



Lasaygues & Associés

La Lettre



DIDIER LASAYGUES,
Notaire Associé

ÉDITORIAL

Nous savons que ce que nous nommons la syntaxe, c'est l'art de lier la pensée, l'intelligence, avec le langage afin d'obtenir un discours cohérent et précis.

En lisant les principaux textes de la Loi Macron (art. 11 et Art. 20 à 22), on peut raisonnablement penser que cet article – tout comme la syntaxe – sont solubles dans le compromis politique, ou absents du langage de l'inspection des finances. Dans le contexte des nécessaires réformes dont la France ne pourra faire l'économie, certes celle des professions réglementées n'est pas la plus emblématique (à l'inverse de celle des « fonctions publiques ») mais si le notariat était un succès en tous les aspects de son exercice, ne se poserait alors pas la question de sa réforme, cet aspect des choses doit être entendu par la profession mais aussi par les pouvoirs publics pour conduire une réforme intelligente.

Ce que nous comprenons de ce texte s'articule autour de trois concepts sur lesquels nous pouvons formuler les remarques suivantes :

1. La liberté d'installation, égale pour tous, ne doit pas être conçue en multipliant les offices comme l'envisage la Loi Macron, certes leur création pourra engendrer en peu plus de concurrence, mais premièrement la concurrence repose essentiellement sur la qualité du service rendu et deuxièmement le modèle économique du notariat, même réorganisé par la loi nouvelle

« Nous pensons qu'il faut maintenir une forte tradition séparatiste, comme aux États-Unis ou au Luxembourg »

n'est pas duplicable à l'infini et la multiplication de petites structures non rentables est une menace pour la qualité du service rendu. Il faut surtout supprimer le frein financier sélectif à l'installation du candidat ou tout autre forme de favoritisme ;

2. La liberté de facturation, inconnue des notaires, est pourtant une composante essentielle de la vie économique dans un monde libéral, celle autour de laquelle s'articule la détermination du prix de revient des services rendus par les agents économiques que sont les notaires or la loi nouvelle vise à transférer les prérogatives de la chancellerie à l'Autorité de la Concurrence et instaure une taxe nouvelle, sur les émoluments de notaires, pour leur faire supporter et faire supporter par leurs clients, l'Aide Juridictionnelle ainsi que le coût d'une caisse de péréquation des rémunérations entre notaires !

• Dans la mesure où les notaires sont des professionnels libéraux, aucun débat ne devrait porter sur le caractère raisonnable de leurs rémunérations, ou alors faisons-le pour toutes les professions et entrons définitivement dans une économie planifiée.

(suite de l'article en dernière page)

FINANCEMENT IMMOBILIER INTERNATIONAL & SÛRETÉS RÉELLES

Plaidoyer pour l'application de la lex rei sitae (partie 1)

1. L'opportunité de la sûreté réelle choisie dans un financement d'actif immobilier se jugera à son efficacité.

Dans l'ordre interne, choisir une sûreté réelle passe par une analyse approfondie des effets du droit des procédures collectives sur le droit des sûretés. Cette analyse se résume souvent en un cri de désespoir à la simple lecture de l'article 2287 du Code civil : « les dispositions du présent livre – le livre IV droit des sûretés – ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers ». A priori, les règles des procédures collectives l'emportent sur les règles de droit civil comme un simple écho au principe selon lequel le droit spécial déroge à la règle générale.

2. Dans l'ordre international, le choix d'une sûreté réelle efficace devient byzantin entre l'application complexe du droit de la faillite internationale ou européenne et celle du droit applicable...

Imaginons que l'actif financé soit un actif immobilier situé à l'étranger détenu par une SCI immatriculée en France. Le prêt est émis par une banque française et devrait être garanti par un privilège de prêteurs de deniers, une hypothèque conventionnelle, par une cession des loyers des baux conclus sur l'immeuble acheté et par un nantissement de compte bancaire et un gage sans dépossession sur des biens localisés au siège de la SCI. L'immeuble est en Espagne, le prêt et le gage soumis au droit français, les baux sont régis par le droit espagnol et le compte situé en Angleterre... Supposons alors que les biens objet du gage soient déplacés en Espagne et que la banque créancière cherche à réaliser cette sûreté car la

SCI a ouvert une procédure de sauvegarde en France... l'efficacité de celle-ci est clairement posée : comment s'assurer que la sûreté dans un contexte international puisse effectivement être utilisée par son titulaire ? En d'autres termes, le créancier privilégié pourra-t-il réellement faire saisir le bien grevé ? Telle est la question pratique du droit international privé des sûretés réelles.

3. Réciproquement, se pose la question de l'accueil dans l'ordre juridique français des sûretés réelles valablement consenties à l'étranger.

