

3/14



Revue  
de droit privé et fiscal  
du patrimoine

Éditée par  
le Centre de droit notarial  
(*Faculté de droit de l'Université de Lausanne*)  
Avec le soutien de la Fondation  
Notariat Vaud

Schulthess §  
ÉDITIONS ROMANDES

not@lex

## Table des matières



### Article de fond I

p. 97

Le mandat pour cause d'inaptitude – Aspects pratiques

*Michel Mooser, professeur titulaire à l'Université de Fribourg, notaire à Bulle*



### Article de fond II

p. 116

La vente de votre résidence secondaire en France : est-ce la fin du paradis?

*Thierry Andrier, notaire, Etude Andrier, Barralier & Moyne-Picard, à Annemasse*



### Tribunaux

p. 132

Jurisprudence choisie de l'année 2013 en droit commercial

*Edgar Philippin, Professeur à l'Université de Lausanne, avocat*

# Le mandat pour cause d'incapacité – Aspects pratiques<sup>1</sup>

Michel Mooser, professeur titulaire à l'Université de Fribourg, notaire à Bulle

*Les règles du Code civil relatives au mandat pour cause d'incapacité (art. 360 à 369) sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013. Cette nouvelle institution a été largement commentée par la doctrine, qui a notamment mis le doigt sur plusieurs controverses. Cette contribution a pour but de présenter des aspects plus pratiques et quelques questions que pose ce mandat dans la vie du praticien. Elle concerne avant tout la mise en place du mandat, dont l'usage est pour l'heure resté relativement limité. La décision d'octroyer des pouvoirs au mandataire pour cause d'incapacité doit tout d'abord être examinée en termes d'opportunité, notamment dans le choix délicat du mandataire. Face à la diversité que présentent les modèles d'actes, la question se pose pour le rédacteur de savoir dans quelle mesure le contenu du mandat doit être détaillé; finalement, l'indication du volet couvert par le mandat (assistance personnelle, gestion du patrimoine et/ou représentation dans les rapports juridiques) apparaît nécessaire et en règle générale suffisante.*

*Die Bestimmungen über den Vorsorgeauftrag (Art. 360–369) sind am 1. Januar 2013 in Kraft getreten. Dieses neue Institut wurde in der Lehre ausführlich besprochen, wobei vor allem mehrere Kontroversen im Vordergrund standen. Der vorliegende Beitrag hat zum Ziel, eher praxis-orientierte Punkte zu behandeln und auf Fragen einzugehen, welche dieser Auftrag für den Praktiker mit sich bringt. Dabei steht die Errichtung dieser Massnahme, welche bis heute relativ wenig Verbreitung gefunden hat, im Vordergrund. Der Entschluss, einen solchen Auftrag zu erteilen, ist unter dem Blickwinkel der Zweckmässigkeit – hauptsächlich im Zusammenhang mit der heiklen Auswahl des Beauftragten – zu untersuchen. Angesichts der Diversität der denkbaren Auftragsinhalte stellt sich für den Auftraggeber die Frage, bis zu welchem Grad die Auftragserteilung detailliert ausfallen sollte. Dabei erscheint es zumindest nötig und in der Regel auch als ausreichend, die durch den Auftrag abzudeckenden Themenbereiche (persönliche Betreuung, Vermögensverwaltung und/oder Vertretung in rechtlichen Angelegenheiten) zu erwähnen.*

## Table des matières

### Introduction – Cadre de la présentation

#### I. Généralités

##### A. Le mandat pour cause d'incapacité en général

##### B. Le mandat pour cause d'incapacité et le mandat prolongé

##### C. Le contenu de l'acte

##### D. La fréquence de son utilisation

##### E. La variété dans l'aménagement du mandat

##### F. Les coûts de constitution

#### II. La forme du mandat (art. 361 CC)

#### III. Les personnes en cause

##### A. Le mandant

##### B. Le mandataire

##### C. Le notaire

<sup>1</sup> Cette contribution fait suite à une intervention dans le cadre de la 2<sup>ème</sup> Journée de protection de l'adulte, organisée par le Prof. Audrey Leuba à Genève le 14 mai 2014.



#### **IV. Le contenu du mandat**

##### **A. En général (art. 360 al. 1)**

##### **B. La définition des tâches (art. 360 al. 2)**

##### **C. Les solutions de remplacement (art. 360 al. 3)**

##### **D. Les trois formes du contenu du mandat**

#### **V. La rémunération du mandataire**

#### **VI. Les mesures immédiates d'exécution**

##### **A. L'enregistrement dans la banque de données centrale (art. 361 al. 3)**

##### **B. La délivrance de l'acte**

#### **VII. La modification et la révocation du mandat**

#### **VIII. Quelques remarques personnelles en guise de conclusion**

#### **Bibliographie**

### **Introduction – Cadre de la présentation**

**1** Les règles du Code civil<sup>2</sup> relatives au mandat pour cause d'inaptitude (art. 360 à 369) sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013. Plusieurs auteurs en ont traité, que ce soit sous forme de commentaires de ces dispositions, d'ouvrages ou d'articles divers; ils ont mis en évidence de nombreuses controverses. A ma connaissance, aucun arrêt fédéral publié n'a encore été rendu à leur propos; il faut souhaiter que le Tribunal fédéral puisse être amené à prendre position sur les points les plus discutés.

**2** La présente contribution a pour but de présenter, en relation avec cette institution, des aspects plus pratiques et quelques questions que posent ces mandats dans la vie du praticien; elle ne reprendra donc que d'une façon limitée les développements doctrinaux présentés par les auteurs en relation avec les divers aspects du mandat. Dans ce contexte, je me limiterai en outre à traiter de la mise en place du mandat, en envisageant principalement le rôle de la personne appelée à conseiller le mandant, avant toute perte de la capacité de discernement. Il pourra s'agir du notaire (chargé le cas échéant d'instrumenter le mandat en la forme authentique), de l'avocat ou de tout autre juriste (notamment au service d'un établissement bancaire). A ce titre, je ne traiterai pas du rôle joué par les autres personnes ou autorités concernées par le mandat pour cause d'inaptitude; ce sont en particulier

- **3** l'officier de l'état civil, chargé d'enregistrer le mandat dans la banque de données centrale (art. 361 al. 3),
- **4** les autorités de protection de l'adulte<sup>3</sup>, chargées notamment de s'informer de l'existence d'un mandat (art. 363 al. 1), d'examiner le cas échéant ce dernier (art. 363 al. 2), d'informer le mandataire et d'établir à son intention le document faisant état de ses compétences (art. 363 al. 3<sup>4</sup>), d'interpréter le mandat (art. 364), d'intervenir en cas de conflit d'intérêts (art. 365 al. 2) ou si les intérêts du mandant sont compromis (art. 368).

**5** Chronologiquement, je m'en tiendrai à la période qui précède l'incapacité. Il s'agira du moment où le mandant établit un mandat, le modifie ou le révoque. Je ne traiterai donc pas des mesures qu'appelle l'incapacité.

<sup>2</sup> Sauf indications contraires, les règles citées sont celles du Code civil.

<sup>3</sup> Sur cette question, voir plus spécialement STEINAUER/FOUNTOULAKIS, pp. 392ss, nn. 892ss.

<sup>4</sup> Sur la question de la portée de cette attestation et de la position de la banque à ce sujet, voir en particulier RUMO-JUNGO, Banken, nn. 21ss.

6 Dans une perspective pratique, la présente contribution prendra en compte quelques exemples d'actes constitutifs de mandats, tels qu'ils sont instrumentés par les notaires romands ou sont suggérés par diverses institutions.

## I. Généralités

### A. Le mandat pour cause d'incapacité en général

7 Le mandat pour cause d'incapacité est prévu à l'art. 360. C'est l'instrument qui permet à une personne ayant l'exercice des droits civils de donner elle-même à une autre personne le mandat d'agir au cas où elle perdrait la capacité de discernement, sans qu'une autorité étatique participe à cette décision. Il s'agit donc d'une forme d'auto-prévoyance autonome<sup>5</sup>.

8 Le mandat pour cause d'incapacité est nécessaire chaque fois que le mandant entend, pour le cas de son incapacité, déroger aux règles des art. 374 et 375, qui aménagent un pouvoir de représentation légal en faveur du conjoint et du partenaire enregistré<sup>6</sup>; le mandant doit donc établir un mandat lorsqu'il entend conférer des pouvoirs plus étendus et/ou charger une autre personne que son conjoint des tâches d'assistance et de représentation.

9 La décision d'octroyer des pouvoirs au mandataire pour cause d'incapacité est lourde de conséquences et doit être notamment examinée *en termes d'opportunité*. En établissant un mandat, le mandant se prive de la protection que la loi entend accorder à la personne incapable, pour la remplacer (pour reprendre l'expression du droit belge) par une protection extrajudiciaire. Le mandataire n'est pas soumis (d'office) à la surveillance de l'autorité; il n'est pas tenu de rendre des comptes périodiques (cpr art. 410) ou de dresser un inventaire (cpr art. 405 al. 2); il peut accomplir pour le compte du mandant les actes visés par les art. 416 et 417, sans pour autant que ceux-ci soient soumis à la ratification de l'autorité de protection de l'adulte. L'art. 368 aménage certes une norme de protection; mais il n'est pas certain que l'autorité dispose (à temps) des informations qui lui permettent de prendre les décisions adéquates.

10 En pratique, le mandat pour cause d'incapacité est principalement dicté par la volonté de charger une personne de confiance de l'assistance personnelle et/ou de la gestion du patrimoine. En relation avec ce dernier aspect, la décision de prendre un tel mandat peut également reposer sur une certaine méfiance à l'égard de l'autorité ou de la personne choisie par elle (même si, sous l'angle de l'art. 401, la personne concernée peut émettre des souhaits en relation avec la personne du curateur); la volonté d'éviter que, si un curateur est nommé, il doive d'office informer le fisc d'avoirs non déclarés, peut également jouer un rôle.

11 Le mandat est un *acte unilatéral*<sup>7</sup>. Le législateur n'envisage pas la conclusion de « pactes de mandat » passés (à l'image du pacte successoral) entre le mandant et le mandataire, mais ne l'interdit pas non plus. Si un acte bilatéral devait être conclu<sup>8</sup>, il y a lieu de considérer qu'il serait valable (dans la mesure où la forme est respectée; infra n. 24), en tant qu'il concerne le mandant, mais que ni lui (cf. art. 362 al. 1), ni le mandataire, ne sont liés.

<sup>5</sup> KUHN/JAKOB, p. 110; cf. STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 386, n. 830.

<sup>6</sup> RUMO-JUNGO, Banken, n. 5.

<sup>7</sup> RUMO-JUNGO, n. 14 ad art. 360; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 386, n. 879a.

<sup>8</sup> Ainsi, dans un exemple d'acte qui m'a été soumis, mandant et mandataire comparaissent devant le notaire; chacun « déclare conférer (à l'autre), qui accepte, un mandat pour cause d'incapacité ». Dans le modèle SSRV (infra n° 28), le mandataire signe également le mandat au titre d'accord.



