucune ne doit être respectée ? Nous souhaitons alors par notre troisième proposition que le Code des assurances intègre l'état du droit positif en matière de contrats d'assurance-vie non dénoués souscrits par des époux communs en biens.

Sir Winston Churchill, pourtant fin stratège, précisait humblement qu'en présence de la meilleure stratégie, seul le résultat compte toujours. Dans notre matière, le résultat n'est pas visible immédiatement. La libéralité consentie produit des effets patrimoniaux mais aussi psychologiques du vivant du disposant, mais parfois sur plusieurs générations. La stratégie s'évalue en contemplation de l'harmonie familiale qui y règnera dans de nombreuses années, et parfois sur plusieurs générations.

En matière d'assurance-vie et de transmission, nous verrons, lors de notre deuxième proposition, qu'il n'y a aussi que le résultat, au jour du décès du souscripteur, là aussi, chers confrères, seul le résultat compte.

Enfin, chers confrères, avant de livrer bataille, me direz-vous, il importe de pouvoir compter sur les siens, sur ceux de son camp, sur ses troupes. Dans la perpétuelle et inexorable marche en avant que constitue la vie d'une famille, il convient de resserrer les rangs et les liens lorsque ceux-ci risquent de se distendre. La solidarité à l'épreuve du feu doit être sans faille. Il conviendra alors de protéger le plus faible de la garnison.

Notre première proposition, que je vais vous présenter dans un instant, poursuit cet objectif essentiel pour structurer la solidarité familiale quand elle doit venir au secours du plus faible. Je vous propose d'aborder sans plus tarder cette première proposition.

PROPOSITION 1 :

Créer un outil de solidarité familial : le fonds familial

[Proposition 1 par Fabrice Luzu, Président](#)

Poursuivant un objectif de solidarité familiale entre les générations, notre proposition vise à considérer la transmission descendante mais aussi à envisager celle opérant en sens inverse, c'est-à-dire en faveur des ascendants. Ces derniers, à la différence des descendants, ne disposent d'ailleurs plus de la réserve héréditaire pour les protéger.

Notre vœu concerne notamment le « Grand Âge » dont le rappel des meilleures définitions a été récemment effectué par le professeur Malaurie.

En voici une : « *Durer, c'est endurer, c'est-à-dire supporter des choses pénibles, résister aux épreuves du temps* »

Ou une seconde : « *Malgré ses richesses cachées, le Grand Âge est toujours une épreuve et souvent une misère.* »

Avant toutes choses, quelques chiffres qui parlent d'eux-mêmes :

Vous le voyez, chers confrères, en 2010 :

- les plus de 60 ans représentaient près de 23 % de la population, ils seront 32 % en 2040,

- les plus de 75 ans représentaient près de 9 % de la population, ils seront plus de 15 % en 2040.

La dépendance touche plus de 8 % des plus de 60 ans. Par ailleurs, les coûts d'une personne dépendante sont compris entre 3 500 et 8 000 € par mois pendant une durée moyenne de quatre ans.

En 2011, l'Allocation Perte d'Autonomie concernait 1 200 000 personnes.

À l'avenir, la situation des finances publiques ne permettra plus d'assumer cette charge exponentielle. En effet, au plan national, les dépenses de l'État, liées à la dépendance, étaient en 2010 de 34 Mds €. Tandis qu'au plan local, la quote-part de l'allocation personnalisée autonomie financée par les départements est passée de 5,1 milliards d'€ en 2010 à 5,4 milliards d'€ en une année.

Pour se prémunir de cette situation et aider un parent dépendant, trois solutions peuvent être envisagées :

La première : consentir une libéralité.

Il est possible de procéder à une donation en pleine propriété, voire d'un simple usufruit à un ascendant mais alors ces libéralités sont imputées sur la quotité disponible ; réduisant d'autant la liberté d'action en faveur d'autres proches et notamment du conjoint.

Deuxième piste : souscrire un contrat d'assurance-vie.

Deux catégories d'assurance sont proposées :

- Soit des contrats généralistes mais qui peuvent être utilisés en cas de dépendance, en convertissant par exemple un capital en rente viagère ou en privilégiant des « annuités variables » qui prévoient des prestations en capital mais avec la faculté d'actionner à tout moment le service d'un revenu régulier.
- Soit, deuxième hypothèse, des contrats dédiés à la problématique de la dépendance.

Par ailleurs, la piste d'un contrat d'assurance privé universelle a été étudiée par le Haut Conseil à la Famille en 2011. À notre sens, les techniques assurantielles buttent sur quelques contraintes majeures :

- 1 - Le coût de l'assurance ainsi que sa dimension « à fonds perdus », alors que le risque de dépendance n'est pas certain, à la différence d'un risque décès qui lui est inéluctable.
- 2 - Le fait que la prestation soit servie sous forme de revenus alors que la personne dépendante a parfois besoin d'un capital pour, par exemple, effectuer des travaux de mise en conformité de son logement avec son nouvel état de santé.
- 3 - L'existence d'un âge limite de souscription. En général 75 ans, alors même que c'est l'âge à compter duquel le risque devient le plus important.
- 4 – Des délais de carences, qui sont généralement fixés à trois ans.
- 5 – Enfin, une définition variable de la dépendance, entre les compagnies, l'État et la famille.

Ces contraintes sont inhérentes à l'approche assurantielle, c'est-à-dire une prime pour s'auto-prémunir d'un risque et percevoir une rente. C'est pourquoi, quant à nous, nous privilégions la voie de la solidarité familiale plutôt que la démarche individuelle, même si elle devait être rendue obligatoire.

Dernière solution donc : s'en remettre aux aides familiales.

Selon l'INSEE, 16 % des ménages aident ou ont aidé leurs ascendants ; tandis que 215 000 ménages de plus de 65 ans ont reçu une aide d'un autre ménage et 70 000 personnes âgées de plus de 75 ans ont perçu une pension alimentaire déclarée à l'impôt sur le revenu.

La solidarité familiale existe donc mais de manière pudique : la répartition de la contribution entre les enfants, ceux que l'on nomme les « aidants familiaux »

résulte souvent d'un non-dit familial. Certains accompagnent au quotidien ; d'autres contribuent financièrement mais sans règle et encadrement juridique. Il conviendrait alors que ces aides soient davantage explicites et structurées.

Dans les faits, il n'y a que la solidarité familiale qui soit sûre. Elle est d'ailleurs obligatoire et représente une valeur forte de nos sociétés contemporaines. Mais la répartition du versement d'une pension alimentaire peut faire naître des tensions entre les enfants.

En effet, comme l'a fortement rappelé le professeur Malaurie, je le cite à nouveau, « *le grand âge est à beaucoup d'égards une question d'argent* ».

Notre réflexion relative aux solidarités familiales nous a par ailleurs conduits à découvrir un texte de Jacques Chirac qui, le premier, évoquait une idée nouvelle, « le fonds familial ». En voici quelques extraits :

« La solidarité entre les âges ... n'est pas un vain mot. Vous la vivez d'abord au sein de votre famille...Peut-être faut-il ... mettre en place un instrument qui permettrait aux familles de mieux préparer, de mieux organiser ces transferts ? Le projet de fonds familial mérite sans doute, dans cet esprit, d'être approfondi et étudié. »

L'OCDE, dans un rapport de mai 2011, invitait, pour sa part, au développement de mécanismes permettant aux propriétaires de trouver des ressources finançant leur hébergement, en cas de dépendance.

Afin de permettre des prestations en flux, pour compléter un train de vie, mais aussi en capital, pour faire face aux imprévus ou aux modifications engendrées par l'état de dépendance tant pour la personne concernée que pour ses proches aidants familiaux, nous proposons la création du fonds familial.

Jacques Chirac l'a envisagé, nous vous proposons de le construire ensemble.

Le fonds familial est en réalité d'un mécanisme de mutualisation familiale. Il s'agit de mobiliser une épargne ou un capital familial pour se prémunir d'un accident de la vie qui interviendrait dans la famille.

Si vous le voulez bien, nous allons vous présenter une maquette de fonctionnement de ce fonds familial.

Monsieur Fragile est veuf et a trois enfants. Il se présente chez son notaire et lui demande de constituer un fonds familial.

Le fonds familial, qui est immatriculé, dispose de la personnalité morale et peut être créé sans dotation minimale. Il résulte obligatoirement d'un acte authentique : les statuts du fonds familial en définissent les règles de fonctionnement.

Monsieur Fragile décide d'y apporter sa résidence principale. L'apport immobilier est publié au bureau des hypothèques. Il ne génère aucune fiscalité et constitue une opération intercalaire.

Deux des enfants de Monsieur Fragile, qui sont installés dans la vie active, se proposent d'alimenter ce fonds familial et d'y verser une somme mensuelle de 300 € chacun. Ces sommes sont thésaurisées.

Les apports ainsi constitués sont pour chaque apporteur affectés à des compartiments qui permettent d'en assurer la traçabilité et le suivi dans le temps.

Une gouvernance familiale est installée : M. Fragile est président du fonds familial ; l'un de ses enfants en est administrateur. Le conseil d'administration peut aussi comprendre des membres extérieurs à la famille.

Si un accident de la vie devait toucher un membre de la famille, qu'il soit le fondateur, membre du conseil d'administration ou non, ou autre, le conseil d'administration pourrait décider de lui affecter des produits générés par des biens dépendant du fonds et qui ont été, rappelons-le, logés dans des compartiments identifiables au nom de chaque apporteur.

Les revenus du fonds familial sont exonérés sauf, afin de prévenir les abus, en cas d'opérations spéculatives.

Imaginons désormais deux situations :

Premier cas. Si le fondateur devait être atteint de la maladie d'Alzheimer, le fonds familial pourrait, dans un premier temps, embaucher un salarié pour s'occuper de lui en journée, puis lorsque cet accompagnement n'y suffira plus, louer le bien immobilier apporté afin que les loyers perçus financent son placement dans une maison médicalisée.

Second cas. Si le 3^e enfant du fondateur, qui n'avait pas contribué au fonds car déjà dans une situation financière délicate, se trouvait au chômage et proche d'une extrême précarité, la gouvernance du fonds familial pourrait décider de lui affecter un pécule lui permettant de faire face, le temps de retrouver un emploi.

Dès lors, fiscalement, deux situations :

- Soit les sommes qu'il perçoit proviennent des produits générés par le fonds familial, il n'y a alors aucune taxation.
- Soit il s'agit, par le prisme du fonds familial, d'une transmission portant sur un bien doté ou donné par un contributeur en faveur d'un bénéficiaire, et alors une taxation aux droits de mutation à titre gratuit interviendra en fonction du lien de parenté existant entre eux.

Le fonds familial prendra fin dans trois cas :

- 1 - L'expiration de la durée pour laquelle il a été créé.
- 2 - La réalisation de son objet ou l'épuisement de ses actifs ou ressources.
- 3 - Une décision du conseil d'administration.

Lors de la dissolution du fonds familial, les biens donnés peuvent faire retour dans le patrimoine de leur donateur : il n'y a pas de fiscalité mais toujours une neutralité fiscale.

Pour le solde, la dotation ou les produits non employés devront être reversés à un organisme sans but lucratif dont l'objet constitue le prolongement de celui du fonds familial.

En conclusion, le fonds familial constitue un nouveau véhicule de solidarité familiale intergénérationnelle. Il comprend de multiples entrées : multicontributeurs, multibénéficiaires, multibiens. Il a vocation à devenir un point d'ancrage de la solidarité familiale.

Ce fonds familial répond à une mission d'intérêt général. Ses atouts principaux sont :

- 1 - Sa souplesse de constitution et d'alimentation qui repose sur la seule volonté familiale et une base totalement discrétionnaire.
- 2 - Sa souplesse de fonctionnement car sa gouvernance et son « centre de contrôle opérationnel » restent familiaux.
- 3 - L'expression du retour et de la formalisation de la solidarité familiale. Le fonds familial repose sur un principe de mutualisation ; c'est un « contrat familial responsable » reposant sur le volontariat. Volontariat du constituant d'abord, mais volontariat aussi des membres de sa famille ensuite.

4 - Il n'entraîne aucune contrainte, chacun a le choix de contribuer ou non dans une relation familiale consensuelle et apaisée. Selon ses moyens, ou selon ses envies.

Techniquement, le fonds familial constitue le florilège d'une fiducie transmission, d'une société civile ou d'un fonds de dotation. Il répond aux principales limites juridiques formulées à l'encontre de certains outils existants :

- Dans une société civile, les produits formant le résultat ne peuvent être distribués qu'aux seuls associés ; quant aux actifs de la société, ils ne peuvent être appréhendés que lors d'une réduction de capital ou de la dissolution de la société.
- Dans une fiducie, il est d'une part impossible qu'elle porte une libéralité, d'autre part le choix du fiduciaire n'est pas libre.
- En matière d'assurance-vie, soit le contrat est de pure prévoyance et les primes sont alors versées à fonds perdus, soit le contrat est un placement et le capital constitué ne peut alors bénéficier qu'au souscripteur en cas de vie ou au bénéficiaire désigné en cas de décès.

Le professeur Malaurie a constaté pour sans doute le regretter le recul de la famille dans l'accompagnement de nos aînés : « *Avec le fonds familial, la famille est de retour !* »

[Lecture des considérants par Nathalie Le Gall, Rapporteur](#)

Considérant

- 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'État ;

- 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 Congrès 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 de la neutralité fiscale encourageant son utilisation.

.... La parole est à la salle...

Intervenant 1: Je prends la parole en premier parce que je me sens très proche de vous sur cette proposition. J'avais la mission de rapporteur général en 1999 à Marseille sur le thème « demain la famille ». Je rappelle que la deuxième commission avait pour titre « demain la famille, quelle solidarité » -, et on avait essayé de montrer que l'aide publique, il faut le rappeler, est toujours subsidiaire, et que c'est quand même la famille qui est au premier rang, et vous avez eu raison d'insister sur tout ce que disait le professeur Malaurie au niveau de l'importance de la famille. Deuxièmement, en 2006, la troisième commission avait pour titre « les figures libres d'assistance », et essayait de démontrer qu'à côté de tous les outils, il y avait des outils nouveaux. Donc on avait un petit peu pensé au fonds familial mais ce n'était pas tout à fait mûr. Je crois que le temps est venu, j'approuve tout à fait votre proposition, hier on a parlé des outils, des outils

existants, des outils nouveaux, nous avons tous besoin d'outils, alors on nous dit « oui, mais il faut avoir de l'argent ! Il faut avoir ceci ». Non justement, cela peut très bien exister avec des gens d'origine modeste, où chacun met son petit pécule, et puis avec le temps, regardez dans les copropriétés, de plus en plus souvent maintenant, on constitue un fonds de réserve pour faire face à des travaux, je crois que la prévision c'est de l'anticipation. Je me souviens en 1999, quand on a voté l'APA, l'Allocation personnalisée d'autonomie pour remplacer la Prestation Spécifique Dépendante, on avait annoncé une dépense qui s'est avérée dès l'année suivante presque trois fois supérieure et le chiffre que vous nous avez donné tout à l'heure montre qu'il est aujourd'hui dix fois plus important que ce qui avait été annoncé il y a dix ans. Donc je soutiens personnellement tout à fait votre proposition et je vous en remercie.

Intervenant 2 : Votre vœu est très ambitieux et je vous en remercie. Je soutiendrai ce vœu. Ceci étant j'ai des inquiétudes si on fait allusion au fonds agricole qui est resté une coquille vide, il faudra que la profession notariale soit très ingénieuse pour que ça fonctionne. Les questions qui me viennent à l'esprit : un des associés décède, laissant une compagne, des mineurs, qui vont rentrer dans cette société, c'est une société par hypothèse, civile, fermée, des mineurs qui vont rentrer dans cette société, quid de la récupération quotidienne du département au niveau de l'aide sociale, est-ce que l'aide sociale pourra faire vendre les parts suite au décès de la personne dépendante, dès l'instant qu'il y a recours possible puisque nous avons presque quotidiennement maintenant des recours, bien que beaucoup de patrimoines soient vidés de leur substance par l'assurance-vie ? J'ai bien noté qu'il s'agit de la création d'une nouvelle société, je suppose forcément civile, il ne faudra pas que cette société reste une coquille vide, j'insiste, et il faudra que la profession, s'il y a un texte de loi un jour, ce que je souhaite, ait beaucoup d'imagination pour que ça marche. Mais au moins ce vœu a le mérite d'innover grandement en créant un nouvel outil de travail.

Fabrice Luzu, Président : Dans notre esprit, il ne s'agit pas d'une société, ni d'une société civile, c'est un fonds de dotation d'une forme spécifique, qui devient un fonds familial qui est constitué, donc il n'y a pas d'apports qui seraient rémunérés par des parts sociales, on contribue ou non à ce fonds de dotation, qui est un fonds familial. Ça c'est le premier point sur la forme juridique en fait de ce nouvel instrument. Ensuite, vous aviez une seconde observation qui concernait l'aide sociale. Est-ce que ça ne vient pas concurrencer l'aide sociale, comment ça va fonctionner avec l'aide sociale ? L'aide sociale peut être récupérée, Nous

pourrions tout à fait imaginer que si une personne a contribué au fonds familial, cette contribution soit comptabilisée, entre guillemets, le jour où la créance de récupération d'aide sociale doit être calculée et liquidée.

Intervenant 3 : Je vous félicite pour ce vœu, je pense qu'il y avait un grand vide juridique. Personnellement j'ai dû, à un moment, aider une famille, mais je n'avais pas l'acte notarié que vous voulez créer, donc on a constitué des fonds, et au fur et à mesure qu'il y a des travaux, au fur et à mesure qu'il y a un besoin, on va chercher dans ces fonds, mais ce que vous créez aujourd'hui c'est un acte authentique, c'est une nouvelle chose et je vous en félicite, je pense qu'on en aura de plus en plus besoin.

Fabrice Luzu, Président : Merci de vos encouragements, nous en avons effectivement besoin pour échafauder ce nouvel instrument. Nous nous sommes dit que la solidarité familiale existe, simplement elle manque d'un outil structurant, et nous imaginons en fait que le fonds familial peut devenir cet outil structurant de cette solidarité.

Intervenant 4 : Effectivement ce matin, c'est une très grande satisfaction de découvrir ce vœu, cette proposition, que je trouve très originale, et autant tous ces jours-ci vous nous avez fait voyager au fin fond des arcanes du Code civil, avec grande joie et beaucoup de compétences, autant ce matin le regard se pose sur l'horizon d'un nouvel instrument que je crois nous appelons de tous de nos vœux. L'audace de ce vœu me rappelle la naissance au sein de notre congrès du mandat de protection future : la toute première fois où on a parlé du mandat de protection future, c'était presque dix ans avant la loi de 2007, cette idée avait été accueillie avec pas mal de réserves et beaucoup d'interrogations. Et quand on relit la première idée du mandat de protection future, née au sein de notre congrès, et ce qu'a donné la loi, on s'aperçoit que les grands fondamentaux de l'idée première ont été respectés. C'est un mandat, et c'est un mandat qui ne prend effet que lorsque la personne perd sa capacité. Je suis sûr que l'audace de ce vœu devra aussi se concrétiser rapidement par un support légal dont nous suivrons l'évolution avec une grande attention. Alors merci beaucoup pour votre idée, votre audace et je crois que nous le soutiendrons avec grande satisfaction.

Fabrice Luzu, Président : Alors avant de proposer ce vœu au suffrage du législateur, nous allons le proposer à cette assistance.

La proposition est adoptée à une très large majorité.

PROPOSITION 2 :

Établir une cohérence entre l'assurance-vie et les autres modes de transmission.

Proposition 2 par Fabrice Luzu, Président :

Parlons un petit peu d'assurance-vie...

Les contrats d'assurance-vie représentent une fraction de plus en plus significative de l'épargne de nos concitoyens.

Les chiffres s'affichent, plus de 20 millions de contrats ont été souscrits par 17 millions de ménages. Leur encours atteignait déjà 1 360 milliards d'euros à fin 2010.

En théorie, ces contrats favorisent une épargne à moyen terme qui peut être vertueuse, tant pour les souscripteurs que pour l'État. Pour les épargnants, cette thésaurisation permet de financer un complément de retraite ou de se prémunir d'un accident de la vie. Pour l'État, les compagnies d'assurance contribueraient à l'absorption des émissions obligataires nécessaires à nos finances publiques.

C'est pourquoi le spectre d'une crise systémique est agité dès qu'est envisagée la moindre évolution juridique ou fiscale de l'assurance-vie. Un message récurrent est martelé auprès des pouvoirs publics qui y sont toutefois de moins en moins sensibles : Les contrats d'assurance-vie constitueraient un protocole indispensable à notre économie ; faute de son administration à haute dose, le pronostic vital serait engagé.

Qu'en est-il réellement ?

Fin 2010, les assureurs ne détenaient plus que 20 % de la dette de l'État. La dépendance de nos finances publiques aux contrats d'assurance a en réalité diminuée de moitié en 10 ans.

Par ailleurs, moins de 10 % des investissements des compagnies d'assurance s'effectue en faveur de titres de sociétés non financières résidentes.

En parallèle, mes chers confrères, vous avez constaté, comme nous, que les techniques contractuelles et financières qui animent ces contrats ont considérablement évolué.

Pour quelles raisons ces modifications sont-elles intervenues ? Les raisons sont louables : elles sont empruntées de consumérisme et de désir de protection du souscripteur. En effet, historiquement, le contrat ne disposait d'aucune valeur de rachat ; les primes versées l'étaient à fonds perdus comme pour tout contrat de prévoyance. Pour éviter cet appauvrissement inéluctable du souscripteur, les compagnies d'assurance ont d'abord proposé des garanties mixtes pour lesquelles la prime versée se ventile et alimente deux garanties : L'une, en cas de vie, l'autre en cas de décès.

Ensuite, afin d'être plus transparentes sur l'utilisation de la prime versée, les compagnies ont commercialisé des contrats de capitaux différés avec contre assurance en cas de décès. Mais ici, la dimension capitalistique du produit de placement a alors supplanté la logique de prévoyance pourtant consubstantielle à toute opération d'assurance. L'épargne prime la prévoyance.

Au fond, ces contrats, commercialisés sous le label « assurance-vie » n'ont plus d'assurance que le nom. Le ressort juridique qui les anime, leur ADN, leur code source ont muté avec le temps. Or, il leur est toujours fait application d'une loi qui, en 1930, n'a pas été construite pour eux. Cet habit est devenu mal commode, parfois trop étriqué, souvent trop large. Il est devenu impossible à harmoniser avec les dispositions du Code civil.

Dans le récent rapport de la Cour des comptes, il est procédé au même constat, je le cite : « *Pur produit de prévoyance à l'origine, les contrats d'assurance en cas de vie se sont développés peu à peu comme des produits d'épargne et de placement tout en restant régis par le Code des assurances.* »

Toutefois, mes chers confrères, il convient de ne pas confondre.

Nos développements concernent ces contrats d'épargne de nouvelle génération et en aucune manière ceux de pure prévoyance pour lesquels le capital remis au bénéficiaire n'est relié à la prime versée par le souscripteur que par la science actuarielle de la compagnie d'assurance. Ces derniers, contrats de prévoyance, sont à l'évidence d'authentiques contrats d'assurance. La compagnie y exerce à n'en pas douter son rôle de mutualisation des risques entre ses assurés.

À l'inverse, les contrats d'assurance, placement moderne, réalisent généralement, en bout de course, une opération de transmission à des bénéficiaires désignés. Cette opération, aussi singulière et atypique qu'elle puisse être, doit familialement entraîner les mêmes conséquences que les autres produits de placement auxquels,

pour assurer sa promotion, les compagnies d'assurance ou la Bancassurance la comparent en entretenant en permanence la confusion.

Nous souhaitons, quant à nous, une transmission unifiée et ordonnée.

Pour aborder ce thème avec la sérénité requise, nous devons avant toute chose dissiper un malentendu qui a focalisé à tort l'attention et perverti le débat : la fiscalité !

Les dispositifs fiscaux qui accompagnent la transmission du « contrat de placement » sont totalement indépendants de son traitement en droit civil et inversement. L'autonomie du droit fiscal est ici bien établie. Le régime fiscal n'est pas fixé en considération d'un traitement civil, il l'est, en revanche, en fonction de l'utilité économique présumée que représentent ces contrats. Prétendre le contraire serait erroné et pour tout dire intellectuellement malhonnête.

Des règles fiscales peuvent évidemment être différentes des règles civiles. Nous, notaires, sommes rompus à cet exercice de double liquidation. Nous le côtoyons par exemple pour les terres agricoles, pour les bois et forêts, pour les transmissions d'entreprises, qui bénéficient fiscalement d'un abattement mais sont en parallèle dévolus selon des principes civils pour 100 % de leur valeur.

En second lieu, nous devons constater que l'harmonisation entre les règles du Code des assurances et celles régissant les régimes matrimoniaux est en marche !

Initié par l'arrêt Praliska du 31 mars 1992 jusqu'aux récentes réponses ministérielles Proriot puis Bacquet, ce mouvement de rapprochement semble désormais inéluctable. Mais, si vous voulez bien, nous y reviendrons plus tard à l'occasion de l'étude de la proposition suivante.

Il serait anachronique, toutefois, d'imaginer un mouvement en sens inverse en droit des successions. Tels deux aimants, le droit des assurances et le droit civil convergeraient, en matière de régime matrimonial ; puis soudainement, dès qu'ils sont abordés par une autre face qu'est le droit des libéralités, ils se repousseraient immédiatement.

Nous souhaitons, pour notre part, une transmission harmonieuse, équilibrée et équitable ; débarrassée une fois pour toutes des postures de complaisance et de circonstance. Nous estimons que les situations analogues doivent produire les mêmes effets.

Notre démarche s'inscrit dans la logique qui a été impulsée par le 96^e Congrès des Notaires de France. Toutefois, point d'angélisme en matière de bonnes pratiques et d'assurance-vie. Il s'agit bien d'une intervention législative rapide et efficace que nous appelons de nos vœux.

Vous vous demandez sans doute comment nous allons procéder à cette harmonisation ? À ce jour, seules deux situations sont susceptibles de remettre en cause le tropisme du Code des assurances :

- 1^{re} situation : Celle de la qualification juridique du contrat.
- 2^e situation : Celle prévue par le texte des primes manifestement exagérées.

Quant à nous, nous en explorerons une nouvelle : celle de l'analogie de traitement.

Piste 1 : La question de la qualification juridique.

Avant de vouloir la requalifier, encore faut-il déjà avoir disqualifié l'assurance-vie. Cette démarche première est impérative ; mais l'exercice est délicat. Il suppose de constater la perte de ces attributs, au premier rang desquels figure l'aléa. Dans la relation entre le souscripteur et la compagnie d'assurance, la Cour de cassation a cependant considéré par 4 arrêts de 2004 que l'aléa existait. Dans la relation entre le souscripteur et le bénéficiaire, qui au fond seule nous occupe pour déterminer la nature du transfert intervenant entre eux, la question divise encore.

Puis, une fois ce contrat d'assurance placement disqualifié, encore faut-il ensuite le requalifier. L'art est tout aussi incertain. S'agit-il d'un legs qui n'emprunterait aucune des formes connues de testament ? Doit-on y voir une donation, mais alors sans doute indirecte ? Opère-t-elle même encore une stipulation pour autrui depuis la loi de 2007 réformant l'acceptation du bénéfice du contrat ?

Piste 2 : La piste des « primes manifestement exagérées ».

Elle n'est pas praticable avec davantage de sérénité. La jurisprudence est hésitante à constater que le versement d'une prime est excessif ou non. D'ailleurs comme l'a précisé le professeur Grimaldi, s'il s'agit réellement d'une opération de prévoyance, comment peut-on reprocher à un chef de famille de pécher par excès de prévoyance ? Des critères semblent toutefois peu à peu se dessiner au sein d'un contentieux important et qui encombre inutilement les tribunaux. Sont

retenus : l'âge du souscripteur, son état de santé, sa situation de fortune ou encore curieusement l'intérêt qu'il avait à réaliser cette souscription.

Une ponction trop significative opérée sur le patrimoine du souscripteur déclencherait l'excès ; mais alors, me direz-vous, pour quel quantum ? Le texte prévoit que la portion rapportable est celle des primes réputées exagérées. En présence de contrats d'assurance, placement moderne, cette approche est totalement désuète. Tant en logique économique qu'en équité familiale, le rapport doit, à l'évidence, être du capital perçu par le bénéficiaire et non limité aux seules primes versées.

Piste 3. La nôtre, l'analogie de traitement.

À bien y réfléchir, quelle est l'importance de la qualification juridique de l'assurance placement pour savoir si elle doit être appréhendée par le droit des successions ? Il s'agit en réalité simplement de savoir si elle traduit une intention libérale ou non. La seule souscription d'un contrat d'assurance-vie n'apparaît pas motivée par cette intention libérale. Le souscripteur réalise un placement en se conservant au contraire la faculté de « récupérer » ce qu'il a investi au moyen de son droit à rachat. En revanche, la désignation du bénéficiaire en cas de décès est, à l'évidence, quant à elle, impulsée par une intention libérale.

C'est pourquoi, devant les approches itératives dans lesquels se sont enfermés les raisonnements depuis une vingtaine d'années, nous avons préféré déplacer le cadre de la réflexion. L'assurance-vie placement reçoit alors la qualification de l'OJNI : de l'Objet Juridique Non Identifié. C'est un composite : un produit de placement dans un corps d'assurance.

Toutefois, nous estimons que le capital correspondant à la valeur de rachat du contrat au jour du décès de l'assuré doit subir un traitement analogue aux autres actifs successoraux : il doit figurer à la succession de l'assuré pour y subir éventuellement la réduction. Le capital décès correspondant à la valeur de rachat du contrat doit être traité comme une libéralité même si le contrat d'assurance-vie n'en constitue pas une.

En effet, ce contrat procède en amont d'un appauvrissement du souscripteur et, en aval, à son décès, d'un enrichissement mécanique du bénéficiaire désigné. Ce dernier ne perçoit rien d'autre que le capital qui est sorti quelques temps plus tôt du patrimoine du défunt majoré des produits financiers qu'il a ou non générés.

Pour le calcul de la réserve héréditaire, et en équité familiale, ce mouvement, quelle qu'en soit la nature juridique, doit être comptabilisé.

Les comptes, en matière successorale, ne se dressent pas de manière annuelle, mais vous le savez, une fois pour toute. Ce sont les opérations de rapport et de réduction dans la succession du défunt. Il ne peut y avoir de chemins de traverse ou de comptabilité frauduleuse. Cette comptabilité doit au contraire être sincère et véritable ; c'est-à-dire représenter toutes les opérations financières constatées et réalisées par le défunt de son vivant.