Prenons l'exemple des sûretés réelles mobilières. Pour ces dernières, l'exigence de dépossession a été supprimée du droit commun par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Dès lors, si la sûreté étrangère a été valablement créée selon le droit international privé français, son existence doit être reconnue en France. Néanmoins cette reconnaissance à elle seule est dépourvue d'incidence pratique. La seule question est celle de la possibilité d'utiliser effectivement une sûreté étrangère en France. Ainsi, le créancier étranger doit pouvoir utiliser sa sûreté et ce même si le bien a été déplacé¹. Et, le créancier français ignore tout de l'existence de ce créancier étranger dont le droit réel lui est peut-être antérieur... Et si les deux créanciers sont inscrits sur le même bien au terme de deux publicités, l'une en France et l'autre à l'étranger, toutes deux opposables aux tiers et le conflit demeure... Le droit français ne permet pas à un créancier français de connaître les inscriptions étrangères et réciproquement. Toute l'utilité pratique de l'inscription immobilière prend alors son relief face aux sûretés mobilières dont l'opposabilité reste problématique.

4. La mise en place de la publicité du gage corporel et du nantissement de meubles incorporels

¹ C'est la problématique du conflit mobile, cf. M. Souleau-Bertrand, *Le conflit mobile* : Dalloz, 2005.

² Sur cette question, cf, notamment, K. Kreuzer, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères* : Rev. crit. DIP 1995, 465.

sans dépossession permet d'envisager plus sereinement l'efficacité en France de sûretés réelles mobilières constituées à l'étranger². D'ailleurs, les États membres qui organisent un registre centralisé pour publier l'ensemble des sûretés mobilières corporelles ou incorporelles et ce incluses les créances, disposent d'un avantage concurrentiel important – cas de l'Angleterre – sur les autres États ayant un système plus rudimentaire. Il n'est bien sûr pas question, par principe, de permettre à un créancier étranger d'utiliser en France sa sûreté sans avoir accompli une mesure de publicité en France ; mais il faut offrir à ce créancier la possibilité de faire publier son droit réel en France. Telle est la tendance actuelle du droit positif français.

5. Bien que rattachées, en leur qualité de droit réel, à la loi de situation du bien grevé, cette *lex rei sitae* joue traditionnellement un rôle bien plus « prépondérant »³ en droit des sûretés immobilières conventionnelles – et en particulier pour l'hypothèque – qu'en droit des sûretés mobilières.

6. Cependant, la finalité poursuivie dans l'ordre interne et international est celle de la recherche d'une sûreté efficace garantissant au créancier le remboursement de sa créance. Cette exigence d'efficacité est au cœur du problème. C'est ce qui explique qu'en pratique, l'un des seuls moyens utilisés aujourd'hui dans les financements d'actifs pour l'obtenir est de créer une interdépendance entre la localisation des actifs et la loi applicable à la validité et à l'opposabilité de la sûreté. La *lex rei sitae* – qu'un fort courant doctrinal voudrait cantonner⁴ – a encore de beaux jours devant elle. Et, cette interdépendance est de droit face à une sûreté immobilière (1) et sera recommandée pour une sûreté mobilière (2).

7. S'agissant d'une sûreté réelle immobilière affectée d'un élément d'internationalité, rien n'est plus délicat que de déterminer l'étendue de l'emprise de la loi de situation géographique du bien sur la constitution et l'exercice de la sûreté. Si la tendance est à en cantonner les effets (A), des raisons pratiques expliquent qu'elle conserve néanmoins un vaste champ d'application (B).

A → La compétence cantonnée de la *lex rei sitae immobilis*

8. Personne ne doute que l'hypothèque relève, quelle qu'en soit la nature – conventionnelle, légale ou judiciaire –, de la loi de la situation de l'immeuble. Mais il n'a jamais été aisé de déterminer avec précision le champ d'application de cette loi, tant sont nombreuses les autres lois avec lesquelles elle entre en conflit : loi du contrat pour les conditions de validité du contrat, loi personnelle pour la capacité...

Pour se limiter à l'hypothèque conventionnelle, il faut ainsi rappeler que le contrat d'hypothèque peut être soumis à sa propre loi, distincte de la loi réelle : en sa qualité de contrat, cette hypothèque pourrait donc être théoriquement soumise à la loi d'autonomie. De même, la créance principale peut relever d'une autre loi, par exemple la loi applicable au contrat de prêt et la forme de ces divers actes peut être appelée à obéir à la maxime *locus regit actum*.