## B. Le mandat pour cause d'incapacité et le mandat prolongé

**12** La distinction entre le mandat pour cause d'incapacité et le *mandat ordinaire* («procuration») est importante. La difficulté provient du fait qu'il est possible de prévoir que le mandat ordinaire continuera de déployer ses effets en cas de survenance de l'incapacité de discernement<sup>9</sup> (cf. art. 405 CO; mandat prolongé) et que certaines institutions suggèrent expressément l'établissement de procurations simples<sup>10</sup>. Cette distinction concerne principalement les éléments suivants :

- la forme du mandat n'est pas la même ; pour le mandat pour cause d'incapacité, le législateur a prévu des exigences formelles (art. 361) que ne connaît pas le mandat prolongé ;
- les effets à partir duquel le mandat déploie ses effets : le mandat prolongé prend effet immédiatement, tandis que l'exécution du mandat pour cause d'incapacité est subordonnée à la condition de l'incapacité et que le mandataire ne peut (en principe) agir pour le compte du mandant qu'au moment où il a accepté le mandat et où il dispose du document faisant état de ses compétences (art. 363 al. 3) ;
- la procédure : dans le mandat pour cause d'incapacité, la loi aménage une procédure (relativement complexe), en imposant en particulier à l'autorité de protection de l'adulte un examen de l'incapacité, du mandat et de la capacité du mandataire à accomplir le mandat (art. 363). Dans le cadre du mandat prolongé, l'art. 397a CO impose à certaines conditions seulement au mandataire d'informer l'autorité de protection de l'adulte. Celle-ci pourrait, en l'absence de mandat pour cause d'incapacité, placer le mandant sous une curatelle qui limite l'exercice des droits civils dans le domaine sur lequel porte le mandat, de sorte que celui-ci prendrait alors fin<sup>11</sup>.

**13** Le fait de doubler le mandat ordinaire d'un véritable mandat pour cause d'incapacité, prévu selon les formes légales<sup>12</sup>, devrait clarifier la situation : tant que l'incapacité n'est pas donnée, le mandat est régi exclusivement par les règles du Code des obligations ; une fois l'incapacité survenue le cas échéant, les art. 360ss s'appliquent. Il permet en outre de faire en sorte que le mandataire puisse agir avant l'incapacité, par exemple en cas d'état de faiblesse et de vulnérabilité, ou, après que l'incapacité soit constatée, avant que ne soit achevée la procédure de l'art. 363.

## C. Le contenu de l'acte

**14** Quelle que soit sa forme (n. 24), l'acte doit contenir des *éléments essentiels* dont dépend la validité du mandat. Ce sont le nom du mandant, celui du mandataire (n. 28ss) et, au

<sup>9</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, p. 366, n. 830a.

<sup>10</sup> Dans ce sens, voir le site internet de l'Association Alzheimer Suisse ([www.alz.ch](http://www.alz.ch)) : «Il peut être tout à fait possible et indiqué d'établir une procuration (générale) en lieu et place d'un mandat pour cause d'incapacité. L'avantage de la procuration est qu'une simple signature suffit et que ni le caractère olographe du document ni le recours à un notaire n'est contraignant. Quoi qu'il en soit, seule une procuration simple peut alors être rédigée. Elle prend effet immédiatement... Il est important de spécifier explicitement que la procuration demeure valable même en cas d'incapacité de discernement».

<sup>11</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, p. 367, n. 830a.

<sup>12</sup> Sur cette question, en particulier en relation avec la position des banques, voir RUMO-JUNGO, Banken, nn. 40ss.

moins en termes généraux, le contenu du mandat, soit la détermination des tâches<sup>13</sup> (nn. 38ss)<sup>14</sup>.

**15** Le fait qu'il s'agit d'un mandat pour cause d'incapacité peut ressortir indirectement de l'acte, sans qu'il soit nécessaire que le mandant exprime spécialement que les dispositions qu'il prend le sont dans la seule perspective de son incapacité<sup>15</sup>. Selon les termes de l'art. 360 al. 2, le mandant doit, en relation avec ce dernier point, définir les tâches qu'il entend confier; il ne s'agit toutefois pas d'éléments nécessaires à la validité du mandat<sup>16</sup> (n. 47). A titre facultatif, la loi prévoit la possibilité d'y intégrer des instructions sur la façon d'exécuter ces tâches (art. 360 al. 2; nn. 48ss), d'aménager des solutions de remplacement (art. 360 al. 3) ou de fixer les bases de la rémunération du mandataire (art. 366 al. 1; nn. 62ss).

**16** D'autres clauses peuvent être introduites, telles que les directives anticipées du patient<sup>17</sup> (art. 370ss; le mandataire doit pour cela être une personne physique), des dispositions relatives au for ou au droit applicable ou l'indication selon laquelle des mandats antérieurs sont révoqués. Les mandats olographes recommandés par les institutions contiennent par ailleurs une clause sur l'état de santé du mandant<sup>18</sup>.

#### D. La fréquence de son utilisation

**17** En soi, le mandat pour cause d'incapacité, qui existe déjà dans plusieurs systèmes juridiques étrangers (Allemagne, Royaume-Uni, France depuis 2007, Québec depuis 1990 notamment)<sup>19</sup>, répond à une réalité sociologique: le vieillissement de la population est établi<sup>20</sup> et risque d'augmenter dans un avenir plus ou moins proche; le nombre de personnes nécessitant une prise en charge dans tous les aspects de la vie quotidienne, ainsi qu'une aide juridique, augmente également<sup>21</sup>. En tant que « mesure personnelle anticipée » (n. 7), il est un élément important de la liberté personnelle, dans la mesure où il constitue une alternative « privée » aux mesures étatiques de protection de l'adulte (curatelles)<sup>22</sup>: le mandant peut prévoir et organiser dans une certaine mesure sa situation juridique et matérielle après la survenance le cas échéant de son incapacité, en définissant en particulier la personne du mandataire et l'étendue du mandat<sup>23</sup>.

<sup>13</sup> STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 379, n. 862.

<sup>14</sup> RUMO-JUNGO, n. 32 ad art. 360.

<sup>15</sup> RUMO-JUNGO, n. 32 ad art. 360.

<sup>16</sup> RUMO-JUNGO, n. 32 ad art. 360.

<sup>17</sup> RUMO-JUNGO, n. 38 ad art. 360. La distinction entre les deux institutions n'est pas toujours très claire; suivant les recommandations de l'Association Alzheimer suisse, il faut admettre que « une solution combinant mandat pour cause d'incapacité et directives anticipées du patient est une bonne formule si l'on se limite à désigner une personne de confiance; par contre, des souhaits spécifiques concernant les mesures médicales et les soins doivent impérativement être rédigés dans un document distinct sous forme de directives anticipées ».

<sup>18</sup> Ainsi, le modèle Curaviva contient ce qui suit: « Je rédige ce document après mûre réflexion et en assumant l'entière responsabilité. J'ai conscience de la signification et de la portée de ma déclaration. Je suis notamment conscient que ces directives sont contraignantes pour mes médecins, mes assistants et les bénéficiaires d'une procuration. J'ai discuté les présentes directives avec les personnes suivantes, qui peuvent confirmer que j'étais, à ce moment et selon leur perception, capable de discernement, et que la teneur de ces directives correspond à ma volonté ».

<sup>19</sup> FAVRE, p. 145.

<sup>20</sup> En 2012, 4.86 % de la population avait plus de 80 ans (RUMO-JUNGO, Banken, n. 1).

<sup>21</sup> FAVRE, p. 146; on estime à 21.4 % le pourcentage de personnes de plus de 85 ans qui sont atteintes de la maladie d'Alzheimer (RUMO-JUNGO, Banken, n. 1).

<sup>22</sup> FAVRE, p. 146.

<sup>23</sup> Cf. FAVRE, p. 146.



**18** Sous ces aspects, on pouvait s'attendre à ce que, au moment de l'entrée en vigueur de la loi, des mandants qui avaient attendu ce moment pour prendre des dispositions les prennent rapidement. D'une façon générale, on pouvait également envisager que le mandat « prenne rapidement une importance pratique considérable et que la constitution d'un tel mandat devienne un standard de la prévoyance vieillesse »<sup>24</sup>. Dans les faits cependant, le mandat ne s'est pas imposé, en tout cas immédiatement. C'est ainsi que dans le canton de Fribourg, seulement une vingtaine de mandats ont été enregistrés en 2013 auprès de l'état civil. Les offices de l'état civil du canton de Berne ont enregistré 325 mandats en 2013. Dans le canton de Zürich, 89 mandats ont été enregistrés durant les cinq premiers mois de l'année 2013<sup>25</sup>. Les notaires des différents cantons consultés ont laissé entendre que nombre d'entre eux n'avaient pas été confrontés à de tels actes et que ceux qui en avaient instrumentés en 2013 n'en ont instrumentés qu'un nombre très limité. Cette situation peut résulter de plusieurs facteurs, tels que la méconnaissance de cette institution, la forme qualifiée exigée par le législateur, les coûts que cette démarche peut impliquer et, matériellement, le fait que le mandat ne concerne que la situation du mandant, non celle de ses enfants (dans le sens que le mandat ne permet en particulier pas de servir de « testament parental » d'inaptitude, permettant d'indiquer quelles mesures devraient selon les vœux du mandant être prises par l'autorité en termes d'autorité parentale et d'assistance de l'enfant)<sup>26</sup>. Outre-Sarine, les auteurs constatent en outre que, d'une façon générale, les mandants ne comprennent pas le champ d'application du mandat pour cause d'inaptitude, tel qu'il a été voulu par le législateur<sup>27</sup>. Il sera intéressant de suivre durant les années à venir l'évolution que connaîtra cette institution.

## E. La variété dans l'aménagement du mandat

**19** Comme toute institution nouvelle, le mandat pour cause d'inaptitude a donné lieu à la rédaction de « modèles » d'actes. Pour l'essentiel, on distingue, selon leurs destinataires, les exemples d'actes

- conçus pour le public (dans la perspective de la rédaction de mandats olographes; n. 24); ces textes sont disponibles sur plusieurs sites internet<sup>28</sup> ou sont vendus par diverses institutions<sup>29</sup>;
- destinés aux notaires (dans la perspective principalement de la rédaction de mandats authentiques; n. 24); ce sont par exemple les modèles qu'utilisent les notaires bernois<sup>30</sup>.

**20** Alors qu'ils concernent la même réalité et qu'ils poursuivent le même but, la comparaison des modèles consultés ne manque pas d'interpeller par notamment

<sup>24</sup> KUHN/JAKOB, p 110.

<sup>25</sup> FREI/HOLDEREGGER, p. 1227.

<sup>26</sup> FREI/HOLDEREGGER, p. 1227 (« Der Vorsorgeauftrag dient der Ueberwindung der eigenen Schutzbedürftigkeit und Beistandsbedürftigkeit und nicht jener Dritter, z.B. der eigenen Kinder »).

<sup>27</sup> FREI/HOLDEREGGER, p. 1224.

<sup>28</sup> Voir ainsi par exemple le site de Curaviva (Association des homes et institutions sociales suisses; curaviva.ch), de l'Association Alzheimer Suisse (www.alz.ch), de la SSRV (Schweizerischer Senioren- und Rentnerverband). La Chambre genevoise des notaires a également publié sur son site internet un spécimen (www.espacevie.ch).

<sup>29</sup> En janvier 2013 déjà, le directeur de Pro Senectute a déclaré que 20'000 exemplaires du « Docupass » (vendu pour le prix de Fr. 19.–) établi par cette institution avaient été vendus (FAVRE, p. 153). Caritas (www.caritas.ch) vend les modèles de mandat pour le prix de Fr. 16.–.

<sup>30</sup> Voir en particulier le modèle no 461 sous [musa.weblaw.ch](http://musa.weblaw.ch).