C'est au prix de cette convergence et de cette unicité de traitement que s'opère la paix des familles.

Considérant

- 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'arrêts 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 décrets, 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 Congrès 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, dans le rapport et la réduction, comme une donation au profit des bénéficiaires, prenant rang à cette date. »

...La parole est à la salle...

Intervenant 1 : Je ne peux que vous remercier de cette proposition qui me rappelle celle que nous avons travaillée avec Michel Giray au congrès de 2000 au cours duquel nous avons proposé de réconcilier l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille. Tant au niveau du droit successoral, c'est l'objet de ce vœu, qu'au niveau du droit matrimonial, c'est l'objet du vœu suivant. Douze ans se sont écoulés, et l'effet prestidigitateur de la stipulation pour autrui, effaçant tous sur son passage, continue allègrement à bouleverser notre droit successoral. Ce n'est pourtant pas faute d'être montés au créneau à plusieurs reprises. En ce qui concerne les assurances placements qui n'ont plus pour seule particularité que d'être commercialisées par des assureurs ou la bancassurance, les blocages, on le sait, sont d'abord économiques et non pas juridiques. Merci donc de votre proposition, qui va permettre de repartir, et j'utilise volontairement « repartir au combat » afin de remettre de la cohérence entre le droit civil et le droit des assurances. Du courage, il en faudra, mais après tout, ne soyons pas défaitistes, en 2000 au congrès, nous avons proposé également que l'acceptation du bénéficiaire ne bloque pas le rachat. C'est désormais chose faite, alors soyez patients, soyons patients, mais pas trop.

Fabrice LUZU, Président : Merci maître Delfosse pour votre soutien à notre proposition.

Intervenant 2 : Je suis parfaitement d'accord avec votre vœu, le seul problème c'est qu'aujourd'hui on utilise fiscalement l'assurance-vie, donc est ce qu'on ne pourrait pas plutôt la soumettre au rapport et à la réduction jusqu'à concurrence de la quotité disponible ? Parce que là vous allez nous priver fiscalement de l'assurance-vie et ça serait dommage.

Fabrice Luzu, Président : Maître Delfosse vient de rappeler que douze années nous séparent du congrès de 2000, qui avait ouvert cette question, et pendant douze années il y a quand même un point en fait qui n'a pas fondamentalement évolué, c'est le fait qu'effectivement on ait tendance à mélanger l'approche civile et l'approche fiscale du contrat. Nous avons pris soin dans notre proposition et dans notre présentation de dissocier les deux aspects. Nous estimons qu'on peut tout à fait avoir un traitement civil qui soit unifié et harmonisé, et un traitement fiscal qui soit, lui, différencié. Ça ne pose aucune difficulté dans d'autres matières, pourquoi est-ce que ça continuerait à en poser en matière d'assurance-vie ? Donc, notre proposition est plus ambitieuse et elle consiste effectivement à proposer que la totalité de la valeur de rachat du contrat existant un instant de raison avant le décès du souscripteur soit traité comme une libéralité.

Intervenant 3 : Je voulais d'abord vous féliciter pour la qualité de ce vœu, tout l'intérêt qu'il suscite et l'approuver vraiment d'emblée dans son principe. Vous avez cité des chiffres, il y a 1 360 milliards d'euros, une fois et demi le budget de la France qui sont actuellement placés en assurance sur la vie, et là-dedans, si on veut continuer la métaphore guerrière : « Combien de réserves assiégées, combien de réserves martyrisées, et combien d'entre elles allez-vous libérer de ce fait ? ». Donc d'accord effectivement pour la réintégration de la valeur de rachat dans la masse de calcul, c'est une voie simple, une voie habile parce qu'elle évite ce débat qui est clos maintenant sur la déqualification des contrats d'assurances placements. Vous avez également raison de vous écarter des méandres des primes manifestement exagérées, parce qu'effectivement on est dans une complexité factuelle, presque effrayante, avec des solutions qui ne seront probablement pas les mêmes à Montpellier et à Rennes, ou réciproquement en fonction des intérêts en cause. Là encore, vous simplifiez les choses, et vous avez tout à fait raison. Donc oui sur le principe concernant l'intégration de cette valeur de rachat de ces assurances placements. Il faut civiliser l'assurance-vie, il faut la rendre à la civilisation, au droit civil, au Code civil, et ça n'empêchera pas effectivement qu'elle soit traitée à part sur un plan fiscal. Cela étant, si je suis tout à fait d'accord sur le principe de votre vœu, je m'interroge sur un petit aspect de la

formulation parce que vous voulez finalement, s'agissant des règles du rapport et de la réduction, traiter cette assurance-vie comme une donation. C'est le terme que vous employez expressément. Et je me demande si là, vous n'avez pas un petit peu ouvert une boîte de Pandore parce qu'utiliser le terme de donation, ça peut être dangereux à deux égards : d'abord du point de vue civil et ensuite au point de vue des autres corpus juridiques. Du point de vue civil, et vous l'avez indiqué dans votre présentation remarquable, il y a une énorme diversité de situations factuelles. On ne peut pas faire entrer l'assurance-vie dans une qualification unique, même par analogie, vous avez des hypothèses dans laquelle la clause bénéficiaire, on le découvre au décès du souscripteur, n'a jamais été acceptée, elle est toujours révocable... Et là, on est très proche d'une disposition à cause de mort et voire finalement d'une sorte de legs, même s'il n'existe pas de legs indirect. Et est-ce qu'on doit traiter cette situation exactement de la même façon que l'hypothèse dans laquelle vous avez une acceptation du bénéficiaire, de la clause bénéficiaire, du vivant du souscripteur, donc avec un accord des parties puisqu'il faut maintenant une acceptation acceptée, comme on l'a dit, qui plus est éventuellement, et là je me tourne vers les notaires, par acte authentique, il faut vous saisir de cette possibilité d'utiliser l'acte authentique pour l'acceptation de la clause bénéficiaire, c'est un nouveau « marché », entre guillemets, qui est ouvert, et là, à vous de l'investir, c'est très important, ça donne notamment l'acceptation d'une date certaine. Donc, est ce qu'on doit traiter sur le même plan, du point de vue des règles civiles, ces deux situations, et les qualifier, de manière générale, de donation, en incluant dans ce cas-là la donation *mortis causa*, ce serait une sorte de donation pour cause de mort si jamais l'acceptation n'a pas eu lieu du vivant du souscripteur. Donc, vous rassemblez sous une qualification homogène, des situations extrêmement hétérogènes, et vous avez utilisé à plusieurs reprises non pas le terme de donation mais le terme de libéralité qui est plus général, plus générique, qui n'exclut pas l'intégration de la valeur de rachat évidemment dans la base de calcul, mais qui laisse ouverte, finalement, la possibilité d'un traitement civil, différencié selon les situations. Dans certains cas il faut, à mon avis, rapporter et réduire le cas échéant comme une disposition à cause de mort et dans d'autres cas, lorsque vous avez une acceptation par acte authentique, du vivant du souscripteur, là effectivement on est dans le cas d'une annulation. Donc je me demandais si la substitution du terme de libéralité à celui de donation ne serait pas plus judicieuse, ou alors tout simplement, pour faire encore plus simple, au lieu de dire que l'attribution sera traitée, pour le rapport et la réduction, comme une donation, de dire tout simplement, en reprenant l'article L 132-13 actuel,

qu'elle sera soumise, sans prendre parti sur la qualification, aux règles ordinaires du rapport et de la réduction. Ce qui simplifierait encore les choses. Je ne vais pas jusqu'à dire que finalement on pourrait aussi supprimer l'article L 132-13 actuel et arriver exactement au même résultat.

Fabrice Luzu, Président : Merci Monsieur le Professeur pour votre riche contribution à nos débats. Il y a plusieurs idées, d'abord vous avez souligné l'habileté de la solution, et je vous en remercie. Ensuite, vous avez pointé la diversité effectivement des contrats d'assurance que nous pouvons avoir à connaître. Nous avons dissocié deux types de contrats, les contrats de pure prévoyance d'un côté, et les contrats qui s'apparentent à des contrats de placement de l'autre ; ce sont les contrats de capitaux différés avec contre-assurance en cas de décès. Ce sont ceux-là qui sont ciblés par notre proposition. La question ensuite était de savoir comment nous pouvions effectivement intégrer ces contrats dans le cadre du processus liquidatif de l'assuré au jour de son décès. La solution que nous avons trouvée est effectivement d'opérer une analogie avec une donation, mais si on veut être précis en fait sur notre proposition, on dit qu'effectivement la valeur de rachat du contrat, à la date du décès, sera traitée comme une donation, prenant rang à cette date. Donc en fait, nous ne voulions pas rentrer dans le débat de la disqualification, ni de la requalification, nous ne souhaitons pas nous interroger pour savoir s'il s'agissait d'un legs, s'il s'agissait d'une donation, à quelle date opérait en fait cette libéralité. Donc nous avons estimé qu'effectivement nous devons constater, par analogie de traitement, la date et le moment où intervenait l'enrichissement. Le moment où le bénéficiaire s'enrichit, c'est celui du décès. Et c'est cette date en fait que nous observons pour savoir effectivement si une comptabilité de cet enrichissement doit être effectuée à la succession de l'assuré. Ce n'est pas parce que le contrat aura été au fond accepté quelques années plus tôt que pour autant la comptabilité à retenir de ce contrat interviendra à la date de l'acceptation. Nous estimons que l'enrichissement, c'est le moment où s'opère le transfert des actifs, en faveur du bénéficiaire désigné, et c'est cette date que nous observons.

Bertrand Savouré, rapporteur général : Vous observez, Monsieur le Professeur Pierre, que notre proposition est une proposition de praticiens, or notre sujet, notre problème aujourd'hui, c'est d'imputer, pour réduire et pour rapporter. C'est bien ce que nous avons proposé pour le rapport et la réduction. En aucun cas nous ne voulons entraîner une qualification définitive. Nous savons que l'assurance-vie emprunte à la donation son caractère de dépossession, mais elle n'en a pas

l'irrévocabilité. Nous savons qu'elle emprunte au legs pour la prise d'effet mais qu'elle n'en a pas les formes. Donc, ce n'est ni une donation ni un legs, l'idéal serait effectivement une donation à cause de mort qui est interdite. C'est la raison pour laquelle nous avons voulu utiliser expressément ce terme, pour cesser toute ambiguïté dans le traitement successoral pour le rapport et pour la réduction. Et si nous devons traiter le rapport et la réduction, il faut bien savoir à quel rang on impute et donc il faut définitivement qualifier. Donc la question de prendre rang à la date du décès est fondamentale, si ce n'est pas un legs c'est une donation, et nous avons préféré le terme de donation pour cette raison là.

Intervenant 5 : Votre vœu suscitera certainement l'intérêt des assureurs ! Depuis ce merveilleux congrès de Lille, ils attendent le vœu suivant, le voici, paradoxalement je me demande si vous ne pourriez pas leur montrer que ce vœu serait très intéressant pour eux. Vous avez évoqué les arrêts de 2004, par lesquels la Cour de cassation, en formation assez solennelle, a mis fin au débat sur la tentative globale de requalification ou de disqualification des contrats d'assurance placement. C'est terminé, c'est entendu, mais il n'empêche qu'il y a aujourd'hui nombreux procès à l'initiative précisément des héritiers réservataires, qui essayent de démontrer que les assurances placements ne sont pas de l'assurance, que dans le cas particulier il n'y avait pas d'aléa et ceci réussit de temps en temps, et cette initiative litigieuse n'est pas seulement due aux héritiers réservataires, elle provient aussi des organismes sociaux, c'est une jurisprudence qui se développe devant les juridictions administratives. Donc c'est un débat qui n'est pas terminé, et du moins pour les héritiers, l'enjeu se trouve dans l'article L 132-13 : supprimez l'enjeu, il n'y a plus de procès ! Et au fond qu'est-ce que les assureurs auraient à y perdre ? Pas grand-chose si effectivement vous mettez en avant que le régime fiscal peut être différent du régime civil. Après tout, aujourd'hui, la donation d'un bien à un enfant d'une valeur de moins de 100 000 euros est fiscalement libre de droit si c'est la première donation. Ça n'empêche que c'est bien une donation et qu'elle est soumise aux règles du rapport et de la réduction. Donc, c'est un argument assez logique, il faut encore que les assureurs puissent l'entendre. Maintenant, dans le détail de votre proposition, vous évoquez la qualification de donation, et là je rejoins mon collègue Philippe Pierre qui a brillamment démontré que ce pourrait être une difficulté et ce n'est pas la seule ! En 2004, la règle de la libre révocabilité des donations entre époux a dû disparaître, mais ça pose une difficulté en cas de divorce. En cas de divorce, les nouveaux textes issus de la loi du 26 mai 2004 font une différence entre les donations de biens présents et les dispositions à cause de mort. Les dispositions à

cause de mort sont emportées par le divorce alors que les donations de biens présents sont maintenues. Et comment doit-on qualifier le bénéficiaire d'une assurance-vie, parce que celle-ci n'est pas soustraite au jeu de l'article 264 du Code civil, l'assurance-vie est soustraite par l'article L 132-13 aux règles du rapport et de la réduction mais pas à celles de l'article 264 : mais alors nous sommes dans l'alinéa 1^{er} ou dans l'alinéa 2 ? Question très délicate, extrêmement discutée aujourd'hui chez les spécialistes de l'assurance dont nous, et pas seulement, et les spécialistes du divorce. Question très délicate, à laquelle il est très difficile d'apporter une réponse. Vous, vous prenez le parti de la donation, mais je rejoins plutôt l'avis de mon collègue Philippe Pierre, après tout, disons que c'est une libéralité, et parfois ce sera plutôt, au regard de la réduction, le régime des legs, parfois ce sera plutôt le régime d'une donation qui n'est pas tout à fait le même, surtout pour le rapport.

Fabrice Luzu, Président : Le professeur Maurice Cozian parlait des fiscalistes en évoquant leur goût pour la taxinomie, c'est-à-dire l'art de ranger, d'opérer des classifications juridiques ou fiscales d'un certain nombre d'opérations. Les civilistes sont à l'évidence friands aussi de ces exercices. Nous avons en fait souhaité décaler le débat et nous n'avons pas souhaité donner de qualification à l'assurance-vie, parce que nous n'avons pas souhaité non plus emprunter le chemin de la disqualification. Donc je ne sais pas si c'est une donation, je ne sais pas si c'est un legs. En revanche, ce que nous souhaitons par cette proposition, c'est qu'elle soit traitée comme une donation. Sans savoir s'il s'agit d'une donation, donc ne nous attachons pas en fait à la qualification à proprement parler de ce contrat d'assurance.

Intervenant 6 : Je voudrais revenir sur la qualification, en dehors du problème général et que tout le monde approuve de la réintégration de l'assurance-vie dans le droit commun de la libéralité, en fait c'est ça l'enjeu. Après se posent les problèmes des conséquences de la qualification. Et là je voudrais donner un argument qui plaiderait pour le terme de donation, même si la prudence commanderait de retenir le terme de la libéralité, c'est que de plus en plus, nous sommes confrontés, bien avant le décès de la personne, à la prise en compte de contrats d'assurance-vie existants. Et souvent, la volonté de nos clients, c'est d'inclure dans une stratégie, même de donation-partage, à la fois des libéralités de biens au profit de personnes déterminées, et le bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie qu'on pourrait à ce moment-là bloquer par l'acceptation, au profit d'un enfant, par exemple d'enfants fragiles qui ont besoin d'être protégés et qui vont recevoir,

dans le cadre de cette donation-partage, ce contrat d'assurance-vie avec sortie en rente viagère par exemple. Donc, le terme de libéralité demande d'être plus prudent aujourd'hui, l'objet aujourd'hui c'est de réintégrer dans le droit commun des libéralités le contrat d'assurance-vie et nous allons tous, j'espère, voter pour cela, mais le débat qui a commencé aujourd'hui sur les conséquences de la qualification, je dirais commence : Est ce qu'il vous paraît possible, dans un monde idéal, d'aller jusqu'à la possibilité d'intégrer un contrat d'assurance-vie ainsi requalifié dans des stratégies de donations-partages, par exemple ?

Fabrice Luzu, Président : Avant de l'intégrer dans une stratégie de donation-partage, vous nous rejoignez totalement sur un point sur lequel il nous semble important d'insister, c'est que l'assurance-vie, pour nous, est une technique de gestion et de transmission de patrimoine. C'est une technique d'ingénierie de patrimoine, comme les autres, elle doit être utilisée comme les autres. Vous soulignez l'exemple de la gestion ou de la transmission en faveur d'un incapable ou d'un majeur protégé, l'assurance-vie présente à l'évidence un certain nombre d'avantages en la matière. Ensuite, quant à savoir si la valeur de rachat du contrat une fois déqualifié peut intégrer une donation-partage, j'avoue ce n'est pas tout à fait l'objet de nos travaux du jour.

Intervenant 7 : On a recréé un instant avec Sophie Chaine, qui est à côté de moi, la quatrième commission du congrès de Lille, et nous voulons apporter un soutien total à votre proposition, qui nous semble extrêmement intéressante, ce que nous voudrions éviter c'est d'entendre maintenant monsieur Malaurie tenir à l'égard de l'assurance-vie des propos qu'il a tenu hier à l'égard des dons manuels.

Intervenant 8 : Deux mots simplement pour soutenir à 150 % ce vœu, y compris sur le raisonnement analogique que vous menez, l'analogie légale est quelque chose d'extraordinaire, un petit exemple avec le Code civil suisse qui nous dit dans un premier alinéa que l'animal n'est pas une chose, et dans le deuxième alinéa que l'animal est traité comme une chose au plan du régime. Et ceci confère une souplesse tout à fait remarquable, et je crois que la qualification que vous avez retenue et ce recours à l'analogie, au fond nous l'avons déjà eu dans le passé. La Cour de cassation, le 18 janvier 2012, a refermé une parenthèse de quelques années, où elle admettait que l'avantage indirect que constituait par exemple le fait de recueillir un enfant chez soi à titre gracieux était soumis au rapport, alors même qu'elle se refusait à retenir la qualification de libéralité à ce sujet. Donc la Cour de cassation a, dans le passé, d'ores et déjà raisonné en termes d'analogie. Et que l'on reçoive ce procédé légalement, comme vous le

faites, et qu'on l'indique spécifiquement dans l'article me semble être très opportun car le législateur, quand il fait de l'analogie, il le dit. Songez par exemple au Code de procédure civile qui s'exprime lorsqu'il dit que le juge statue comme en matière de référé. Songez à l'article 1347 du Code civil pour le commencement de preuve par écrit, qui nous dit que les déclarations verbales faites par un individu sont reçues comme un commencement de preuve par écrit. Et je trouve que montrer que nous sommes dans l'analogie évite tous les glissements qui seraient inhérents et les qualifications brutales. C'est de l'analogie et vous réservez le rapprochement au seul cas du rapport et de la réduction, c'est qui est indiqué à l'article L 132-13, donc nous n'avons pas à craindre un dérapage, une application du régime en dehors des cas que vous avez spécifiés. Pour ma part j'y souscris à 100 %.

Fabrice LUZU, Président : Merci Monsieur le Professeur et cher Hervé. Effectivement l'analogie est la piste que nous avons empruntée, vous l'avez compris, il y en a une autre que l'on pourrait imaginer aussi, c'est celle de l'avantage matrimonial, qui peut être traité comme une libéralité en présence d'enfants d'une précédente union, par exemple. Cette approche analogique est connue de nous et nous la pratiquons.

Bertrand Savouré, Rapporteur Général : Fabrice et Nathalie, si vous en êtes d'accord, je crois que l'on pourrait ajuster notre texte pour tenir compte de ce débat devant la pertinence des propos du professeur Pierre et du professeur Leveneur notamment. Pour nous mettre tous d'accord, je crois qu'on pourrait modifier le mot donation en le remplaçant par le mot libéralité. Ainsi on entretient encore moins - s'il en était besoin - la confusion possible sur la question de qualification. Cela ne change rien à condition bien sûr de laisser le reste du texte, c'est-à-dire « prenant rang à cette date » ; et c'est cela qui est fondamental pour nous, praticiens. Donc, sous réserve de l'accord de la commission, je crois qu'on pourrait transformer le mot donation en libéralité, et que ce serait un vœu collectif.

Intervenant 9 : Juste une observation, je souscris totalement au vœu que vous présentez, mais là, je me pose une question sur la nature fiscale. Parce qu'on sait bien que les pouvoirs publics jettent un œil compatissant et intéressé sur ces 1 340 milliards d'assurance-vie, au moment où l'on cherche à un petit peu combler le déficit ! Alors, indirectement, ce vœu consiste à faire fi de la technique de la stipulation pour autrui. Vous avez bien dit : « oui mais on va faire un traitement fiscal différent ». D'accord, on a donné l'exemple des 100 000 euros, c'est un

abattement ! Donc, je veux bien que l'administration fiscale, dans sa grande bonté, puisse dire il y a aussi un abattement pour les assurances-vie, mais le temps n'est pas vraiment à la multiplication des abattements, il est au contraire à la réduction et à la chasse aux niches fiscales. Alors, est-ce qu'indirectement on arrivera vraiment à maîtriser les conséquences fiscales que pourrait avoir cette piste, est-ce que l'administration fiscale ne risque pas de s'engouffrer dans cette brèche ? Et indirectement les titulaires d'assurance-vie dûment informés pourraient éventuellement essayer de se désengager et, encore davantage, d'adopter d'autres formes de placement. Alors, je répète que je suis parfaitement d'accord avec ce vœu sur le plan civil, mais est-ce qu'on en maîtrise suffisamment les conséquences fiscales ?

Fabrice Luzu, Président : Lorsqu'on aborde une thématique telle que l'assurance-vie, qui est directement liée effectivement avec les émissions d'emprunts obligataires de l'État, avec le financement de l'économie, évidemment la fiscalité n'est jamais très loin. Avant d'aborder le traitement civil de ce contrat, nous nous sommes interrogés effectivement sur sa fiscalité, et nous l'avons fait dans le rapport. On observe, sur une période très courte, que le législateur fiscal n'a pas hésité, lorsqu'il le jugeait opportun, à remettre en question certains avantages fiscaux de l'assurance-vie, songez par exemple aux prélèvements sociaux, à intervenir en cas de décès, songez par exemple à la modification de cette niche fiscale que pouvait constituer le démembrement de la clause bénéficiaire, songez encore à l'augmentation du prélèvement de 20 % de l'article 990 qui a été porté à 25 %, de sorte que le législateur fiscal détermine de manière totalement autonome le cadre juridique et le cadre civil du contrat d'assurance-vie. On demande la même autonomie en sens inverse. Et, à vrai dire, je pense que le système fiscal de l'assurance-vie pourrait parfaitement être maintenu, dès lors que notre proposition serait adoptée et validée parce que ce sont deux considérations qui me semblent totalement autonomes. Le régime fiscal de l'assurance-vie, aujourd'hui, n'est pas fixé en considération de son régime civil, il est fixé en considération de l'utilité qu'elle peut présenter pour les finances publiques, pour l'économie. Simplement, vous aurez observé comme moi que dans son rapport de janvier 2012, la Cour des comptes souligne deux particularités que nous avons repris dans nos développements : la première c'est que les compagnies d'assurances et l'assurance-vie financent de moins en moins les PME et les ETI françaises, qui sont celles qui ont besoin aujourd'hui de ressources financières, première observation, et la seconde observation c'est que les compagnies d'assurances, dans leur ensemble, absorbent de moins en moins de la dette de l'État : 40 % en

1999 et 20 % en 2010. Donc, nous estimons malgré tout qu'effectivement les deux sujets doivent être déconnectés et fonctionner de manière totalement autonome.

Intervenant 10 : Je voudrais simplement rajouter deux choses par rapport à la dernière intervention, c'est que dans le cadre de la réforme de la loi de 2006 portant sur les successions et les libéralités, bien évidemment on avait suggéré cette introduction dans le Code des assurances et dans le code Civil, et je crois que Bercy est parfaitement au courant du problème des assurances placements et que donc c'est vraiment un faux problème.

Fabrice Luzu, Président : Je propose que nous passions au vote de cette proposition.

Chers confrères je crois, sauf erreur, que **la proposition est adoptée à l'unanimité.**

PROPOSITION 3 :

Adapter le code des assurances sur les contrats d'assurance-vie non dénoués en régime communauté.

Proposition 3 par Nathalie Le Gall, Rapporteur :

Avant de procéder à l'exposé même de notre proposition, il convient d'en définir les contours.

Le thème de l'assurance-vie est, comme vous le savez, vaste et complexe. Lorsque vous procédez à la liquidation d'une succession, vous pouvez rencontrer des contrats qui se dénouent avec le décès de l'assuré et d'autres qui lui survivent, car souscrits par le conjoint survivant. Lorsque les époux étaient mariés sous un régime de communauté de multiples questions se posent alors.

Notre première proposition en matière d'assurance-vie s'est attachée à vouloir trouver un cadre cohérent aux différents modes de transmission du patrimoine et concernait donc les contrats d'assurance-vie dénoués, par suite du décès du souscripteur. Notre deuxième proposition vise exclusivement la question des contrats non dénoués à l'occasion de ce décès, Toutefois, la question de la récompense éventuellement due à la communauté par suite de la souscription d'un contrat avec des deniers communs ne sera pas abordée ici car elle relève du droit des régimes matrimoniaux.

Mes chers confrères, notre seconde proposition relative à l'assurance-vie vise donc le sort des seuls contrats non dénoués au jour où s'opère la transmission.

Ces questions ne sont pas nouvelles, me direz-vous et vous aurez raison. Nous sommes en présence de difficultés techniques soulevées en 2000 à l'occasion de notre 96^e Congrès.

Toutefois, si la question de la nécessaire harmonisation du droit des assurances et du droit des libéralités n'a guère évolué depuis lors, nous constaterons dans un instant que celle de l'assurance-vie et du régime de communauté a, en revanche, connu diverses précisions en droit positif, qui nous permettent aujourd'hui de n'avoir plus aucun doute sur les règles applicables.

Il nous a semblé utile de dresser un bref historique de ces évolutions avant de suggérer que l'état du droit positif soit, purement et simplement, intégré au Code des assurances.

Sauf exceptions, les contrats d'assurance-vie souscrits par des personnes mariées sous un régime autre que communautaire ne posent pas de difficulté liquidative.

En revanche, des aspérités se présentent dès qu'il s'agit de s'interroger sur le sort des primes versées par des époux communs en biens au cours de leur union. Comment qualifier ces primes ? De propres ou de communes ? Comment alors qualifier le contrat souscrit, dès lors, je vous le rappelle, qu'il n'est pas dénoué ?

Concernant les contrats d'assurance-vie modernes dont la dimension capitaliste et de placement a supplanté celle de prévoyance, le Code des assurances ne donne aucune indication quant au caractère commun des primes versées et pourrait même être interprété *a contrario* à la lecture de l'article L 132-16 alinéa 2, qui dispose qu' « aucune récompense n'est due à la communauté en raison des primes payées par elle, sauf dans les cas spécifiés dans l'article L 132-13, deuxième alinéa. »

L'harmonisation des qualifications civiles et fiscales des contrats d'assurance-vie non dénoués souscrits par des époux communs en biens est intervenue en 4 temps marquants :

- Temps 1 - L'arrêt Praslicka du 31mars 1992 :

Dans une hypothèse de divorce, la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation est venue préciser que la valeur de rachat d'un contrat d'assurance-vie souscrit par un époux au moyen de deniers communs devait figurer à l'actif de communauté.

Certains esprits chagrins se sont efforcés de restreindre l'application de ce principe aux seules liquidations à entreprendre à l'occasion du divorce des époux et non à celles occasionnées par le décès de l'un d'entre eux.

- Temps 2 - La neutralité fiscale :

Une lettre du ministre de l'Economie et des Finances du 27 juillet 1999 adressée à la Fédération des sociétés d'assurance et diverses réponses ministérielles établissent un principe de neutralité fiscale, dans le seul cas où le bénéficiaire du contrat est le conjoint prédécédé. Ainsi la valeur de rachat d'un contrat d'assurance vie, en cas de décès prématuré du conjoint bénéficiaire ne devait pas supporter de droits de succession.

Au fond, il s'agissait alors pour l'administration fiscale de se ranger derrière les options civiles prises par les parties afin qu'elles n'en soient pas pénalisées.

Cette approche discrétionnaire se doublait toujours d'une distorsion de traitement entre la liquidation civile en matière de divorce, obligeant le souscripteur à intégrer la valeur de rachat du contrat à l'actif de communauté et celle en matière de décès, ne l'y obligeant pas.

Les incertitudes en la matière demeuraient alors grandes.

- Temps 3 - La clarification civile :

Cette clarification est intervenue à l'occasion d'une réponse ministérielle délivrée par Madame le ministre de la Justice à M. Proriol en date du 10 novembre 2009. La valeur de rachat de ces contrats doit figurer à l'actif de la communauté, que sa liquidation soit entreprise à l'occasion d'un divorce ou d'un décès.

Au sortir de cette étape, le maintien du principe de neutralité fiscale est-il encore assuré ?

Le suspense est à son comble. Levons donc le voile sur le dernier épisode de notre récit.

- Temps 4 - La clarification fiscale :

Une réponse ministérielle délivrée à M. Bacquet en date du 29 juin 2010 précise que la valeur de rachat doit dorénavant aussi figurer à l'actif de la communauté pour la liquidation fiscale.

Notons que cette position est justifiée en grande partie par l'exonération dont bénéficie le conjoint survivant depuis la Loi TEPA d'août 2007.

En résumé, la situation est désormais clarifiée et unifiée. Nous pourrions presque dire qu'elle est « simple » :

Lorsque le contrat n'est pas dénoué, sa valeur de rachat doit figurer à l'actif de la communauté, civilement et fiscalement ; que cette liquidation soit entreprise à l'occasion du divorce du souscripteur ou de la succession de son conjoint.

L'actuel état du droit positif présente donc de multiples mérites. Il clarifie, simplifie, harmonise et unifie.

En pratique, toutefois, cette situation soulève encore parfois des dysfonctionnements. Ainsi, malgré l'adoption de règles de vie communes entre notaires et assureurs et les recommandations de la Fédération française des sociétés d'assurance, nous rencontrons toujours des résistances de certaines compagnies à communiquer toute l'information pertinente et utile aux opérations liquidatives dont nous sommes investis par nos clients.

Cette situation est d'autant plus regrettable et paradoxale que le droit des régimes matrimoniaux, et singulièrement le changement de régime matrimonial, procédant de l'adjonction d'une clause de préciput ou d'un partage inégal qui embrassent la valeur de rachat des contrats d'assurance-vie concernés, constituent souvent un moyen pérenne de neutraliser des impacts fiscaux négatifs.