Dans une décision du 19 janvier 1999, la Cour de cassation a ainsi rappelé que, s'agissant d'un prêt qui stipulait l'application du droit suisse, et garanti par une hypothèque conventionnelle sur un bien immobilier sis en France, « la créance était soumise à la loi d'autonomie, loi de la source du droit litigieux, tandis que la sûreté immobilière destinée à garantir cette créance était soumise à la loi de la situation des biens »⁵.

De même, cette compétence de la loi réelle n'a pas vocation à s'étendre à la promesse de constituer hypothèque, au mandat d'hypothéquer, (...)



³D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, Tome II, 2^e éd. n° 659.

⁴D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, Tome II, 2^e éd. n° 660 et s. – B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, Économica, 7^e éd., n° 215. L. Perreau-Saussine, *L'immeuble et le droit international privé, étude des méthodes*: Defrénois, 2006, n° 308 et s. – L. d'Avout, Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens : Économica, 2006.

⁵Cass. 1^{re} civ., 19 janv. 1999 : Juris-Data n° 1999-000219 ; Bull. civ. 1999, I, n° 21 ; JCP G 2000, II, 10248, comm. Th. Vignal ; D. 1999, somm. p. 292, obs. B. Audit ; Defrénois 1999, p. 523, note M. Revillard.

La soumission du contrat d'hypothèque à une loi autre que celle de la situation de l'immeuble apparaît comme théorique.

(...) au contrat donnant naissance à la créance principale et aux actes qui emportent transfert d'une hypothèque constituée, comme la cession, la subrogation... Chacune de ses opérations conserve donc sa loi propre, distincte de la *lex rei sitae*⁶. Il est vrai que, dans la pratique, certaines de ces lois coïncident la plupart du temps. Il est vrai également que, lorsque le choix est offert aux parties, elles préféreront souvent soumettre leurs contrats à la loi de situation de l'immeuble.

De même, les dispositions du droit de la consommation ont également vocation, en principe, à échapper à la loi de situation de l'immeuble, puisqu'il existe des règles de conflit propre à la matière⁷. Par exemple, les dispositions du Code de la consommation français applicables au prêt viager hypothécaire ne seront pas, en principe, applicables sur la seule constatation de la présence en France de l'immeuble objet de l'hypothèque.

B → La compétence préservée de la *lex rei sitae immobilis*

9. Ces principes rappelés, il n'en demeure pas moins que la soumission du contrat d'hypothèque à une loi autre que celle de la situation de l'immeuble apparaît à bien des égards comme théorique.

La garantie hypothécaire sur un immeuble situé en France détenu par une société étrangère et servant de garantie à un prêt soumis à un droit étranger sera tant sur le fond (C. civ., art. 3, al. 2) que sur la forme – article 2417 du Code civil – soumise au droit français. Pour la forme du contrat, l'article 2417 du Code civil dispose en effet que « les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités ». Non seulement, la forme authentique s'imposera donc pour l'hypothèque des immeubles situés en France, mais seul le notaire français peut instrumenter.

Quant à la créance principale, il nous paraît conforme à la sécurité juridique de faire régir

cette créance par la loi de la situation de l'immeuble. Il y va de l'efficacité du droit hypothécaire. Ainsi, savoir si une créance future peut être garantie par une hypothèque n'est pas une question qui se rapporte au régime de la créance, mais à celui de l'hypothèque. Il n'est pas concevable de garantir une créance future par une hypothèque si la loi de la situation de l'immeuble grevé interdit l'hypothèque d'une créance future. Enfin, les règles de l'opposabilité aux tiers seront par principe régies par la loi du lieu de situation de l'immeuble. La sécurité juridique commande en la matière de renoncer à cumuler ou à articuler les lois applicables. Pour se faire, la seule solution possible serait d'étendre le domaine de la loi de la situation à tous les contrats accessoires à l'hypothèque – contrat de prêt etc... – toutes les fois que cela est possible, dans un but de sécurité juridique.

De même, le droit de la consommation pourra s'appliquer, dans certains cas, sur la constatation de la présence en France de l'immeuble grevé d'hypothèque. Il en va ainsi des règles de publicité. L'article L. 314-3 du Code de la consommation décide que : « toute publicité faite, reçue ou perçue en France qui, quel que soit son support, porte sur une opération de prêt viager hypothécaire défini à l'article L. 314-1, est loyale et informative » : or, cette disposition aura le plus souvent vocation à s'appliquer dès lors que l'immeuble est situé en France.