- leur *caractère général*; chaque cas appelle une solution individualisée; au même titre que pour les mesures de curatelle, qui ont pour objectif des « mesures sur mesure », on attend des mandats pour cause d'inaptitude qu'ils soient adaptés à la situation concrète de chaque mandant;
- la *différence quantitative*; en relation avec le contenu du mandat, l'exemple le plus court comporte 3 lignes<sup>31</sup>; le plus long a 8 pages; la situation est sous cet angle comparable à celle que l'on connaît par exemple dans le domaine des procurations ordinaires: pour un même acte juridique, la procuration peut prendre trois lignes ou cinq pages (serrées).

## F. Les coûts de constitution

**21** Il faut distinguer les coûts de l'établissement du mandat du coût de son enregistrement.

**22** Le *coût de l'établissement* du mandat dépend naturellement de la question de savoir si le mandant rédige le mandat seul (éventuellement sur la base de formules achetées à des institutions ou obtenues sur un site internet; n. 19) ou s'il fait appel à un conseil. Renseignements pris auprès des notaires romands, les coûts des mandats passés en la forme authentique sont proches de Fr. 500.–.

**23** L'*état civil* prélève, en relation avec l'enregistrement des mandats dans la banque de données Infostar (nn. 67ss), un montant de Fr. 75.– (ch. 23 OEEC; RS 172.042.110).

## II. La forme du mandat (art. 361 CC)

**24** Le législateur a prévu pour le mandat pour cause d'inaptitude une forme qualifiée<sup>32</sup>; le mandat est constitué en la forme olographe ou authentique (art. 361 al. 1). Si le législateur a indiqué les modalités de la forme olographe (art. 360 al. 2: le mandat olographe doit être écrit en entier, daté et signé de la main du mandant; cpr art. 505), il n'a pas introduit de règles spéciales concernant la forme authentique. Celle-ci est régie par l'art. 55 al. 1 T.f., qui laisse aux cantons le soin d'en définir les modalités. L'opinion selon laquelle la forme du testament public<sup>33</sup> doit être observée est demeurée isolée<sup>34</sup>.

**25** A la différence du régime adopté par le législateur en matière de dispositions pour cause de mort (art. 519 et 520), le *vice de forme* conduit à la nullité du mandat (non pas seulement à son annulabilité)<sup>35</sup>; tout au plus l'autorité de protection de l'adulte peut-elle tenir compte des souhaits du mandant – exprimés dans un acte nul pour vice de forme – lors de la désignation du curateur<sup>36</sup>.

## III. Les personnes en cause

### A. Le mandant

**26** Le mandant doit, au moment de la confection du mandat, avoir l'exercice des droits civils (art. 360 al. 1); il doit donc être capable de discernement (art. 13), au sens de

<sup>31</sup> Voir dans ce sens le modèle Curaviva; le modèle SSRV comporte 11 lignes.

<sup>32</sup> STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 369, n. 837.

<sup>33</sup> Cette forme est néanmoins prévue dans un modèle d'acte qui m'a été remis.

<sup>34</sup> Notamment MOOSER, p. 169; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 370, n. 837a.

<sup>35</sup> FAVRE, p. 154; LEUBA/GIUDICE, p. 216.

<sup>36</sup> FAVRE, p. 154; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 373, n. 847.



l'art. 16. Cette capacité doit s'apprécier par rapport à un acte déterminé, en fonction de sa nature et de son importance. En relation avec le mandat pour cause d'inaptitude, elle doit être appréciée au vu de chacune des tâches confiées<sup>37</sup> (nn. 38ss). Sous cet aspect, le mandant peut avoir la capacité de discernement pour certains points réglés par le mandat (par exemple des actes de fait, tels que s'occuper du jardin ou d'un animal domestique) et non pour d'autres (par exemple pour la vente d'un immeuble)<sup>38</sup>. La doctrine recommande, pour éviter tout risque de nullité, de s'assurer de la présence d'un médecin ou de l'établissement d'une attestation médicale portant sur la capacité de discernement du mandant<sup>39</sup>, cette attestation devant porter exclusivement sur la confection du mandat en cause<sup>40</sup>.

**27** Le mandant doit agir personnellement. Le mandat ne souffre aucune représentation<sup>41</sup>.

## B. Le mandataire

**28** Le *choix du mandataire* doit être opéré avec soin. Cela est d'autant plus vrai que le mandataire n'est pas soumis à une surveillance étatique<sup>42</sup>, qu'il n'y a pas place pour une ratification par l'autorité de protection de l'adulte (cpr art. 416 et 417)<sup>43</sup> et que l'exécution du mandat oblige généralement le mandataire à entrer dans la sphère d'intimité du mandant. Sous cet aspect, le mandat ne se conçoit qu'en tant qu'il est accordé à une personne bénéficiant de toute la confiance du mandant. Par ailleurs, au moment de l'incapacité du mandant, le mandataire devra être *en mesure d'assumer* le mandat qui lui est donné<sup>44</sup> (cf. art. 363 al. 2 ch. 3) et assumera alors une responsabilité étendue. A l'image de l'exécuteur testamentaire chargé de l'exécution des dernières volontés du testateur (art. 517 al. 1), il doit donc être également choisi en fonction de son aptitude (future) à remplir sa mission, faute de quoi le mandat ne remplirait pas le but qui lui est assigné. Alors que le législateur a entendu faciliter le règlement des affaires une fois l'incapacité survenue, un mauvais choix peut compromettre les intérêts du mandant, ce qui pourra justifier l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte (art. 368 al. 1).

**29** Selon les termes exprès de la loi, le mandataire peut être une *personne physique* ou (à la différence du curateur<sup>45</sup> ou de la personne désignée dans les directives anticipées<sup>46</sup>) une personne morale (art. 360 al. 1). Dans ce dernier cas, l'aspect de relation personnelle et de confiance qui devrait exister entre le mandant et le mandataire est peu présent; une formule peut consister à désigner la personne morale, en précisant que le mandat doit être

<sup>37</sup> LANGENEGGER, n. 14 ad art. 360; MEIER/LUKIC, p. 94, n. 207; MOOSER, p. 166; RUMO-JUNGO, n. 22 ad art. 360.

<sup>38</sup> FAVRE, p. 151; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 368, n. 835.

<sup>39</sup> FOUNTOLAKIS/GAIST, p. 823; MEIER/LUKIC, p. 95, n. 209; RUMO-JUNGO, n. 22 ad art. 360.

<sup>40</sup> FAVRE, p. 151, qui a joute à juste titre: « il va sans dire que la nécessité d'une attestation médicale s'apprécie de cas en cas, selon la personne concernée, son âge, son statut, sa situation personnelle, ses capacités intellectuelles notamment. Le notaire n'exigera pas une attestation médicale si le mandant est un chef d'entreprise en pleine possession de ses moyens. S'agissant d'un octogénaire en mauvaise santé, l'attestation médicale apparaît au contraire comme presque indispensable ».

<sup>41</sup> FAVRE, p. 149; HAEFELI, p. 47; RUMO-JUNGO, n. 17 ad art. 360.

<sup>42</sup> ZEITER, p. 228.

<sup>43</sup> STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 380, n. 863a.

<sup>44</sup> Cf. STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 376, n. 852b et p. 383, n. 871.

<sup>45</sup> Art. 400.

<sup>46</sup> Art. 370 al. 2.

exécuté par une personne physique<sup>47</sup>, par exemple le conseiller financier qui, au sein de la banque mandataire, suit depuis des années le dossier du mandant<sup>48</sup>.

**30** En principe, le mandataire doit être *déterminé* et désigné par son nom (ou sa raison sociale). Mais il peut également être *déterminable*<sup>49</sup>; il faut pour cela qu'il soit clairement identifiable (par exemple « mon fils aîné »)<sup>50</sup> au moment où l'incapacité de discernement surviendra<sup>51</sup>. Il n'est donc pas nécessaire qu'il soit nommément désigné<sup>52</sup>; le mandant peut en particulier désigner une personne physique par le rôle ou la fonction qu'elle occupe au moment de l'entrée en vigueur du mandat (par exemple le président en exercice de l'association X, le directeur en exercice de la fiduciaire Y)<sup>53</sup>. Cela découle en particulier du fait que le mandant peut désigner une personne morale (en ne sachant pas qui se trouve « derrière » celle-ci au moment où l'incapacité surviendra); il s'agit d'une forme de substitution au sens de l'art. 360 al. 3 CC (n. 52). Le mandant ne peut pas (au même titre qu'en matière de dispositions pour cause de mort) laisser à un tiers le soin de désigner le mandataire<sup>54</sup>.

**31** Le mandataire n'est pas partie à l'acte (n. 11). Il ne s'engage donc pas<sup>55</sup> pour accepter le mandat et l'exécuter le moment venu. La relation contractuelle (ou quasi-contractuelle<sup>56</sup>) ne naîtra, selon la conception du législateur, qu'au moment de l'acceptation, qui suppose en particulier l'incapacité de discernement du mandant<sup>57</sup>.

**32** Il n'est pas nécessaire que le mandataire ait *l'exercice des droits civils* au moment où le mandat est établi<sup>58</sup>; mais cette condition devra être remplie au moment où le mandataire entre en fonction<sup>59</sup>. Il n'appartient pas au notaire chargé d'instrumenter l'acte de s'assurer de la capacité du mandataire<sup>60</sup>.

**33** Le mandataire ne peut pas se substituer un tiers (cpr art. 398 al. 3 CO), mais il peut désigner un *auxiliaire* pour l'assister dans sa tâche<sup>61</sup>.

**34** Bien que la loi ne le dise pas expressément, le mandant peut désigner plusieurs mandataires (cpr art. 400 al. 1 CO)<sup>62</sup>. Ce faisant, il peut répartir les tâches (d'assistance, de gestion et de représentation) entre eux. A défaut de précision, les mandataires doivent exercer le mandat en commun<sup>63</sup>; cette situation peut faire difficulté en pratique.

<sup>47</sup> RUMO-JUNGO, Banken, n. 29.

<sup>48</sup> FAVRE, p. 153.

<sup>49</sup> BRÜCKNER, p. 39; MOOSER, p. 168.

<sup>50</sup> FAVRE, p. 152; RUMO-JUNGO, n. 27 ad art. 360.

<sup>51</sup> Cf. HAEFELI, p. 44.

<sup>52</sup> Dans ce sens, notamment STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 375, n. 851. *Contra*: HAUSHEER/REUSSER/AEBI-MÜLLER, p. 29, n. 2.08; LANGENEGGER, n. 17 ad art. 360; MEIER/LUKIC, p. 89, n. 197.

<sup>53</sup> FAVRE, p. 152.

<sup>54</sup> FOUNTOLAKIS/GAIST, p. 877; HAUSHEER/REUSSER/AEBI-MÜLLER, p. 29, n. 2.08. Ce principe n'est pas violé lorsque le mandataire est une personne morale et que celle-ci détermine à titre interne quelle personne se chargera de l'exécution du mandat (RUMO-JUNGO, Banken, n. 29).

<sup>55</sup> FAVRE, p. 147.

<sup>56</sup> Il s'agit d'une relation analogue à celle d'un contrat (vertragsähnliches Rechtsverhältnis); notamment RUMO-JUNGO, Banken, n. 13. Pour les détails, STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 385, nn. 879ss.