En tout cas, le traitement tant civil que fiscal de ces contrats ne fait plus débat.

Nous considérons la problématique de l'assurance-vie et de la communauté, dans le strict cadre des contrats non dénoués, comme résolue, et souhaitons simplement que l'état actuel du droit soit rapporté au Code des assurances pour s'assurer de sa parfaite application.

C'est l'objet de cette troisième proposition.

Lecture des considérants par Fabrice Luzu, Président

Considérant

- 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 Congrès 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.

... La parole est à la salle...

Intervenant 1 : Pour avoir participé à de nombreuses reprises à des réunions avec les assureurs, je peux vous confirmer, un, que les assureurs ont toujours ignoré la jurisprudence de l'arrêt Praslicka, deux, que les assureurs ignorent, continuent d'ignorer les réponses ministérielles, pour Proriol, Bacquet et d'autres. Ce sont des réponses ministérielles, disent-ils, rendues sous réserve de l'appréciation des tribunaux. Mais, n'ont-elles pas été rendues par le ministre de la Justice ? N'ont-elles pas été rendues par le ministre des Finances ? Donc, que nous reste-t-il ? La loi, c'est ce que vous proposez et c'est parfait.

Intervenant 2 : Je suis tout à fait d'accord avec votre vœu sur le principe, et il faut profiter du bon vent législatif pour caler les solutions définitivement en matière de régimes matrimoniaux et de contrats d'assurance vie non dénoués. Par contre dans votre proposition, vous allez un petit peu au-delà et je voulais vous entendre sur le pourquoi de cet « au-delà » puisque vous prenez position sur un problème secondaire qui est la qualification propre au moyen d'une déclaration de remploi de fonds qui n'est pas forcément une condition requise pour bénéficier des avantages d'une qualification propre. Vous avez fait le choix de considérer la valeur de rachat comme un bien, donc quand on souscrit, on verse 2 000 € en

propre sur un contrat qui va devenir une valeur de rachat propre, et puisque c'est un bien, tout ce qu'on verserait dessus par la suite deviendrait un accroissement propre avec un droit à récompense derrière et non pas la figuration de la valeur de rachat dans l'actif de communauté comme le propose la Cour de cassation. On aurait pu penser à proposer, peut-être, de voir le contrat d'assurance-vie comme un compte, c'est un contrat, comme un contrat que l'on passe pour ouvrir un livret A à la banque et sur lequel on gère de l'épargne.

Nathalie Le Gall, Rapporteur : Merci confrère pour votre intervention. Le principe est effectivement que la nature propre ou commune du contrat va effectivement dépendre, au moment de la souscription, de savoir si une déclaration de remploi a été faite ou non. En tout état de cause, dans le cadre des régimes matrimoniaux, dans la mesure où la communauté aura financé effectivement un bien propre, elle aura droit à récompense. Donc, sur le plan purement mathématique de la liquidation de la communauté, finalement, ça n'emportera pas de difficultés quant aux droits des époux.

Intervenant 3 : Là, on a parlé de contrats non dénoués, et dans le vœu on ne parle plus de savoir s'il s'agit de contrats non dénoués ou dénoués, mais il me semble que la logique, puisque vous faites désormais du produit un actif successoral même si on l'a ensuite placé en libéralité, serait que la partie dénouée devrait également figurer à l'actif de la communauté.

Nathalie Le Gall, Rapporteur : Notre vœu ici, et nous l'avons exposé dès le départ, concerne effectivement, uniquement le problème des contrats non dénoués. La question des contrats dénoués a fait l'objet de la proposition précédente.

Fabrice Luzu, Président : Je vous propose de passer au vote, vous avez compris qu'ici notre proposition vise simplement à rapporter l'état du droit positif au Code des assurances, pour éviter des décalages, des mises en œuvre et des différences d'appréhension, comme le soulignait Maître Delfosse, entre la position des assureurs et des demandes que nous pouvons formuler dans le cadre des liquidations à opérer par nos clients.

La proposition est adoptée à une très large majorité.

PROPOSITION 4 :

Élargir la donation-partage : créer un pacte familial.

Bertrand Savouré, rapporteur général : Avant de démarrer la proposition suivante, je voudrais vous donner le résultat du petit sondage que nous avons fait hier matin à propos de la réserve héréditaire et les fondements de la réserve.

Vous étiez à peu près 1 300 participants à la commission hier, ce qui donne du corps à notre débat, il y avait trois questions.

La première, c'était : « Pensez-vous que la réserve doit être conservée, adaptée, ou supprimée ? » À peu près 50 à 60 % des participants ont répondu au sondage. Une très petite minorité de 5 % de votants a considéré que la réserve devrait être supprimée, ce qui représente à peu près 2 % des participants dans la salle, hier. Et le reste s'équilibre entre ceux qui pensent que la réserve doit être conservée et ceux qui pensent qu'elle doit être adaptée.

Et enfin, à la deuxième question : « Pensez-vous que la réserve doit évoluer ? », c'est là que les réponses ont été les plus nombreuses, vous avez considéré pour la plupart qu'elle devait évoluer, notamment sur la question du quantum. 50 % des votants ont indiqué que la réserve devrait évoluer dans son quantum. En deuxième lieu, arrive l'expression plus en valeur de la réserve, et enfin le nombre ou la qualité des bénéficiaires. En tout à fait en dernier, arrive le retour à une expression plus en nature ce qui est évidemment très intéressant puisque ça démontre le mouvement introduit par la loi de 2006 qui n'est certainement pas contredit. Donc, la synthèse, c'est que finalement, notre congrès s'est exprimé en faveur d'un maintien de la réserve, mais pour une transmission qui doit évoluer et s'adapter, et la réserve constitue un très bel outil en faveur de cette transmission pour l'avenir. Je vous en remercie tous.

Proposition 4 par Nathalie Le Gall, Rapporteur :

La loi du 23 juin 2006 a étendu la faculté pour un disposant d'établir une donation-partage au profit de ses présomptifs héritiers, là où la loi ancienne ne réservait cette possibilité qu'au profit de ses descendants.

Qui, parmi vous, n'a jamais été confronté à un client souhaitant pouvoir donner ses biens à ses présomptifs héritiers et à des tiers dans un cadre sécurisé et pérenne ?

C'est forts de cette demande de notre pratique, pour laquelle le législateur a déjà apporté une solution ponctuelle à travers les articles 1075-2 et 1076-1 du Code civil sur lesquels nous reviendrons, et de l'évolution de la cellule familiale qu'il nous est apparu opportun de vous soumettre cette proposition aujourd'hui.

Le constat de la situation sociologique des familles en France est le suivant :

En 2006, 1,2 million enfants de moins de 18 ans vivaient au sein d'une famille recomposée, cela représente 9 % des enfants mineurs. 800 000 vivaient à la fois avec un de leur parent et un beau parent et 400 000 sont nés de la recomposition familiale.

Mais avant de se recomposer, il a bien fallu qu'une famille implose. Ainsi, 3,3 millions enfants de moins de 18 ans ne vivaient plus, à cette même date, avec leurs deux parents. Dès lors, 2,2 millions évoluaient dans une famille monoparentale.

Ainsi la proportion des familles contemporaines comportant une forme de recomposition familiale est en perpétuelle évolution. Force est de constater que des liens se créent entre tous les membres de cette famille, tant entre parents et enfants qu'entre les enfants eux-mêmes.

Lorsque l'on a tissé des liens avec les enfants d'une personne avec laquelle on vit ou on a vécu, il n'existe aucune possibilité de lui transmettre une partie de son patrimoine autrement qu'en le considérant comme un tiers à qui l'on ne peut transmettre que sur la quotité disponible et en assumant une fiscalité lourde, ou en l'avantageant à travers la souscription d'un contrat d'assurance-vie.

Il existe certes la possibilité pour les enfants du disposant de pouvoir atténuer cette rigueur civile par la signature d'une renonciation anticipée à l'action en réduction.

Pour faire siennes ces personnes avec lesquelles une relation particulière s'est créée et pour envisager une transmission homogène entre tous les enfants d'une famille recomposée, le seul moyen est d'adopter l'enfant de la personne avec laquelle on vit, pour lui octroyer la qualité d'héritier réservataire.

Mais ces moyens sont-ils vraiment adaptés à la demande de nos clients ?

Ne va-t-on pas au-delà de ce que la famille souhaite lorsque l'on propose, par exemple, cette adoption simple ?

Notre pratique quotidienne nous permet de constater que nos clients souhaiteraient pouvoir partager leurs biens au-delà de leurs présomptifs héritiers

et notamment dans le cadre d'une transmission homogène du patrimoine entre tous les enfants de cette famille recomposée.

Alors, me direz-vous, pourquoi vouloir avantager cet enfant qui n'est pas le sien, tout en n'allant pas jusqu'au bout de la démarche d'adoption ?

Peut-être parce que dans l'inconscient du disposant, il souhaite pouvoir transmettre quelque chose à cet enfant, tout en observant une distinction qui lui semble naturelle entre ses enfants, qu'il a voulu, et cet enfant qui est entré dans sa vie sans volonté délibérée de sa part.

Peut-être également par égard pour les parents par le sang et pour l'adopté lui-même, qui aura sociologiquement quelques difficultés à admettre le principe même de l'adoption.

Peut-être enfin par égard pour ses propres enfants qui pourraient admettre le principe d'un partage du patrimoine mais ne consentiraient pas à voir leur part de réserve diminuer d'une valeur importante liée à la présence d'un nouvel héritier réservataire.

La donation-partage ouverte à ses présomptifs héritiers et aux autres enfants de la famille contemporaine n'existe pas.

Certes, on peut toujours donner à l'enfant de l'autre, mais pas dans un cadre sécurisé et non susceptible d'être remis en cause.

Non, me direz-vous, il est possible d'intégrer des tiers à une donation-partage.

Oui, vous répondrais-je, mais dans un cadre très réducteur, celui de la transmission d'une entreprise, énoncé à l'article 1075-2 du Code civil, ou celui de l'article 1076-1 concernant les donations-partage conjonctives en présence d'époux communs en biens et d'un enfant non commun.

La loi du 23 juin 2006 a en outre permis aux enfants de consentir à ce que leurs propres descendants soient allotis en leur lieu et place dans le cadre d'une donation-partage transgénérationnelle par l'intégration de l'article 1075-1 du Code civil.

Toutes ces réflexions nous ont conduit à vouloir imaginer une solution qui puisse allier, dans un cadre sécurisé et pérenne, un droit acquis, celui du réservataire, et une volonté de transmettre autrement, celle du disposant qui veut pouvoir gratifier une personne à qui il a fourni des soins et une éducation sur une période plus ou moins longue de sa vie, alors même que son âge et celui de ses enfants et de ceux

qu'il souhaite pouvoir gratifier est compatible avec le principe d'une cohésion familiale pérenne et solide dans ses fondements.

Rappelons qu'aujourd'hui, la donation au profit des enfants de l'autre n'est possible que sur la quotité disponible et en aucun cas dans le cadre sécurisé d'une donation-partage.

Rappelons également que la réduction de cette libéralité n'existera qu'à défaut d'une renonciation anticipée à l'action en réduction que les héritiers réservataires pourront toujours consentir du vivant du disposant.

Une solution plus globale doit se faire jour et c'est ce que nous proposons en étendant la faculté de transmettre, à travers une donation-partage, à toute personne que le disposant veut gratifier.

Soyons précis, la seule volonté du disposant ne permettra jamais d'organiser une donation-partage englobant des tiers en plus des présomptifs héritiers.

Il faudra surtout un consensus familial unanime qui permette la signature de ce pacte.

La donation-partage élargie pourra donc trouver à s'appliquer à trois niveaux :

- La donation faite aux réservataires sur leur réserve et aux tiers sur la quotité disponible, l'intégration des tiers à cet acte permettant de figer les valeurs pour tous les ayants-droits.
- La donation faite aux réservataires et aux tiers de manière équitable entre tous, les réservataires renonçant à exercer l'action en réduction sur le montant de la donation faite aux tiers excédant la quotité disponible.
- La donation faite aux tiers et aux réservataires, de manière équitable, ces derniers consentant unanimement à ce que l'imputation de la donation faite aux tiers s'exerce sur leur réserve pour libérer la quotité disponible.

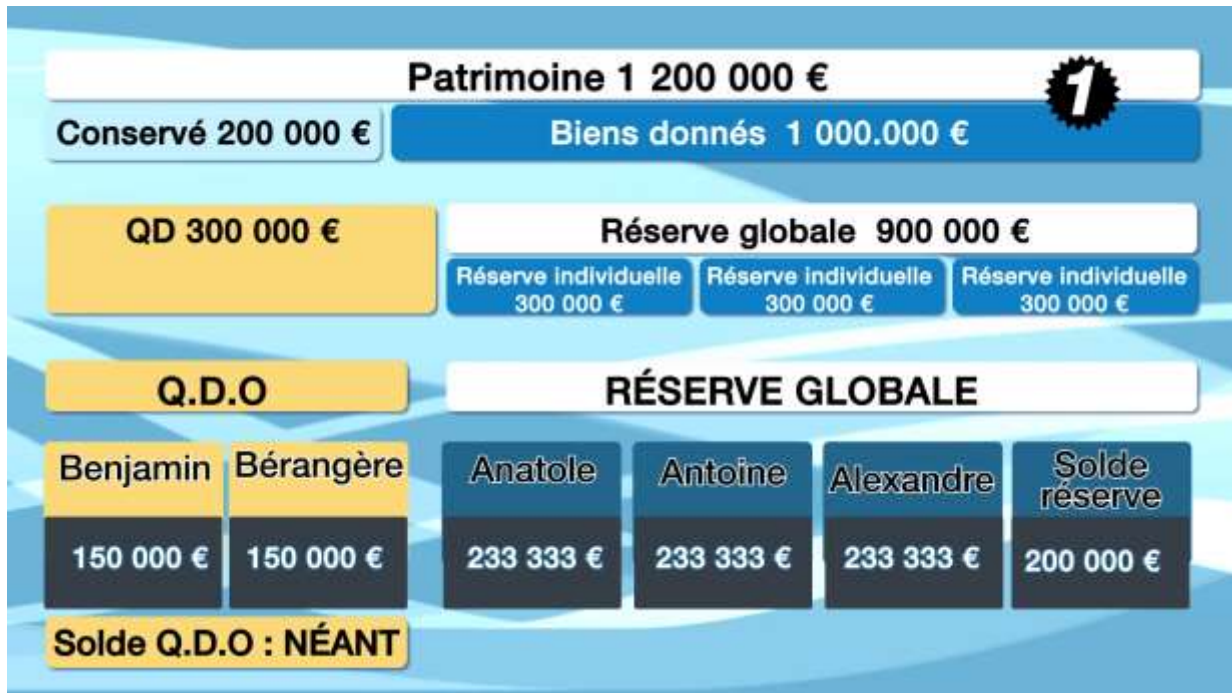
Ainsi la donation-partage élargie pourra trouver à s'appliquer à ces différents niveaux, et c'est ce qui va vous être présenté maintenant :



Monsieur André a trois enfants, un patrimoine de 1 200 000 € et souhaite transmettre 1 million d'euros à ses 3 enfants et aux 2 enfants de son épouse de manière équitable, le surplus, soit 200 000 € étant destiné à un legs au profit de Madame Bertrand.

- Le premier niveau est la donation-partage faite à Anatole, Antoine et Alexandre, ses enfants, sur leur réserve et à Benjamin et Bérangère, les enfants de Madame Bertrand, son épouse, sur la quotité disponible.

Dans le cas qui vous est présenté, Monsieur André va donc donner tout ce qu'il peut sur la quotité disponible qui est je vous le rappelle de 300 000 € compte tenu de son patrimoine d'1 300 000 €, soit 150 000 € donnés à Benjamin et Bérangère. Sur la réserve globale, il va donner à Anatole, Antoine et Alexandre une somme de 233 333 €, il en résultera un solde de réserve de 200 000 €. Dans ce premier exemple, les valeurs sont figées, la donation-partage n'est pas équitable, le legs au profit de Madame Bertrand ne pourra pas s'exercer.



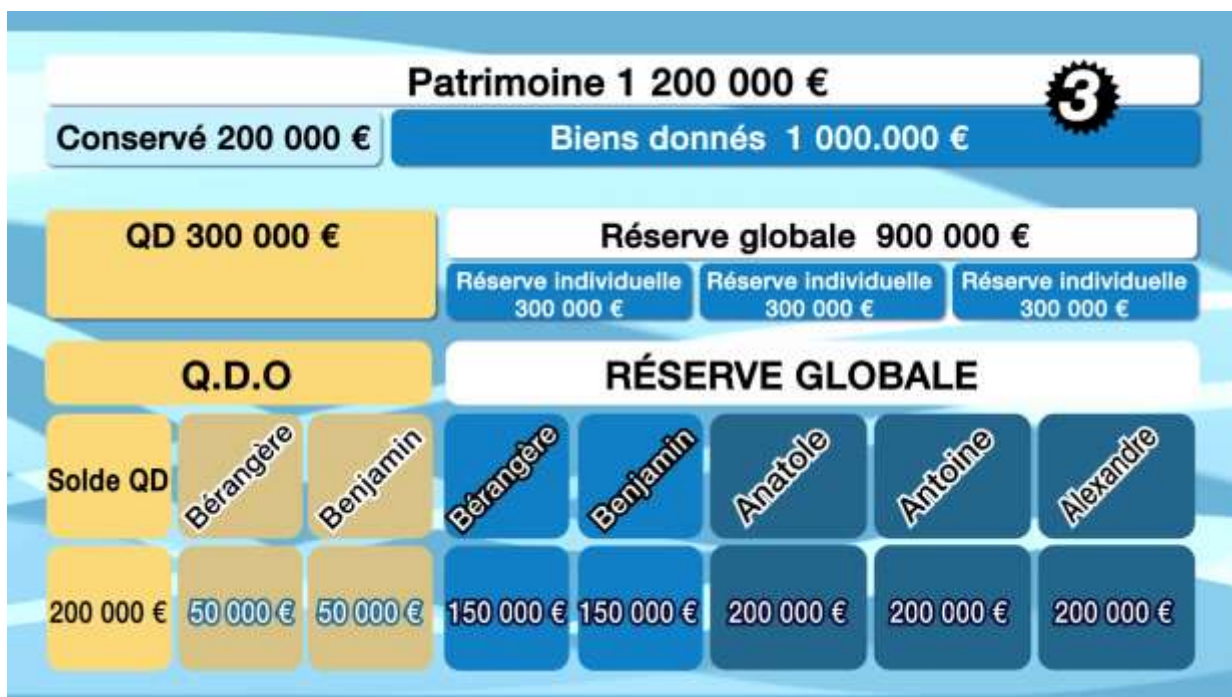
- Le second niveau est la donation-partage faite aux 3 enfants et à Benjamin et Bérangère, les biens transmis à ces derniers étant imputables sur la quotité disponible, les héritiers réservataires ayant par ailleurs consentis une Renonciation Anticipée à l'Action en Réduction sur la quote-part des biens donnés susceptibles de porter atteinte à leur réserve.



C'est notre deuxième illustration, Monsieur André, dont le patrimoine est de 1 200 000 €, va donc donner un million d'euros à chacun des 5 enfants de cette famille recomposée, de manière équitable ? soit à concurrence de 200 000 € pour

chacun de Benjamin, Bérangère, Anatole, Antoine et Alexandre, le dépassement de quotité disponible est ici de 100 000 €, Anatole, Antoine et Alexandre renonçant par anticipation à l'action en réduction soit la donation consentie à Benjamin et Bérangère. Ici, les valeurs sont figées, l'ensemble des cinq enfants va recevoir une somme équivalente, le legs au profit de Madame Bertrand ne pourra pas s'exercer à défaut de solde de quotité disponible.

Le troisième niveau est la donation-partage faite à tous les héritiers réservataires et à des tiers, les biens transmis à ces derniers s'imputant d'abord sur la réserve des héritiers réservataires, avec leur accord bien sûr, à proportion de ce qu'ils acceptent, les valeurs étant là-aussi figées au jour de l'acte.



C'est notre troisième illustration, chacun des enfants de cette famille recomposée va donc recevoir 200000,00 € puisque la valeur des biens donnés est d'un million d'euros et l'imputation sur la réserve va être d'un montant global de 900 000 €. Benjamin et Bérangère recevant donc 150 000 € chacun sur cette réserve, Anatole, Antoine et Alexandre 200 000 €, Benjamin et Bérangère recevant par ailleurs 50 000 € chacun sur la quotité disponible. Ici, les valeurs sont figées, chacun des enfants va recevoir une somme équivalente, et la quotité disponible reste disponible à hauteur de 200 000 €, ce qui va permettre Monsieur André de pouvoir consentir son legs au profit de Madame Bertrand.

Le but recherché est totalement atteint.

Nous voyons bien ici les trois niveaux d'élargissement possible de la donation-partage :

- Premier niveau où seules les valeurs sont figées mais il n'y a pas d'égalité dans la valeur des biens donnés et le legs au conjoint n'est pas possible ;
- Deuxième niveau où les valeurs sont figées, l'égalité entre les enfants au moment de la donation existe, mais le legs n'est pas possible faute de solde de quotité disponible ;
- Troisième niveau où les valeurs sont figées, l'égalité entre les donataires est atteinte et le legs pourra s'appliquer.

SYNTHÈSE			
	VALEURS FIGÉES	ÉGALITÉ	LEGS POSSIBLE
Solution 1	<i>oui</i>	<i>non</i>	<i>non</i>
Solution 2	<i>oui</i>	<i>oui</i>	<i>non</i>
Solution 3	<i>oui</i>	<i>oui</i>	<i>oui</i>

Cette donation-partage, consensuelle par excellence, ne pourra s'épanouir dans nos schémas de transmission que si elle est accompagnée fiscalement, ce qui sera évoqué lors de la présentation de notre sixième proposition.

Cette extension des bénéficiaires dans les libéralités-partage, initialement pensée dans le cadre des familles recomposées, trouvera également à s'appliquer dans tout autre schéma de transmission familiale. Ainsi sera-t-il possible d'intégrer des neveux et nièces en plus de ses enfants dans ce cadre juridique, voire même une association ou une fondation ayant fourni des soins à un enfant handicapé.

[Lecture des considérants par Fabrice Luzu, Président](#)

Considérant

- 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 présomptifs héritiers, et non plus seulement par un ascendant au profit de ses enfants et descendants ;
- que les lois du 5 janvier 1988 et 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 allotis en leur lieu et place et qu'un dispositif analogue serait adapté à d'autres situations familiales ;

Le 108^e Congrès 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 présomptifs héritiers.
- 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.

... La parole est à la salle...

Intervenant 1 : Je voulais simplement savoir si cette donation-partage devait intégrer une RAAR, et s'il devait y avoir le formalisme d'une RAAR ?

Nathalie Le Gall, Rapporteur : Notre projet comporte trois niveaux : le premier niveau est l'intégration dans la donation-partage de tiers. A ce premier niveau, la donation faite aux tiers s'imputera uniquement sur la quotité disponible. Deuxième niveau, la donation-partage faite aux tiers excède la quotité disponible et dans ce cadre les héritiers réservataires formaliseront une RAAR, bien sûr dans les formes prévues par l'article 930. Troisième niveau, on laisse le disponible libre, et dans ce cas les héritiers réservataires consentent unanimement à ce que leur réserve soit empiétée par la donation faite aux tiers, et dans ce cadre, cette imputation sur la réserve s'exercera dans les formes de l'article 930.

Intervenant 2 : Je vois dans votre exemple un excellent moyen de faire passer du patrimoine de Monsieur aux enfants de Madame, puisque s'il arrive quelque chose à Madame, mettons dans le mois postérieur au décès de Monsieur, ce sont ses enfants qui seront favorisés. Et là, j'avoue ça me dérange un petit peu.

Nathalie Le Gall, Rapporteur : Le principe de la donation-partage, tel que nous l'envisageons, est effectivement basé sur un vrai consensus familial. En tout état de cause, cette donation-partage ouverte aux tiers ne pourra prospérer que dans la mesure où de vrais liens affectifs existeront entre le disposant et les enfants du second conjoint. Et en tout état de cause, aujourd'hui, il est toujours possible de favoriser les enfants du second conjoint, à travers une donation imputée sur la quotité disponible, une donation simple. Donc, cette possibilité de transfert du patrimoine du disposant dans le patrimoine de l'enfant de son second conjoint

existe. On veut simplement pouvoir sécuriser ces transactions mais ça nécessitera un consensus familial.

Fabrice Luzu, Président : La genèse de cette proposition c'est le rapport en lui-même. Dans le rapport nous avons imaginé un certain nombre d'outils et de stratégies permettant de répondre à des objectifs. La famille évolue, et nous avons souhaité en fait trouver une réponse adaptée à ces évolutions sociologiques ou sociétales. La proposition qui vous est soumise aujourd'hui est une proposition qui vise les familles recomposées. Simplement on peut être dans une famille recomposée et pour autant que les liens soient pérennes. L'objectif ici c'est effectivement, typiquement, de pouvoir transmettre à des enfants quelle que soit l'union de laquelle ils sont issus, et ce dans un consensus familial et dans une transmission familiale apaisée, unanime et volontaire.

Intervenant 3 : Je ne peux que voter votre vœu à deux mains, nous rencontrons ce problème quasiment tous les jours, je crois que ce qui est important, c'est l'unanimité que l'on rencontre parfois dans les familles recomposées. C'est quand même relativement rare, enfin ce n'est pas encore très répandu aujourd'hui mais cela le devient de plus en plus. Et on assiste parfois à ce que j'appelle l'effet tribu, où effectivement les enfants de l'épouse font corps avec l'enfant du mari. Quand on veut organiser ce type de répartition de biens, on est embêté, parfois il faut avoir recours au système de l'adoption, l'adoption croisée. Quand on commence à en parler aux clients, ils ne sont pas enchantés du système, il faut aller devant le tribunal, avoir recours à un avocat. Je pense que votre idée est très très bonne et qu'il faut la voter à deux mains. Voilà, je vous remercie encore pour la qualité de vos travaux.

Nathalie Le Gall, Rapporteur : Merci confrère de votre intervention et de votre soutien. Effectivement aujourd'hui, dans le cadre des familles recomposées, nous n'avons pas d'outil pour envisager une transmission homogène. Et c'est ce que nous avons voulu créer à travers l'élargissement de la donation- partage ou de tiers.

Intervenant 4 : Votre proposition me séduit mais je me demande si elle n'est pas un peu prématurée. J'avais eu à examiner il y a quelques années, le mémoire d'une jeune étudiante, un mémoire remarquable, où justement on avait une famille recomposée, et cette famille recomposée qui vivait ensemble depuis déjà de nombreuses années avait envisagé que le père adopte la fille de la nouvelle épouse. Cela posait un problème de droit international qui avait été

magistralement résolu par notre jeune étudiante qui l'avait mis en pratique dans son étude, et quand on lui a demandé : « Et la deuxième phase, la phase de transmission vous y êtes passée ? » et elle nous a répondu : « Non, les parents viennent de divorcer ». Donc j'ai peur que les familles recomposées soient peut-être des familles décomposées pour le futur. Et qu'est ce qui va se passer si on a déjà distribué des biens et qu'ensuite il y a un divorce ? L'autre difficulté, c'est l'enfant qui va arriver. Vous savez que maintenant on transmet de plus en plus tôt, et les femmes ont des enfants de plus en plus tard. Qu'est-ce qu'on va faire s'il y a un nouvel enfant, un enfant qui n'existait pas au moment de la première distribution ? Je voudrais citer le professeur Catala qui, au lendemain de la loi de 1971, disait : « L'égalité, la stricte égalité qu'on avait sous le régime de 1930, empêchait que la donation-partage perdure. » Et il disait, de mémoire : « L'égalité se paie de la sécurité ». La loi de 1971 a été conçue pour qu'on n'ait plus à vérifier l'égalité mais que la sécurité prédomine. J'ai peur qu'aujourd'hui on n'ait plus ce minimum qui doit revenir à la famille par le sang, et qu'on n'ait plus ni respect de l'égalité ni respect de la réserve. Je ne suis pas un partisan énorme de la réserve surtout au contact des étudiants aujourd'hui qui eux non plus ne le sont pas. Ça m'amène à dire : est-ce qu'on ne va pas fragiliser la donation-partage dans ce cadre-là, surtout si après on a une rupture entre les parents et peut-être une rupture entre les enfants, et ensuite, est-ce qu'il n'y a pas une incompatibilité à affirmer que le notariat est un chaud partisan de la réserve, et que d'un autre côté, la première proposition qui suit, c'est de faire justement une atteinte à cette réserve, comme si la réserve finalement le gênait ?

Nathalie Le Gall, Rapporteur : Merci, cher confrère, de vos questions opportunes. La première question portait sur l'hypothèse d'un divorce, dans le cadre d'une famille recomposée. En tout état de cause, la relation qui s'est créée entre le disposant et l'enfant de l'autre est distincte de la relation qui s'est créée entre le disposant et son conjoint. Si les liens familiaux sont suffisamment forts entre le disposant et les enfants, tous ensemble, c'est-à-dire ses propres enfants et l'enfant de l'autre, la donation-partage est justement le lieu d'une transmission apaisée et il me semble que les liens d'affection que vous pouvez avoir avec l'enfant de l'autre ne sont pas strictement liés aux liens d'affection que vous pouvez avoir avec votre conjoint. Donc, à ce titre, de la même manière que quand vous gratifiez sous forme d'une donation une tierce personne, même si vous ne la voyez plus ensuite et que vous n'avez plus de liens d'affection, la donation existe et perdure. En ce qui concerne la survenance d'enfants ensuite, en tout état de cause, l'article 1077-1 du Code civil, prévoit l'hypothèse de la survenance

d'enfants et envisage qu'effectivement l'enfant qui n'a pas participé à une donation-partage pourra exercer une action en réduction si les biens présents au jour du décès du disposant ne lui permettent pas de bénéficier de sa réserve. La présence de tiers dans le cadre de la donation-partage ne change rien à cette règle. Donc je pense au contraire que la donation-partage étendue telle que nous l'avons envisagée, dans la mesure où elle nécessite un consentement unanime de tous les héritiers réservataires pour qu'un tiers intervienne à cette donation et soit donataire, permet de bien encadrer les choses et de limiter les abus qui pourraient en être faits.