À l'analyse, le domaine d'application de la loi française de la situation de l'immeuble s'étend donc considérablement. Elle s'applique même si elle ne coïncide pas avec la loi du contrat de prêt, en tant que loi réelle, en tant que règle matérielle, voire, dans certains cas, en tant que loi de police... L'immeuble devient le centre de gravité de l'opération alors même que lorsqu'il s'agit d'un contrat de crédit international, l'élément déterminant est le crédit – même s'il est destiné au financement d'un immeuble – ce qui aurait dû conduire à l'application de la loi de la banque : le pouvoir d'attraction de l'immeuble a eu raison ici du pouvoir d'attraction de la loi de la banque. Il reste à mesurer maintenant si cette emprise de la *lex rei sitae* vaut aussi pour les sûretés réelles mobilières. ☺

→ RENDEZ-VOUS DANS LA PROCHAINE LETTRE DE L'ÉTUDE N°23, pour la 2^e partie de l'article.

⁶ Sur ce point, cf. L. Perreau-Saussine, op. cit., n° 477 et s.

⁷ Règl. Rome I, art. 6.

FONDS PROFESSIONNEL SPÉCIALISÉ ET DÉTENTION D'ACTIFS IMMOBILIERS

Le fonds professionnel spécialisé (FPS ou OPCVM contractuel avant la transposition de la directive AIFM) peut être une alternative sérieuse à un OPCI.



PAR **YANNICK VINCENT**

L'ordonnance n° 2013-676 du 25 juillet 2013, modifiant le cadre juridique de la gestion d'actifs et des fonds d'investissement alternatifs (FIA) et transposant en droit français la directive AIFM, a entraîné la réorganisation du Code monétaire et financier et l'adoption d'une nouvelle terminologie. Comme jadis pour les OPCVM contractuels, les FPS sont soumis à une simple déclaration auprès de l'AMF et non à un agrément spécifique. Ils peuvent être structurés soit autour d'une société d'investissement à capital variable (SICAV), prenant alors la forme d'une société anonyme (SA) ou d'une société par actions simplifiée (SAS), ou soit d'un fonds commun de placement (FCP).

A → **Politique d'investissement du fonds immobilier**

1. Actifs éligibles

La souscription de parts ou d'actions dans un FPS n'est ouverte qu'auprès d'investisseurs professionnels qualifiés et ne peut intervenir qu'après l'établissement du prospectus remis aux investisseurs. Ce prospectus est composé d'une note détaillée et du

règlement ou des statuts du FPS, qui par dérogation aux règles de droit commun des OPCVM fixent les règles d'investissement et d'engagement.

Le deuxième alinéa de l'article L. 214-154 du Code monétaire et financier précise cependant quatre conditions cumulatives, dérogoires au droit commun, que doivent remplir les biens dans lesquels le FPS investit son actif :

- la propriété du bien doit être fondée, soit sur une inscription, soit sur un acte authentique, soit sur un acte sous seing privé dont la valeur probatoire est reconnue par la loi française ;
- le bien ne doit faire l'objet d'aucune sûreté autre que celles éventuellement constituées pour la réalisation de la gestion de l'organisme ;
- le bien doit faire l'objet d'une valorisation fiable sous forme d'un prix calculé de façon précise et établi régulièrement, qui est soit un prix de marché, soit un prix fourni par un système de valorisation permettant de déterminer la valeur à laquelle l'actif pourrait être échangé entre des parties avisées et contractant en connaissance de cause dans le cadre d'une transaction effectuée dans les condi-

tions normales de concurrence ;

- la liquidité du bien permet à l'organisme de respecter ses obligations en matière d'exécution des rachats vis-à-vis de ses porteurs et actionnaires définies par ses documents constitutifs.

Rien ne s'oppose à ce qu'un FPS (ex-OPCVM contractuel) détienne des actifs immobiliers. Afin de remplir le critère de liquidité et pour faire face à des sorties de trésorerie résultant notamment des demandes de rachat de participation des actionnaires, ou encore à une crise de l'immobilier, le FPS pourrait envisager d'investir pour partie dans certains actifs financiers. Les statuts ou le règlement du fonds pourraient également prévoir une période de blocage pendant laquelle aucune demande de rachat ne pourra être effectuée par les actionnaires ou porteurs de parts. Il devra toutefois y avoir une corrélation entre la politique de blocage des rachats avec la politique de détention des biens immobiliers. Enfin, il devrait être possible de recourir à l'emprunt pour pouvoir assurer la liquidité, si nécessaire.

Le FPS peut alors apparaître comme une alternative aux OPCI, qui obéissent à un certain nombre (...)