<sup>57</sup> Notamment RUMO-JUNGO, Banken, n. 15; pour les détails, RUMO-JUNGO, n. 14 ad art. 360.

<sup>58</sup> LANGENEGGER, n. 2 ad art. 361; MEIER/LUKIC, p. 97, n. 211; RUMO-JUNGO, n. 2 ad art. 361.

<sup>59</sup> FAVRE, p. 152.

<sup>60</sup> Notamment HAEFELI, p. 47; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 371, n. 841.

<sup>61</sup> RUMO-JUNGO, n. 29 ad art. 360.

<sup>62</sup> Notamment HAEFELI, p. 46.

<sup>63</sup> FAVRE, p. 154; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 377, n. 855.



**35** Le notaire peut, au même titre qu'en matière d'exécution testamentaire, être désigné en qualité de mandataire<sup>64</sup>. Le mandant peut également désigner une banque<sup>65</sup>; cette formule doit toutefois, en termes d'opportunité, être évitée<sup>66</sup>.

### C. Le notaire

**36** La position du notaire, en relation avec la confection du mandat pour cause d'inaptitude, est comparable à celle qu'il occupe à propos de la confection des dispositions pour cause de mort. Indépendamment du rôle éventuel de mandataire désigné (n. 35), il a à ce titre une *double fonction* :

- une fonction de *conseil*; au même titre qu'en matière de dispositions pour cause de mort, on peut admettre qu'en faisant appel au notaire, le mandant attend de ce dernier qu'il guide son choix<sup>67</sup>;
- une fonction purement *ministérielle*, qui consiste dans la rédaction et l'instrumentation de l'acte, lorsque celui-ci revêt la forme authentique.

**37** La délimitation n'est pas toujours aisée. Ces deux activités obéissent cependant à des régimes différents. Dans le cadre de l'activité ministérielle, l'activité du notaire est régie par les règles de droit public sur le notariat; cela concerne en particulier sa responsabilité (art. 61 al. 1 CO). En dehors de ce cadre (soit dans le domaine des activités accessoires), l'activité du notaire est régie par les règles du droit privé, soit par les règles sur le mandat.

## IV. Le contenu du mandat

### A. En général (art. 360 al. 1)

**38** L'art. 360 al. 1 distingue, comme l'art. 398 al. 2 le fait en relation avec la curatelle de portée générale, *trois sortes de tâches*: l'assistance personnelle, la gestion du patrimoine et la représentation dans les rapports juridiques avec les tiers. Ces tâches peuvent être attribuées *alternativement* ou *cumulativement*<sup>68</sup>. On est en présence d'un mandat « de portée limitée », respectivement « de portée générale ». Dans la mesure où ces tâches ont une nature et un contenu très différents, la réunion dans les mains d'un même mandataire de l'ensemble de celles-ci devrait être exceptionnelle; on n'est alors pas loin de la curatelle de portée générale<sup>69</sup>. Elle n'est vraisemblablement donnée qu'entre conjoints ou à l'égard d'un enfant<sup>70</sup> (et pour autant que le mandataire soit effectivement en mesure d'accomplir l'ensemble du mandat).

**39** Pour les éléments qui ne sont pas couverts par le mandat pour cause d'inaptitude, il y a lieu, dans la mesure où ils ne sont pas assumés par le conjoint (art. 374ss), de désigner un

<sup>64</sup> FAVRE, p. 152.

<sup>65</sup> RUMO-JUNGO, Banken, n. 29.

<sup>66</sup> RUMO-JUNGO, Banken, n. 30. La banque peut en revanche fonctionner comme auxiliaire (cf. n. 30) du mandataire (RUMO-JUNGO, n. 31).

<sup>67</sup> Sur cette dernière question, voir notamment MOOSER, Droit notarial, p. 144, n. 235d et réf.

<sup>68</sup> FAVRE, p. 147.

<sup>69</sup> FAVRE, p. 147; HAEFELI, p. 44.

<sup>70</sup> Sous cet aspect, on peut douter de l'opportunité d'une clause (utilisée en pratique) prévoyant que le mandat « charge le notaire... de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine et de le représenter dans les rapports juridiques avec les tiers ».

*curateur*<sup>71</sup>. Si le mandant entend exclure toute intervention étatique de cette nature, il doit accorder au mandataire un mandat général.

**40** Sous ces aspects, la *démarche* consiste à examiner successivement (et soigneusement)

- quelles tâches le mandant entend attribuer au mandataire dans le cas de son inaptitude,
- dans quelle mesure il convient de nommer pour cela des mandataires différents, et
- quelles personnes seront en mesure d'assumer le moment venu les tâches en question.

**41** Le mandat peut être subordonné à des *conditions* autres que celle de l'incapacité<sup>72</sup>, par exemple au fait que les tâches en question ne puissent pas être effectuées par le conjoint en application de l'art. 374<sup>73</sup>.

**42** L'art. 396 al. 3 CO prévoit, en relation avec le mandat ordinaire, que le mandataire ne peut, sans un pouvoir spécial, transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner ou grever des immeubles, ni faire des donations. La question de savoir si cette exigence est également donnée en relation avec le mandat pour cause d'incapacité est discutée<sup>74</sup>. L'absence de contrôle des actes par l'autorité (cpr art. 416 et 417) et le renvoi général de l'art. 365 al. 1 i.f. aux règles du Code des obligations laissent à penser que tel est le cas. Dans l'attente d'une décision du Tribunal fédéral, le principe de précaution et le texte de l'art. 360 al. 2 justifient l'introduction de telles clauses dans le mandat<sup>75</sup>.

## B. La définition des tâches (art. 360 al. 2)

**43** L'art. 360 accorde au mandant une très grande latitude dans la définition du mandat<sup>76</sup> et lui permet en particulier d'exercer une influence sur la façon dont le mandat sera exécuté<sup>77</sup>. Son *alinéa 2* contient deux principes.

1. **44** Il impose tout d'abord au mandant de « *définir les tâches* qu'il entend confier au mandataire ». Le mandant doit le faire d'une manière aussi détaillée que possible<sup>78</sup>, en précisant en particulier s'il s'agit d'assistance personnelle, de gestion de patrimoine ou de représentation dans les rapports juridiques<sup>79</sup>.

**45** La mise en oeuvre de la règle appelle plusieurs remarques et observations :

1° **46** Au vu du contenu très différent qu'ont les trois volets du contenu du mandat, on peut, au vu de l'art. 360 al. 2, attendre du mandant qu'il indique *quels volets le mandat recouvre*. Il s'agit d'une condition de validité du mandat (n. 14). En l'absence de précision<sup>80</sup>, les auteurs admettent que l'on est en présence d'un mandat global et qu'il porte sur les trois volets de tâches<sup>81</sup>. On peut à mon avis en douter. Le critère retenu devrait plutôt être recherché dans le choix de la personne du mandataire. Tel pourrait être le cas si le mandant a désigné son conjoint comme mandataire (par exemple l'épouse dont le mari s'est toujours occupée des paie-

<sup>71</sup> RUMO-JUNGO, n. 34 ad art. 360 et réf. ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 380, n. 863.

<sup>72</sup> HAUSHEER/REUSSER/AEBI-MÜLLER, p. 28, n. 2.08.

<sup>73</sup> LANGENEGGER, n. 22 ad art. 360 ; RUMO-JUNGO, n. 37 ad art. 360.

<sup>74</sup> Voir à ce propos FAVRE, p. 148 et réf.

<sup>75</sup> Dans ce sens, FAVRE, p. 148.

<sup>76</sup> FREI/HOLDEREGGER, p. 1225.

<sup>77</sup> RUMO-JUNGO, n. 33 ad art. 360.

<sup>78</sup> Message, FF 2006, p. 6659 ; FOUNTOLAKIS/GAIST, p. 878 ; LEUBA/GIUDICE, p. 218.

<sup>79</sup> GEISER, n. 12 ad art. 360 ; LANGENEGGER, n. 21 ad art. 360.

<sup>80</sup> Ainsi, selon un exemple soumis : « Le mandataire pour cause d'incapacité a les pouvoirs définis à l'art. 360 al. 1 CC ».

<sup>81</sup> FAVRE, p. 147 ; HAEFELI, p. 44 ; MEIER/LUKIC, p. 87, n. 192 ; RUMO-JUNGO, n. 32 ad art. 360.



ments et de la liquidation des affaires administratives courantes). S'il a en revanche désigné comme mandataire «son» notaire ou «son» avocat, il est douteux que cette personne soit chargée de l'assistance personnelle.

2° **47** Le texte légal laisse à penser qu'il ne suffit pas d'énoncer les tâches du mandataire, en se limitant à reprendre celles que contient l'art. 360 al. 1; il faut au contraire les «définir». C'est sans doute ce qui conduit à trouver dans la pratique des mandats très précis et particulièrement détaillés. La règle ne contient toutefois pas de sanctions, sous forme de nullité ou d'annulabilité de la disposition qui ne définirait pas les tâches. Une telle sanction ne saurait entrer en ligne de compte<sup>82</sup>, dans la mesure où l'essentiel consiste dans le fait que le mandant a manifesté la volonté d'aménager une forme de «tutelle privée» et où, en l'absence de points accessoires, il appartient de par la loi à l'autorité de protection de l'adulte de compléter le mandat (art. 364). Par ailleurs, la règle vaut quelle que soit la forme du mandat; on peut douter de ce que le législateur ait exigé du mandant qui écrit (recopie) le mandat que celui-ci comprenne plusieurs pages; la confection d'un document court et général devrait ainsi être suffisante. Sous ces aspects, il faut considérer que l'on est en présence d'une simple règle de droit dispositif.

2. **48** L'art. 360 al. 2 dispose ensuite (au titre de *Kannvorschrift*) que le mandant «peut prévoir des *instructions sur la façon d'exécuter*» les tâches ainsi définies.

**49** L'exécution du mandat obéit aux règles ordinaires du Code des obligations (cf. art. 363 al. 3), appliquées par analogie<sup>83</sup> et complétées par les règles spécifiques des art. 360ss. Le législateur impose déjà au mandataire de «représenter le mandant dans les limites du mandat et de s'acquitter de ses tâches avec diligence et selon les règles du code des obligations sur le mandat (art. 365 al. 1). A ce titre, le mandataire doit agir dans l'intérêt subjectif du mandant<sup>84</sup>. Il peut être tenu en tout temps de rendre compte de sa gestion (art. 400 al. 1 CO)<sup>85</sup>. Sous ces aspects, des instructions spéciales ne s'imposent pas.

**50** La doctrine a indiqué, au titre de règles qui peuvent entrer dans ce cadre, par exemple l'obligation de fournir régulièrement des comptes aux proches ou à une personne désignée par le mandant, plutôt à un avocat<sup>86</sup>, ou le fait d'aménager une surveillance «privée» du mandataire<sup>87</sup>. Les modèles d'actes indiquent d'une façon générale que le mandataire doit faire preuve d'une diligence particulière (formule à mon avis à déconseiller au vu de la diligence qu'impose déjà la loi) ou prendre l'avis du mandant et le respecter dans la mesure du possible. S'agissant du contenu des instructions en relation avec le contenu du mandat, voir nn. 57, 59 et 61.

**51** *Aux fins d'exécuter les tâches en question*, les modèles d'actes comprennent par exemple des dispositions par lesquelles le mandant autorise le mandataire

- à obtenir toutes informations auprès de personnes tenues au secret professionnel (avocats, notaires, médecins, ecclésiastiques), celles-ci étant libérées de cette obligation de garder le secret;

<sup>82</sup> RUMO-JUNGO, n. 32 et n. 33 ad art. 360.