Fabrice Luzu, Président : Vous soulignez un autre point qui est celui d'une éventuelle incohérence qu'il pourrait y avoir avec les vœux ou les propositions que vous avez adoptés dans les précédentes commissions. Bravo d'abord, cher confrère, pour les questions que vous vous posez parce que finalement ce sont toutes les questions que nous nous sommes posées. Nous avons travaillé sur chacune d'entre elles. Ici, on a d'abord rapporté effectivement le principe d'attachement du notariat à la réserve héréditaire, ensuite hier, nous avons envisagé des aménagements à cette réserve héréditaire. Là, aujourd'hui, on vous propose une hypothèse et une hypothèse limitée dans le cadre d'une donation-partage qui fonctionnera uniquement s'il y a un accord unanime. Sans une unanimité et un accord parfait de chacun des membres de la famille, le pacte n'interviendra pas. Dans cette hypothèse on propose aux enfants de pouvoir imputer cette donation consentie sur leur part de réserve héréditaire. Est ce qu'il y a en cela quelque chose de tout à fait nouveau, est ce que c'est très différent par rapport à ce que nous avons connu jusqu'ici ? L'ouverture de la donation-partage aux tiers existe, les ouvertures ou les pactes sur successions futures permis existent aussi, en fait c'est une nouvelle variété que nous offrons à votre suffrage dans le cadre d'une hypothèse très précise, celle effectivement de la famille recomposée et une hypothèse encore plus restreinte qui est celle d'un accord parfaitement unanime, encore une fois, sans unanimité il ne se passera rien. Il sera toujours possible à ceux qui seraient d'accord de consentir une RAAR en faveur de la donation qui serait consentie à un autre enfant. Simplement, si tout le monde est d'accord, si la famille recomposée a vécu pendant 15 ans, 20 ans, 30 ans ensemble et qu'ils le souhaitent, et bien on doit pouvoir permettre une imputation sur cette réserve. Bertrand Savouré l'a rappelé tout à l'heure, le sondage auquel vous avez bien voulu répondre à l'occasion de la deuxième commission est un sondage très éclairant à cet égard. Vous nous dites : au fond nous sommes attachés à la réserve mais en même temps nous sommes prêts à ce que cette

réserve évolue soit dans son quantum soit dans ses modalités. Et bien c'est une des directions, une des évolutions possibles.

Intervenant 5 : Je me réjouis bien entendu de cette disposition, je m'interroge simplement sur l'opportunité de l'encadrer dans une donation-partage. Vous savez que nos amis suisses connaissent le pacte successoral depuis de nombreuses années et s'en servent souvent pour protéger le conjoint survivant. Si on encadre votre proposition dans la donation-partage, on va obligatoirement avoir besoin d'un partage donc on ne pourra pas l'utiliser pour protéger le conjoint survivant. Pourquoi ne pas avoir créé un acte autonome et aller jusqu'à la possibilité d'un pacte successoral ?

Nathalie Le Gall, Rapporteur : Nous pensons que nous avons effectivement prévu des aménagements sur la réserve, mais l'intervention de certains confrères nous prouve que nous ne sommes peut-être pas encore prêts, en France, à pouvoir aller au delà de ce que nous proposons aujourd'hui. C'est pourquoi nous avons souhaité un consentement unanime des héritiers réservataires et finalement aller dans la démarche de la protection des enfants de la famille recomposée et du conjoint, sous une forme consensuelle et unanime pour justement être dans le sens d'une évolution de la société mais qui puisse être acceptée par tous.

Fabrice Luzu, Président : L'intérêt de la donation-partage est effectivement de limiter l'assiette sur laquelle interviendrait ce dispositif. Certains d'entre vous trouvent que nous allons trop loin, certains pas assez, on essaye de trouver un juste milieu qui est de dire, intégrons cela dans une donation-partage et ça ne portera au fond que sur ce qui a été donné, que sur ce qui aura été reçu, accepté et partagé. Voilà pourquoi nous avons décidé de limiter volontairement, mais je comprends qu'on puisse souhaiter aller au-delà.

Intervenant 6 : Je comprends parfaitement le besoin de souplesse dans certains cas, j'hésite devant la très grande diversité des situations auxquelles il faut faire face, vous parlez d'un phénomène de famille recomposée où on s'entend bien, mais on sait bien que la stabilité n'est pas forcément au rendez-vous, il y aura donc diversité et instabilité surtout dans le temps. Or, le droit de la famille est un peu un tout et vous allez donner à des tiers un outil qui est un outil formidable, mais un outil qui était essentiellement réservé aux membres de la famille, c'est-à-dire lié au caractère de successible, et vous l'ouvrez à des tiers. Le problème c'est que, semble-t-il, il n'y a pas en regard les obligations familiales qui font un équilibre quand on a un successible, par exemple l'obligation alimentaire. Que

feriez-vous quand la succession, après une telle donation-partage, aura été vidée parce qu'il y aura eu des créances à l'égard de l'hôpital, parce qu'il y aura eu des dettes. Qui viendra-t-on chercher ? On viendra chercher seulement les héritiers, et du coup on aura un risque de très grands déséquilibres, me semble t-il, entre ceux qui devront financer, surtout vu l'évolution aujourd'hui du grand âge et le nombre de personnes dépendantes, donc je pense qu'il y a un réel problème et un déséquilibre entre l'ouverture intéressante que vous proposez, mais qui crée une perturbation entre la qualité des successibles, et les obligations alimentaires notamment.

Fabrice Luzu, Président : On peut scinder votre question en deux. La première partie consiste à dire : que se passe-t-il dans ces hypothèses de familles recomposées, est-ce que ce n'est pas finalement dangereux ? Et le second point, c'est la question des aides sociales. Aujourd'hui, la donation-partage est déjà ouverte aux tiers, dans le cadre de la transmission d'entreprise. En quoi serait-il plus pertinent de vouloir transmettre une entreprise au moyen d'une donation-partage à un tiers qui serait le salarié, et moins pertinent de transmettre à un enfant qu'on a élevé, qu'on a vu grandir, pendant une période qui s'étale peut-être sur plusieurs décennies ? Donc il n'y a là rien de nouveau, et il nous semble que le lien affectif doublé d'un lien juridique en faveur de cet enfant vaut assez largement celui qu'on peut avoir à l'encontre d'un salarié de l'entreprise que l'on a pu constituer.

Nathalie Le Gall, Rapporteur : En ce qui concerne les obligations que pourrait avoir le donataire vis-à-vis du donateur, rien n'empêche le notaire de prévoir des charges liées à la donation, par ailleurs quand vous faites une donation à un tiers dans un autre cadre qu'une donation-partage, il n'a pas d'obligation alimentaire, et pour autant ça ne pose pas de difficultés ! Les gendres et belles-filles ont une obligation alimentaire et n'ont pas de droit à l'égard du disposant, donc il n'y a pas forcément de corrélation entre l'obligation alimentaire et la possibilité d'hériter d'une personne.

Intervenant 7 : Oui, on peut tout à fait librement stipuler que, effectivement, ceux qui ne sont pas les enfants du sang verseront une rente au donateur qui en aura besoin, donc on est dans le cadre du consensus, du contrat, mon voisin parlait de succession contractuelle, je pense qu'il n'est pas loin de la réalité, cela peut être un problème qui est réglé par le contrat ! On est dans le consensus unanime.

Fabrice Luzu, Président : Effectivement nous avons l'occasion de créer aujourd'hui l'authentique, le réel pacte familial, ici il n'y a qu'un accord unanime qui pourra sceller ce pacte familial, il ne peut y avoir aucune contrainte.

Intervenant 8 : C'est l'attribution de la réserve que vous faites par cette imputation sur la réserve, et vous en privez partiellement les enfants, et je voudrais me rallier à l'opinion de Pierre MURAT, ces enfants attributaires d'une partie essentielle de la réserve n'auront pas les mêmes obligations que les autres enfants, vous créez là une disparité qui me paraît considérable et révolutionnaire et peut-être un peu en désaccord avec la ligne générale de votre congrès.

Nathalie Le Gall, Rapporteur : Nous ne pensons pas que nous allons révolutionner la situation. Que protège la réserve ? La réserve est faite pour protéger le réservataire contre le disposant, en aucun cas contre lui-même. À partir du moment où le réservataire aura été informé par deux notaires des conséquences liées à son accord, il nous semble qu'il aura été parfaitement informé de ce que ses décisions entraînent, et c'est notre rôle de conseil qui est ici en jeu. Par ailleurs il renonce à une partie de sa réserve mais sur un bien déterminé, il sait exactement où il va dans cette situation, ce n'est pas une renonciation totale à sa réserve, le patrimoine du disposant peut évoluer et en tout état de cause, ce n'est vraiment que sur les biens donnés qu'il aura consenti à ne pas récupérer une partie de sa réserve. Par ailleurs, cela nécessite, je vous le rappelle, un consentement unanime de tous les héritiers réservataires.

Fabrice Luzu, Président : Il a toujours été possible de renoncer à sa réserve, même après le décès ! Au fond, ici, finalement, c'est le choix qui est discrétionnaire d'un héritier réservataire de décider de renoncer partiellement.

Bertrand Savouré, Rapporteur Général : Vous avez bien compris que nous assumons totalement l'audace, pour reprendre l'expression que nous avons entendu hier, de cette proposition, que nous trouvons magnifique pour les familles par l'unanimité qu'elle représente. Nous la trouvons magnifique par les perspectives qu'elle peut offrir, par le rôle qu'elle confie au notaire dans la société d'aujourd'hui et par l'importance du conseil que nous serons amenés à délivrer. Mais il y a une personne qui voudrait s'exprimer, qui ne peut pas s'exprimer, car c'est la règle. Depuis lundi matin il est sur son siège... C'est un homme de congrès, c'est un ami, c'est un membre de notre équipe, c'est maître Meyer. On pourrait lui donner la parole une fois.

Me Xavier Meyer, Vice-président : Oui, il y a de l'audace, je pense que personne ne peut m'imputer un soupçon quelconque d'agir contre la réserve. Ce qu'on a voulu ici, c'est que ceux qui veulent faire famille et font famille, par leur unanimité, puissent utiliser cet outil qui je vous le rappelle a trois étages. Ce sont trois outils qui sont donnés. Et qu'ils puissent l'utiliser pour faire famille à l'occasion de ce pacte. Et cela ne porte pas atteinte à la réserve contre les réservataires, c'est tout le monde à l'unanimité qui est d'accord pour le faire. Donc, je pense qu'autant il serait extrêmement préjudiciable aux repères de notre société et totalement illogique de conférer à des personnes qui vivent les unes à côté des autres des droits successoraux, alors qu'il n'y a pas de lien, autant ici il y a le lien de ce pacte à l'unanimité de personnes qui font et vivent une famille.

Intervenant 11 : Maintenant que mon obligation de réserve s'estompe un peu, je souhaite vous féliciter pour votre travail et je souscris à 100 %, à 200 % à cette proposition, car tout ce qui permet à la famille recomposée d'exister va dans le bon sens. Il nous faut de l'audace, mes chers confrères, alors allons-y !

Fabrice Luzu, Président : Alors nous allons procéder au vote.

La proposition est adoptée.

PROPOSITION 5 :

Améliorer le régime juridique et fiscal des transmissions d'entreprise.

Interview vidéo entre Fabrice Luzu, Président, et Laurent Benoudiz, expert-comptable, commissaire aux comptes.

Proposition 5 par Fabrice Luzu, Président :

Selon les sources, 800 000 entreprises doivent être transmises en 15 ans. Ce chiffre très significatif masque toutefois une forte hétérogénéité des profils d'entreprises à transmettre.

Nombre d'entre elles sont des microstructures de l'artisanat ou du commerce accueillant peu ou pas de salariés.

Concernant les Petites et Moyennes Entreprises et les Etablissements de Taille Intermédiaire, l'étude menée par l'Observatoire BPCE indique qu'en 2010, 12

300 d'entre elles, soit environ 6 %, ont connu une opération de transmission ou de cession. Ce sont ces entreprises qui portent la majorité de l'emploi salarié et constituent donc le cœur de notre problématique.

Chers confrères, reprenez bien un dernier chiffre édifiant. 8 000 entreprises disparaissent chaque année en France en raison du décès brutal du chef d'entreprise.

La transmission de l'entreprise familiale constitue toujours un processus fragilisant et déstabilisant.

La réussite de ce projet représente pourtant un enjeu majeur pour l'économie française. Ainsi, lorsque la transmission ordonnée de l'entreprise n'a pas été planifiée, une spirale négative est souvent constatée : le décès brutal du chef d'entreprise entraîne souvent la disparition de l'entreprise et, avec elle, des emplois qu'elle porte ou des savoir-faire qu'elle a su développer.

Depuis une vingtaine d'années, une prise de conscience de ce cercle vicieux est intervenue dans les pays industrialisés. Afin, je cite, « d'assurer la survie des entreprises et le maintien des emplois qui y sont associés », la Commission européenne a même dressé une série de recommandations incitant les États membres à adopter des mesures spécifiques en la matière.

En France, divers dispositifs juridiques et fiscaux nouveaux sont venus enrichir la palette d'outils à disposition du chef d'entreprise. Mais ces instruments souffrent encore d'un déficit de notoriété.

En réalité, quelles sont les problématiques rencontrées le chef d'entreprise ? De manière chronologique, il nous semble que les questions principales qu'il se pose sont :

- La première : Combien vaut mon entreprise ? En matière d'évaluation d'entreprise, un rescrit valeur *a priori* et un contrôle sur demande *a posteriori* ont été instaurés. Ces dispositifs ne sont pourtant pas utilisés. Le premier, le rescrit valeur, est jugé trop long ; le second, le contrôle sur demande, est vécu comme un instrument de pression éventuelle de la part de celui des enfants qui ne reprend pas l'entreprise.

- La deuxième question est souvent : « Sur qui mes proches vont-ils se reposer s'il m'arrivait malheur ? » Ici le mandat à effet posthume répond justement à cette question en ménageant une période de transition.

- La troisième question : « Combien coûte la transmission de mon entreprise ? » En matière de fiscalité, les dispositifs d'engagements de conservation de titres de la loi Dutreil sont, vous le savez, d'une efficacité remarquable. Ils favorisent la réunion d'un noyau stable d'actionnaires pendant une période déterminée afin de favoriser une transmission en douceur de l'entreprise. Jugez-en : En cumulant réductions de droits de donation et engagements de conservation, le taux marginal en ligne directe est, par exemple entre 61 et 70 ans, de 5,62 % si la donation a lieu en pleine propriété et de 6,75 % si elle intervient avec une réserve d'usufruit. L'instruction administrative compilant ces dispositifs vient d'être publiée ce qui devrait être source de sécurité dans leur utilisation.

- Enfin, dernière question : « Comment vais-je financer mes droits de transmission ? » En la matière, le mécanisme de paiement différé et fractionné permet d'acquitter les droits en 15 ans, moyennant un taux d'intérêt de 0,70 % par an, taux applicable en 2012, et qui peut même être encore réduit des deux tiers.

- En outre, lorsqu'il s'agit de transmettre l'entreprise en tout ou en partie aux salariés qui ont contribué à sa réussite, deux dispositifs méritent d'être signalés. Civilement, il est possible et vertueux d'inscrire la donation consentie à un salarié dans le mécanisme équilibrant de la donation-partage. Fiscalement, un abattement de 300 000 € sur la valeur du fonds de commerce de la société peut être pratiqué. Nous suggérerons de compléter ce dispositif d'un accompagnement fiscal à l'occasion de notre prochaine proposition.

Pour l'heure, vous constatez avec moi que la boîte à outils a été patiemment et intelligemment construite. Toutefois, ces évolutions sont intervenues de manière séquentielle en privilégiant une logique sédimentaire : différentes techniques sont venues se superposer dans le temps.

La combinaison entre elles devient alors difficile et délicate à réaliser.

L'objectif de notre proposition est alors double : Il s'agit d'abord de simplifier en allégeant notamment un formalisme encore excessif ; il consiste ensuite à harmoniser entre eux certains dispositifs.

En premier lieu, il convient de raccourcir le délai d'instruction du rescrit valeur qui est actuellement de 6 mois pour le ramener par exemple à 30 jours. L'objectif est de fluidifier la démarche qui présente des effets vertueux et constitue un facteur de sécurité pour l'entreprise. En effet, cette dernière, l'entreprise, « paye » toujours le coût de sa propre transmission. Comment, me direz-vous ? Tout

simplement en modulant le montant des dividendes futurs à verser à ses actionnaires. Cette trésorerie fait alors défaut pour les investissements ou l'exploitation.

En deuxième lieu, il convient de se pencher sur les engagements de conservation de titres de la loi Dutreil. De nombreuses contraintes ont déjà été levées : on relèvera singulièrement la notion d'engagement réputé acquis et la création d'un engagement *post mortem*. Toutefois, trois points nous semblent encore pouvoir être améliorés.

D'une part, lorsque la transmission intervient en démembrement de propriété avec une réserve d'usufruit en faveur du donateur, chef d'entreprise, ce dernier doit voir ses pouvoirs limités par les statuts aux seules décisions concernant l'affectation du résultat. Pourtant, une transmission d'entreprise doit être progressive ; il s'agit souvent d'installer son successeur, de le tester et de l'éprouver mais de conserver pendant cette période les pouvoirs traditionnellement dévolus à l'usufruitier. Cette contrainte, doublée de la suppression partielle des réductions de droits de donation, conduit alors les chefs d'entreprise à une option binaire : soit ne pas transmettre du tout, soit transmettre moins mais en toute propriété. Nous estimons, quant à nous, qu'il convient de privilégier une transmission harmonieuse et en douceur de l'entreprise, ce que favorise naturellement le démembrement de propriété. Un tel démembrement ne doit plus être pénalisé dès lors que les prérogatives respectives de l'usufruitier et du nu-propiétaire respectent le droit commun en la matière.

D'autre part, il est prévu une obligation d'information annuelle que doivent délivrer à l'administration fiscale tant l'entreprise que l'actionnaire. Si elle n'est pas accomplie, les conséquences sont lourdes : c'est la perte de l'abattement de 75 %. En pratique, cette obligation est source de méprise et d'oublis. Nous proposons donc de supprimer ce formalisme inutile en renversant la démarche. Ainsi, nous proposons qu'à tout moment, l'administration fiscale puisse interroger la société et les actionnaires concernés pour vérifier le respect de leurs engagements. En réponse, des attestations de détention de titres devront alors être produites.

En troisième lieu, le paiement différé et fractionné permet à l'entreprise de financer le coût de sa propre transmission par des distributions de dividendes futurs. Ce dispositif est d'autant plus performant actuellement que les taux

d'intérêts sont structurellement bas. Toutefois, deux inconvénients pratiques méritent d'être corrigés.

D'une part, de manière chronologique, la décision d'octroi du régime est postérieure à la donation qui constitue pourtant le fait générateur de l'impôt. Dès lors, en cas de refus, la donation a été consentie ; les droits sont exigibles et il convient au chef d'entreprise de trouver dans l'urgence une solution de financement alternative qui peut être une ponction très significative de la trésorerie de l'entreprise. Une procédure de décision d'octroi préalable mériterait alors d'être étudiée.

D'autre part, une fois l'accord obtenu, il convient pour le contribuable de constituer des garanties. Un décret de 2005 invite les receveurs à accepter les garanties offertes par le chef d'entreprise. Toutefois, en pratique, lorsque ce dernier propose un nantissement sur les titres objets de la transmission, il se heurte parfois à un refus de la part du receveur ou à une demande d'extension de garantie. Notre souhait est donc que la garantie portant sur les titres de la société soit systématiquement admise par les receveurs sans émission d'un surcroît de garantie.

Enfin, lorsqu'il s'agit d'opérer des synergies entre les dispositifs en combinant par exemple loi Dutreil et paiement différé et fractionné, des zones de frottement ou d'incompatibilité peuvent apparaître.

Premier exemple : Un engagement loi Dutreil est possible en présence d'une société holding dite interposée mais un paiement différé et fractionné sera impossible si la société n'est pas animatrice. Il serait souhaitable d'étendre ce calendrier de paiement aux transmissions de holdings passives au prorata de la participation détenue par celles-ci dans la société d'exploitation.

Second exemple : Lorsqu'une société holding de reprise doit être créée pour accompagner la transmission, des résistances apparaissent :

Soit la société d'exploitation est donnée en loi Dutreil éventuellement avec un engagement réputé acquis et l'apport ne pourra ensuite intervenir qu'en faveur d'une holding dans laquelle le donateur ne pourra pas être majoritaire.

Soit les titres sont d'abord apportés et, pour bénéficier du régime d'étalement des droits, il conviendra, selon une récente jurisprudence de 2011, d'attendre un certain délai avant que la société ne soit considérée comme animatrice. Les

dispositions de l'engagement réputé acquis ne seront alors pas applicables. Pour simplifier, ici, il s'agirait juste de prévoir le maintien du paiement différé et fractionné dans les hypothèses d'apport à holding prévues par le dispositif des engagements de conservation de titres.

Lecture des considérants par Nathalie Le Gall, Rapporteur

Considérant

- 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 Congrès 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 bénéficiaire 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.

... La parole est à la salle...

Intervenant 1 : Tout d'abord bravo, bravo pour avoir laissé une place à l'entreprise en ce si beau congrès sur la transmission. L'entreprise, c'est quand même un bien particulier, on le sait, créateur de richesse et d'emplois, et dans le contexte actuel sur la compétitivité il est évident que ce n'est pas neutre. Une réflexion également qui résulte des statistiques, c'est que la transmission à titre gratuit est 7 fois moins risquée que la transmission à titre onéreux. Ça s'explique par la progressivité de la transmission du témoin et par la même culture qui reste partagée dans l'entreprise. Et pour autant, ce qu'on observe par rapport notamment à l'Allemagne et à d'autres pays, c'est un problème de compétitivité, c'est-à-dire que sur le plan fiscal, dans la plupart des pays c'est zéro sur la transmission d'entreprise à titre gratuit, et on voit dans des pays comme l'Allemagne, 50 %, plus de 50 % d'entreprises sont transmises à titre gratuit. En France, selon bien sûr les segmentations que l'on prend, on a moins de 10 % d'entreprises qui sont transmises à titre gratuit. Et ça nuit bien sûr à leur compétitivité. Une des raisons, c'était la fiscalité meurtrière, mais vous avez parfaitement démontré qu'avec les engagements Dutreil, on arrive à des solutions tout à fait praticables au niveau de la transmission. Alors j'en arrive directement à votre vœu. Il est clair que le fait de faire des donations en nue-propriété supprime en fait, enfin tout au moins en théorie, tous droits d'intervention sur la stratégie d'entreprise pour le donateur. Il lui reste un droit résiduel, celui d'un usufruitier banal, qui est celui de statuer sur les résultats, l'affectation des résultats, est-ce qu'il va prendre son fruit ou non ? Et il est clair que ça constitue un frein, bien que parfois on a des procédés peu avouables pour surmonter ses difficultés, un

frein à la transmission d'entreprise. Alors, je souscris tout à fait à votre vœu. Mais je pense, on l'a dit à plusieurs reprises dans cette enceinte, qu'il faut faire peut-être preuve d'audace, et je le trouve un peu timide. Je m'explique : vous indiquez dans votre vœu qu'en fait vous revenez au droit commun avec interdiction d'y déroger, quelles sociétés cela va-t-il intéresser ? Ça va intéresser la société anonyme, dans la société anonyme, le droit commun c'est l'usufruitier votant dans toutes les assemblées générales, c'est-à-dire qu'il vote pour la composition du conseil d'administration, qu'il influe directement, de cette façon, sur la stratégie, sur la politique d'entreprise. Mais que représente la société anonyme en France ? 100 000 sociétés, on n'en crée pratiquement plus, sur 3 millions et demi, la majorité sont des SARL et surtout des SAS, qui ont le vent en poupe, et quel est le droit commun au niveau de la SARL et de la SAS ? C'est l'article 1844 du Code civil, c'est-à-dire l'affectation, l'usufruitier n'a pour droit que celui d'affecter le résultat. Donc le vœu n'aura aucun effet au niveau de la SAS. Et je trouve que l'on peut peut-être faire preuve d'un peu plus d'audace, participer pourquoi pas, un petit peu, au redressement productif de la transmission à titre gratuit et y aller carrément. C'est-à-dire demander l'abrogation de cette condition, qui date de 2003, si mes souvenirs sont exacts, et qui constitue un frein qu'on essaie de contourner, parfois par des procédés peu avouables. Et donc, pour reprendre une expression d'Yvon Gattaz, « Les entreprises n'ont pas besoin d'aide, elles ont besoin d'air », il faudrait que le congrès donne un peu d'air aux entreprises sur ces transmissions à titre gratuit.

Fabrice Luzu, Président : Merci monsieur le professeur pour cette intervention et le soutien que vous apportez à ce vœu, même si effectivement, en ce qui concerne la question des pouvoirs à conférer à l'usufruitier, ces pouvoirs ont été limités par une demande formulée par l'administration fiscale qui regarde toujours avec suspicion les transmissions réalisées en démembrant le droit de propriété avec réserve d'usufruit. Nous considérons effectivement, que cette réserve, de limiter statutairement les pouvoirs de l'usufruitier aux seules décisions concernant l'affectation du résultat, est au fond assez inutile. Alors, effectivement nous avons travaillé sur cette question, et nous nous sommes interrogés ? Est-ce qu'il faut aller beaucoup plus loin ? Est-ce qu'il faut dire que finalement on supprime complètement ces dispositions, ou est-ce que nous considérons qu'il faut déjà faire un premier pas, qui consiste à dire revenons au droit commun pour finalement obtenir peut-être plus facilement l'accord de l'administration fiscale sur la réflexion. Comme vous le soulignez, l'article 1844 prévoit dans son alinéa 3 : « Si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-

propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéficiaires, où il est réservé à l'usufruitier ». Ce que nous avons aussi en tête c'était la possibilité d'essayer de se rapprocher des droits reconnus à l'usufruitier par la jurisprudence, effectivement, la jurisprudence a de plus en plus tendance à préciser en fait les droits respectifs des deux protagonistes que sont l'usufruitier et le nu-propriétaire. Voilà, c'est un premier pas, ce n'est sans doute pas l'idéal, il faudrait peut-être supprimer cette convention, simplement nous hésitions sur la lecture que pourrait réserver l'administration fiscale à une proposition qui pourrait être jugée trop agressive et qui pourrait même entraîner une remise en question finalement de la structure des engagements de la loi Dutreil. Voilà pourquoi nous avons fait ce premier pas.

Intervenant 2 : C'est très bien effectivement d'encourager encore et toujours la transmission. Je suis très heureux de parler après Jean Prieur, professeur émérite et surtout rapporteur de synthèse au congrès de Cannes que j'ai eu l'honneur de diriger au niveau des travaux intellectuels en tant que rapporteur général, donc sur le principe, on ne peut qu'être d'accord avec votre proposition. Je ne sais pas si c'est l'heure qui incite à la gourmandise, mais je la trouve un peu gourmande quand même, votre proposition. Parce qu'elle s'étale comme un mille-feuille, allais-je dire, en plusieurs étapes, avec beaucoup d'alinéas dont certains mériteraient peut-être des observations plus que d'autres, et inciteront peut-être certains à retenir leur vote, alors qu'il faut très probablement accepter l'ensemble de ces propositions. Je ferai deux ou trois petites observations. La première pour simplement dire qu'effectivement le droit commun n'est pas facile à trouver dans toutes les sociétés, on le connaît dans les SA, les SARL et les SAS, mais j'attire votre attention sur la relation entre cet alinéa et le dernier considérant, où vous indiquez que des améliorations doivent être apportées pour plus d'efficacité. Et là, pardonnez-moi, je vais parler d'expériences de transmission d'entreprise. C'est un petit peu gênant, toujours, d'avoir des donations faites par des chefs d'entreprises qui gardent vers eux un pouvoir. C'est en ce sens que la loi qui permet effectivement une simple transmission de nue-propriété avec un démembrement et des pouvoirs restreints offre quand même quelques avantages. J'aurais peut-être préféré que si on retourne au droit commun, ce soit pour une certaine durée, sinon il n'y a pas vraiment de transmission et les enfants ne prennent pas vraiment les rênes, on voit dans certaines situations qu'il y a finalement une sclérose parce qu'en fait les pouvoirs sont conservés par le chef d'entreprise. Une petite chose, par rapport à vos statistiques, vous avez signalé 800 000 entreprises pour les 15 ans à venir, à Cannes nous en avons 500 000 pour les 5 ans à venir,

c'est dire que c'est un sujet perpétuellement d'actualité. À l'occasion du congrès de Cannes, j'avais fait venir le directeur général des services fiscaux pour essayer de le convaincre d'accepter ce que vous émettez dans votre vœu, de prendre en garantie les titres de la société transmise. Merci d'enfoncer le clou là-dessus encore une fois, parce qu'il est indéniable que notre directeur des services fiscaux à l'époque avait garanti que ça pourrait se faire, mais force est de constater qu'au quotidien, nous avons encore des blocages par rapport à ça, cela devient un petit peu impossible à gérer, d'autant qu'on ne comprend pas ces blocages : Puisque l'assiette des droits est bien fondée sur la valeur de l'entreprise, comment se fait-il qu'on ne prenne pas en garantie les titres liés à cette valeur ? Enfin, un dernier mot sur votre dernier alinéa qui, à mon sens, mériterait d'être complété de quelques mots : vous souhaitez 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 Code général des impôts. » Je suis largement d'accord, mais j'ajouterais « sous réserve du maintien des engagements ». Ça va de soi, mais ça va peut-être mieux en l'écrivant parce que cela semble un petit peu plus complet par rapport à votre alinéa. Alors bravo pour vos travaux et bravo pour l'ensemble de vos propositions.

Fabrice Luzu, Président : Je vais répondre de manière sans doute assez rapide parce que le temps est compté désormais. Sur le dernier point, effectivement, vous avez raison, la précision textuelle pourra être apportée, simplement effectivement, dans l'article en lui-même, il est prévu la remise en question des abattements si l'engagement n'est pas maintenu jusqu'à son terme, donc le renvoi me semble pouvoir suffire. En ce qui concerne la répartition usufruit/nue-propriété, j'avoue ne pas partager nécessairement votre avis, parce que lorsque l'on transmet une entreprise à l'un de ses enfants, si j'ai trois enfants et qu'il y en a un qui a potentiellement la capacité, la volonté et les compétences pour reprendre l'entreprise, je n'en ai pas nécessairement tout de suite la certitude, donc transmettre de manière un peu graduelle, c'est-à-dire d'abord la nue-propriété pour ensuite abandonner l'usufruit, ça peut être une solution, et c'est vrai que pour pratiquer assez régulièrement ces sujets, les chefs d'entreprises sont assez soucieux de cette transmission un peu décalée dans le temps. Transmettre en pleine propriété c'est parfois trop ou trop rapide.