(...) de contraintes. En effet, les OPCIS ont pour objet l'investissement dans des immeubles qu'ils donnent en location, alors que l'actif détenu par un FPS n'a pas besoin d'être loué (l'actif pourrait par exemple être occupé par le biais d'un droit d'usage et d'habitation, ou faire l'objet d'une convention de mise à disposition). Par ailleurs, les actifs immobiliers ne peuvent être acquis exclusivement en vue de leur revente dans un OPCIS, alors que le contraire serait possible dans un FPS (mais entraînant alors l'application du régime fiscal des marchands de biens). Enfin, le FPS n'est soumis à aucune autre règle d'allocation ou de diversification que celles prévues dans ses documents constitutifs. Au contraire, l'OPCIS est soumis à des règles de diversification et d'allocation d'un minimum de 60% dans des actifs immobiliers éligibles.

2. Missions de la société de gestion

La désignation de trois entités est également nécessaire pour la création du

fonds. Une société de gestion et un dépositaire (c'est-à-dire un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement habilitée qui garde et contrôle l'inventaire des titres représentant les actifs financiers, ainsi que celui des actifs immobiliers) sont nécessaires. Un commissaire aux comptes doit également être désigné pour vérifier les comptes annuels du fonds.

En raison des spécificités d'un fonds immobilier, la compétence de la société de gestion doit être de trois ordres : *fund management*, *asset management* et *property management*. La société de gestion aura la possibilité de déléguer les missions d'*asset management* et de *property management*, mais restera responsable des activités déléguées. Pourraient ainsi être déléguées à un *asset manager* les missions de détection, de sélection et de valorisation des biens immobiliers, ainsi que la commercialisation desdits biens dans l'hypothèse où le fonds mènerait une activité d'achat-revente. Le *property manager* pourrait quant à lui

être en charge de la gestion du patrimoine immobilier, du paiement et de la gestion des travaux, des éventuelles charges de copropriété et des impôts fonciers, notamment.

La société de gestion devra être choisie avec soin, car le succès du fonds repose en grande partie sur le talent et l'expertise de l'équipe de gestion du portefeuille d'actifs, ainsi que sa capacité à mettre en œuvre la stratégie d'investissement. On conseillera à la société de gestion de mettre en place un dispositif de suivi financier, permettant de suivre les actifs immobiliers composant le fonds sur le court et le moyen terme, et de moduler en conséquence la stratégie d'investissement immobilier et de placement financier.

B → Organisation juridique du fonds immobilier

1. Choix du véhicule d'investissement

Un FPS peut être structuré autour de deux entités juridiques différentes, qui opèrent néanmoins de façon iden-

tique : la SICAV ou le FCP. Selon le cas, la dénomination du FPS est alors respectivement celle de « société d'investissement professionnelle spécialisée » ou de « fonds d'investissement professionnel spécialisé ».

Les SICAV ou les FCP peuvent comprendre différentes catégories de parts ou d'actions dans des conditions fixées par les statuts ou le règlement, selon les prescriptions du règlement général de l'AMF. Ainsi, la souscription d'une catégorie de parts ou d'actions peut être réservée à une catégorie d'investisseurs, définie dans le prospectus, en fonction de critères objectifs tels qu'un montant de souscription, une durée minimum de placement ou tout autre critère. Ces catégories peuvent bénéficier de régimes particuliers de distribution de revenus, supporter une structure de frais ou avoir une valeur nominale différentes, par exemple.

Les actionnaires de la SICAV sont directement associés à la gouvernance du fonds, dont la gestion peut être externalisée afin de limiter la responsabilité des dirigeants ; d'ailleurs la société de gestion pourrait être mandataire social de la SICAV. On notera que la société d'investissement professionnelle spécialisée déroge au droit commun de la SICAV en matière de libération des actions : les statuts de la société d'investissement professionnelle spécialisée peuvent en effet prévoir une libération fractionnée des parts ou actions souscrites, afin d'assurer une montée en puissance de la société. Ces actions sont nécessairement nominatives. En cas de cession, le souscripteur et les cessionnaires successifs sont tenus solidairement du montant non libéré de celles-ci. Une cession forcée des actions non libérées est prévue. La rédaction des statuts de la société d'investissement professionnelle spécialisée doit être effectuée avec soin, d'autant plus que toute modification requiert l'unanimité des actionnaires, sauf précision contraire. À la différence des SICAV, les FCP n'ont pas la personnalité morale, ce qui est une source de complexité dans

« Rien ne s'oppose à ce qu'un FPS (ex-OPCVM contractuel) détienne des actifs immobiliers. »

un contexte de fonds immobilier. En effet, les FCP sont des copropriétés d'instruments financiers et de dépôts, auxquelles ne s'appliquent ni les dispositions du Code civil relatives à l'indivision, ni celles des sociétés en participation. Le porteur de parts d'un FCP ne dispose d'aucun des droits conférés à un actionnaire et n'a aucun pouvoir sur les actifs détenus.