<sup>83</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, p. 387, n. 881.

<sup>84</sup> HAEFELI, p. 52; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, p. 388, n. 883.

<sup>85</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, p. 379, n. 862.

<sup>86</sup> FAVRE, p. 158; MEIER/LUKIC, p. 87, n. 191.

<sup>87</sup> FOUNTOULAKIS/GAIST, p. 881.

- à prendre connaissance de la correspondance ;
- à accomplir des actes de disposition et des actes d'acquisition (de biens mobiliers ou immobiliers) ;
- à accomplir tous actes de procédure ;
- à disposer des comptes bancaires, trésors bancaires et avoirs financiers ;
- à s'adjoindre le service de personnes auxiliaires (sauf généralement dans le domaine de l'assistance personnelle).

Inversement, le mandant peut imposer au mandataire certaines obligations ; il peut en particulier l'astreindre à conclure une assurance de responsabilité civile.

### C. Les solutions de remplacement (art. 360 al. 3)

**52** Le législateur a expressément prévu la possibilité d'aménager des solutions de remplacement, dans le but d'assurer la mise en oeuvre du mandat et sa pérennité<sup>88</sup>. Il existe une analogie avec l'art. 487, relatif à la substitution vulgaire. Il s'agit à nouveau d'une « Kannvorschrift », mais une telle formule peut être utilement prévue, d'autant que, comme en matière d'exécution testamentaire, l'autorité ne peut pas, en l'absence d'une clause de substitution, désigner un mandataire de remplacement ; elle ne peut qu'instituer une curatelle<sup>89</sup>.

**53** L'usage d'une substitution est particulièrement indiqué (au même titre qu'en matière successorale), dans la mesure où le mandataire n'est pas partie à l'acte (pour l'accepter ; n. 11) et où l'incapacité peut (au même titre que la mort) intervenir très longtemps après la confection du mandat, à un moment où les circonstances personnelles et patrimoniales du mandant ne sont plus celles qui prévalaient lors de la mise en place du mandat. Il suffit de penser à la désignation de « son » notaire, de « son » avocat ou de « son » banquier, alors que les personnes en question auraient par exemple eu droit à leur retraite.

**54** Selon la règle de l'art. 360 al. 3, des règles de substitution ne peuvent être envisagées que dans trois constellations, qui tiennent toutes à la personne du mandataire : dans le cas où celui-ci déclinerait son mandant (avant même de l'exécuter), ne serait pas apte à le remplir ou le résilierait (après l'avoir exécuté en partie). Compte tenu de la possibilité de soumettre le mandat à des conditions (n. 41), il convient d'admettre la possibilité de prévoir encore d'autres cas de substitution ; ceux-ci peuvent par exemple tenir à la consistance du patrimoine (le contenu du mandat serait différent selon par exemple que le mandant serait ou non encore à la tête d'une entreprise) ou à la situation des personnes concernées (le contenu du mandat serait différent selon que le mandant est marié ou veuf).

### D. Les trois formes du contenu du mandat

#### a. L'assistance personnelle

**55** L'assistance personnelle se rapporte à la situation personnelle et au ménage du mandant. Elle comprend les mesures propres à permettre à celui-ci de conserver un cadre de vie compatible avec son handicap. Elle comporte la gestion des affaires quotidiennes, le maintien du cadre de vie du mandant, les décisions sur le plan médical et une participation à une certaine vie sociale. Elle comprend aussi bien des actions de fait que des actes juridiques (impliquant la représentation du mandant)<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> RUMO-JUNGO, n. 28 ad art. 360.

<sup>89</sup> FAVRE, p. 153 ; RUMO-JUNGO, n. 28 ad art. 360.

<sup>90</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, p. 378, n. 858.



**56** Il me semble douteux que, dans la mesure où le mandant se limite à charger le mandataire de son assistance personnelle, on puisse déduire d'office de ce mandat l'existence de *directives anticipées*, dans le sens que le mandataire serait appelé à s'entretenir avec le médecin sur les soins médicaux à lui administrer et à décider en son nom (art. 370 al. 2). On est en effet en présence de deux institutions juridiques que le législateur a clairement distinguées. Des directives anticipées ne constituent à ce titre le contenu du mandat que si elles figurent dans celui-ci (cf. art. 360 al. 2).

**57** Les instructions sur la façon d'exécuter le mandat (art. 361 al. 2; supra nn. 48ss) prévoient par exemple (au vu des modèles d'actes consultés) que le mandataire doit

- engager, surveiller et licencier le personnel de ménage et le personnel soignant (moyennant par exemple préavis du conjoint ou d'autres proches),
- décider du placement du mandant en hôpital, en clinique ou en home,
- assurer son quotidien habituel, notamment donner les instructions pour que l'on assure au mandant les soins et l'accompagnement dont il a besoin,
- choisir un nouveau lieu de vie, si l'état de santé du mandant le nécessite; le cas échéant résilier le contrat de bail,
- réceptionner, ouvrir et traiter le courrier,
- décider des moyens d'information et de communication mis à la disposition du mandant.

#### b. La gestion du patrimoine

**58** Le mandat pour cause d'inaptitude permet également de régler des aspects relatifs au monde des affaires. Le mandant peut en particulier charger le mandataire de la gestion du patrimoine. Celle-ci comprend l'ensemble des mesures liées à l'administration de la fortune et des revenus, y compris le droit d'en disposer dans la mesure nécessaire<sup>91</sup>. Une application analogique de l'Ordonnance fédérale sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGPTC, RS 211.223.11), du 4 juillet 2012 est suggérée par la doctrine<sup>92</sup>. On peut à mon avis douter de l'application de ces règles, dans la mesure où cette Ordonnance (du reste sujette à critique de la part des autorités appelées à l'appliquer) vise le cas spécifique des curatelles, assumées par des personnes désignées par l'autorité de protection de l'adulte et soumises à surveillance. Il faut au contraire appliquer les règles ordinaires sur le mandat (cf. art. 365 al. 1) et sur la responsabilité du mandataire. Au-delà du texte légal, la gestion comporte en particulier la gestion des revenus (salaire, rentes, contributions alimentaires) du mandant<sup>93</sup>.

**59** Les instructions sur la façon d'exécuter le mandat (art. 361 al. 2; nn. 48ss) prévoient par exemple (au vu des modèles d'actes consultés) que le mandataire doit

- respecter une certaine stratégie dans la gestion du patrimoine, par exemple limiter les risques de la gestion et interdire d'investir dans des entreprises d'un certain type<sup>94</sup>;
- exclure le placement de l'argent auprès d'une certaine banque<sup>95</sup>;
- limiter la gestion aux seuls revenus et ne pas toucher au capital;
- examiner et payer les factures courantes;

<sup>91</sup> STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 379, n. 860.

<sup>92</sup> Notamment FREI/HOLDEREGGER, p. 1225.

<sup>93</sup> FREI/HOLDEREGGER, p. 1225.

<sup>94</sup> STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 379, n. 862.

<sup>95</sup> STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 379, n. 862.

- recouvrer les créances;
- louer ou affermer les biens;
- établir la déclaration d'impôts;
- faire ouvrir et fonctionner tous comptes bancaires, déposer et retirer toutes sommes;
- accéder à tous les coffres bancaires;
- assister aux assemblées et séances de sociétés dont le mandant serait membre;
- respecter certaines consignes en relation avec les votes (personnes à élire au conseil d'administration);
- acquérir, souscrire et vendre tous avoirs cotés en bourse;
- s'abstenir de tous actes d'aliénation à titre gratuit (en réservant éventuellement les versements faits en exécution d'un devoir moral);
- s'abstenir de tous actes d'aliénations ou de grèvement d'immeubles, en précisant que si de tels actes étaient nécessaires, leur exécution ne pourrait intervenir qu'en application de l'art. 365 al. 2;
- conclure, modifier ou résilier tous contrats liés à la gestion du patrimoine, par exemple des contrats de bail ou des contrats d'assurances;
- disposer du contenu du logement que devrait quitter le mandant en cas d'incapacité;
- établir un inventaire au moment de l'entrée en fonction.

### c. La représentation dans les rapports juridiques avec les tiers

**60** La représentation n'est naturellement possible que pour les actes qui supportent la représentation; elle n'est donc pas possible pour les actes strictement personnels (testament, adoption, reconnaissance, etc.)<sup>96</sup>. Elle concerne aussi bien l'assistance personnelle que la gestion du patrimoine. Elle vaudra par exemple naturellement en relation avec les démarches que le mandant n'est pas en mesure d'accomplir, en vue d'obtenir les aides étatiques et privées (assurances) liées à sa situation.

**61** Les instructions sur la façon d'exécuter les tâches attribuées au mandataire (art. 360 al. 2; n. 48) prévoient par exemple que le mandataire peut représenter le constituant en justice, compromettre ou transiger, nommer des arbitres.

## V. La rémunération du mandataire

**62** Le mandant peut fixer les bases de la rémunération du mandataire (cf. art. 366 al. 1 i.i.); ces dispositions n'empêchent toutefois pas que l'autorité de protection de l'adulte intervienne, dans une perspective correctrice, en vue de réduire ou d'augmenter le montant dû au mandataire<sup>97</sup>. S'il ne le fait pas, il appartient à cette autorité de fixer une indemnité appropriée si cela apparaît justifié au regard de l'ampleur des tâches à accomplir ou si les prestations du mandataire font habituellement l'objet d'une rémunération (art. 366 al. 1). La rémunération et le remboursement des frais justifiés sont à la charge du mandant (art. 366 al. 2).

**63** Le fait d'exclure toute rémunération ou de ne prévoir qu'une rémunération faible comporte le risque que le mandataire refuse le mandat (cf. art. 363 al. 3) et que finalement l'autorité de protection de l'adulte doive avoir recours à une mesure de curatelle<sup>98</sup> (ce

<sup>96</sup> FAVRE, p. 147.

<sup>97</sup> GEISER, n. 7 ad art. 366; FOUNTOLAKIS/GAIST, p. 879; LEUBA/GIUDICE, p. 231; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 390, n. 887a.

<sup>98</sup> ZEITER, p. 229.



qu'entendait précisément éviter le mandant). Mais il n'appartient pas à l'autorité de rendre plus favorables les conditions du mandat afin que le mandataire hésitant l'accepte et le conserve<sup>99</sup>.

**64** On admet généralement que, lorsque le mandat est confié à un proche, et qu'il ne contient aucune règle à ce sujet, on pourrait présumer la gratuité ou une rémunération réduite. En tout cas, pour éviter cette situation, il faut, si elle ne correspond pas à la volonté du mandant, prévoir le principe d'une rémunération<sup>100</sup>.

**65** Les modèles d'actes consultés contiennent par exemple à ce propos des précisions telles que

- une rémunération forfaitaire (Fr. 50.– par heure), éventuellement indexée,
- le remboursement des frais de déplacement (selon les kilomètres ou, en cas de transports publics, le coût du billet),
- l'obligation du mandataire de produire ses factures s'il entend obtenir le remboursement de ses frais,
- l'application des tarifs professionnels (lorsque le mandataire exécute ses tâches dans le cadre de sa profession).

La doctrine admet également que le mandant peut fixer le mode de rémunération, sous forme par exemple de compensation, de remise de titres ou de paiements mensuels ou trimestriels<sup>101</sup>; le mandant peut également prévoir une rémunération proportionnelle à la fortune gérée<sup>102</sup>.