Intervenant 3 : Je voulais souligner la pertinence des propositions que vous faites concernant les différents aménagements en matière fiscale. Alors, une petite

réserve quand même, c'est-à-dire autant je souscris complètement à la démarche en ce qui concerne le rescrit valeur, parce que l'on sait qu'il y a deux craintes en fait, il y a une crainte en termes de démarches de l'administration qui va s'intéresser à la valeur de l'entreprise, et en termes de délais, puisque les délais se concilient assez mal en fait, si l'on a 6 mois d'attente pour une transmission. Donc pouvoir accélérer le système me paraît très bien. Également, pour tout ce qui concerne l'approche sur la suppression du formalisme en matière d'engagement Dutreil, on applaudit des deux mains, parce que très clairement il est absurde de subordonner la validité d'un régime fiscal au respect du formalisme, ce qui est important, c'est de respecter les conditions, ce n'est pas de dire qu'on a respecté les conditions. De la même façon, le régime que vous prévoyez en matière d'apport, non, de transmission d'holding non animatrices, et la possibilité de bénéficier du paiement différé fractionné, me paraît hautement souhaitable, puisqu'on sait que pour la plupart des entreprises qui ont une certaine valeur, plus des deux tiers de ces entreprises sont détenus par le biais d'une holding non animatrice, et donc ça répond complètement à cette problématique. Alors je viens maintenant peut-être sur les deux petits points, le premier point, qui est plus une question de forme, concernant l'apport dans le cadre de l'article 787 b f), dans le cadre de l'engagement Dutreil. Je pense que ce que vous souhaitez, c'est valider le maintien du régime du paiement différé dans le cadre d'un apport à titre onéreux, puisque sinon il y a déjà le 404 g) d) de l'annexe 3 qui gère ces questions-là. Et le deuxième point, et c'est surtout sur ce volet-là que je voudrais insister, c'est la question du droit de vote de l'usufruitier. Je crois qu'il faut revenir à l'origine du texte, lorsqu'en 2006 le législateur a prévu la possibilité de faire des donations de nue-propriété, dans le cadre de la loi Dutreil, en limitant les droits de vote de l'usufruitier, c'était une tolérance, C'était une tolérance et donc la tolérance c'était par rapport à une transmission en pleine propriété, et le législateur a pris en considération le fait que le dirigeant était d'accord pour transmettre l'entreprise, parce que c'est ça la contrepartie du régime Dutreil, en contrepartie de quoi le législateur a dit : « Mais je comprends, vous avez besoin de revenus complémentaires, vous pouvez garder un usufruit qui va vous permettre de générer vos revenus complémentaires ». Et c'est vraiment le fondement et on est dans une dérogation, si bien que si on veut revenir au droit commun, bien évidemment, j'aimerais mieux qu'on ait encore plus de libertés, je crains simplement que le mieux soit l'ennemi du bien, le régime que l'on a aujourd'hui en matière Dutreil me paraît extrêmement favorable. Bien évidemment, j'aimerais mieux qu'on ait encore plus de libertés mais je pense

qu'il faudrait, en tout cas si vous allez dans cette voie, peut-être encadrer dans le temps, en disant que l'usufruitier pourrait avoir des droits plus étendus pour accompagner le repreneur par exemple, pendant un délai de 1 an, deux ans, trois ans, quelques chose comme ça, mais à nouveau, je vous félicite pour la qualité des travaux et je soutiendrai le vœu en tout état de cause.

Fabrice Luzu, Président : Merci. Juste pour revenir à nouveau sur cette question qui fait débat de la répartition des pouvoirs entre l'usufruitier et le nu-proprétaire, on voit bien que les approches peuvent être différenciées, certains trouvent que nous allons trop loin, d'autres pas assez. Notre sentiment est que nous avons trouvé un point d'équilibre qui est effectivement d'appliquer le droit commun en la matière. Notre sentiment aussi c'est que le législateur fiscal doit se déterminer en considération de l'objectif qui est celui de faciliter la transmission d'entreprise, et que même si une modification devait intervenir sur cette question assez accessoire finalement de la répartition entre l'usufruitier et le nu-proprétaire, une remise en cause fiscale du régime Dutreil nous semble à exclure parce que les statistiques sont là, il y a 800 000 entreprises à transmettre en 15 ans et derrière il y a surtout des emplois salariés à préserver. Je vous propose de passer rapidement au vote.

La proposition est acceptée à l'unanimité.

PROPOSITION 6 :

Proposer une fiscalité cohérente au service de la transmission.

Proposition 6 par Fabrice Luzu, Président :

La réussite d'une transmission harmonieuse repose sur la volonté d'anticipation du chef de famille et sa capacité à combiner entre eux des outils juridiques permettant de satisfaire l'objectif qu'il aura au préalable déterminé. Toutefois, comme a pu l'écrire Pierre Catala : « Ces variables étant infiniment diverses, il importe que la partition successorale soit écrite par un conseiller averti qui saura jouer des deux claviers, civil et fiscal ».

Penchons-nous désormais sur le second.

La fiscalité est souvent vécue comme une contrainte de la transmission ; elle opère sans conteste un frein actuellement, mais elle a pu, dans un passé très récent (avant la 1^{re} LFR 2011), constituer au contraire un ressort de l'intention libérale.

La question de l'existence même d'une fiscalité de la transmission de patrimoine divise. Pour mémoire, effectuons un bref rappel historique. Le droit romain et le Moyen Age connaissaient des systèmes de taxation des transmissions à titre gratuit. Toutefois, le droit fiscal « moderne » de la transmission résulte des lois des 5 et 19 décembre 1790. Le principe posé est celui de l'application d'un taux à une assiette déterminée en considération de la valeur des actifs transmis, de la nature de la transmission et du lien unissant le disposant au bénéficiaire.

Suivons ensuite l'évolution du taux applicable aux transmissions en ligne directe. Jusqu'en 1901, il était proportionnel et fixé à 1 %. Un barème de taxation progressif par tranches a été instauré à cette date mais s'étalonnant alors de 1 à 3,5 %. En 1958, le taux marginal n'était encore que de 15 %. Les tranches supérieures ont été créées en trois temps, 1959, 1984 et 2011 afin de porter le taux marginal désormais à 45 %.

Pour mémoire, en Allemagne le taux marginal est de 30 % mais pour un patrimoine transmis de ... 25 565 000 €.

Il est d'ailleurs intéressant d'observer que ce taux pivot de 30 % avait été suggéré de manière récurrente à l'occasion de différents rapports relatifs à la fiscalité de la transmission :

- Rapport du Conseil des impôts sur l'imposition du patrimoine en 1998,
- Rapport Brard en 1998,
- Rapport Migaud à l'Assemblée nationale en 1998 sur la fiscalité du patrimoine.

Ainsi, après une hausse sensible de la fiscalité successorale au début des années 1980 (création des tranches en ligne directe et entre époux à 30, 35 puis 40 %), la pression fiscale a décliné au cours des trente années suivantes jusqu'à la loi TEPA de 2007. Les allègements fiscaux ont principalement bénéficié :

1. aux transmissions au sein du couple,
2. aux transferts intergénérationnels
3. aux transmissions anticipées.

La 1^{re} loi de Finances rectificative pour 2011 constitue à ce titre une réelle et brutale rupture dans la tendance observée depuis une génération.

Pour revenir ensuite à la question même de la légitimité de cette taxation, Jean Carbonnier considère que « l'impôt successoral se borne à redistribuer le capital en une poussière de revenus. C'est donner l'impression de gaspillage et de pillage ».

En réalité, le capital transmis n'est plus, comme naguère, un patrimoine familial qui serait transmis de manière dynastique. L'impôt revêtait alors à l'évidence une fonction de redistribution sociale.

Désormais, le patrimoine accumulé l'est en grande partie à raison du talent et de l'énergie du chef de famille. C'est le travail de ce dernier qui favorise l'accumulation de richesses. Par exemple, les très grandes fortunes françaises actuelles ont été majoritairement constituées par une génération d'entrepreneurs des années 1970. Les revenus qu'ils ont gagnés, avant d'être épargnés puis capitalisés, ont déjà subi l'impôt et parfois lourdement.

Le montant de l'abattement applicable jusqu'à la loi du 16 août 2012 aux transmissions en ligne directe n'apparaît pas anormal. En effet, il correspondait, peu ou prou, à monnaie constante, à celui pratiqué en 1959. A l'époque, mes chers confrères, l'abattement était de 100 000 F. Une fois revalorisé, ce chiffre correspond théoriquement à la somme de 147 000 €. En réalité, vous le savez, l'abattement était de 159 325 € au 1^{er} janvier 2012 avant d'être ramené cet été à 100 000 €.

En revanche, l'alourdissement du droit de partage (dont le taux a été porté de 1,10 % à 2,50 %) et la suppression des réductions de droits de donation, intervenus en 2011, constituent des facteurs de sclérose des patrimoines. Ces coûts fiscaux vont inciter nos concitoyens à l'immobilité patrimoniale.

Ainsi, à quoi bon transmettre de son vivant si le coût est identique à celui d'une transmission par son décès ? Le réflexe naturel d'autoprotection et la peur du lendemain (qui augmente d'ailleurs avec l'âge) invitent la génération des détenteurs de patrimoine à ne pas s'appauvrir en faveur de leurs enfants ou petits-enfants. Ces derniers, sur lesquels repose la charge de la retraite par répartition, en éprouvent pourtant le besoin dans ces périodes économiques difficiles.

Par ailleurs, à quoi bon partager une indivision familiale si le frottement fiscal devient prohibitif ? En l'état actuel, il est sans doute préférable de rester dans l'indivision puis de soumettre ses différends au juge si l'entente ne devient plus possible.

Cette situation est d'autant plus regrettable que ces opérations patrimoniales de transmission et de partage présentent des intérêts macroéconomiques et budgétaires. Ainsi, elles sont vertueuses pour au moins deux raisons :

- Pour les solidarités familiales : La rotation des patrimoines vers des générations plus enclines à consommer est vertueuse pour l'économie. Elle est de nature à faciliter l'entrée dans la vie active ou l'accès au marché immobilier à des primo-

accédants. Cette logique participe à l'évidence d'une politique de relance par la consommation.

- Pour l'Etat : Les ressources budgétaires qui sont traditionnellement collectées à l'occasion des transmissions et partages familiaux risquent de chuter significativement dès cette année en raison de leur forte taxation.

Pour une politique publique en faveur des transmissions anticipées, nous souhaitons une transmission pensée, accompagnée et consensuelle, qui opère de manière harmonieuse au sein de la famille. Pour y parvenir, il convient toujours d'anticiper et donc d'opérer de son vivant. Il convient parfois aussi de réajuster des transmissions déjà réalisées en réincorporant des donations antérieures. Il convient encore de choisir de manière cumulative ou alternative des donations consenties en toute propriété ou en nue-propriété seulement.

Dans ce contexte, nous estimons qu'il convient d'éviter la sclérose ou les effets de rétention du patrimoine entre des mains âgées et de favoriser sa rotation et donc sa transmission anticipée en faveur des générations plus jeunes, plus nécessiteuses et donc plus promptes à consommer. Dès lors, il est souhaitable de limiter les sources de contentieux familial, en permettant les donations d'opportunité lorsque le disposant ne peut pas transmettre à chacun et au même moment.

Il convient encore de procéder à un règlement rapide et harmonieux des transmissions par la promotion du testament et du partage successoral.

En outre et afin d'éviter la perte de savoir-faire tout en favorisant la croissance et l'actionnariat salarié des petites et moyennes entreprises, il convient à notre sens de renforcer les dispositifs facilitant la transmission d'entreprise aux salariés.

Mais, me direz-vous, quelles sont concrètement les pistes à privilégier ?

Il convient de revisiter les 2 piliers d'une fiscalité cohérente au service de la transmission que sont les droits de mutation à titre gratuit et le droit de partage ; les pistes- sont au nombre de 6.

Droits de mutation à titre gratuit

1 : Encourager et favoriser les transmissions anticipées, en réinstaurant par exemple des réductions de droit pour les biens transmis en pleine propriété.

2 : Favoriser les transmissions entre parents de degrés éloignés ou entre non-parents dès lors qu'elles procèdent de dispositions testamentaires prises par le défunt. La transmission préparée se trouverait alors « bonifiée » par rapport à celle inorganisée.

3 : Afin de favoriser les transmissions dans le cadre de familles recomposées ainsi que l'égalité entre les enfants nés de différentes unions, et d'accompagner fiscalement le premier vœu de notre commission, prévoir l'application des abattements et barèmes en ligne directe sous condition de respecter les conditions prévues à l'article 786 du CGI.

4 : Favoriser la transmission d'entreprise aux salariés en instaurant un abattement individuel pour toute donation ou succession reçue et portant sur une entreprise quelle qu'en soit la forme. Cet abattement constituerait une alternative pour le salarié avec celui, prévu à l'article 790 A , portant sur valeur de l'entreprise ; mais serait le cas échéant cumulable avec le dispositif des engagements de conservation de titres.

Droit de partage

5 : Exonérer du droit de partage les opérations de réincorporation à une donation-partage qui n'opère pas de changement d'attributaire. Il s'agit ici de favoriser l'équité, l'harmonie et la paix familiale en invitant à l'incorporation à une donation-partage des donations simples consenties antérieurement. Actuellement, la fiscalité qui accompagne cette opération produit un effet dissuasif. Pourtant, dans une telle situation, le droit de partage se conçoit d'autant moins que des droits de mutation à titre gratuit ont déjà été acquittés lors de la transmission à incorporer et que cette dernière n'entraîne aucun transfert de la propriété du bien concerné en l'absence de changement d'attributaire.

6 : Afin de permettre un traitement rapide et consensuel d'une succession et d'éviter des procédures judiciaires qui encombrant parfois inutilement les différentes instances, il conviendrait d'atténuer le droit attaché au partage successoral lorsqu'il intervient dans un délais raisonnable (par exemple d'une année) permettant aux héritiers de mûrir la répartition du patrimoine successoral.

Considérant

- que la fiscalité constitue un paramètre essentiel de 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 Congrès 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.

... La parole est à la salle...

Intervenant 1 : Votre proposition est parfaite, et évidemment on ne peut qu'y souscrire. Et il est vrai qu'il nous appartient, à nous notaires, de stigmatiser une fiscalité trop pesante, qu'on peut qualifier de punitive pour ne pas employer un autre mot qui fâche les hommes politiques. Donc un taux de 45 % en marginal est évidemment colossal, c'est le même taux au profit des descendants qu'entre frères et sœurs donc on ne comprend pas très bien cette logique. Et par ailleurs, si on compare avec nos amis allemands, dont on nous dit toujours qu'il faut s'inspirer, en Allemagne, vous avez un taux marginal de 30 % à 25 millions d'euros, nous on a 30 % à 550 000 euros !

La deuxième observation, c'est qu'effectivement, vous avez raison, il faut absolument privilégier les transmissions entre vifs puisque l'on sait que la fortune, le patrimoine, quelle qu'en soit l'importance, est concentré entre les mains du troisième âge, que les gens vivent de plus en plus vieux, et si on ne les incite pas à des transmissions dans le temps, cela nuit beaucoup à l'activité économique donc c'est dans l'intérêt général qu'il faut les inciter à la transmission. Quelqu'un qui a 65 ans a environ 20 ans d'espérance de vie. L'année dernière, en 20 ans on pouvait transmettre 730 000 euros, en utilisant toutes les possibilités prévues tous les 6 ans. Aujourd'hui, en une année, on est passé de 730 000 à 230 000 euros, ce qui est complètement aberrant et contraire à l'intérêt général parce que le législateur fait un mauvais calcul, il pense gagner de l'argent en prenant ces mesures. En fait, il ne gagne rien, c'est l'exemple même de l'adage : l'impôt tue l'impôt ! Que, personnellement je préfère simplifier en disant : le taux excessif tue l'assiette taxable. En fait c'est la problématique. Donc, c'est très bien d'agir dans ce sens. Et le dernier point c'est le droit de partage qui est quelque chose de considérable pour nous, notaires. Là aussi le taux tue l'assiette, nous faisons de moins en moins de partages, on va assister à des aberrations ! Vous devez déjà voir dans vos études des clients qui viennent vous dire : « Le banquier a fait la répartition des valeurs mobilières donc vous ne vous en occupez pas », on fait des partages sous seing privé non enregistrés, et vous devinez qui se jette là-dessus, nos amis bien entendu, et ensuite on vous dit : « Écoutez, on a partagé tout le reste et il ne nous reste que trois appartements à partager, est-ce que vous voulez bien vous en occupez ? » Ce qui fait qu'on ne

fait que des partages partiels, le reste se passant de manière occulte, et on ne purgera jamais l'action en rescision pour lésion, enfin on l'a baptisé autrement maintenant mais l'effet est identique et les effets pervers sont tout à fait considérables. Donc il faut se battre, vous avez raison de le faire, vous savez je crois que c'est un humoriste, Alphonse Allais, qui disait : « Mourir est une faute de savoir-vivre », et bien faisons en sorte que ce ne soit pas une faute de savoir-faire.

Fabrice Luzu, Président : Je vous propose, compte tenu du temps, de rester sur cette note d'humour, Michel a pratiquement fait la présentation de notre exposé donc c'est parfait, c'est brillant ! Vous avez compris qu'on a détaché deux piliers : le pilier n°1, « les droits de mutation à titre gratuit », et on a ciblé trois hypothèses : favoriser les transmissions anticipées bien sûr avec des réductions de droit qui ont disparu et qu'il faut réinstaurer, ensuite, favoriser la transmission préparée, favoriser les transmissions dans le cadre des familles recomposées et puis bien entendu on vient de le souligner, la question « du droit de partage » en favorisant les réincorporations et les partages successoraux qui interviennent dans un délai bref après le décès.

Intervenant 2 : Oui, bravo pour ce vœu, c'est vrai que l'on pourrait discuter longuement des propositions qui n'y sont pas. Je pense à ce que disait Michel Giray à l'instant sur le rappel fiscal qui est passé à 15 ans. Avec ce rappel fiscal à 15 ans, avec l'effet couperet, 14 ans et 9 mois la personne décède avec une donation, on est dispensé de rappel, 15 ans et 1 mois on a un rappel. On pourrait par exemple prévoir la reconstitution d'un abattement au fil des ans. Sur les partages successoraux, je pense qu'on pourrait, pour aller dans le sens de Michel Giray, généraliser votre disposition non pas uniquement aux partages successoraux mais également aux partages après divorce en supprimant le droit de partage, ne plus faire du droit de partage un droit d'acte, et à ce moment-là on aurait la possibilité de taxer également les partages de valeurs mobilières. C'est-à-dire qu'on compenserait budgétairement la diminution du droit de partage par un élargissement de son assiette en supprimant cette notion de droit d'acte qui reviendrait à taxer les partages de valeurs mobilières, et je pense que ça, on va y arriver peut-être.

Fabrice Luzu, Président : Vous avez raison, nous nous sommes focalisés bien entendu sur les éléments qui nous semblaient les plus importants en matière de transmission, l'objectif étant de retrouver de la fluidité là où on a le sentiment que le patrimoine peut se scléroser avec ces suppressions de réductions de droit et ce

droit de partage qui a considérablement augmenté. Je vous propose sans plus tarder de procéder au vote.

La résolution est adoptée à l'unanimité.

Cérémonie de clôture



Philippe Potentier

Le temps de la synthèse est venu. On a beaucoup discuté, les juristes disent « gloser ». De nombreux débats ont eu lieu, les propositions ont toutes été votées, et je vais maintenant demander à Yvonne Flour, rapporteur de synthèse, professeur à Paris I, de nous faire l'exercice le plus difficile qui soit : rapporter un échange de trois jours à partir d'un rapport de 1000 pages en une trentaine de minutes. Je n'exprime aucune crainte, aucune inquiétude, chère Yvonne, mais plutôt de l'envie, celle de mon équipe et de moi-même qui avons beaucoup apprécié votre présence au cours de nos travaux. Nous avons apprécié votre conseil précieux dans la préparation des propositions que nous avons présentées sans pour autant que vous nous imposiez vos propres convictions. Nous avons apprécié votre indépendance d'esprit, votre attachement permanent à l'opinion contradictoire qui permet de dégager des solutions plus hautes. Ce fut un véritable bonheur de travailler à vos côtés. Merci chère Yvonne.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Yvonne Flour

Mesdames et Messieurs, mes chers amis, il y a un peu plus de deux ans, lorsque Philippe Potentier m'a demandé de participer aux travaux du 108^e congrès, j'en ai éprouvé immédiatement à la fois une certaine angoisse et une grande joie. Et tous mes collègues ici présents qui sont passés à cette place avant moi le confirmeront

sans doute car les impressions des rapporteurs de synthèse se transmettent, elles aussi.

Une certaine angoisse parce que le défi est de nature à intimider les plus courageux. En arrivant ici, jeudi dernier, avec toute l'équipe qui est ici présente, je vis inscrit en grandes lettres sur la façade de cet immense bâtiment le mot « aréna » et je me demandai si j'étais venue pour participer aux jeux du cirque ou à un combat de gladiateurs. Heureusement, je crois qu'il n'en est rien et dimanche matin, lorsque nous inaugurons ce congrès, je vis que notre président avait transformé la scène en agora, et l'agora, la place publique, lieu de forums et de rencontres, de débats, est un lieu plus sympathique qu'une arène. En tout cas, je suis heureuse que tout ceci se passe à Montpellier, dont on nous a dit lundi matin que le droit d'un côté et l'université de l'autre avaient joué un rôle essentiel dans son histoire. L'université, lieu par excellence de la transmission du savoir, en tout cas il faut l'espérer. Une grande joie et aussi une grande émotion, d'abord parce que c'est un grand honneur que vous faites à tous ceux que vous invitez à remplir cette mission. Et puis aussi parce que, avec Philippe Potentier, mes relations sont anciennes, et qu'elles font remonter à mon esprit une foule de souvenirs. C'est une véritable aventure à laquelle le 108^e congrès m'a conviée à participer –aventure collective– et je voudrais tout de suite, en commençant, exprimer mon amitié, mes remerciements mais surtout mon admiration à l'équipe qui est ici présente à côté de moi pour le travail qu'elle a réalisé, mais surtout pour l'engagement et pour l'endurance dont elle a fait preuve dans un cheminement qu'il faut combiner avec une famille, une étude, bref des contraintes ordinaires. Et puis est venu le jour de la grande épreuve, c'est-à-dire le congrès lui-même. Je ne dirais pas tout à fait que les débats y ont été vifs tant il m'a semblé que s'exprimait un véritable consensus, un consensus extrêmement profond qui est la grande force de la profession notariale. Mais les débats ont en tout cas été toujours riches, toujours denses, toujours fructueux et enrichissants, et de cela aussi il faut vous remercier.

Après ces chemins de traverse, il est temps de venir au sujet : la transmission donc. Lundi matin, notre rapporteur général a présenté le sujet en des termes qui étaient très saisissants. « *Le sujet est là* », a-t-il dit, « *immense, majestueux et d'une ampleur impressionnante* ». Il restait à l'équipe à le comprendre au sens le plus littéral de ce mot, c'est-à-dire à le prendre avec soi, à s'en emparer et c'est je crois ce que nous avons tenté de faire. « *Sujet magnifique pour le notariat* », a dit Éric Durand lundi matin, notarial parce que juridique, parce que patrimonial mais pas seulement. On ne transmet pas seulement ses biens, ce que l'on a, on transmet d'abord ce que l'on est,

on transmet ce que l'on pense, ce que l'on sait, ce que l'on croit. On transmet aussi d'ailleurs ce que l'on souffre, et même le mal qui est en chacun d'entre nous, car dans la condition humaine, le bien et le mal ne sont jamais séparés, ils sont toujours imbriqués l'un dans l'autre et la transmission imbibe la totalité de notre condition. C'est elle qui nous fait exister, et c'est elle qui fait de nous des êtres humains.

« *Je vous ai transmis ce que j'ai reçu* » écrit Saint-Paul dans la lettre aux Corinthiens. Et sous son apparente simplicité, cette phrase me paraît dire le tout de la transmission. Pour transmettre, il faut d'abord recevoir, c'est-à-dire qu'il faut accepter de recevoir. Il faut renoncer à être le créateur de soi-même, il faut accepter de prendre place dans une chaîne et de se tenir à sa place. Et puis ensuite, il faut comprendre que ce que nous avons reçu n'est pas fait pour que nous le gardions pour nous-mêmes, mais qu'il y a un véritable devoir de transmettre. Fustel de Coulanges, lorsqu'il observe le droit des successions dans les sociétés antiques, fait un constat, il dit : « *Ce ne sont pas les biens qui passent de main en main, c'est l'homme qui passe* ». Formule un peu brutale à vrai dire, qui nous rappelle sans précaution la précarité de notre condition humaine mais qui nous dit aussi que si l'homme passe, il ne fait pas que passer, il est aussi un passeur. Et la transmission a besoin de passeurs, je crois que le notariat est un passeur de la transmission, en tout cas de la transmission patrimoniale.

Lundi matin encore, notre président nous a dit qu'à ses yeux c'est la musique qui lui paraît l'instrument le plus approprié pour signifier la transmission. Eh bien, je vous rassure tout de suite, le rapport de synthèse ne sera pas en musique, je ne sais pas chanter. Mais je voudrais plutôt vous présenter un triptyque, une sorte de retable à trois panneaux, qui évoque une devise quasi républicaine : liberté, égalité, flexibilité. Telles sont les trois étapes que je vous invite à parcourir avec moi. Je crois devoir tout de suite vous dire que mes trois panneaux ne sont pas exactement de dimensions égales. Si je me présentais au concours d'agrégation, ce serait impardonnable, j'espère que vous me le pardonneriez.

Et donc, considérons d'abord le premier panneau : la liberté. « *La transmission est toujours une démarche volontariste* », affirmait lundi après-midi Xavier Bouché, le président de la première commission. C'est un acte de volonté libre car volonté et liberté forment un couple inséparable. Dès lors, délimiter l'espace laissé par le droit de la transmission à la liberté des acteurs, s'interroger ensuite sur la substance de la volonté qui impulse la transmission, telles sont les deux questions qui ont animé nos débats.

D'abord, l'équilibre entre liberté et contrainte. C'est une question inhérente au droit, c'est particulièrement perceptible dans le droit de la transmission. La société, nous a-t-il été dit, à travers l'État, à travers la loi, a un regard sur la transmission qu'elle encadre. Ce cadre est une contrainte. Faut-il plus ou moins de contraintes ? Y a-t-il trop ou pas assez de contraintes ? C'est la question posée notamment par Nicolas Randoux lors de la deuxième commission, et l'équilibre est difficile à trouver. Le point d'ancrage principal de cet équilibre, c'est bien sûr la réserve héréditaire, qui est le pilier de notre droit successoral, a-t-il été dit à plusieurs reprises. Mais la réserve serait-elle passée de mode ? Sur ce point, le 108^e congrès a pris ses responsabilités en proposant sans tergiverser de réaffirmer l'attachement du notariat à la réserve héréditaire. Cette question a donné lieu à des débats très denses et très riches. Mais en même temps, il a fait apparaître une unanimité que nous n'attendions pas nécessairement. Heureusement, si j'ose dire pour le caractère démocratique du débat. Il s'est trouvé, je crois, deux voix pour faire entendre une opinion minoritaire. Mais heureusement aussi, je dois le dire –en tout cas à mon sens– finalement l'utilité de la réserve et son actualité ont été fortement rappelées. Son utilité a été rappelée avec tant de force qu'il est apparu nécessaire de l'insérer aussi dans l'ordre public international au regard de l'article 35 du Règlement communautaire. Était-ce un vœu pieux ou un coup d'épée dans l'eau, comme certains des intervenants ont paru le penser ? Je n'en suis pas sûre car le débat est ouvert sur la portée de l'article 35 du Règlement communautaire, et que le notariat fasse entendre sa voix dans ce débat me paraît être nécessaire et de bon aloi. Et puis, je partage l'avis qui a été exprimé par un intervenant : le droit est organisé en système, et la cohérence de notre système juridique mérite d'être défendue. Cela étant, la réserve que vous avez ainsi massivement approuvée n'est pas une réserve figée. Elle a évolué, elle évolue, elle évoluera. On peut conjuguer le verbe à tous les temps. Une évolution majeure de la réserve a été apportée par la loi du 23 juin 2006 : c'est la généralisation de la réduction en valeur. Cette innovation affecte profondément la substance même de la réserve. Ce n'est pas seulement une commodité pratique. Je crois, comme l'a dit aussi un intervenant, que nous n'avons pas fini de tirer toutes les conséquences et toute la portée de cette transformation. Néanmoins, la question peut se poser de savoir si on n'est pas allé trop loin. À vrai dire, c'est peut-être ce que je pense au fond de moi-même, mais c'est surtout ce que suggère la deuxième proposition de la deuxième commission, qui suggère de limiter la réduction en valeur des legs lorsqu'ils sont consentis à des non successibles aux hypothèses où le legs a été consenti par un testament authentique. C'est sans doute le conseil et la pédagogie qui justifient la proposition, certains comme Laurent Leveneur, trouvant en effet que la loi va trop loin, ont pensé que la proposition, elle, n'allait pas assez loin, mais tout est affaire d'équilibre là encore. Ensuite, cette réserve ainsi réaffirmée se trouve dotée d'une

plasticité nouvelle, elle glisse vers l'ordre public de protection, et dès lors elle s'ouvre à de nombreux aménagements dès lors que ces aménagements ont été consentis par le titulaire ou le réservataire. Ainsi, par exemple, nous avons entendu qu'il fallait étendre le champ des renonciations possibles et permettre de grever la réserve de charges lorsque le réservataire y consent. Nous avons même entendu ce matin qu'on pourrait faire entrer dans la collectivité des réservataires des personnes étrangères à la famille, des non-successibles, dès lors qu'un consentement unanime se réalise autour d'un pacte de famille. Ainsi, nous pouvons constater qu'un équilibre forme la marque du 108^e congrès : affirmer de manière forte les principes qui structurent notre droit successoral mais montrer que ces principes ne sont pas incompatibles avec les adaptations nécessaires aux besoins de la société contemporaine. Au contraire, il faut résister aux contournements qui font que la réserve est devenue une mauvaise maison de tolérance, je reprends la formule un peu elliptique de Jean-Pierre Ferrandes. La cohérence du système, là encore, est en cause. C'est le sens du vœu présenté ce matin par la quatrième commission à propos des contrats d'assurance-vie. Civilisons l'assurance-vie, tel est le programme, et là aussi le congrès a montré qu'il n'hésite pas à affronter des questions délicates, même s'il le fait de manière subtile, en évitant la question de la qualification pour se polariser uniquement sur le régime de l'opération. La bataille n'est peut-être pas encore tout à fait gagnée mais il n'est pas nécessaire de réussir et encore moins d'avoir réussi pour persévérer. Enfin, pour quitter la réserve héréditaire, on voit bien que l'équilibre entre la contrainte et la liberté passe aussi par la fiscalité. La fiscalité peut encourager la transmission ou au contraire la dissuader. Les vœux proposés par la quatrième commission voulaient dire qu'il est à souhaiter que la fiscalité ne dissuade pas la transmission.