Si rien ne semble s'opposer à ce que des immeubles composent le patrimoine d'un FCP, les responsabilités entre les copropriétaires, la société de gestion et le dépositaire ne sont pas clairement définies. Une telle structure, extrêmement novatrice, est une source de complexité dans la réalisation du montage et de conflits dans la définition des rapports entre les organes du fonds d'investissement professionnel spécialisé. D'ailleurs en matière immobilière, nous n'avons pas connaissance de l'existence d'une telle structure à l'heure actuelle, à la différence de la SICAV, où à notre connaissance, au moins deux fonds immobiliers ont été structurés avec ce véhicule. De surcroît, par analogie, tous les OPCVI revêtent actuellement la forme d'une société de placement à prépondérance immobilière à capital variable (SPICCAV), la forme de FPI n'ayant pas été retenue par les sociétés de gestion, à notre sens en raison de la complexité et du flou juridique soulevé ci-dessus. Dans un contexte de fonds immobilier, il nous semble donc que le recours à la SICAV à gestion externalisée doit être préféré.

2. Régime fiscal

Les SICAV font l'objet d'une exonération d'impôt sur les sociétés (IS) pour les bénéfices résultant de la détention d'actifs répondant aux conditions posées par le Code monétaire

et financier et réalisés dans le cadre de leur objet légal ; elles sont donc en principe exonérées d'IS à raison des revenus et plus-values de cession des actifs composant leur portefeuille.

Tout comme pour un OPCVI, mais ici seulement afin de conserver un régime fiscal avantageux, il faudra veiller à ce que le FPS n'achète pas les actifs immobiliers en vue de leur revente. L'administration fiscale pourrait en effet refuser la transparence fiscale au motif que le fonds exerce une activité de marchands de biens. Cette activité de marchands de biens est reconnue aux personnes morales (donc à la fois aux SICAV et aux FCP) qui achètent en leur nom, en vue de les revendre, des immeubles, des actions ou parts de sociétés civiles immobilières ou des fonds de commerce lorsque ces opérations présentent un caractère habituel et volontaire. La qualité de marchands de biens s'apprécie en cumulant deux critères : le caractère habituel des opérations et l'intention spéculative. Ces critères peuvent être révélés par la définition de l'objet du fonds dans les statuts, le règlement, ou le prospectus, mais aussi par les circonstances de fait si l'activité réelle ne correspond pas à l'objet. Le caractère habituel s'apprécie en fonction du nombre, de la nature, du rythme, de l'importance des opérations et de l'activité du fonds. L'intention spéculative serait quant à elle caractérisée dès lors que l'achat et la revente de l'actif immobilier aurait lieu dans un court délai. En faisant une analogie avec les dispositions applicables aux marchands de biens en matière de droits d'enregistrements, le délai de cinq ans pourrait constituer un court délai. En cas de requalification, le véhicule deviendrait alors fiscalement opaque et l'IS serait exigible à raison des revenus du fonds et des plus-values de cession des actifs immobiliers. 🍀

(...) Le notaire associé détient du capital d'une entreprise et aucun jugement ne devrait être porté sur la gestion de son entreprise et par la même sur la distribution de dividendes à un actionnaire, qui plus est lorsqu'un actionnaire est un simple investisseur mettant à disposition de la société notariale ses capitaux.

- Comment évaluer le coût du service rendu, ce service rendu étant différent selon chaque étude concernée et selon chaque opération car rendu dans un contexte ou par des juristes de qualités et de coût inégaux ?

Plutôt que d'instaurer un tarif non négociable, il conviendrait de prévoir une plus grande facilité dans la négociation des émoluments, l'expérience montre que les clients savent en profiter largement. Dans le cas contraire, si un tarif non négociable était instauré, le risque est grand qu'en raison de la perte de compétitivité des grandes études, de nombreuses opérations d'envergure soient alors traitées par des cabinets d'avocats, souvent anglo-saxons, pour lesquels la rémunération est libre,

et les impôts payés pour partie à l'étranger. Le notaire se contenterait alors de publier l'acte et de faire un travail minimum d'authentification. Il conviendra alors de réformer la responsabilité professionnelle du notaire, il n'est pas acceptable que sa responsabilité puisse être engagée s'il s'est contenté de publier un acte qu'il n'a pas rédigé.