## VI. Les mesures immédiates d'exécution

**66** Il y en a deux :

### A. L'enregistrement dans la banque de données centrale (art. 361 al. 3)

**67** Le mandant peut demander à l'office de l'état civil d'inscrire la constitution et le lieu du dépôt du mandat dans la banque de données centrale (art. 361 al. 3). La demande d'enregistrement peut être adressée à tout office de l'état civil (cf. art. 23a ch. 1 OEC: chaque office de l'état civil est compétent); il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse de l'état civil du lieu d'origine ou du lieu de domicile du mandant ou du mandataire.

**68** L'Office fédéral de l'état civil (cf. art. 84 al. 3 litt. a OEC) a, le 1<sup>er</sup> mars 2013, établi des communications officielles (no 140.14), ayant valeur d'instructions, à l'attention des offices de l'état civil, relatives à la «Demande d'inscription du lieu de dépôt d'un mandat pour cause d'incapacité».

**69** L'enregistrement n'est pas indispensable; il n'est pas une condition de validité du mandat (art. 361 al. 3: le mandant peut demander). Mais il offre naturellement un moyen de publicité permettant au mandat d'être efficace, le cas échéant. L'autorité de protection de l'adulte, qui apprend qu'une personne est devenue incapable de discernement, s'informe en premier lieu auprès de l'office de l'état civil (art. 363 al. 1). Pour cette raison, il est vraisemblable qu'en pratique, la plupart des mandats font l'objet d'un enregistrement. Une dispense pourrait être envisagée lorsque le mandat est donné au conjoint; sur le moment, celui-ci sera en mesure de produire le mandat pour justifier de ses pouvoirs.

<sup>99</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, p. 390, n. 887a.

<sup>100</sup> FAVRE, p. 148; RUMO-JUNGO, n. 3 ad art. 366.

<sup>101</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, p. 390, n. 887.

<sup>102</sup> LEUBA/GIUDICE, p. 230.

**70** *Le notaire* doit au moins renseigner le mandant sur les avantages et les inconvénients que peut comporter l'enregistrement et l'inviter à requérir ce dernier<sup>103</sup>. Mais la requête doit émaner du mandant (art. 361 al. 3: le mandant peut). Le législateur n'a pas aménagé de mandat légal (cpr art. 963 al. 3 en matière de registre foncier) du notaire de requérir l'enregistrement des mandats qu'il instrumente. L'Office fédéral de l'état civil<sup>104</sup> exige en principe la comparution personnelle du mandant auprès de l'office de l'état civil; une dispense n'est donnée que lorsque le mandat revêt la forme authentique. Mais dans un tel cas, l'enregistrement doit reposer sur une procuration écrite (dont le modèle est fixé par l'Office fédéral)<sup>105</sup> et la signature du mandant doit être légalisée; «l'office de l'état civil refuse de recevoir d'autres documents ou actes, en particulier le mandat pour cause d'incapacité»<sup>106</sup>; il appartient alors à l'officier public de vérifier l'identité et la capacité de discernement du requérant et de l'informer du sens et du but de l'inscription<sup>107</sup>. L'officier de l'état civil refuse ainsi la reconnaissance d'un mandat implicite, déduit de la volonté du mandant d'établir un mandat pour cause d'incapacité en la forme authentique<sup>108</sup>.

## B. La délivrance de l'acte

**71** Lorsque le mandat est établi en la forme authentique, le notaire instrumentant doit remettre au mandant l'acte instrumenté. Celui-ci est un *acte en brevet*<sup>109</sup> (que l'on oppose à l'acte en minute, conservé par le notaire et dont celui-ci établit des expéditions), qui est remis dans sa forme originale au mandant. Il appartient à ce dernier d'en assurer la conservation à moins que le canton ait prévu un lieu où les mandats doivent officiellement être conservés (cpr art. 504)<sup>110</sup>.

## VII. La modification et la révocation du mandat

**72** Le mandat pour cause d'incapacité ne perd pas sa validité avec le temps. Il est conseillé de le vérifier régulièrement et de l'adapter si nécessaire. Cela s'impose d'autant plus que les actes que fait le mandataire touchent à la sphère intime du mandant et que le Code ne prévoit pas dans ce domaine de règle comparable à celle de l'art. 120 al. 2 en cas de divorce<sup>111</sup>.

**73** La *modification* du mandat pour cause d'incapacité est possible en tout temps: tant qu'il conserve la capacité suffisante, le mandant peut revenir sur le mandat qu'il a établi. En tant que la modification consiste en une forme de mandat, elle doit revêtir la forme olographe ou la forme authentique.

**74** Le mandant peut *révoquer* (en tout ou partie) le mandat en tout temps (art. 362 al. 1 CC). Il doit pour cela, au même titre que pour la constitution du mandat, avoir la capacité

<sup>103</sup> Cf. FAVRE, p. 158.

<sup>104</sup> Communications, ch. 3.1.

<sup>105</sup> Communications, ch. 3.2.1.

<sup>106</sup> Communications, ch. 3.2.1.

<sup>107</sup> Communications, ch. 3.2.3.

<sup>108</sup> Dans ce sens, MOOSER, p. 171.

<sup>109</sup> MOOSER, p. 172.

<sup>110</sup> STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 374, n. 846.

<sup>111</sup> ZEITER, p. 230: «Ueberprüfung der getroffenen Lösung ist Pflicht».



de discernement<sup>112</sup>. Il n'est en revanche pas nécessaire qu'il ait l'exercice des droits civils<sup>113</sup>. Le mandant ne peut pas renoncer d'avance à révoquer le mandat<sup>114</sup>, en concluant par exemple un « pacte de mandat » avec le mandataire (cf. n. 11).

**75** La révocation peut être faite selon *trois formes*:

- **76** par l'utilisation de l'une des formes prévues pour la constitution du mandat (art. 362 al. 1). Il faut dès lors que soit respectée soit la forme olographe (de l'art. 361 al. 2), soit la forme authentique. Il n'est pas nécessaire que la forme soit la même que celle du mandat initial<sup>115</sup> (un mandat constitué par acte authentique peut être révoqué par un document olographe, et inversement);
- **77** par la *suppression de l'acte* animo revocandi (art. 362 al. 2; cpr art. 510); cette possibilité empêche que l'acte soit rédigé en minute (conservée par le notaire et dont le mandataire ne recevrait qu'une expédition; cf. n. 71); si l'acte n'est pas délivré en brevet (et qu'il est conservé par le notaire), il doit obéir au régime de la conservation des actes pour cause de mort<sup>116</sup>;
- **78** par l'établissement d'une *disposition postérieure* (art. 362 al. 2); le Code aménage la même présomption que celle que l'art. 511 connaît en matière de testaments: le mandat qui ne révoque pas expressément le précédent le remplace dans la mesure où il n'en constitue pas indubitablement le complément.

**79** Quelle que soit la forme de la révocation, celle-ci devrait s'accompagner, lorsque le mandat révoqué a été enregistré dans Infostar, d'une requête de radiation dans cette banque de données<sup>117</sup>.

## VIII. Quelques remarques personnelles en guise de conclusion

**80** La reprise du thème du mandat pour cause d'incapacité, près d'une année après son introduction, appelle, du point de vue du praticien, les constatations et observations personnelles suivantes:

1. **81** Le mandat pour cause d'incapacité permet à tout un chacun de prendre, au titre de mesure personnelle anticipée, des dispositions dans la perspective de son incapacité de discernement, de façon à éviter une ingérence étatique (prenant la forme de l'institution d'une curatelle). Au moment où le mandat déploiera ses effets, le mandataire ne sera certes pas en mesure d'apprécier durablement la portée de ses actes; mais, à la différence du testament, il sera encore en vie, conservera sa sensibilité et ses relations sociales. Il continuera en principe d'être entouré de ses proches. Ces derniers et le mandant devront alors s'accommoder de l'exécution du mandat par le mandataire.
2. **82** La loi accorde au mandant une palette très large dans le choix des mesures qui peuvent faire l'objet du mandat. Mais l'exécution de toutes ces tâches constituera une intrusion dans la sphère d'intimité du mandant. Le choix de la personne du mandataire doit en tenir compte.

<sup>112</sup> FAVRE, p. 158.

<sup>113</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, p. 373, n. 846.

<sup>114</sup> FAVRE, p. 158.

<sup>115</sup> FAVRE, p. 159.

<sup>116</sup> Cf. STEINAUER/FOUNTOULAKIS, p. 372, n. 844. Dans un tel cas, la destruction de l'acte pourra s'accompagner, selon les réglementations cantonales, d'une formalité complémentaire telle que l'établissement d'un procès-verbal de retrait (cf. FAVRE, p. 159).

<sup>117</sup> FAVRE, p. 159; HAEFELI, p. 48.

3. **83** Dans la définition du contenu du mandat, on ne peut être que surpris par la disparité que présentent les diverses formules proposées. On peut certes comprendre que l'aménagement d'un contenu détaillé soit favorisé (si ce n'est presque imposé par la loi à l'art. 360 al. 2). Au même titre que pour les procurations ordinaires, il ne se justifie à mon avis pas : le mandataire agit dans un cadre juridique défini. L'application des règles sur le mandat, expressément prévue par la loi, dispense à mon avis d'une définition détaillée des tâches. Cela est d'autant plus vrai que la loi contient expressément la faculté d'obtenir un complètement du mandat par l'autorité de protection de l'adulte (art. 364). Finalement, l'indication du volet couvert par le mandat (assistance personnelle, gestion du patrimoine et/ou représentation dans les rapports juridiques) m'apparaît en règle générale nécessaire et suffisante. Des instructions sur la façon d'exécuter les tâches se justifient (et s'imposent alors) dans des configurations particulières; on peut relever les cas dans lesquels le mandant exerce une activité d'entrepreneur, dispose d'un patrimoine important ou que ses relations personnelles avec certains proches rendent nécessaire l'adoption d'une réglementation spéciale.
4. **84** Le mandat pour cause d'incapacité n'est pas un document figé. Le mandant doit avoir à l'esprit de l'adapter à l'évolution de sa situation personnelle et patrimoniale et être conscient de cette situation.
5. **85** Le mandat pour cause d'incapacité fait l'objet de nombreuses controverses doctrinales. Celles-ci sont sources de certaines insécurités, qui concernent en particulier le contenu à donner au mandat (notamment en ce qui concerne l'art. 396 al. 3 CO ou les directives anticipées). On espère que la jurisprudence fédérale sera amenée à les lever.