Liberté donc, et derrière la liberté, la volonté. Mais quelle volonté ? D'abord celle de celui qui transmet. Et la volonté de celui qui transmet est caractérisée par l'intention libérale. Vaste serpent de mer, il fallait tout le courage de la première commission pour affronter l'obstacle. Xavier Guédé nous a proposé une définition, certainement contestable, imparfaite, mais qui a le mérite de fournir un guide au praticien lorsqu'il lui faut identifier la présence des libéralités. Le vœu a paru surprendre un peu l'auditoire. Sans doute était-il trop tôt dans le déroulement du congrès, ou bien alors peut-être ne savait-on pas très bien à qui le vœu s'adressait. Quelques congressistes rencontrés au détour des allées m'ont avoué être restés un peu sur leur faim après le débat sur cette notion mais il me semble qu'au moins la définition proposée a un rôle utile et pratique incontestable. Mais la volonté du disposant n'est pas la seule. Face au transmettant, il y a celui qui reçoit, le récipiendaire ou le bénéficiaire. Et le bénéficiaire n'est pas un sujet passif, sa volonté aussi s'exprime, il accepte, renonce,

cantonne. Le mouvement de contractualisation du droit de la famille fait que la transmission n'est pas seulement de plus en plus libre ou de plus en plus volontaire, elle est aussi de plus en plus concertée. Simplement quelques exemples : la plasticité de la transmission, faculté de cantonnement. Ici, ce n'est pas tellement l'ordre public réservataire qui est atteint par la faculté de cantonnement, c'est plutôt le principe traditionnel de l'indivisibilité de l'acceptation. Le bénéficiaire d'une libéralité n'est plus dans une situation où tout est à prendre ou à laisser, il peut moduler le bénéfice selon ses aspirations, selon ses besoins ou selon le besoin des autres. C'est pourquoi, le cantonnement, a-t-il été dit avec beaucoup de force par Frédéric Petit, est un véritable outil d'aménagement de la transmission, facilitée et pacifiée. Le vœu qui vous a été proposé était très simple : corriger quelques faiblesses constatées du mécanisme, mais en réalité, je crois qu'il s'adressait surtout à la pratique notariale pour la convaincre de pratiquer le cantonnement, d'utiliser les outils qui lui sont proposés par la loi, de les perfectionner quand c'est nécessaire.

Enfin, il faut souligner que la volonté du bénéficiaire de la transmission peut parfois contredire celle du disposant. Et un excellent exemple en est fourni par l'hypothèse du rapport dû par l'héritier qui a été gratifié en avance de parts et qui renonce à la succession. L'hypothèse a été magnifiquement disséquée par Priscille Caignault montrant que le renonçant n'est jamais celui qui souffre de sa renonciation mais qu'il peut en faire souffrir tous les autres. Eh bien, là aussi, à cette situation apparemment insoluble, la loi offre un remède, avec la clause prévue à l'article 845 du Code civil permettant d'imposer au gratifié le rapport malgré sa renonciation. J'espère tout simplement qu'après le 108^e congrès, la clause deviendra de style dans toutes les donations notariales.

Reste enfin à dire que pour que la volonté soit efficace, il faut qu'elle s'exprime, et quand elle s'exprime, elle s'exprime dans une forme. Il y a très longtemps, Louis Lucas avait montré que, lorsque l'acte est gratuit, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas de contrepartie économique, la volonté doit être inscrite dans une forme qui la solennise et qui la protège. Il en est de même du recul de l'ordre public. Plus la volonté est puissante parce que la loi recule, plus il faut que la volonté soit canalisée par une forme, et M^e Sébastien Huyghe nous en a donné l'exemple extrêmement frappant, du formalisme de la RAAR rendu nécessaire tout simplement pour éviter le contrôle du juge sur la renonciation.

Sur le terrain de la forme, le 108^e congrès a là aussi pris ses responsabilités de manière tout à fait spectaculaire. Maître Sébastien Ginon nous a d'abord proposé une simplification du testament par acte public. En effet, le rôle des notaires est plutôt d'établir des actes authentiques. Il est malsain qu'ils en soient réduits à préférer un

acte sous seing privé pour des raisons de responsabilité, de simplicité ou de risque. Modifier la forme des testaments authentiques est je crois une entreprise de clarification utile. Mais surtout, c'est la troisième commission qui s'est attaquée avec vigueur au grand désordre des libéralités sans forme. Le cumul de la dématérialisation des biens avec les traditions virtuelles conduit en effet à une dérive du don manuel non régulé. Et cela conduit la troisième commission, par la voix de Stéphanie Arnaud, à proposer une clarification du domaine des donations sans forme. L'entreprise est courageuse, elle est même audacieuse, et le professeur Malaurie l'a comparée au combat de Don Quichotte contre les moulins à vent, mais elle a manifestement suscité une forte adhésion chez l'ensemble des participants. Je me permets d'évoquer aussi la mémoire de François Gaudu, qui avait coutume de dire : «*Les seules batailles que l'on est sûr de perdre, ce sont celles que l'on décide de ne pas mener* ».

Arrivons maintenant au deuxième panneau du triptyque : l'égalité. L'égalité, c'est un principe cardinal en droit successoral mais c'est une notion complexe dont le contenu est finalement plus difficile à cerner qu'il n'y paraît. *A priori*, l'égalité est la garantie de la paix des familles mais on peut constater que parfois elle produit l'effet inverse et suscite d'interminables contestations. Au cours du congrès, l'égalité a été rapprochée, ou peut-être confrontée—je ne sais pas— avec l'équité. L'égalité a, en apparence en tout cas, un confortable contenu mathématique qui donne une impression de certitude. L'équité, c'est un contexte mou, on ne sait pas très bien si elle complète l'égalité, s'y oppose, si elle la renforce. En tout cas, les propositions du 108^e Congrès conduisent à se poser deux questions. Quand on parle d'égalité, de quelle égalité parlons-nous ? Et ensuite, comment la réalise-t-on ?

Première question : de quelle égalité voulons-nous parler ? Le contenu de l'égalité successorale, en effet, est lui-même variable, évolutif. Il évolue d'abord en fonction de la loi successorale et puis il évolue en fonction de la conception que la société se fait de la famille. D'abord, en fonction de la loi successorale, un phénomène très frappant : depuis la loi du 23 juin 2006, l'avènement de la notion de souche devient le véritable sujet du droit successoral, en tout cas dans la ligne descendante. C'est ce que l'on voit apparaître dans les donations-partages transgénérationnelles. C'est aussi ce que l'on perçoit à travers la représentation de l'héritier renonçant. Désormais, l'égalité successorale est beaucoup moins une égalité entre les héritiers, entre les personnes, qu'une égalité entre les souches. On le voit très bien à travers la problématique du rapport dû par un héritier renonçant dont j'ai dit quelques mots déjà tout à l'heure, où les droits sont définis par souche et où les libéralités s'imputent sur les droits de la souche. C'est un changement tout à fait majeur dans le droit successoral dont là aussi, probablement, on n'a pas encore mesuré tout à fait la

portée. Mais, je l'ai dit tout à l'heure, le contenu de l'égalité successorale varie aussi avec les transformations de la famille. Et ce qui nous a été montré ce matin en est un très fort témoignage : cette préoccupation d'intégrer dans une transmission unique les enfants vivant dans des familles recomposées, quelle que soit leur origine et quelle que soit la famille dont ils sont issus. L'un des intervenants a parlé de façon très imagée de l'effet tribu. Ça veut dire qu'au fond ici la transmission ne repose pas seulement sur un lien de parenté, lui-même fondateur d'une vocation successorale, mais qu'elle repose directement sur l'affection et sur la volonté d'intégrer l'ensemble des enfants, quelles que soient les unions dont ils sont issus, dans une transmission unique avec un traitement identique. Vous l'avez vu ce matin, la proposition va très loin puisqu'elle propose même de faire rentrer ces enfants dans la collectivité des réservataires. Tout l'équilibre de cette proposition repose sur l'idée d'un consentement unanime des membres de la famille, autrement dit sur la nature de pacte de famille qui sera reconnue à l'acte. La proposition a fait débat. Quelques-uns des participants ont souligné le risque qu'il y a à parier ainsi sur l'avenir de la famille recomposée. D'autres ont souligné que cela consistait à dissocier des règles qui ont vocation à aller ensemble, autrement dit à dissocier le droit de l'obligation qui, dans une vocation héréditaire, sont liés l'un à l'autre. Mais quel que soit le sentiment qu'on en a, il y a là une attente pour une partie au moins de la société.

Transformations donc du contenu même de l'égalité mais aussi problème des instruments. Comment la réaliser ? L'instrument naturel de l'égalité successorale, vous le connaissez tous, c'est le rapport des libéralités. Mais jusqu'où faut-il aller ? C'est la question posée par Priscille Caignault. L'égalité doit-elle être si absolue qu'il faudrait tout compter ? Et c'est en ces termes que la deuxième commission aborde la question de la mise à disposition d'un bien dont a bénéficié l'un des héritiers. Un bien, ça veut dire en pratique, compte tenu de l'expérience de la jurisprudence, la mise à disposition d'un logement. Et là aussi, la proposition du 108^e congrès est particulièrement radicale. S'appuyant sur une quinzaine d'années d'expérience, elle considère que vouloir soumettre à rapport l'occupation gratuite d'un logement ne fait qu'introduire la confusion dans la pratique, susciter des revendications et compliquer le règlement des successions. C'est pourquoi elle a proposé de soustraire au rapport, sauf volonté contraire du *de cujus*, la mise à disposition d'un bien. Si la proposition est en effet un peu radicale, elle doit être tout de même bien comprise. Il ne s'agit pas de dire que les donations de fruits et revenus ne sont pas rapportables, elles le sont par application des règles générales qui valent pour toutes les donations. Il s'agit simplement de dire qu'écrire une règle particulière pour les donations de fruits et revenus accroît la confusion. Il ne s'agit pas non plus de dire que la mise à disposition d'un logement ne sera jamais rapportable. Il s'agit de dire qu'il faut laisser

au disposant le soin d'en décider en fonction de l'ampleur de l'avantage qu'il consent, en fonction de l'intérêt dans lequel il agit, en fonction du but qu'il poursuit. Bref, cette proposition entend simplement soumettre la mise à disposition d'un bien au même régime que les frais d'entretien et d'éducation, ce qui, somme toute, correspond assez bien à sa nature. Et puis, à bien y regarder, c'est la notion même de rapport qui est ici en question. Le rapport n'est pas à mon sens essentiellement tourné vers le passé. Ça n'est pas un instrument qui vise à rattraper toutes les inégalités dont chacun des héritiers a pu se sentir victime à un moment donné de sa vie. Le rapport est tourné vers l'avenir et il a une vocation patrimoniale, autrement dit c'est un instrument dont le but est d'assurer le partage égal du patrimoine successoral.

J'en arrive ainsi à mon troisième panneau que j'avais intitulé flexibilité. Le mot flexibilité est à la mode, c'est un concept très actuel. En droit du travail on parle de flexi-sécurité. Eh bien, je crois que c'est le même oxymore que l'on voit pénétrer le droit de la transmission. Les besoins d'adaptation sont divers et revêtent des formes différentes.

La première manifestation de cette aspiration à la flexibilité se rencontre dans les donations où le besoin de réversibilité se fait sentir. « *La vie change, il faut pouvoir changer d'avis* », a dit Bertrand Savouré lors de l'ouverture du congrès. Fidèle à sa méthode, le congrès s'est d'abord préoccupé de réaffirmer en termes très forts le principe de l'irrévocabilité spéciale qui caractérise les donations. Et j'ai été très frappée de voir qu'en un temps où la doctrine s'emploie à démontrer que l'irrévocabilité spéciale n'a pas d'utilité, le notariat a manifesté très clairement son attachement à cette règle. Autrement dit pour vous, l'irrévocabilité spéciale est consubstantielle à l'intention libérale et surtout il me semble que votre préoccupation est d'affirmer que la donation n'est pas un contrat comme un autre. La formulation de cette règle de l'irrévocabilité spéciale permet d'en préciser la portée. Ce qui est essentiel, c'est que l'irrévocabilité porte sur l'émolument transmis au donataire. J'observerai ici qu'on rencontre là un principe général qui traverse tout le droit des biens, c'est-à-dire une tendance à ne plus observer les biens que sous l'angle de leur valeur. C'est la valeur qui caractérise le bien, et c'est ici la valeur qui caractérise l'irrévocabilité. Dès lors que la valeur transmise n'est pas remise en question, l'irrévocabilité est satisfaite.

À partir de cette définition tout à fait précise, bien des aménagements sont possibles qui permettent de modifier la donation sans mettre en cause le transfert de valeur. Xavier Bouché les a présentés, les uns après les autres : les donations optionnelles qui permettent de modifier l'objet même de la donation, le droit de retour lui-même optionnel, et même le *mutuus dissensus* dont, curieusement, il apparaît que le régime

mérait d'être explicité. Au cours de ces débats lundi après-midi, les participants ont souligné unanimement l'utilité pratique incontestable de toutes ces figures juridiques. Le débat a surtout porté sur la question de savoir si on avait besoin de la loi pour y arriver ou s'il ne suffisait pas de laisser faire le contrat. Mais, parfois la loi vient garantir le contrat. Cela-dit, la flexibilité que vous appelez de vos vœux n'est pas bornée par l'irrévocabilité spéciale. D'autres ajustements sont apparus nécessaires pour donner à l'outillage des libéralités qu'offre le droit de la transmission toute son efficacité. C'est d'abord la libéralité graduelle qui apparaît comme trop rigide. Y permettre la subrogation lui conférerait une plus grande souplesse et Stéphanie Arnaud a montré avec beaucoup de force que cette souplesse permettrait de traduire de manière plus juste les nuances de l'intention libérale. Je comprends qu'il s'agit d'équilibrer l'avantage conféré au premier gratifié et celui cédé au second.

C'est aussi dans les transmissions d'entreprises que l'on a besoin de flexibilité et la quatrième commission l'a montré ce matin, la flexibilité attendue ici est liée à la nature particulière du bien qu'il s'agit de transmettre et à l'importance qu'il présente, non seulement pour le patrimoine du disposant ou de celui qui va recevoir, mais surtout à son importance économique et sociale pour la société tout entière. Ici, la flexibilité m'a paru résulter d'une combinaison d'outils dont certains sont juridiques et d'autres fiscaux. Il faut une certaine ingéniosité –mais Fabrice Luzu n'en manque pas– pour suggérer tous ces perfectionnements. En dehors du droit des libéralités, la transmission est aussi régie par les principes traditionnels qui sont des principes simples mais des principes très forts de notre droit successoral. Je pense notamment au principe de continuation de la personne et à la saisine héréditaire. Et, au long de ces trois jours de débats, à plusieurs reprises les intervenants ont souligné l'attachement du système français à ces principes de continuation de la personne et de saisine. Attachement certes, mais là aussi des adaptations apparaissent souvent nécessaires et utiles. Ces adaptations, la loi les permet. Elle les permet notamment à travers l'institution du mandat à effet posthume. C'est justement l'objet du mandat à effet posthume que de fluidifier la transition et Stéphanie Arnaud, là encore, nous a montré que le mandat à effet posthume peut devenir un bel instrument de transmission pacifiée. Pour cela, il suffit de développer les virtualités qu'il contient pour en asseoir ou améliorer l'efficacité, renforcer les pouvoirs du mandataire, limiter les pouvoirs des héritiers. J'en profite pour dire qu'à mon sens, si renforcer les pouvoirs du mandataire et limiter ceux des héritiers renforce en effet les ressemblances du mandat posthume avec la fiducie, ça ne me paraît pas du tout de nature à en faire une libéralité.

Enfin pour finir, dernier outil flexible qui vous a été proposé ce matin, c'est le fonds familial, car la quatrième commission s'est montrée particulièrement ingénieuse pour remplir la boîte à outils. Fabrice Luzu a exposé et défendu le fonds familial avec beaucoup de talent. C'est en effet un montage très original, très créatif qui répond certainement à des besoins multiples d'assistance et de solidarité dans la société contemporaine, et qui a suscité dans l'auditoire une très forte adhésion.

Voilà, je crois avoir parcouru les trois jours de débats en oubliant certainement beaucoup d'interventions intéressantes, parfois amusantes, parfois surprenantes, mais j'espère ne pas avoir omis l'essentiel. Au moment de terminer, je voudrais évoquer Jean Giraudoux et sa pièce « *Intermezzo* ». Giraudoux y met en scène un dentiste qui se promène sur la scène avec un diapason. Le dentiste dit : « *Le destin a prévu pour chacun d'entre nous un rôle particulier, moi il m'utilise pour les transitions* ». Eh bien, je crois que le notaire est le personnage que le destin utilise pour les transmissions. Je crois aussi que c'est, au-delà du notaire et du notariat, la fonction du droit. Il me semble qu'une des fonctions les mieux assurées du droit dans la société, c'est d'assurer la persistance de la société dans son être, et pour cela, d'organiser et d'instituer la transmission de ce qui nous est commun et de ce qui nous fait vivre ensemble. Lundi matin, Philippe Potentier a terminé son propos en disant : « *Soyons humbles, le droit est une toute petite chose* ». Je crois comme lui que le droit n'est qu'une petite chose, mais une petite chose importante.

Philippe Potentier

Chère Yvonne, ai-je besoin d'ajouter quelque chose à des applaudissements aussi nourris et aussi mérités ? Un exposé très didactique, très structuré et une évocation littéraire pour terminer. Merci beaucoup Yvonne !

Le rapport de synthèse le confirme encore, j'observe l'extrême plasticité du thème de la transmission qui évolue allègrement entre philosophie, politique et droit. Oh ! Les clivages de réflexion ne sont pas très étanches, ils se renvoient l'un à l'autre dans un mouvement pendulaire étonnant. J'observe cependant un fil d'Ariane évident dans l'étude de la transmission. C'est tout simplement l'homme, au cœur de toute problématique, qui renvoie la seule question qui vaille : pourquoi l'homme transmet-il ? La réponse à cette question nous transporte sur un terrain beaucoup plus métaphysique. La table ronde dont j'ai eu l'idée est née de cette interrogation. J'ai proposé trois éclairages. Si l'homme a une origine divine, Dieu qui a créé l'homme a également créé le genre humain, et c'est ce lien parfois visible, parfois

invisible de l'humanité que crée la transmission. Je sais bien, les réfractaires à toute considération divine opposeront des arguments de pure raison. Et puis enfin, au milieu du gué, il y a la science qui explique également la transmission. Alors la transmission, foi, science ou raison ? Il est temps que j'invite Monseigneur Di Falco, Axel Kahn, Luc Ferry à venir démêler avec nous l'écheveau. Je les invite à me rejoindre sur scène.

Je ne veux absolument pas créer d'ambiguïtés. Le clivage apparent entre nos trois intervenants est tout à fait artificiel. Science, philosophie, religion se fondent dans un bel humanisme dans lequel j'ai plaisir à les unir.

TABLE RONDE

Franz-Olivier Giesbert

Tout d'abord un petit mot pour vous dire que nous sommes tous heureux d'être là dans ce Congrès des notaires à l'invitation de Philippe Potentier, je dois dire que je travaille dans un journal, *Le Point*, que je dirige même, qui aime les notaires, et en même temps je pense que nous, journalistes, on vous jalouse aussi pas mal, parce qu'au fond, vous en savez plus que nous sur les Français parce que les Français vous parlent à l'oreille. Alors pour commencer ce débat, j'ai envie d'opposer tout de suite Philippe Potentier et Socrate. Philippe Potentier, dans ce recueil, édité par le Congrès des notaires— nous explique que nous sommes tous la somme des personnes que nous avons rencontrées, qui nous irriguent. Et de l'autre côté Socrate. Socrate, lui, disait qu'il fallait se débarrasser des coutumes. Et puis sa grande phrase, celle qu'on connaît tous : « *Ce que je sais, c'est que je ne sais rien* ». Donc s'il ne sait rien, il n'a rien à transmettre. Pour entamer le débat, j'ai envie d'interroger chacun d'entre vous. On va commencer peut-être par le philosophe parce que c'est une question hautement philosophique. Ensuite, chacun essaiera de traiter le thème en fonction de sa spécialité ou plutôt de ce qu'il représente ici puisque c'était une très bonne idée d'avoir ici la foi, la science et la philosophie. On commence par Luc Ferry.

Luc Ferry

Je partirais d'une réflexion toute simple. Je crois qu'on peut avoir envie de transmettre pour plusieurs motifs. On peut transmettre par fidélité. En latin, *fides*, c'est à la fois la confiance, c'est aussi la fidélité, c'est aussi la foi. Fidélité à une

révélation, fidélité à une culture du peuple auquel on appartient, de la Nation à laquelle on appartient. On peut avoir envie de transmettre ses gènes, après tout ça fait partie de la vie biologique. On peut aussi avoir envie de transmettre par amour. Et je pense que l'une des révolutions les plus importantes des temps modernes, à laquelle j'ai consacré trois ou quatre livres déjà, c'est l'invention en Europe dans les temps modernes du mariage d'amour, ce que j'ai appelé la révolution de l'amour, c'est-à-dire le passage du mariage arrangé, le mariage arrangé par les familles et même par les villages, au mariage par amour. Au Moyen Âge, le mariage était l'occasion de réconcilier des familles qui étaient fâchées entre-elles, c'était l'occasion de mettre ensemble des parcelles de terrain. La finalité du mariage, c'était essentiellement le lignage par la transmission du nom et du patrimoine à l'aîné. Le mariage n'avait aucun rapport particulier avec l'amour, il n'était pas fondé sur le sentiment. Et au fond, c'est seulement après la Deuxième Guerre mondiale que ce mariage fondé sur la passion amoureuse va devenir véritablement la règle, cela change profondément je crois les données de la transmission. Je pense que nous avons vécu deux événements très importants dans l'histoire de l'Europe récente : d'abord, cette invention du mariage d'amour, donc le passage du mariage arrangé par les villages au mariage choisi par et pour l'amour par les jeunes gens. Et puis on a vécu toute une série d'événements qui sont liés à ce que j'appelle la déconstruction des traditions. Nous avons connu en Europe un XX^e siècle de déconstruction des traditions comme jamais dans l'histoire de l'humanité. On a déconstruit la figuration en peinture, la tonalité en musique, les règles traditionnelles du roman, du théâtre, de la danse, du cinéma. Et là aussi, ça pose un problème de transmission parce que nous sommes rentrés dans une société qui est à la fois une société de déracinement et d'innovation permanente, pour le meilleur et pour le pire. Voilà les deux événements majeurs qui bouleversent la question de la transmission aujourd'hui.

Franz-Olivier Giesbert

Luc, une question de journaliste : Vous êtes plutôt Potentier ou Socrate ?

Luc FERRY

Tout à l'heure, notre collègue dans son rapport disait que pour transmettre, il faut avoir reçu. Je suis très favorable à cette idée. Je pense que l'ingratitude est un sentiment détestable, il faut évidemment avoir reçu. Mais il faut autre chose que cette tradition pour transmettre, il faut aussi avoir la volonté de le faire. Et je pense que le ressort est la transmission aujourd'hui dans les familles, que ce soit la

transmission du patrimoine ou la transmission des savoirs, par exemple, à travers l'éducation. L'éducation, c'est quoi ? C'est l'amour, la loi et les savoirs, c'est chrétien, juif et grec pour nous dans la tradition occidentale. Il faut cette volonté de transmettre, que ce soit le patrimoine ou les connaissances. Cette volonté de transmettre aujourd'hui, dans la famille moderne, est liée à ce sentiment d'amour qui est la fondation même de la famille et qui d'ailleurs est très largement un héritage chrétien, même si c'est seulement dans l'Europe moderne et véritablement seulement après la Deuxième Guerre mondiale que cette logique du mariage d'amour est devenue universelle en Europe.

Franz-Olivier Giesbert

Donc vous mettez du Socrate dans votre Potentier, ou du Potentier dans votre Socrate.

Luc Ferry

On peut le dire comme ça.

Franz-Olivier Giesbert

Monseigneur Di Falco, vous croyez à la transmission, d'abord et avant tout à la transmission, n'est-ce-pas ? Vous n'êtes pas très socratique.

Monseigneur di Falco

Si je n'y croyais pas, il me suffirait d'observer l'histoire de l'Eglise pour y croire. Douze pauvres types et 2000 ans après, un milliard 500 ou 600 millions de chrétiens.

Franz-Olivier Giesbert

Autant que ça vraiment ?

Monseigneur di Falco

Oui. Enfin, chrétiens. Je n'ai pas dit catholiques. Pas loin de deux milliards. Je pense que la transmission, c'est l'âme même, c'est le cœur de l'Eglise. A quoi sert l'Eglise sinon à transmettre ce qu'elle a reçu ?

Franz-Olivier Giesbert

Axel Kahn, vous êtes plutôt Socrate ou plutôt Potentier ?

Axel Kahn

Je vais commencer par déconstruire la question.

Pour quelle raison ? Parce qu'en réalité Socrate ne montre aucune humilité particulière. Il faut savoir immensément pour savoir qu'on ne sait pas.

Franz-Olivier Giesbert

Et il a transmis beaucoup par Platon, vous auriez pu me répondre ça aussi puisque Platon a fait son œuvre avec les propos de Socrate.

Axel Kahn

Au départ, les premiers êtres humains *homo sapiens* apparaissent il y a 200 000 ans. *L'homo sapiens* est entouré d'une série de phénomènes. Il s'interroge à propos de phénomènes et trouve des réponses. Il met des nymphes, des divinités, des phénomènes, il n'y a nulle incertitude et il est certain qu'il sait, il croit qu'il sait, et il ne sait pas qu'il ne sait pas. Et ce n'est qu'à partir du moment où il y a une exigence de la connaissance des phénomènes par une autre approche que l'on peut aborder la dure réalité : c'est que malgré tout ce que l'on sait, ce dont on est le plus certain, c'est qu'il y en a encore beaucoup plus à trouver. Par conséquent, je vous propose d'instituer Philippe PotentierSocrate ! On l'applaudit, naturellement.

Donc, je ne les oppose pas, et je pense que le dialogue entre foi et science –j'étais il y a quelque années avec Monseigneur Ravasi justement à dialoguer au Vatican sur le rapport entre foi et science– a ceci d'extraordinaire et de tout à fait passionnant que la philosophie qui caractérise la rationalité d'un homme de foi et la rationalité d'un scientifique ont des points communs, ils ont des points de différence naturellement. Le point commun c'est une vraie exigence de rationalité, c'est-à-dire l'exigence de s'énoncer sous une forme qui peut être appréhendée, reprise, modifiée, contredite, confirmée rationnellement par autrui, c'est-à-dire de s'inscrire dans un dialogue,

dans un discours, et le scientifique comme le philosophe Saint-Thomas d'Aquin ou d'autres, ou Saint-Augustin ont cette caractéristique. La grande différence bien évidemment –mais elle n'est pas absolue– c'est que l'homme de foi pour certaines choses sait à peu près là où il doit arriver. Entre les deux, il y a une immense liberté intellectuelle mais il sait à peu près où il doit arriver, et il y a des points qui ne devraient pas être remis en question, alors que normalement –ce n'est pas toujours le cas– l'homme de science ne sait pas où il doit arriver. Donc nous cheminons ensemble puis à un moment donné, nous divergeons. Mais vous voyez, je suis extrêmement œcuménique ce soir, donc j'ai relié Philippe Potentier avec Socrate, et j'ai indiqué combien le dialogue entre foi et science n'était pas un dialogue contre nature, et entre les deux–on va y mettre Luc Ferry quand même– entre les deux, il y a la rationalité, et quand on ne peut plus se servir de la rationalité physique, on appelle la rationalité métaphysique.

Franz-Olivier Giesbert

Je vais vous demander de parler de la transmission dans votre domaine qui était tout à l'heure bien défini par Philippe Potentier. On va commencer peut-être par Jean-Michel di Falco.

Monseigneur di Falco

En raison des successions que vous avez à régler, la transmission est souvent liée à la mort. On transmet parce qu'on va mourir dans dix ans, dans vingt ans, dans trente ans, peut-être tout à l'heure. Sans vouloir faire du Houellebecq, notre époque est farouchement jeuniste. Qu'on pense simplement à la moquerie de la décrépitude qui fit le pain des humoristes. On rêve d'une éternelle jeunesse, depuis les crèmes de beauté anti-âge, les injections de botox jusqu'aux chimères du transhumanisme qui espère abolir la mort par la magie de la technologie. Ce rêve m'apparaît non seulement impossible mais nocif en ce qu'il entraîne une attitude vis-à-vis de la mort –et donc de la vie– profondément déshumanisante. Dans le désir de s'accrocher à tout prix à ce qui est, ce qu'on connaît, dans le refus de transmettre, de lâcher prise, de partir vers l'inconnu ou le néant. Même pour nous, croyants, pour qui la mort est un passage, une traversée, les eaux de la mort peuvent être amères. Que ce soit vers l'inconnu ou le néant, il s'agit de donner, de se donner, de partir et de s'effacer. Pendant les années où j'étais porte-parole et où j'étais souvent interrogé, j'avais fait le constat qu'un grand nombre de nos contemporains qui refusaient l'idée de résurrection s'intéressaient de très près à la réincarnation, tout simplement, je pense, parce qu'ils espéraient pouvoir retrouver ce qu'ils avaient connu, ce qui est beaucoup plus rassurant.