3. La loi nouvelle autorise le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance dans les huit mois de sa promulgation, des mesures relatives à la création de sociétés d'exercice pluri-professionnelles avec non seulement les professionnels du droit mais également les professionnels du chiffre. Si nous sommes favorables à la création d'une grande profession française du droit où s'unifieraient les avocats, les juristes d'entreprises, les notaires, les huissiers... nous pensons qu'il faut maintenir une forte tradition séparatiste, comme aux États-Unis ou au Luxembourg. L'absence de séparation a souvent amplifié les crises économique en raison des montages induits par la porosité existant alors entre le chiffre et le droit (Enron...). 🍷

ACTUALITÉ JURIDIQUE

PAR VALÉRIE DEPADT-SEBAG

DROIT DES LIBÉRALITÉS

REQUALIFICATION D'UN ACTE DE VENTE EN DONATION

Comm., 6 janv. 2015, n° 13-25.049

Dans cette espèce, relative à la vente d'un bien immobilier par un particulier à sa nièce, le prix avait été payé pour partie comptant et le solde avait été converti en obligation de soins, dont il résulte des constatations des juges du fond qu'elle n'avait pas été exécutée. Censurant la cour d'appel ayant statué en sens contraire, la Cour de cassation constate que du montage utilisé, ayant eu pour conséquence de transférer aux prétendus acheteurs l'immeuble du vendeur sans que leur patrimoine soit diminué du prix de vente, résulte l'absence de contrepartie à la cession et, dès lors, l'intention libérale du cédant.

Extrait : (...)Vu les articles L. 64 du livre des procédures fiscales et 894 du code civil (...) Attendu qu'en sta-

tuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que M. et Mme Z... n'étaient pas en mesure d'établir qu'ils avaient respecté leur obligation de soins, que les titres correspondant aux placements anonymes leur avaient été remis dès le 15 avril 1995 et que le montage utilisé avait eu pour conséquence de leur transférer l'immeuble d'Eloi Delpy sans que leur patrimoine soit diminué du prix de vente, ce dont résultait l'absence de contrepartie à la cession et, dès lors, l'intention libérale d'Eloi X..., la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ; PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur l'autre grief: CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 juin 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Limoges ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bourges (...)

CONTACTS: Lasaygues & Associés • 142 Boulevard Haussmann • 75 008 Paris • tél.: 01 42 68 83 50 • www.lasaygues.com

ÉQUIPE DE RÉDACTION: Didier Lasaygues, Notaire Associé › didier.lasaygues@lasaygues.com • Hubert de Vulgrenant, Notaire Associé › hubert.devaulgrenant@lasaygues.com • François Gauthier, Notaire › francois.gauthier@lasaygues.com • Marie-Élisabeth Mathieu, Maître de conférences à l'Université d'Évry Val d'Essonne, professeur au Centre de formation professionnelle de Notaires de Paris › marie-elisabeth.mathieu@lasaygues.com

Valérie Depadt-Sebag, Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris 13, chargée d'enseignement à Sciences Po

Muriel Michaelis, Secrétaire de rédaction • fannyetflora.com, Graphisme • Ogcmmunication, Impression

LA GESTATION POUR AUTRUI : ENTRE ÉVOLUTIONS ET CIRCONVOLUTIONS

Depuis bien des années, la question de la gestation pour autrui suscite les plus vives polémiques, tant sur le plan social que juridique. Ses défenseurs comme ses opposants en appellent à l'éthique, à la morale, à la sociologie, à la philosophie, à l'anthropologie, à la religion... et au législateur.

Consécration d'un droit à l'enfant pour les uns, expression de la plus profonde solidarité pour les autres, évangélisée ou diabolisée, la GPA interpelle, divise, exacerbe. En un mot : elle passionne.

Cet intérêt pour la GPA s'est encore accentué en 2013. De fait, la loi sur le mariage pour tous a donné un nouveau coup d'accélérateur au débat, certains voyant dans l'ouverture du mariage aux couples de même sexe la consécration de la famille homoparentale via l'admission de la GPA.

Nous proposons ici de rappeler en quoi consiste la GPA, puis d'envisager l'état du droit au regard de ses dernières évolutions.

La gestation pour autrui (GPA), dans sa forme contemporaine, désigne la pratique par laquelle une femme, désignée comme la gestatrice, assure la gestation d'un embryon conçu par fécondation in vitro, puis, dès la naissance, remet l'enfant à ceux qui en deviendront les parents, désignés comme les parents d'intention. Selon que la femme atteinte d'un déficit de la fonction utérine ne présente pas ou présente une altération de sa fonction ovocytaire, l'embryon implanté dans l'utérus de la gestatrice sera consti-



tué, soit des gamètes apportés par le couple demandeur, soit d'un ovocyte fourni par une tierce femme. Mais quoi qu'il en soit, la donneuse d'ovocyte n'est jamais la femme qui portera l'enfant. C'est pourquoi, on parle de GPA gestationnelle. L'article 16-7 du Code civil, texte d'ordre public situé parmi les grands principes relatifs au corps humain, dispose que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

Face à l'interdit français, des couples – dont le nombre ne cesse d'augmen-

ter – se rendent à l'extérieur de nos frontières afin de bénéficier de cette technique dans des pays où elle se trouve autorisée. Lorsque celle-ci aboutit, ils rentrent en France parents d'un enfant né à l'étranger et il leur faut alors régulariser l'état civil de ce dernier, comme c'est le cas pour tout enfant né en dehors du territoire. Pour ce faire, il leur faut obtenir la transcription de l'acte de naissance dressé dans le pays d'origine de l'enfant sur les registres de l'état civil français.