## Bibliographie

BRÜCKNER Christian, *Die Beurkundung von Vorsorgeaufträgen – eine kommende Aufgabe für Urkundspersonen in der Schweiz*, BN 2011, pp. 36ss; FAVRE Lise, *Nouveau droit de la protection de l'adulte – Le mandat pour cause d'incapacité*, in RNR 2013, pp. 145ss; FOUNTOLAKIS/GAIST, *Les mesures personnelles anticipées. Les directives anticipées du patient et le mandat pour cause d'incapacité*, Fampra 2012, pp. 867ss; FREI/HOLDEREGGER, *Der Vorsorgeauftrag im neuen Erwachsenenschutzrecht*, in PJA 2013, pp. 1224ss; GEISER Thomas, in *Protection de l'adulte*, Leuba/Stettler/Büchler/Haefeli (éd.), CommFam, Berne 2013; HAEFELI Christoph, *Grundriss des Erwachsenenschutzrecht*, Berne 2013; HAUSHEER/REUSSER/AEBI-MÜLLER, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Berne 2010; KUHN/JAKOB, *Le mandat pour cause d'incapacité selon le nouveau droit de protection de l'adulte: Un aperçu et quelques réflexions*, in L'expert fiduciaire 2013, pp. 110ss; LANGENEGGER Ernst, in *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Rosch/Büchler/Jakob (éd.), Bâle 2011; LEUBA/GIUDICE, *Le mandat pour cause d'incapacité: état des lieux à quelques mois de l'entrée en vigueur du nouveau droit de protection de l'adulte*, in Le nouveau droit de protection de l'adulte, Guillot/Bohnet (éd.), Bâle 2012, pp. 211ss; MEIER/LUKIC, *Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte*, Genève 2011; MOOSER Michel, *La responsabilité du notaire en relation avec le nouveau droit de la protection de l'adulte*, in RNR 2013, pp. 161ss; MOOSER Michel, *Le droit notarial en Suisse*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2014 (cité Mooser, Droit notarial); RUMO-JUNGO Alexandra, in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 2<sup>ème</sup> éd., Zürich 2012; RUMO-JUNGO Alexandra, *Vorsorgeauftrag und Banken*, Jusletter du 9 décembre 2013 (cité: Rumo-Jungo, Banken); STEINAUER/FOUNTOLAKIS, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne 2014; ZEITER Alexandra, *Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung und Nacherbeneinsetzung auf den Ueberrest nach Art. 492a ZGB: Ueberblick über drei neue Rechtsinstitute*, in SJZ 2013, pp. 225ss.



## La vente de votre résidence secondaire en France : est-ce la fin du paradis ?

Thierry Andrier, notaire, Etude Andrier, Barralier & Moyne-Picard,  
à Annemasse

*La France est la première destination touristique mondiale avec plus de 80 millions de touristes chaque année, c'est dire l'engouement qu'elle suscite pour ses paysages variés, la richesse de son patrimoine historique et culturel mais aussi sa gastronomie.*

*Elle n'échappe pourtant pas à la crise économique qui secoue actuellement les pays Européens.*

*Pour sortir la France de son surendettement, le gouvernement Français est en perpétuelle recherche de nouvelles ressources financières.*

*A ce titre, la France doit être également sur le podium en terme d'instabilité fiscale et de modification des règles de taxation. L'impôt sur la plus-value immobilière n'échappe pas à cette règle, et cette taxation a vu son régime changer de multiples fois au cours des trois dernières années, et encore tout récemment en ce début septembre 2014.*

*Voici donc une étude actualisée au 10 septembre 2014 sur la plus value immobilière d'une cession d'une résidence secondaire en France par un résident suisse.*

*Dank seinen vielfältigen Landschaften, seines geschichtlichen und kulturellen Reichtums, aber auch seiner Gastronomie, steht Frankreich mit jährlich mehr als 80 Millionen Touristen an der Spitze der weltweit vorhandenen Reiseziele. Dennoch leidet auch dieses Land unter der Wirtschaftskrise, welche momentan die Staaten der Europäischen Union beutelt. Um Frankreich aus seiner Überschuldung zu führen, befindet sich sein Fiskus auf einer permanenten Suche nach neuen finanziellen Ressourcen. Dies wiederum bewirkt eine erhebliche fiskalische Instabilität infolge Änderungen in den steuerrechtlichen Grundlagen. Auch die Grundstückgewinnsteuer ist dabei betroffen; denn ihre Regelungen wurden in den drei vergangenen Jahren mehrfach revidiert. Vorliegend wird eine per 10. September 2014 aktualisierte Studie über die Folgen des im Rahmen der Übertragung einer französischen Zweitwohnung durch eine Person mit Wohnsitz in der Schweiz realisierten Grundstückgewinnes präsentiert.*

### Table des matières

#### Introduction

#### I. Première partie : la vente et l'obligation fiscale

##### A. Quand y a-t-il plus-value ?

1. Le paradis continue : exonération de la plus-value
2. Le paradis s'achève : champs d'application de la plus-value

##### B. Comment se paie la plus-value ?

1. Le représentant fiscal
2. Paiement et contrôle de la plus-value

#### II. Deuxième partie : la vente et la contribution fiscale

##### A. Détermination de la plus-value brute

1. Le prix de cession
2. Le prix d'acquisition

## B. Détermination de la plus-value nette et prélèvements sociaux

1. L'impôt sur la plus-value
2. Les prélèvements sociaux

### Conclusion

### Introduction

**Aujourd'hui, environ 187.000 Suisses ont établi leur résidence principale en France, et ceci principalement pour des raisons de coût du logement.**

*La dénonciation récente par la France de la convention Franco-Suisse de 1953 sur les droits de succession, pousse ces nationaux suisses à retourner en Suisse.*

*En effet, selon l'article 750 ter 3 du code des impôts français, dans l'hypothèse où une personne est domiciliée en France pendant au moins six années au cours des dix dernières années précédant celle au cours de laquelle elle hérite, elle devra payer en France des droits de succession sur les biens reçus (et donc notamment sur le patrimoine hérité sur Suisse).*

*Lors de la revente de leur bien immobilier en France, ces Suisses ne seront pas impactés par l'impôt sur la plus-value (pour autant qu'ils soient toujours domiciliés dans leur résidence française au moment de la vente), car **il existe une exonération d'imposition pour les résidences principales.***

**Mais il existe environ 30.000 Suisses qui possèdent une résidence secondaire en France** (principalement sur le littoral et en montagne), sans compter les 163.000 Français expatriés en Suisse, dont certains ont conservé une résidence secondaire en France.

**Si la France reste un paradis en terme touristique**, de par la diversité de ses paysages, la richesse de son patrimoine historique, culturel et artistique, le climat tempéré, les facilités d'accès et d'infrastructures de transport, l'équipement important et varié du pays en structures d'accueil (hôtellerie, parcs d'attractions) mais aussi bien sûr sa gastronomie, **on pourrait s'interroger si elle n'est pas devenue un enfer fiscal?**

*La France reste l'un des rares pays d'Europe à connaître **l'impôt sur la fortune (ISF)**, payable également par les non-résidents dès lors que leur patrimoine immobilier français dépasse 1.300.000 € (après déduction du passif bancaire). La déclaration à l'ISF, est une déclaration obligatoire et volontaire, le délai de reprise de l'administration fiscale étant de six ans.*

**Les droits de succession figurent parmi les plus élevés**, puisqu'en ligne directe, le taux d'imposition de 20%, peut monter jusqu'à 45%, selon l'importance du patrimoine transmis. A ce sujet, la dénonciation de la convention Franco-Suisse, rendra imposable en France à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2015, les parts de SCI Françaises, détenues par des résidents suisses, de telle sorte qu'elles pourraient être imposées en France et en Suisse.

**L'imposition des plus-values immobilières**, qui a été alourdie pour les non-résidents par le Président François Hollande le 17 août 2012, sera l'objet de ces propos par l'étude de:

- La vente et l'obligation fiscale
- La vente et la contribution fiscale



## I. Première partie : la vente et l'obligation fiscale

### A. Quand y a-t-il plus-value ?

#### 1. Le paradis continue : exonération de la plus-value

Le résident suisse qui cède sa résidence secondaire en France sera principalement concerné par l'exonération pour délai de détention. S'il a été domicilié fiscalement en France, il pourra bénéficier d'une exonération spécifique, et enfin nous étudierons les autres cas d'exonération (marginaux) pouvant s'appliquer aux non-résidents.

##### a. *Exonération totale : vente au bout de 30 ans*

Comme nous le verrons en deuxième partie, l'imposition de la plus-value est en réalité composée de deux impositions: la plus-value elle-même, au taux de 19%, et les prélèvements sociaux au taux de 15,5%.

Nicolas Sarkozy avait allongé la durée de détention d'un bien immobilier en France à 30 ans pour pouvoir bénéficier de l'exonération. François Hollande, a rabaisé cette durée à 22 ans en ce qui concerne la plus-value, mais a maintenu à 30 ans en ce qui concerne les prélèvements sociaux.

Autrement dit, aujourd'hui, un non-résident qui possède un bien immobilier en France, sera **totalemment exonéré d'imposition s'il détient son bien depuis plus de 30 ans**.

**Attention :** si le bien immobilier est détenu au travers **d'une SCI**, et que cette dernière a pratiqué de **la location meublée**: elle change de régime fiscal et devient passible de **l'impôt sur les sociétés**. Dans cette hypothèse, il n'y a aucune exonération pour durée de détention.

##### b. *Exonération partielle : vente de l'habitation en France*

**Une exonération particulière** est prévue pour les plus-values réalisées lors de la cession d'immeubles, **qui constituent l'habitation en France des personnes physiques, non résidentes** en France, ressortissantes d'un État membre de l'Union européenne, dans la limite d'une résidence par contribuable et à condition que le cédant ait été fiscalement domicilié en France au moins deux ans.

Par ailleurs, **il est admis que l'exonération soit applicable aux ressortissants d'un État tiers (comme c'est le cas pour la Suisse)** dès lors qu'ils puissent se prévaloir du bénéfice d'une clause conventionnelle de non-discrimination, et s'ils sont dans une situation identique à celle où un national de France pourrait prétendre à une exonération de plus-value immobilière sur le fondement du 2° du II de l'article 150 U du CGI.

**Le cédant** qui souhaite bénéficier de l'exonération **doit pouvoir justifier qu'il a été fiscalement domicilié en France** de manière continue pendant **une durée d'au moins deux ans** à un moment quelconque antérieurement à la cession. La justification de cette domiciliation, qui n'est soumise à aucun formalisme particulier, peut être apportée par la production des avis d'impôt sur le revenu des deux années concernées. La justification peut également être apportée par la production d'avis d'imposition à la taxe d'habitation à titre de résidence principale.

**L'exonération s'applique dans la limite** d'une résidence par contribuable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006 et **de 150 000 € de plus-value nette imposable**, aux cessions réalisées au plus tard le 31 décembre de la cinquième année suivant celle du transfert par le cédant de son domi-

cile fiscal hors de France, ou sans condition de délai, lorsque le cédant a la libre disposition du bien au moins depuis le 1<sup>er</sup> janvier de l'année précédant celle de la cession.

**Cette exonération n'est pas admise lorsque le bien est détenu en SCI**, d'autre part, lorsque l'immeuble est vendu par un couple, le plafond de l'exonération est doublé, soit  $2 \times 150.000$  €. Si la plus-value dépasse le seuil, le surplus est taxé normalement.

c. *Autres cas d'exonération*

(i) *Opérations de partages successoraux ou conjugaux*

Le partage est un acte juridique qui met fin à une indivision en répartissant les biens indivis entre les différents coindivisaires. Lorsqu'il est effectué à charge de soulte et qu'il porte sur des immeubles ou des droits immobiliers, ce partage donne donc lieu, en principe, à l'imposition de la plus-value réalisée par les copartageants autre que l'attributaire.

**Le partage sera exonéré de plus-value** s'il est effectué entre les membres originaires de l'indivision, leurs conjoints, ascendants, descendants ou ayants droit à titre universel de l'un ou plusieurs d'entre eux, et s'il concerne une **indivision successorale**, ou une indivision **provenant d'une donation-partage**.