Luc Ferry

Je voudrais revenir sur la question du jeunisme d'abord, avant de parler de la mort. Je disais tout à l'heure que l'éducation, fondamentalement –c'est une métaphore évidemment– mais pour nous occidentaux européens, c'est chrétien, juif et grec. Chrétien, c'est la dimension de l'amour. Si vous n'avez pas transmis l'amour, vous ne donnez pas à vos enfants ce que Boris Cyrulnik appelle la résilience, c'est-à-dire la capacité de rebond par rapport aux accidents de la vie. Juif, c'est l'élément de la loi, l'élément de l'autorité. Si vous ne transmettez pas la loi à vos enfants, si votre non n'est pas un non, si votre oui n'est pas un oui, si vous n'avez pas d'autorité, vous rendez vos enfants incapables de rentrer dans l'univers de la civilité, de la cité, de la sociabilité. Et puis les grandes œuvres, ce sont les Grecs qui inventent les grands genres littéraires, la poésie, la philosophie, la rhétorique, la science, et donc c'est aussi la transmission des grandes œuvres. Et là où je suis pleinement en harmonie avec Monseigneur di Falco, c'est sur la question du jeunisme. Quand j'étais ministre de la jeunesse –parce que j'avais été aussi ministre de la Jeunesse et pas seulement de l'Éducation– j'ai rencontré quotidiennement les divers conseils de jeunesse. Je leur ai toujours dit qu'il fallait absolument sortir de ce que j'appelle le syndrome de Peter Pan. Peter Pan, c'est le petit garçon qui ne veut pas grandir. Et au fond, depuis 40 ans, depuis 50 ans en Europe, on ne cesse d'expliquer aux jeunes gens que vieillir est une catastrophe, prendre des cheveux blancs c'est un désastre. La cosmétique, le botox se multiplient. On est angoissé à l'idée de voir apparaître une ride. Je dis très clairement ceci : le monde des adultes, quand il est réussi est bien plus intense, bien plus passionnant, bien plus intelligent que le monde de l'enfance. On n'est rien de grand à 10 ans, on n'est ni un grand chef d'entreprise, ni un grand notaire, ni un grand joueur de foot, ni un grand joueur de tennis, ni un grand poète, ni un grand philosophe, ni un grand musicien. Et si on décourage nos enfants de rentrer dans le monde adulte et même d'accepter d'avoir des cheveux blancs, on les empêche précisément d'entrer dans la logique qui est celle de l'éducation, car l'éducation, qu'est-ce que c'est d'autre sinon le passage de l'enfance à l'âge adulte ? Et là, on a des sociétés minées littéralement par cette imbécillité qu'est le jeunisme. On a fait passer depuis une quarantaine d'années un très mauvais message à cet égard, et je pense que la transmission en a pris un coup, je rejoins intégralement mon voisin sur ce sujet.

Franz-Olivier Giesbert

Sur les propos de Monseigneur di Falco, j'aimerais aussi avoir le point de vue du scientifique parce qu'est-ce que ce refus de la mort, ce refus du vieillissement, est-ce seulement une caractéristique de notre époque ? Est-ce que ce n'est pas une caractéristique de l'homme ?

Axel Kahn

Je vais me différencier de Monseigneur di Falco et de Luc Ferry sur ce point, pas totalement mais en partie. Je pense que déplorer la mort et le vieillissement a toujours existé. D'ailleurs, voici l'un de mes poèmes préférés – sans doute– je suis resté jeune :

Mignonne, allons voir si la rose
Qui ce matin avoit desclose
Sa robe de pourpre au soleil,
A point perdu ceste vesprée
Les plis de sa robe pourprée,
Et son teint au vostre pareil.

S'il n'y a point de déploration du vieillissement dans ce poème et dans un nombre innombrable d'autres, qu'est-ce ?

Franz-Olivier Giesbert

Oui, j'ai envie de citer d'ailleurs un des plus beaux titres de livres que je connaisse, c'est Jean d'Ormesson qui l'a trouvé, c'est proprement génial, ce sont des mémoires : « *C'était bien* ». Ça c'est beau, ça aussi.

Axel Kahn

En revanche, pour dire effectivement que cette distinction entre mon analyse et celle de Monseigneur et de Luc n'est que partielle, c'est que notre époque a par rapport au phénomène – je ne parlerai pas du jeunisme et de l'enfance, c'est simplement une observation– une des caractéristiques aujourd'hui, c'est parfois le caractère totalement effrayant pour les jeunes du monde réel dans lequel on leur demande de s'engager. Il y a un monde pensé, un monde rêvé, un monde onirique, dans lequel il n'y a pas forcément la fée Clochette mais qui est fait de fraternité, de générosité et dans le monde qu'ils voient, le syndrome n'est pas celui de Peter Pan, c'est celui d'Oscar dans « *Le tambour* ». C'est-à-dire qu'Oscar, quand il voit le monde réel, le

monde des adultes, celui d'Hitler et ensuite celui de Staline, il ne voudra regrandir qu'après la mort de Staline, il refuse de s'y engager. Et ça, je peux vous le dire, dans les cabinets de psychologues et de psychanalystes, on a de très nombreux petits Oscar. La seule différence c'est qu'eux, malheureusement, ils ne peuvent éviter de grandir et par conséquent, ils sont chez les psychanalystes. Une caractéristique, néanmoins, de ce que l'on peut déplorer et qu'on a toujours regretté, qui est de perdre les attributs de l'âge mûr, de la force, de la jeunesse, de la beauté, de la séduction, c'est que jadis –c'est sûr, on le voit très bien avec les images de Homère, Socrate, Platon, Aristote– jadis, l'âge ancien était au moins considéré comme celui où, à l'abri des pulsions et des passions exagérées, on avait atteint une certaine sagesse qui était indispensable à la conduite de la cité. Et là où je rejoins Luc Ferry, en revanche, c'est que la déconstruction des traditions aujourd'hui, le fait que le monde ne semble pouvoir être pensé que dans ce passé dont on fait table rase, dans cette projection vers un avenir qu'il faut systématiquement recréer pour des raisons de consumérisme, fait que l'image du vieux sage a laissé la place à l'image du vieux fou, alors même que, pour la réalité biologique que nous connaissons, la proportion de gens âgés par rapport à la proportion de gens dans la force de l'âge n'a jamais été aussi élevée. Donc, par rapport à ce problème, c'est vrai, notre société est vraiment schizophrène.

Monseigneur di Falco

Quand bien même nous accaparons, nous thésaurisons, nous accumulons, nous n'avons pas assez de substances pour supporter une vie indéfinie et purement répétitive, une immortalité purement temporelle. Ceux qui se représentent le paradis comme une vie indéfiniment prolongée la juge souvent d'un ennui mortel –ils ne croient pas si bien dire– de la même façon qu'on s'ennuie dans une suite de plaisirs incessants. En fait, une telle vie, si quelque chose ne la nourrit pas du dedans, si elle ne comble pas le désir le plus profond du cœur et si elle n'est qu'un paradis sans Dieu et sans amour, une telle vie est exténuante.

Luc Ferry

Je signale simplement à notre ami Axel qu'il existe un livre qu'il connaît bien, « *La mort en occident* », un livre d'un grand historien français qui s'appelle Philippe Ariès, et qui montre qu'on ne vivait pas du tout la mort de la même manière qu'aujourd'hui dans des sociétés qui étaient des sociétés très religieuses, elle était très apprivoisée.

Axel Kahn

Mais moi je ne parlais pas de la mort, je parlais de la vieillesse.

Luc Ferry

Parce qu'on avait la foi du charbonnier, comme on dit. À proportion de la foi qu'on avait, la mort était apprivoisée. On sait par exemple que la maison du mourant était ouverte, y compris aux passants, pas seulement aux amis, on allait discuter le bout de gras, si je puis dire, avec le mourant, et on n'avait pas peur de parler avec lui alors qu'aujourd'hui la mort est enfermée, elle est cachée, elle est dissimulée et elle nous effraie. Mais revenons à la question du vieillissement. Je suis très frappé par une idée –je sais que j'ai une collègue philosophe dans la salle– qu'on trouve dans un très beau texte de Kant qui s'appelle « *Critique de la faculté de juger* » en 1790, une idée que Kant développe magnifiquement qui est l'idée de la pensée élargie. L'idée est très simple, c'est qu'au fond, vieillir, ce n'est pas simplement que, comme dit l'autre, les raideurs se déplacent.

Luc Ferry

L'idée est la suivante, c'est que l'occasion nous est offerte en rentrant dans l'âge adulte de nous arracher à nos particularités de départ et d'entrer dans plus d'universel. Ça veut dire quoi concrètement ? Si par exemple j'apprends une langue étrangère, je m'arrache à ma particularité qu'est ma langue maternelle et l'effet de cet arrachement, c'est d'entrer dans plus de communication, non, plus d'humanité. Il y a un poème de Victor Hugo –puisqu'Axel citait la poésie, à poésie, poésie et demie– mon poème préféré dans toute histoire de la poésie française, « *Booz endormi* », éloge de la vieillesse justement, je vous rappelle ses huit vers sublimes :

Booz était bon maître et fidèle parent,
Il était généreux, quoiqu'il fût économe,
Les femmes regardaient Booz plus qu'un jeune homme,
Car le jeune homme est beau, mais le vieillard est grand.

Le vieillard, qui revient vers la source première,
Entre aux jours éternels et sort des jours changeants,
Et l'on voit de la flamme aux yeux des jeunes gens,
Mais dans l'œil du vieillard on voit de la lumière.

Cette grandeur et cette lumière qu'on voit dans l'œil du vieillard, c'est justement exactement l'effet de cet élargissement de l'horizon que nous permet l'âge. C'est la pensée élargie, et ça donne aussi une forme de charme, de séduction qui en vaut bien d'autres et qui vaut aussi parfois celle de la jeunesse. Enfin, c'est un plaidoyer *pro domo*, vous l'aurez compris.

Franz-Olivier Giesbert

Luc, c'était extrêmement brillant mais comme on dit à la télévision, tu n'as pas répondu à la question. La question, c'était son petit laïus sur la vie sans Dieu. Je pensais que ça allait te choquer.

Luc Ferry

Mon ami, moi je n'ai pas la foi, encore une fois, je le dis, je le redis, si je dois emporter un seul livre sur l'île déserte, je prends l'Évangile de Jean. Je trouve que tout y est, je trouve que c'est absolument sublime, que le message de Jésus est magnifique. Je rajouterai aussi les autres Évangiles. J'adore en particulier, on peut dire adorer, le sermon sur la montagne, c'est Saint-Augustin qui baptise ce passage des Évangiles, le sermon sur la montagne, souvenez-vous. Magnifique idée lorsque Jésus monte sur ce promontoire. Il s'adresse pour les critiquer, pour les contrer un peu, aux juifs orthodoxes, aux Sadducéens et aux Pharisiens, et il leur dit ceci : « *Je ne suis pas venu pour abolir la loi, je suis venu pour la remplir* », le Plérôme de la loi en grec.

Monseigneur di Falco

Pour l'accomplir.

Luc Ferry

La remplir, j'aime mieux « le remplissement de la loi ». Et qu'est-ce qui remplit la loi ? Ce qui remplit la loi, c'est précisément l'amour. Ça veut dire quoi ? Ça veut dire qu'il n'y a pas besoin d'un commandement, il n'y a pas besoin d'une loi impérative pour, par exemple, faire en sorte qu'une mère prenne son enfant dans ses bras quand il pleure, l'amour y suffit. L'amour remplit la loi. C'est pour ça que je traduis par « remplissement de la loi ». Et donc je trouve que ce message est parmi les plus

beaux de toute l'histoire de l'humanité, il est le vecteur même de la transmission à mes yeux.

Franz-Olivier Giesbert

Bravo. Est-ce que l'athée est d'accord avec l'agnostique ?

Axel Kahn

D'abord, avant de répondre à ta question, je vais répondre à Luc Ferry. Non, je ne vais pas faire un poème. Simplement, merci Luc. Tu as avec le poème de Victor Hugo superbement illustré mon propos qui était que, jusqu'à il y a peu, en effet, il y avait une valeur totalement spécifique qui était reconnue à l'âge. Effectivement, cette sérénité était acquise par les personnes âgées, dans presque toutes les sociétés, jusqu'à il y a peu, il y avait des conseils des anciens qui intervenaient dans la vie de la cité, alors qu'aujourd'hui – et ça c'est tout à fait extraordinaire – les conseils des anciens qui perdurent s'intéressent aux affaires des personnes âgées. On est passé d'un monde où on considérait qu'on ne pouvait pas régler les affaires de la cité sans faire appel aux anciens à un monde où on cantonne les anciens dans leur avis à donner concernant les affaires des vieux. Ça, c'est un point qui est d'autant plus extraordinaire pour notre société que cela contredit totalement l'évolution démographique. Par rapport à la mort il y a un autre aspect, évidemment, lorsque la mort est un passage vers un autre état plus pur, plus désirable, d'une certaine manière, de l'être, elle n'a pas la même signification que lorsqu'elle est la fin de la vie et le début de la fusion, en passant par les asticots, dans l'humus du sol. Il est clair qu'il y a là comme une petite différence. Et puis il y a un autre élément important. C'est que, avec la science triomphante, la science aujourd'hui prétend – elle a tort, on a dit que nous savons que nous ne savons pas beaucoup de choses – la science est triomphante, elle prétend tout faire, tout pouvoir, tout savoir. Or on continue de mourir et on continuera de mourir. Et en plus, la mort est pour un nombre croissant de personnes désacralisée, et de plus elle est l'échec absolu de la science triomphante. Et une des raisons pour laquelle on la cache, c'est qu'on en a honte également, elle est notre échec absolu, on vieillit et on meurt.

Alors pour ce qui est de la question : « peut-on vivre sans Dieu ? ». Monseigneur di Falco dira sans doute pas. Moi, très bien.

Monseigneur di Falco

Vous êtes la preuve qu'on peut vivre sans Dieu.

Axel Kahn

Je respecte infiniment la manière dont Monseigneur di Falco a besoin de cette foi en Dieu, et parfois je l'envie. Je suis persuadé qu'il y a des moments et des occasions de bonheur, de plaisir. Je me rappelle avoir – vous savez, je ne redoute rien – été expliquer aux Sœurs de Jérusalem à Vézelay tout ce qui était l'embryon humain, elles s'intéressaient fort les Sœurs de Jérusalem à l'embryon humain, et donc pendant trois jours je suis resté avec elles. Mais la joie, le bonheur qu'il y avait sur le visage de ces femmes était communicatif, et je me suis pris à regretter de ne pas le partager. Mais il n'empêche, moi je ne le partage pas. Peut-on vivre sans Dieu, Axel Kahn et Luc Ferry – je ne vais pas parler pour lui – sans doute, oui. Et j'espère, j'espère, Monseigneur di Falco, non.

Monseigneur di Falco

En réaction à ce que vous venez de dire à l'instant, je pense que ceux qui n'ont pas la foi se font un certain nombre d'illusions par rapport à ceux qui l'ont. À savoir que, lorsqu'on est confronté à un événement douloureux dans la vie, par exemple la perte d'un enfant, certains pensent que parce qu'on a la foi, on va le vivre, pas facilement mais on va pouvoir le vivre. Alors que, qu'est-ce qui habite le cœur d'un père ou d'une mère qui perdent un enfant et qui ont la foi, c'est la colère, la révolte, l'incompréhension, tout autant que ceux qui n'ont pas la foi. Vous avez dit tout à l'heure que vous m'enviez. Mais il faut savoir que ma foi, parfois, elle me dérange, elle m'embête, elle m'encombre. Il arrive même qu'elle me culpabilise.

C'est pour ça qu'il est nécessaire que nous puissions nous entendre, nous écouter les uns et les autres, ceux qui ont la foi et ceux qui ne l'ont pas, ceux qui la cherchent et ceux qui disent « je ne sais pas ».

Transmettre, donner peut ouvrir à la joie. La nécessité de transmettre, liée à la mort, peut paradoxalement nous ouvrir à la joie en nous faisant changer notre rapport aux choses. Dans notre société de consommation, on pense pouvoir tout acheter, tout posséder, mais on n'achète jamais que des choses. On les chasse, on les accumule, on en possède beaucoup mais on n'y trouve pas la joie. Le personnage cramoisi du

Petit Prince est trop occupé à compter et à posséder les étoiles pour regarder leur beauté et s'ouvrir à leurs chants. Pour être joyeux, il faut un certain oubli de soi, une perte de soi. Partir, transmettre, léguer, donner peut ouvrir à cela, à une non-possession qui seule donne accès aux vrais biens. Aussi, transmettre devrait-il changer notre rapport aux choses.

Luc Ferry

Je crois qu'il y a une distinction cardinale que nous n'avons pas encore faite, mais je crois qu'elle doit être faite pour mettre en perspective historiquement cette question de la transmission des traditions. C'est que pour nous, Français, le moment de rupture, c'est la Révolution française. On est passé de sociétés que l'on appelle aujourd'hui sociétés traditionnelles, c'est-à-dire des sociétés entièrement organisées à partir du passé, à partir du respect de la coutume dont les anciens étaient les dépositaires –donc des sociétés qui par essence même, valorisant le passé, valorisaient aussi les anciens, les vieux pour les appeler par leur nom –on est passé avec la Révolution française dans un régime complètement différent, dans un rapport au temps historique totalement différent où, au contraire, c'est l'avenir qui commande complètement notre vie politique. Ce que montrent les élèves de Lévi-Strauss, comme Pierre Clastres dans un livre qui s'appelle « *La société contre l'État* », c'est que dans les sociétés traditionnelles, par exemple les sociétés amérindiennes, le chef indien, c'est celui qui est garant du fait que l'on ne changera jamais rien. On respectera la coutume, aucune innovation. Si le chef indien innove, il est mis à mort aussitôt. On ne plaisante pas avec l'innovation. Imaginez aujourd'hui un président de la République qui serait dans une campagne électorale et qui dirait : « *Je vous garantis que je ne changerai rien* », à part peut-être le président Chirac, il n'aurait aucune chance d'être élu – si je peux me permettre à nouveau une petite plaisanterie. Et donc tous nos candidats nous disent : « *Je vais changer les choses, le changement c'est maintenant, je vais innover, je vais bouleverser la situation* ». Donc nous sommes rentrés dans des sociétés qui sont complètement orientées vers l'innovation, qui sont complètement orientées vers l'avenir. Du coup, c'est de là que le jeunisme est venu, c'est-à-dire de l'idée que les générations qui viennent sont des générations qui vont incarner un progrès supérieur aux générations anciennes. C'est ça qui fait qu'on est entré dans une logique d'hypervalorisation de la jeunesse et en même temps de dévalorisation des vieux. Ce que disait Axel tout à l'heure est, je crois, tout à fait juste.

Franz-Olivier Giesbert

C'est ce qu'on appelle la transmission.

Luc Ferry

Exactement. Et il y a un livre qui porte uniquement sur ce sujet, c'est « *Les déracinés* » de Maurice Barrès. Plus personne ne lit ça aujourd'hui parce que Barrès a été antidreyfusard au moment de l'affaire Dreyfus. Mais à l'époque, « *Les déracinés* » sont écrits avant le début de l'affaire Dreyfus, il faut rappeler que Léon Blum est un des meilleurs amis de Barrès et que celui-ci n'est pas du tout à l'époque un auteur infréquentable, c'est probablement l'auteur le plus honoré, le plus lu en son temps.

« *Les déracinés* » racontent l'histoire d'un professeur de philosophie qui exerce à Nancy dans les provinces et qui va, parce qu'il robespierriste et qu'il est un héritier de la Révolution française, entreprendre de déraciner ses élèves, il les envoie monter à Paris comme on dit, et Barrès qui est pour les racines, pour la tradition, va construire son roman entièrement sur l'idée que ce déracinement va conduire tous ces enfants à la catastrophe absolue, ils vont tous mal tourner. Il va y avoir après – et je m'arrête là – une querelle magnifique, qui s'appelle d'ailleurs la querelle du peuplier. Pourquoi la querelle du peuplier ? Parce que Gide descend en flammes le livre de Barrès. Il lui écrit une lettre magnifique, je ne vais pas vous la citer là. Et puis il y a un auteur qui intervient pour défendre Barrès, c'est Charles Maurras, là aussi quelqu'un de pas fréquentable aujourd'hui, et Maurras dit : « *L'éducation, ce n'est ni les racines, ni le déracinement. Regardez un peuplier, si haut s'élève-t-il vers le ciel, il n'enfonce pas moins ses racines dans le sol* ». Et évidemment la transmission, l'éducation, c'est les deux : à la fois s'élever, c'est pour ça qu'un élève s'appelle élève, et en même temps enfonce ses racines vers le sol. Désolé d'avoir cité Barrès et Maurras, ce n'est pas ma tasse de thé, ne croyez pas ça, mais c'est un débat magnifique qu'ils ont ouvert et qui aura une incidence absolument considérable sur cette question de l'histoire de la philosophie de l'éducation et de la transmission.

Monseigneur di Falco

Transmettre peut aussi changer notre rapport au temps. Nous transmettons horizontalement de génération en génération, d'individu à individu, c'est vrai. Pensons à la simple transmission du témoin dans un 400 mètres olympique. Je porte le témoin, je le transmets et je m'efface pour que celui à qui j'ai transmis le témoin puisse s'exprimer, exister, prendre sa place et donner toute sa mesure. Donc nous

transmettons horizontalement. Mais aussi et surtout, nous transmettons verticalement. La vie de l'homme ne se limite pas à la vie biologique. L'homme est capable de se créer par sa liberté, de se transcender vers des valeurs absolues. Que je croie ou non à un après la mort, je devrais pouvoir vivre ma vie comme un absolu, percevoir le temps comme un aujourd'hui où se joue ma décision face au bien, au vrai, au beau, considérés comme un absolu. Comment ne pas déprimer à l'idée que je ne suis qu'un maillon de la chaîne permettant aux générations suivantes de vivre des jours meilleurs tout en sachant bien qu'ils pourront tout aussi bien être pires. Il est bien plus humanisant de considérer que je suis placé dans le monde pour me prononcer, agir, me déterminer en fonction d'un absolu quelles que soient les situations concrètes auxquelles je me trouve confronté. Ma mission consiste alors à me placer et à placer l'autre face à cet absolu. Ce n'est pas en plaçant l'enfant face à un horizon consistant en la réussite sociale, en une carrière à accomplir, qu'on arme l'enfant pour l'avenir mais bien plutôt en le plaçant dans un présent de chaque instant à vivre de manière pleine et absolue. À la fin de notre vie, c'est l'enfant que nous avons été qui nous jugera et qui nous demandera : qu'as-tu fait de mes espérances ? Jouer, enfant, au super héros ou au prêtre ou au pompier ou à l'infirmier, c'est toujours une aspiration à nous offrir sans réserve dans l'amour du vrai, du beau, du bien qui nous aura habités. L'homme qui renie ses valeurs perd ses raisons de vivre, il n'est plus que l'ombre de lui-même, il est un mort-vivant. Sommes-nous donc prêts à nous dépouiller de notre cynisme, de nos masques, de nos oripeaux pour vivre nos rêves et incarner nos aspirations ?

Franz-Olivier Giesbert

C'est très beau ce que vous dites là, Jean-Michel di Falco, mais ce n'est pas très scientifique. Axel Kahn, qu'est-ce que vous pensez par exemple quand il refuse d'être un maillon de la chaîne ? Nous sommes tous des maillons de la chaîne.

Axel Kahn

Il ne refuse pas, moi je ne l'ai pas entendu comme ça en tout cas.

Franz-Olivier Giesbert

Eh bien il l'a dit, pratiquement.

Axel Kahn

Il dit qu'on ne peut pas se limiter à cela. Si on est un maillon d'une chaîne, on est également un maillon immensément important. Et c'est sur ce point que je voudrais d'ailleurs rebondir, sur le terme de la transmission puisqu'après tout, c'est l'exercice qui nous a été demandé.

Franz-Olivier Giesbert

Oui. Et j'aimerais même que vous me parliez comme biologiste, je trouve que le point de vue du généticien sur la transmission, c'est important.

Axel Kahn

Selon moi, probablement, d'autres catégories pourraient être proposées. Mais je vais vous proposer une succession de cinq catégories de transmission humanisante. Il en est d'autres qui sont essentielles mais qui ne sont pas humanisantes, qui ne sont pas essentielles pour être. Certaines, dont celle dont vous vous occupez, sont fondamentales au plan de l'avoir, mais pas de l'être. Pour être, d'abord, ce brillant panel, qui vous esbaudit, et vous-même qui nous écoutez, il y a d'abord une transmission fondamentale : il faut que nous ayons hérité de gènes humains. Si nous avions hérité vous et nous de gènes simiens, nous serions une assemblée de singes. Il n'y a aucun doute. Donc première condition *sine qua non* pour que tout ceci se déroule, mais elle n'est pas suffisante, c'est qu'il y ait une transmission génétique et que nous soyons biologiquement dotés d'un programme qui permet le cas échéant dans des circonstances favorables d'aboutir à ces capacités.

La deuxième transmission, c'est en quelque sorte comme un étiquetage de la transmission biologique, c'est-à-dire la mémoire du lignage. C'est quelque chose qui est très important. Pour nous, la transmission génétique, à part pour les généticiens, est tout de même un peu austère, elle est largement inconnue. Mais il y a une contrepartie. C'est la mémoire que l'on se transmet de lignage en lignage. D'ailleurs – et c'est un autre débat– il peut se faire que ce qui est essentiel, c'est de pouvoir être un chaînon, et pas que cela, mais pas forcément d'être un chaînon dans la bonne chaîne. Je ne suis pas totalement persuadé du caractère indispensable de la véracité des croyances que l'on a de son lignage. Un autre débat mais en tout cas, il est sans doute essentiel de pouvoir se dire : nous sommes fils ou fille de, nous serons le cas échéant parents de. Deuxième transmission.

Troisième transmission. Elle va de soi, naturellement. Alors vous voyez bien, les deux transmissions sont les conditions pour se construire, pour savoir qu'on ne sait rien, suivant l'affirmation socratique. La troisième transmission, c'est évidemment celle des savoirs de telle sorte que toute la suite des hommes « *depuis le cours de tant de siècles est comme un seul homme qui vit toujours et qui apprend continuellement* », dit Blaise Pascal. Ce que nous sommes, c'est le processus culturel, civilisationnel par excellence.

La quatrième transmission, fondamentale aussi, qui nous permet d'être là, c'est celle des références symboliques, des références mythiques. Elle est à la fois une série de repères mais également une série de repères dont il est essentiel de pouvoir se dépendre. C'est un point de départ pour rebondir mais, comme les racines des arbres sont importantes pour monter aussi près que possible du ciel, et c'est vrai que l'enracinement est fondamental, bien évidemment, une racine qui nous obligerait à ne faire que ramper sur le sol ne nous permettrait pas d'aller bien haut, donc il faut savoir s'en dépendre un peu.

La cinquième transmission, elle est perfusive en quelque sorte, je dis perfusive dans le sens que l'on donne à perfusion, elle est fondamentale. Sans cela, aucun d'entre nous ne serait. Elle est la transmission par la considération, l'amour, l'affection que nous renvoie le regard des autres. En permanence, nous sommes soumis à une obligation absolue d'exister au regard des autres, et c'est la raison pour laquelle rien n'est plus violent, plus brutal que le mépris. Le regard des autres qui vous nie en tant qu'être d'importance, voire même en tant qu'être mérite qu'on s'y arrête.

Voilà en quelque sorte –on pourrait les présenter différemment– les cinq transmissions successives –évidemment il faut commencer par la biologique– qui nous permettent d'accéder à notre commune humanité. C'est là où, Mesdames et Messieurs les notaires, vous intervenez. Vous intervenez dans une transmission très importante qui n'est pas essentielle. On peut être sans recevoir des biens mobiliers ou immobiliers, naturellement. Mais cette transmission est très liée aux autres puisqu'elle est liée au lignage, elle est liée au souvenir du lignage, elle est liée au savoir-faire, parfois l'outil de travail, la ferme, le terroir, elle est liée vraiment à tout ça. Et elle a avec cette caractéristique que j'ai dite des références culturelles, cet élément fondamental qu'il faut tout faire –et c'est me semble-t-il votre propos, j'ai

bien écouté ce que disait Yvonne Flour tout à l'heure– tout faire de telle sorte que cette transmission de l'ordre de l'avoir soit un point de départ possible et non pas un enchaînement dont on ne pourrait se déprendre, que cet avoir soit un élément de plus pour se construire et pour être, et non pas pour rester à ce que l'on a.

Franz-Olivier Giesbert

Luc, la transmission du point de vue philosophique, il est absolument impossible de s'en déprendre. Il y a des mauvais esprits qui disaient toujours : mais la philo, depuis Platon et Aristote, on n'a rien inventé, rien trouvé.

Luc Ferry

Ce qui est vrai, c'est que l'histoire de la philosophie, si vous voulez comprendre comment elle fonctionne, il faut la comparer à l'histoire de l'art et pas à l'histoire des sciences. Dans l'histoire des sciences, quand une science est fautive –par exemple la théorie des tourbillons de Descartes, tout est faux, c'est même ridicule– ça passe à la trappe. Il n'y a plus que les érudits à la Sorbonne pour s'occuper de maintenir ça comme dans un musée mais plus personne ne s'y intéresse. Au contraire, l'histoire de la philosophie, c'est exactement comme l'histoire de l'art, ce serait complètement absurde de dire qu'une cathédrale du XIII^e siècle, sous prétexte qu'elle est du XIII^e siècle, est moins belle qu'un HLM d'aujourd'hui, ou que Bach c'est moins bien que Ravel, ça n'a pas de sens. On peut habiter ces châteaux magnifiques que sont les philosophies anciennes exactement comment on peut habiter des châteaux ou des maisons modernes. J'ai des amis qui sont thomistes, j'ai des amis qui sont aristotéliens, j'ai des amis qui sont platoniciens ou nietzschéens ou marxistes ou heideggériens. On peut vivre dans des châteaux anciens et donc la philosophie a énormément bougé. Il y a vraiment des époques de la philosophie mais toutes ces époques, comme dans l'histoire de l'art, sont habitables. Je voulais revenir à ce que disait Monseigneur di Falco tout à l'heure parce que – pardon de vous le dire comme ça mais je le dis très amicalement, évidemment– vous ne m'avez pas convaincu sur cette idée que la foi n'aide pas. Je suis convaincu au contraire que face à la mort, elle aide énormément et même pour tout vous dire je pense que c'est pour ça qu'elle a été inventée.

Franz-Olivier Giesbert

La foi a été inventée ?