Or, depuis 2008, la Cour de cassation s'applique à maintenir la portée (...)

« L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, devenu définitif, intervient comme un coup de tonnerre dans le ciel de la jurisprudence française »

(...) de l'article 16-7 en refusant toute transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance étrangers d'enfants nés d'une GPA, même dans l'hypothèse où ces actes se trouvent en conformité avec le droit du pays d'origine des enfants.

La motivation avancée par la Cour de cassation au fur et à mesure des décisions n'est pas contestable. Tout d'abord, au regard du droit français, la désignation dans l'acte de naissance de la mère d'intention et non de la femme ayant accouché est une atteinte au principe d'indisponibilité des personnes, qui veut que nul ne puisse disposer de son état civil. Ensuite, les actes étrangers qui établissent la filiation d'un enfant né d'une GPA à l'égard de ses parents d'intention sont contraires à la conception française de l'ordre public international. Enfin, se rendre à l'étranger afin de bénéficier d'une technique proscrite en droit français est une fraude à la loi.

Cependant, en faisant primer d'autres considérations que celle de l'intérêt de l'enfant, la Cour de cassation enfreint l'article 3, § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant selon lequel, « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants (...) l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

La Cour européenne a suivi cette logique, en affirmant, au travers de deux arrêts rendus le 26 juin dernier, que l'État ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt de l'enfant de les priver d'un lien de filiation alors que le lien biologique avec leur père

est établi. En cela, elle se fonde sur l'article 8 de la Convention, le texte même sur lequel le Parquet général avait requis en 2011 la cassation des arrêts d'appel qui avaient refusé la transcription des actes.

Si la Cour de Strasbourg ne reconnaît pas la violation de l'article 8 concernant le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale, elle reconnaît la violation de ce texte s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée. Les juges européens estiment que le refus par la France de reconnaître ces enfants comme ceux de leurs parents au sein de son ordre juridique porte atteinte à leur identité dans la société française et qu'en empêchant l'établissement de ce lien sur le sol national, la France dépasse l'ample marge d'appréciation que la Cour accorde à ses états membres en matière de GPA.

L'arrêt de la CEDH, devenu définitif, intervient comme un coup de tonnerre dans le ciel de la jurisprudence française, car cette dernière voit marqué son coup d'arrêt.

La Cour de cassation devra décider de sa position. Soit elle se soumettra à la décision de la CEDH et abandonnera sa jurisprudence, admettant la reconnaissance totale ou partielle des actes étrangers, soit elle pourrait décider d'une réaction *a minima*, en maintenant le refus de transcription des actes étrangers, mais en admettant corrélativement que l'enfant voit sa filiation établie en France en application des règles françaises de résolution des conflits de lois.

Le gouvernement, pour sa part, n'est pas resté insensible à la situation de ces enfants, désignés comme les fantômes de la République. Une circulaire de la ministre de la Justice, en date du 25 janvier 2013, a invité les greffiers des tribunaux d'instance à délivrer des certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger d'un parent français, le seul soupçon de recours à une convention de gestation pour autrui conclue à l'étranger ne pouvant suffire à opposer un refus aux demandes.

Cette circulaire créa la polémique et fit l'objet d'un recours devant le Conseil d'État. Ce dernier, rejetant les allégations des associations requérantes, estima que la circulaire ne méconnaît ni le principe de sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation, ni les stipulations du protocole additionnel à la Convention des États-Unis contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, non plus que celles de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains.

Pour autant, ni la validation de la circulaire, ni la condamnation de la France par la Cour européenne ne signifient la remise en cause de la loi nationale. Tout au contraire, des solutions sont recherchées afin que la gestation cesse de faire l'objet d'un trafic pseudo-commercial indigne. Une proposition de loi « visant à lutter contre les démarches engagées par des Français pour obtenir une gestation pour autrui », a été rejetée en commission en raison de son inefficacité. Pour la majorité des spécialistes de la matière, la solution se trouve dans un accord international et la mise en place d'instruments de coopération internationale qui ont déjà fait leurs preuves en matière d'adoption internationale. 🇫🇷