Luc Ferry

Mais évidemment. Du point de vue d'un agnostique ou d'un athée comme je suis, c'est une évidence. Donc j'en veux pour preuve un texte qui est aussi un de mes livres de chevet, « *Les confessions de Saint-Augustin* ». Il y a deux passages absolument magnifiques dans les confessions de Saint-Augustin. Il y a un passage – d'ailleurs il les met en parallèle, il les rapporte l'un à l'autre – dans lequel il raconte que lorsqu'il était jeune, lorsqu'il était adolescent, il était littéralement tombé amoureux, on peut dire, d'un de ses amis et cet ami est mort. Et il était dévasté. Il était anéanti, il dit que vraiment jamais de sa vie il n'avait ressenti une souffrance pareille, il ne savait plus où aller, il courait dans la rue, il s'arrachait les cheveux tellement la souffrance était abominable. Puis il dit : voilà, ça c'était avant ma conversion. Puis après ma conversion, lorsque j'ai eu la foi, eh bien j'ai eu une autre expérience de la mort, la mort de ma mère, que j'aimais par-dessus tout. Il dit : à la différence de cette première expérience de la mort alors que je n'étais pas encore croyant, j'ai vécu la mort de ma mère qui était l'être que j'aimais le plus au monde – et clairement c'est vrai – eh bien, j'ai vécu la mort de ma mère avec une immense sérénité, une très grande joie parce que j'étais absolument convaincu désormais qu'elle était rappelée auprès du créateur et que, au fond, elle était plus heureuse là où elle était qu'avant. Et donc il me semble que on ne peut pas dire vraiment que la foi n'aide pas, la foi aide énormément. Simplement, ce qui se passe, c'est que les croyants n'ont plus la foi, c'est plutôt ça la vérité d'aujourd'hui, ou ils n'ont pas la foi du charbonnier, la foi du paysan du XV^e siècle. Et donc ils doutent évidemment, et c'est à proportion de ce doute que la mort d'un enfant est insupportable, y compris dans une famille de chrétiens, c'est évident. Mais je crois sincèrement que ce n'était pas le cas à l'époque où on avait, notamment encore au Moyen Âge, la foi du charbonnier. Je termine avec une idée à laquelle je tiens énormément. Je pense que les temps modernes sont extrêmement difficiles à vivre dans nos sociétés laïques pour une raison qui est – je ne peux pas la développer là mais je vous l'indique simplement – qu'au fond nous sommes moins protégés que jamais face à la mort parce que nous ne sommes plus croyants ou moins croyants. Même les croyants sont moins croyants qu'avant, et il y en a beaucoup qui ne sont pas du tout croyants, comme Axel et moi. Et donc on est moins protégés par les filets de sécurité de la religion face à la mort, et en même temps – c'est l'immense paradoxe des temps modernes – nous sommes plus exposés que jamais aux tourments de la mort parce que nous sommes, à cause de cette révolution du mariage d'amour, dans une logique beaucoup plus affective dans les relations humaines que c'était probablement le cas, pour autant qu'on puisse en juger – mais on a vraiment des documents là-dessus – au Moyen Âge. Donc on vit dans des sociétés laïques dans lesquelles on est plus exposé que jamais aux tourments de la mort parce qu'on adore nos enfants, ce qui n'était pas

le cas au Moyen Âge. Et en même temps on est moins protégé parce que les religions ne sont plus là, en tout cas elles sont moins là qu'avant. Et je pense que, encore une fois, si les religions ont été inventées, car je crois qu'elles ont été évidemment inventées par les humains, le cœur des religions, c'est quand même cette question du salut, c'est quand même la question de la mort et c'est vrai que c'est malgré toute une formidable protection par rapport à la mort que de croire que l'on va retrouver ceux que l'on aime après. L'épisode de la mort de Lazare dans l'Évangile, c'est quand même l'épisode à mon avis fondamental, souvenez-vous—je m'arrête là— lorsque le Christ apprend la mort de son ami Lazare, il pleure, ce que Bouddha ne ferait pas par exemple. Il fait exprès d'attendre que son ami soit bien mort. Le texte de l'Évangile en grec dit que le corps de Lazare sentait mauvais, qu'il puait parce que la chair était corrompue. Pourquoi est-ce qu'il attend avant de revenir auprès des sœurs de Lazare ? Il attend que Lazare soit vraiment mort et que son corps sente mauvais, que tout le monde puisse constater que la chair est corrompue. Et c'est parce qu'il veut que la résurrection qu'il va pratiquer ait véritablement un sens, c'est la doctrine du corps glorieux : cette idée, cette promesse qui nous est faite par Jésus que nous allons retrouver après la mort ceux que nous aimons et que nous allons les retrouver corps et âme, pas seulement une petite flamme, une âme bleue dans le ciel transparent. Non, on va assister à la résurrection de la chair, avec une question qui parcourra le Moyen Âge : à quel âge on va retrouver ceux qu'on a aimés et avec quelle tête, à deux ans, à cinq ans, à 92 ans ? Et la réponse de la théologie chrétienne est très belle : on va retrouver le visage de l'amour, l'œil que l'on a aimé, la voix que l'on a aimée, le sourire que l'on a aimé. Ce qu'on va retrouver c'est le corps de l'amour, le corps glorieux. Cette doctrine-là, quand on y croit, c'est quand même le pied, si je puis me permettre.

Franz-Olivier Giesbert

Ce qui est intéressant dans ce débat, c'est qu'on parle de la transmission et ça revient toujours —ce qui est normal d'ailleurs parce que les deux notions sont intimement liées— à la mort. Monseigneur di Falco, est-ce que les religions ont réellement été inventées pour diminuer la peur de la mort comme l'a prétendu Luc Ferry ?

Monseigneur di Falco

Tu te doutes bien de la réponse que je peux donner. C'est bien un des points sur lesquels nous ne serons pas d'accord. En revanche, je me suis sans doute mal exprimé. Je n'ai pas voulu dire tout à l'heure que la foi n'aidait pas. J'ai voulu dire

qu'un certain nombre d'incroyants, de ceux qui n'ont pas la foi pensent que lorsqu'on est confronté à une épreuve, par exemple celle de la mort d'un enfant, on va le vivre plus facilement. Par expérience personnelle, parce que j'accompagnais souvent des familles dans ces circonstances, je me suis rendu compte que l'épreuve est la même qu'on ait la foi ou pas. En revanche, effectivement, on peut vivre après autrement, si on a la foi, l'épreuve telle qu'elle se présente. La douleur, ce qu'on peut ressentir dans son cœur à ce moment-là, que l'on soit croyant, que l'on soit incroyant, crucifié de la même manière.

Axel Kahn

Je voudrais revenir sur cette place de la pensée symbolique parce que je crois que l'invention des religions est très tardive dans l'histoire tout de même. Donc de la pensée symbolique par rapport à la mort, et également de la situation singulière moderne où un très grand nombre de terriens n'est pas si persuadé que cela d'un après la mort, d'un après la mort qui permet de l'appivoiser en quelque sorte et néanmoins ne vit pas dans l'angoisse, la terreur permanente.

J'ai depuis assez longtemps, d'un point de vue anthropologique, présenté une thèse indiquant que la pensée symbolique est consubstantielle au développement de l'humain, c'est-à-dire que c'est la raison pour laquelle on ne connaît pas de société dite primitive qui n'ait pas eu de pensée symbolique et que simplement le développement de l'humanisation d'un être biologiquement humain exige un accès à la pensée symbolique. Alors j'ai quelques éléments pour que ça ne soit pas seulement des élucubrations. On est certains que les techniques funéraires, les rituels funéraires existaient il y a 100 000 ans, et on pense même qu'avant même Homo sapiens, il y a 250 000 ans, déjà, il y avait un cérémonial de l'ensevelissement qui indique naturellement une pensée de la signification du mort, qui ne peut pas être uniquement la putréfaction des corps naturellement. Et ça, c'est très antérieur à toutes les religions. Les religions s'en sont saisies. Et je pense, initialement, vous imaginez un être qui est biologiquement un être humain mais qui n'a pas notre capacité de conceptualisation, bien entendu, cela aussi a été cumulatif, cette vision de la déchéance, de la mort, de la putréfaction des corps, la puanteur, c'est quelque chose qui est totalement invivable, impossible. S'il n'y avait pas eu un mécanisme universel d'appivoisement, je ne vois pas comment l'homme aurait pu cheminer pour faire prospérer ses potentialités génétiques. Je crois qu'il y a eu une totale universalité, on le retrouve très bien dans certaines sociétés qui n'ont pas de religion à proprement parler, mais qui ont des rituels chamaniques qui, toujours—et ça c'est commun—créent un monde des vivants et un monde des morts, et la mort est le passage du

monde des vivants au monde des esprits. Il y a donc deux mondes, le monde d'en haut et d'en bas, de terre et du ciel, etc. Et ça c'est absolument universel. Comment se fait-il alors qu'aujourd'hui des gens comme Luc Ferry et comme moi sommes totalement persuadés qu'après notre mort, nous engraisserons le sol, et d'ailleurs, ça me fait assez plaisir...

Franz-Olivier Giesbert

Je crois qu'on peut être croyant et le penser aussi, c'est même une évidence.

Axel Kahn

Comment se fait-il que néanmoins je vive fort bien et dans une certaine jovialité, une certaine joie de tous les instants ? C'est qu'ici nous avons créé une autre forme d'immortalité, et ça c'est très important. C'est parce l'humanisation a pu progresser à travers cet apprivoisement premier de l'idée de la mort qu'on en est arrivé là. Nous sommes en quelque sorte immortels. Je vous demande de considérer –vous le regarderez chez vous– un tableau extraordinaire, il faut le regarder de très près, qui est « *Un enterrement à Ornans* » de Courbet. Vous voyez un enterrement religieux avec le curé, le corbillard, le rituel religieux, et en face, il y a deux personnages, l'un qui a des guêtres blanches, une autre qui a des bas bleus, ils ont un tricorne, ont une gestuelle bizarre, clairement ce sont des révolutionnaires laïcards anticléricaux qui ne croient absolument pas à la vie éternelle. Et néanmoins ils sont émus. Néanmoins, on voit qu'ils ont l'impression, alors même que la mort n'est pas le passage à une vie éternelle mais cette dissolution dans l'humus du sol, que leur présence n'est pas insignifiante. Et ce qui se passera, c'est un phénomène –mais celui-là est psychologiquement construit– d'appropriation du mort dans l'esprit de tous les survivants qui peut éventuellement aboutir à l'immortalité de l'œuvre si bien qu'on a trouvé une forme de perpétuation. L'une d'entre-elles est très connue qui est celle du lignage génétique –avoir des enfants, avoir quelque chose de soi qui ne meurt pas– mais une autre est véritablement la transmission totalement intellectuelle qui ne peut qu'être une édification, on va dire un processus civilisationnel. Et voilà si vous voulez ce qu'est ma conception de l'évolution de la place, la centralité réellement évidente de la mort. On peut avoir la foi et en effet ça doit aider, on peut ne pas l'avoir et néanmoins être serein face à la mort.

Monseigneur di Falco

Transmettre a aussi partie liée avec la liberté, et là aussi une certaine abnégation est demandée. Nous transmettons ce que nous jugeons bon pour l'autre mais il me faut respecter ce que l'autre peut faire de ce que je lui transmets. Il peut aussi bien le valoriser que le dédaigner, le refuser. Il est facile pour le maître de transmettre en étant le témoin du profit qu'en tire son disciple. Il peut être un peu plus difficile pour le maître de voir un jour que son disciple le dépasse, bien qu'il doive plutôt s'en réjouir. Mais il est certainement très difficile pour le maître de voir son disciple mal user du savoir qu'il acquiert, voire en user pour le mal. Vous avez pour ce congrès utilisé un détail de la voûte de la Chapelle Sixtine, celle de la création d'Adam où l'on voit l'index d'Adam comme encore lié mais détaché de l'index de Dieu. Cette fresque montre donc l'homme issu de Dieu, créé à sa ressemblance mais comme autonome par rapport à lui, libre de bien user ou de mal user de la liberté que Dieu lui accorde. Pour le chrétien, l'amour de Dieu est trop grand pour faire de nous ses marionnettes. Il nous transmet la vie en prenant le risque d'être rejeté, il respecte notre liberté. Mais il faut ajouter également que pour le chrétien, l'amour de Dieu est trop grand pour que Dieu nous laisse partir à la dérive sans rien faire. Il vient donc à notre secours sans pour autant violenter notre liberté. Ce qu'il nous transmet participe non pas à la construction d'un moi idéal, une idole forcément, mais à la naissance d'un mystérieux inconnu se situant en face d'un Dieu aimant et non pas face à une loi ou à une justice implacable. Quand je transmets, il y a donc toujours une inconnue, celle du devenir à laquelle il me faut consentir, l'usage qui sera fait de ce que je transmets. Je ne peux le connaître qu'indirectement et strictement avec la capacité de compréhension que j'ai de la personne à qui je transmets, en fonction de ce que je suis et de ce qu'elle est ici et maintenant. Ceci peut créer une situation psychologique particulièrement inconfortable. Je ne sais pas pour autant ce que deviendra mon projet. Plus profondément qu'à mon projet, je dois donc m'en remettre à l'autre, faire confiance, ce qui demande là encore une forme d'abnégation.

Franz-Olivier Giesbert

On arrive maintenant à la fin, je ne veux pas dire le mot de la fin, c'est plutôt le discours de la fin. On va commencer par Luc Ferry, qui prenait des notes tout à l'heure pendant le discours de Monseigneur di Falco.

Luc Ferry

Peut-être, pour conclure simplement sur cette question, d'ailleurs c'est curieux qu'on ait tourné autour de cette problématique de la mort. J'ai toujours trouvé que les

grandes philosophies de la mort – il y en a beaucoup– étaient à la fois magnifiques et totalement stupides, je n'y ai jamais cru une seconde. Par exemple chez les Grecs – c'est ce que raconte Hannah Arendt dans un livre qui s'appelle « *La crise de la culture* »–, l'héroïsme avait cette fonction. Le héros grec Achille dans « *La guerre de Troie* », c'est celui qui par ses hauts faits va se retrouver sujet d'un roman, d'un grand historien, et son nom va être gravé –si je puis dire– dans un livre de telle sorte qu'il va entrer dans l'éternité. On trouve d'autres philosophies de la mort ou d'autres philosophies laïques du salut. Par exemple dans l'école de mon enfance, c'était un héritage des Lumières, on nous parlait des savants et bâtisseurs, souvenez-vous. On nous expliquait que Marie Curie ou Pasteur avaient sauvé en quelque sorte leur existence sans passer par Dieu parce qu'ils avaient apporté leur petite pierre à la contribution de l'histoire humaine. Et donc, là aussi, ils étaient gravés, non pas dans le papier, dans la pierre des édifices ou mis au Panthéon. J'ai toujours trouvé ce type de solution –si je puis dire– cette doctrine du salut laïque totalement ridicule parce que ça ne vous sauve absolument pas. Alors on peut habiter ces espèces de châteaux mais c'est un peu comme le psychotique. Ça me rappelle une histoire que nous racontait le prof que j'avais quand j'étais gamin – tiens ! Un bon exemple de transmission, ça m'est resté, ça me revient à l'esprit – c'était un magnifique psychiatre d'ailleurs, un clinicien absolument épatant, et il nous expliquait la différence entre les psychoses et les névroses, en nous disant ceci, qui était assez classique à l'époque : le psychotique, c'est celui qui pense que $2 + 2$ ça fait cinq, puis quand on essaye de le convaincre que ça n'est pas vrai, il pense que vous lui en voulez et il devient complètement parano. Le névrosé, lui aussi, pense que $2 + 2$ ça fait cinq mais ça l'emmerde, ce qui veut dire qu'il est beaucoup moins fou que l'autre. Et il y a un psychiatre qui a inventé une manière de dire la même chose mais que je trouve absolument génial et qui me fait toujours penser à ces châteaux, ces philosophies de la mort que l'on peut habiter mais de manière tout à fait psychotique. Il dit : le névrosé est celui qui construit des châteaux en Espagne, c'est les rêves éveillés, le névrosé, le psychotique y habitent et le psychiatre encaisse le loyer. Je trouve ça admirable. Je voulais dire par là que nous sommes Axel et moi tout à fait sur la même ligne, à ceci près –et c'est là où je voulais en venir– que l'idée d'engraisser des pissenlits par la racine ne me réjouit absolument pas.

Axel Kahn

Non, ça ne réjouit pas. Ça n'est pas le propos d'ailleurs. Je ne terminerai pas par la mort, je terminerai par la transmission. On peut arriver à la transmission par la mort parce que c'est à travers la mort, de part et d'autre de la mort, que l'on transmet, notamment dans votre métier, pas uniquement, mais notamment pour ce qui

concerne votre métier. Une certitude absolue, c'est qu'on n'échappe pas à la mort. Quelle que soit la solution, quelle que soit la philosophie dont on se réclame, quel que soit le moyen que l'on a trouvé, il s'agit toujours de moyens de l'appivoiser, de vivre avec, de la supporter, parfois dans certaines considérations de la désirer – cela a existé également, hélas – certainement pas de l'éviter, on n'y échappe pas. Personne n'a proposé de moyens réellement d'y échapper, bien entendu. Ce qui est intéressant, c'est l'histoire de l'humanité, des civilisations. Comment on est parti d'une universalité, on va dire symbolique puis religieuse, mais symbolique au départ, comme moyen central de l'appivoiser, d'en appivoiser l'horreur en tout cas, pour arriver à une très grande diversité d'autres solutions ? Ça c'est une manière de dire l'histoire de l'humain. Je vais maintenant, au-delà de la mort, de part et d'autre de la mort, revenir à la Chapelle Sixtine parce qu'effectivement, il s'agit d'un symbole pour votre congrès qui est tout à fait extraordinaire. Car on voit très bien là la transmission de la vie humaine, c'est-à-dire de la société humaine, de Dieu à l'homme à qui il est donné corps et à qui il est donné vie. Mais à travers tout ce que nous avons dit, en réalité, et même si on ne fait pas l'hypothèse du Dieu d'amont, au-delà le mystère et le prodige se poursuivent. Chacun d'entre nous en quelque sorte, par différents moyens, par notre regard, par notre doigt, et au-delà de la mort nous transmettons la possibilité de vivre, la possibilité d'être, réellement. Et c'est la raison pour laquelle il n'y avait pas de plus belle image à imaginer pour dire la permanence de la vie au-delà de la péripétie importante qu'est la mort réellement, et combien effectivement c'est la question centrale que peuvent se poser des notaires, non seulement parce qu'on transmet les biens mais parce qu'on est au cœur du processus de la transmission de l'être.

Monseigneur di Falco

Dans tout ce que j'ai entendu, ce qui m'a le plus touché, c'est ce que vous avez dit tout à l'heure, dans vos cinq conditions, la cinquième étant le regard, l'amour. Et ça m'a fait penser à une séquence d'un film d'Ettore Scola qui s'appelle « *La famille* ». La séquence est la suivante. Ce sont des grands-parents qui jouent avec un petit garçon qui doit avoir quatre ans ou cinq ans. Et c'est un jeu qu'un certain nombre d'entre nous ont pratiqué, on fait comme si on ne le voyait pas, il est là dans la pièce et, imaginons qu'il s'appelle David, on le cherche. « David, où est David ? ». Alors le petit garçon dit : « Je suis là, je suis là, je suis là ». Et le cinéaste fait un gros plan sur le visage de l'enfant qui peu à peu va se décomposer et il va éclater en sanglots en frappant sur les genoux de son grand-père en criant : « Je suis là, je suis là, je suis là ! ». Et pour moi cette séquence est très forte et rejoint ce que vous avez dit tout à l'heure, que ce qui nous fait être et qui nous fait exister, c'est bien le regard de ceux

qui nous entourent, la manière dont nous sommes regardés, la manière dont nous sommes aimés. En ce qui concerne la transmission de la foi, je dirais que pour les générations actuelles, contrairement à ce qu'on a pu pratiquer autrefois, il ne s'agit pas de leur dire « voici ce que tu dois croire » mais « voici ce que je crois » à condition qu'ensuite notre comportement ne contredise pas ce que nous avons prétendu croire.

Luc Ferry

Magnifique. Un petit mot encore, juste pour vous dire comment je vois les choses mais je ne développe pas évidemment, c'est juste pour me faire comprendre. Je ferais une comparaison, une métaphore, une analogie. Je dirais que ça n'est pas parce qu'un livre a une dernière page, parce qu'un choral de Bach a une dernière note de musique, parce qu'un film a une dernière image où c'est marqué fin, qu'il ne faut pas lire, qu'il ne faut pas écouter un choral de Bach, qu'il ne faut pas regarder un film. Je pense que nos vies ressemblent à ça, elles se termineront. Je déteste cette idée-là, c'est ce que je déteste le plus au monde, comme probablement nous tous. Mais je trouve que ce n'est pas une raison pour ne pas vivre, et vivre au contraire pleinement, d'autant plus pleinement ce qu'on a à vivre avant la dernière note de musique, la dernière page ou la dernière image du film. C'est comme ça que je vois les choses, donc non pas en termes de transmission, bien que je donne le plus possible à mes étudiants, mes enfants et à d'autres si possible, non pas en termes de salut –je vais retrouver ceux que j'ai aimé corps et âme au paradis, je n'y crois malheureusement pas– mais plutôt en réfléchissant à partir de cette fin, en se disant encore une fois que ce n'est pas parce qu'une histoire se termine qu'elle ne vaut pas pleinement la peine d'être vécue. Au contraire, c'est tout l'inverse. Je ne pense pas simplement en termes de mort au sens de la fin, le point final de l'existence mais je pense que nous avons une expérience de la mort à l'intérieur de la vie qui est l'expérience de l'irréversible. Il y a un poème d'Edgar Poe qui s'appelle « *Le corbeau* » et dans lequel le corbeau incarne la mort, il se pose sur le rebord de la fenêtre et il ne sait dire qu'une seule chose, c'est « *never more* », plus jamais. Ça, c'est la mort à l'intérieur de la vie. Ça peut être pour un enfant le divorce de ses parents ou même simplement un déménagement, on sait que ça ne reviendra plus jamais. Le divorce, c'est un bon exemple, une histoire d'amour se termine et il faut rester fidèle à ce qu'on a vécu, il ne faut pas en profiter pour se déchirer, se battre, s'envoyer des insultes à la figure pour faciliter la séparation. Il faut au contraire accepter cette idée qu'il y a plein d'histoires dans nos vies qui meurent, qui se terminent mais que ça n'est absolument pas un signe d'échec ou un motif pour ne pas vivre. Et ça vaut évidemment pour la

vie tout entière *a fortiori*. Donc je penserais ce rapport à la mort, au fond, ni en termes de transmission, ni en termes de paradis mais en termes de « *The end* », la fin du film, mais le film a été très beau, ou il peut ne pas avoir été très beau, mais il fallait le regarder.

Axel Kahn

Ce n'est pas du tout pour avoir le dernier mot, d'autant plus que je ne suis pas en désaccord avec ça. Mais j'ai une conviction complémentaire. C'est que bien évidemment chacun d'entre nous a au départ l'obligation de réussir sa propre vie. Pour moi c'est très difficile d'atteindre cet objectif s'il n'y a pas le souci de faire en sorte, que ce soit par l'intermédiaire de l'environnement mais aussi de l'œuvre, peu importe, que l'on puisse contribuer à faire en sorte qu'on lègue une culture, un monde, une famille, une image compatible avec l'épanouissement d'une vie authentiquement humaine. Si bien que le désir de transmission est au cœur de la réussite de l'être.

Franz-Olivier Giesbert

Merci à vous trois pour votre talent et pour vos explications, et je rends le micro à Philippe Potentier.

Philippe Potentier

Merci Franz. Je me permets d'ajouter une petite note d'humour et une note de naïf. Je commence par la note d'humour. On m'a tout à l'heure opposé à Socrate pour finalement même m'y assimiler. Je voulais tout de suite rassurer la salle, je ne suis pas un philosophe. Je n'étais que président d'un congrès, c'est déjà pas mal. Ne répandez surtout pas ce mauvais bruit.

La note de naïf. Au début de ce congrès, lorsque j'ai présenté ce thème de la transmission, on me posait souvent cette question d'une façon un peu éthérée : « Pour vous la transmission, c'est quoi ? ». Je vous avoue que répondre était difficile. Je viens de trouver la réponse en vous écoutant. J'ai trois considérations à faire à propos de la transmission. Si je transmets, c'est parce que je considère que l'être humain se finit. C'est la finitude qui est la condition de la transmission. Deuxième considération, si je sais que je finis, c'est parce qu'il faut que je donne un sens à ma vie. Et donc, je donne en transmettant un sens à ma vie. La troisième considération vient toute seule. Si je donne un sens à ma vie, je cherche pourquoi je dois lui donner

un sens. J'ai deux explications possibles. Ou bien on me dit : c'est la création de l'homme, c'est un pur hasard. Ou alors je crois qu'on m'a créé. Je considère plutôt que si je donne un sens à ma vie c'est parce que l'on m'a créé, et que finalement entre le mystère et l'absurde, je choisis le mystère. Je vois qu'autour de cette table ronde le mystère n'est pas désépaissi.

On a évidemment débordé, je savais bien que ce débat était inépuisable et ne nous l'épuiserons pas. Tout débat à une fin, même un congrès. Le nôtre va bientôt se terminer, le congrès lui-même est un acte de transmission, les notaires se passent indéfiniment la parole.

Je vous remercie infiniment.

Jacques Combret, Président honoraire du 102^e Congrès des notaires de France

Il y a des moments où le président organise tout et puis ça lui échappe pendant quelques instants. Ce temps est arrivé. Pendant trois jours, le thème de la transmission a été au cœur de vos réflexions. Pourtant, tout n'a pas été dit.

Alors, cher Philippe, je voudrais qu'on parle un petit peu de toi. La transmission nous as-tu dis, ça constitue d'abord un lien entre les hommes. Nous venons d'en avoir une belle illustration avec ce passage de relais entre toi et Pierre-Jean. La transmission, nous as-tu dis également, ça consiste à transmettre un patrimoine. Et en cette fin d'après-midi, c'est un bien précieux qui appartient à tous les notaires de France, un bien vieux de 108 ans. On a parlé tout à l'heure de la mort, lui bénéficie d'un privilège extraordinaire, c'est de savoir qu'il a encore un avenir devant lui, on sait déjà que le 109^e est en route, et on peut déjà dire sans trahir les secrets que le 110^e travaille déjà sur son propre sujet. Alors pour maintenir ce lien, pour faire vivre ce patrimoine, le transmettre, il faut un responsable, et le responsable c'est le président du congrès. Et puis il faut une équipe soudée autour de lui, il faut aussi toute une logistique locale avec les confrères du département et de la région. On ne devient pas président par hasard. Pour Philippe, les choses ont commencé en 1996. Et c'est notamment la raison de la présence de Dominique Randoux qui était le rapporteur général à côté de Georges Daublon, sur le thème du monde associatif. À Deauville en 1996, il y avait Xavier Meyer, ton vieux complice, et toi, qui composiez une commission. Pour ce qui me concerne, j'étais dans la salle, d'ailleurs avec Pierre-Jean, avec Marc-Henri, et nous on balisait, comme vous êtes en train de baliser parce que nous c'était l'année d'après. Alors on regardait, on appréciait, et on commençait à regarder ce qu'il faut faire, ce qui est bien. J'avais vu quelqu'un qui me

plaisait bien. Alors ensuite on s'est retrouvé de 2000 à 2004 au Conseil supérieur du notariat, on a cheminé ensemble. J'ai appris à ce moment-là à mieux te connaître, à découvrir ton intelligence exceptionnelle, tes talents de plume, vous avez pu l'apprécier, ta maîtrise de l'art oratoire, je crois que vous avez pu aussi tous l'apprécier. Et puis des qualités humaines qui sont rares et tu sais qu'à mes yeux, ça compte beaucoup. Et c'est à ce moment-là qu'ayant été élu président du congrès de 2006 – nous étions à ce moment-là en 2004, c'était deux ans plus tôt – je me suis dit : c'est Philippe qu'il me faut à mes côtés pour aborder la question d'un sujet qui me tenait à cœur, qui était celui des personnes vulnérables. Et un soir d'assemblée, je t'ai pris à part. En général, on présente la chose, on se dit : « Mon Dieu, il va demander à réfléchir », je suis reparti le soir avec mon rapporteur général dans la poche, il avait dit oui tout de suite. Autre trait de caractère, la rapidité de réflexion, la rapidité de décision. Pendant deux ans, de 2004 à 2006, ce fût entre nous un lien humain intellectuel affectif et une grande complicité qui s'est nouée. 2010, ça a été l'année de ton élection comme président. Tu as très vite constitué cette belle équipe. Tant sur le plan intellectuel que sur le plan des réjouissances, je crois que nous sommes tous comblés. Le résultat est là, le congrès est réussi, tu as donc assuré le maintien de ce lien. Tu as démontré que ce bien précieux dont je parlais tout à l'heure – le Congrès des notaires de France – était entre de bonnes mains, que tu pouvais le transmettre dans une très bonne condition. Alors avec Dominique Randoux, au nom de tes collègues du congrès de Deauville, au nom de tes amis présidents d'honneur des Congrès des notaires de France, en mon nom, j'aimerais que par vos applaudissements on puisse conférer à Philippe le titre de Président honoraire du Congrès des notaires de France.

Philippe Potentier

Je crois que votre amitié vous égare, mais en même temps elle vous sauve, et elle vous pardonne. Merci.

Je vous ai proposé lundi matin de commencer en musique. Eh bien, je vous propose de terminer en musique si la technique veut bien me suivre et lancer une valse de Frédéric Chopin. Au grand dam de la technique, cette scène n'est absolument pas préparée. Je me fie à mon inspiration du moment. Ça sera la meilleure parce que ce sera la plus vraie. Il y a deux mots qui me viennent à l'esprit. D'abord, le sens. Quand on m'a confié cette présidence de congrès, j'ai voulu donner au thème que j'avais choisi un sens. Il fût très vite sur toutes les lèvres de l'équipe, j'espère qu'il est maintenant sur toutes les vôtres. Des images vous reviendront sans doute de ce congrès, comme des éclairs qui illuminent la vie et je pense que le spectacle musical

de lundi soir restera dans nos mémoires grâce à UNOFI qui nous l'a si généreusement offert. Je voudrais que vous vous souveniez du seul fil rouge qui a orienté tout ce congrès, le sens, qui relie tout et qui explique tout. Il est à mon image parce que je suis ainsi. Je veux penser ma vie pour vivre ma pensée.

Le deuxième mot qui me vient à l'esprit, c'est merci. Merci d'abord à tous nos partenaires habituels dont vous verrez défiler tout à l'heure les calicots sur l'écran derrière moi. Je pense quand même tout particulièrement à l'aide discrète mais toujours généreuse, constante et précieuse du Conseil supérieur du notariat. Mais aussi toutes les instances professionnelles locales qui nous ont considérablement aidés pour installer ce congrès. Je dis aussi merci à tous les acteurs invisibles de ce congrès, ceux qui ne montent jamais sur scène mais qui ont une contribution énorme. Je pense par exemple aux deux sociétés CAP IMAGE et IMMEDIARES, dont les techniciens rivalisent d'intelligence et de service. Un par un, dans mon cœur, ils défilent tous, visage par visage, lentement, je leur dois une reconnaissance infinie. Et puis il y a toute mon équipe, que je regarde une dernière fois rassemblée, à laquelle je dois tant. Je voudrais qu'une dernière fois, –et quand je dis toute l'équipe, je souhaite qu'Elisabeth, Ginette, Roxana et Anne nous rejoignent également– et que vous vous rapprochiez de moi pour m'entourer. Rapprochez-vous tous et serrez-moi fort.

C'est tout simple. Pour moi, l'esprit d'équipe est fondamental. Il n'y a que ça qui compte. Et pour leur démontrer à tous un par un cet esprit d'équipe, je n'ai à cet instant qu'une seule envie : c'est de me fondre dans cette équipe, disparaître et puis vous rejoindre dans la salle pour que l'applaudissiez tous très fort.