**L'exonération s'applique également aux partages provenant d'une indivision conjugale**, le régime matrimonial est sans incidence. Par ailleurs les biens partagés peuvent avoir été acquis par les conjoints avant le mariage. **Le partage peut intervenir avant ou procéder de la dissolution du régime matrimonial. Il n'est pas nécessaire que le partage résulte du divorce.**

**La même règle s'applique pour les concubins pacsés.**

Pour les concubins non pacsés, l'exonération s'applique uniquement lorsque le partage porte sur des biens acquis durant la période de concubinage.

(ii) *Déclaration d'utilité publique*

Sont exonérées de plus-value les ventes pour lesquelles une déclaration d'utilité publique a été prononcée en vue d'une expropriation **à condition qu'il soit procédé au emploi de l'intégralité de l'indemnité** par l'acquisition, la construction, la reconstruction ou l'agrandissement d'un ou de plusieurs immeubles dans **un délai de douze mois** à compter de la date de perception de l'indemnité.

(iii) *Remembrement*

Sont exonérés de plus-value les biens qui sont échangés dans le cadre d'opérations de remembrement conformément au code rural.

(iv) *Faible montant*

Sont exonérées de plus-value les ventes dont le prix est inférieur ou égal à 15.000 €.

## 2. Le paradis s'achève : champs d'application de la plus-value

Finalement les cas d'exonération de paiement de plus-value en France sont relativement restreints, et depuis l'allongement à trente années de la détention de l'immeuble, **la plupart des actes de vente entraînent imposition de la plus-value**. Nous étudierons maintenant les personnes imposables, les biens imposables et les opérations imposables à la plus-value immobilière des particuliers.



a. *Les personnes imposables*

(i) *Les personnes physiques*

Le régime d'imposition s'applique aux plus-values réalisées par les particuliers dans la gestion de leur patrimoine privé. Il ne s'applique donc pas, en principe, aux profits tirés d'une activité professionnelle (marchands de biens non-résidents par exemple).

(ii) *Les personnes morales*

Cette plus-value s'applique également aux cessions par des sociétés qui relèvent de plein droit ou sur option des articles 8 du CGI à 8 ter du CGI, c'est-à-dire des sociétés non soumises à l'impôt sur les sociétés et dont le siège est en France, **c'est le cas typique des SCI (sociétés civiles immobilières).**

Comme nous l'avons vu, il faut faire attention à la SCI et la location meublée, puisque dans cette hypothèse, la SCI bascule à l'imposition sur les sociétés, et ne relève plus des plus-values des particuliers.

b. *Les biens imposables*

**Tous les immeubles**, qu'ils soient bâtis ou non bâtis, constituent des biens imposables. Il n'est pas tenu compte de l'origine de propriété du bien cédé (acquisition à titre onéreux ou à titre gratuit), de l'intention spéculative ou non du cédant, de l'affectation ou de la destination du bien.

**Droits relatifs à des immeubles.** Constituent des biens imposables les droits réels immobiliers : usufruit, nue-propiété, servitudes, droit de surélévation, mitoyenneté, bail emphytéotique, etc...

**Parts sociales de sociétés à prépondérance immobilière.** La cession de parts sociales de SCI est imposable à la taxation des plus-values immobilières, comme l'immeuble lui-même (avec quelques différences au niveau du calcul de l'impôt).

c. *Les opérations imposables*

Sont imposables à la plus-value immobilière toutes les **opérations à titre onéreux**, c'est-à-dire, **les ventes, les échanges, les partages.**

Concernant les sociétés, **l'apport immobilier, la dissolution de la société ou le changement de régime fiscal** de la société de personnes entraîne l'imposition des plus-values.

Ainsi l'apport de sa propriété à une SCI déclenche l'imposition sur les plus-values.

*Nous venons d'étudier dans quelles situations, il y avait imposition à la plus-value en France, nous allons voir maintenant, comment se paie cette plus-value, avant d'aborder en deuxième partie le mode de calcul de ladite plus-value.*

## B. Comment se paie la plus-value ?

*L'impôt sur la plus-value est payé au moment de la vente, par prélèvement sur le prix effectué par le notaire chargé de la régularisation de l'acte, mais au préalable, le non-résident aura eu l'obligation de désigner en France un représentant fiscal. Lors de publication de la vente au registre foncier et à défaut de dépôt de déclaration n° 2048-IMM comportant la désignation d'un représentant accrédité, le service de publicité foncière refuse l'accomplissement de cette formalité au déposant.*

## 1. Le représentant fiscal

Les contribuables domiciliés hors de France doivent se faire représenter auprès de l'administration soit par **une personne agréée** à cet effet par l'administration, soit par **les banques** et établissements de crédit exerçant leur activité en France, soit par **l'acheteur du bien** s'il est fiscalement domicilié en France. Un notaire ou un avocat ne peuvent être représentant fiscal au sens de l'article 244 bis A du CGI.

### a. *Dispense de désigner un représentant fiscal*

Il existe deux cas de dispense de désignation d'un représentant fiscal :

#### (i) *Le bien est détenu depuis plus de 30 ans*

Comme nous l'avons vu, dans cette hypothèse, il y a exonération de plus-value et donc dispense de désigner un représentant fiscal. Il faut noter que c'est la seule exonération qui dispense le vendeur non résident, de désigner en France, un représentant fiscal accrédité. Tous les autres cas d'exonération nécessitent cette représentation.

#### (ii) *Le prix de vente est inférieur à 150 000 €*

La dispense automatique s'applique aux cessions dont le prix est inférieur ou égal à 150 000 €. Ce seuil s'apprécie vis-à-vis du cédant, c'est à dire :

**En cas d'indivision**, il y a lieu d'apprécier ce seuil par rapport à la quote-part totale de chaque indivisaire concerné pour savoir s'il entre dans le cadre de la dispense automatique. Ainsi, trois frères qui cèdent un bien immobilier de 400.000 € seront dispensés de désigner un représentant fiscal en France.

**En cas de démembrement de propriété**, il convient également d'apprécier ce seuil pour chacun des titulaires de droits réels (nu-propriétaire, usufruitier).

**Pour un couple marié**, quel que soit son régime matrimonial, le seuil de 150 000 € s'apprécie par rapport à la totalité du prix de la cession, de sorte que le couple est considéré comme un seul cédant. Il en est de même pour des personnes ayant conclu un pacte civil de solidarité (PACS).

**Pour une SCI** détenue par des associés non résidents, le seuil de 150 000 € s'apprécie en faisant la somme de la quote-part du prix de cession correspondant aux droits des associés résidant hors de France.

### b. *Modalités de désignation du représentant fiscal*

*L'accréditation est accordée sur demande du contribuable et après instruction du dossier par l'administration dans les conditions habituelles (moralité fiscale du représentant proposé, examen de sa solvabilité, éventuellement garanties complémentaires), dans certains cas le représentant est déjà accrédité, et ne nécessite donc aucune autorisation de la part de l'administration.*

#### (i) *La demande d'accréditation du représentant fiscal*

Pour être représentant fiscal, il faut être résident en France, c'est-à-dire payer son impôt sur le revenu en France, et présenter des gages de solvabilité. En pratique, cette deuxième condition est remplie, lorsque le représentant fiscal est propriétaire d'un bien immobilier en France.

Une fois le représentant fiscal trouvé, il faudra demander son accréditation auprès du centre des impôts compétent.



La compétence du service chargé de l'instruction de la demande de désignation de représentant accrédité est définie en fonction du lieu de situation de l'immeuble ou du siège de la société concernée en cas de cession d'actions ou de parts de sociétés à prépondérance immobilière.

Lorsque le lieu de situation des biens (immeubles ou droits immobiliers) ou du siège de la société à prépondérance immobilière de source française (cession de parts, d'actions ou de droits) est situé dans PARIS intra-muros, la Direction régionale des finances publiques d'Ile de France (département de Paris-Pôle gestion fiscale Centre-Missions foncières) est seule compétente.

Dans les autres cas, la demande est adressée au directeur départemental ou régional des finances publiques territorialement compétent ou à l'inspection de fiscalité immobilière, si cette tâche a fait l'objet d'une mesure de déconcentration.

(ii) *Le représentant fiscal déjà accrédité*

Rappelons, que **les banques** et établissements de crédit exerçant leur activité en France, ainsi que **l'acheteur du bien** s'il est fiscalement domicilié en France bénéficient automatiquement de l'accréditation de l'administration fiscale, sans autre formalités.

D'autre part, l'administration a la possibilité de délivrer un agrément général qui dispense le représentant fiscal qui en fait l'objet d'obtenir une accréditation pour chaque opération déterminée.

**Un agrément permanent de représentation fiscale a ainsi été délivré aux sociétés suivantes:**

- Accréditéco – 7-9 rue du Bouloi – 75001 Paris;
- Société Accréditée de Représentation Fiscale (SARF) – 2, rue des Petits Pères – 75002 Paris;
- Sarf Azur – 54 Boulevard Victor Hugo – 06048 Nice Cédex 1;
- Société Financière Accréditée – 10 avenue de Friedland – 75008 PARIS et bureau de Nice de la SFA – 3, Avenue Baquis – 06000 Nice;
- La Représentation Fiscale – 21 rue du Midi – 92200 Neuilly sur Seine;
- Tevea International – 64 rue de Ranelgah – 75016 Paris;
- Authorized Tax Representative (ATR) – 61 rue Henri Regnault Tour Exaltis – 92400 Courbevoie.

Il est rappelé que le représentant accrédité est responsable des conséquences du contrôle ultérieur exercé, le cas échéant, par l'administration.

## 2. Paiement et contrôle de la plus-value

### a. *Paiement de la plus-value*

La plus-value est déclarée sur l'imprimé n° **2048 IMM**, et payée au service de la publicité foncière lors de la publication de la vente. Il y a autant d'imprimés que de cédants.

Lorsque c'est une SCI qui vend, il n'y a qu'un seul imprimé, la répartition de la plus-value entre les associés se faisant dans l'imprimé même. La déclaration mentionne les noms de tous les associés et la nature de l'imposition applicable à chaque quote-part, y compris pour les associés qui ne sont pas soumis au régime des plus-values immobilières des particuliers.

La déclaration doit être signée par le cédant ou par son mandataire.

Les pièces justificatives afférentes aux frais et charges venant en diminution du prix de cession ou en majoration du prix d'acquisition ou justifiant du remploi de l'indemnité en cas d'expropriation, sont fournies par le contribuable sur demande de l'administration.

*b. Contrôle de la plus-value*

L'administration fiscale dispose d'un délai de trois années plus l'année au cours de laquelle la plus-value a été payée afin d'en faire le contrôle.

Elle peut alors demander tous les justificatifs qui ont abouti au calcul de la plus-value (comme par exemple la déduction de factures de travaux).

En cas de rectification du calcul de la plus-value, le complément d'imposition est assorti d'un intérêt de retard.

Le vendeur au même titre que son représentant fiscal, peuvent être indistinctement poursuivis par l'administration pour la totalité de l'imposition due (y compris les prélèvements sociaux). C'est bien là le rôle du représentant fiscal, en effet, il est dans l'esprit des textes, qui tiennent compte des difficultés que le service rencontrerait pour contraindre le contribuable non domicilié en France sur ses biens situés à l'étranger, d'obtenir le paiement auprès du représentant.

En pratique le contentieux en matière de plus-value immobilière (du chef de l'administration fiscale) est extrêmement rare, le calcul ayant été vérifié et contrôlé par le représentant permanent, ou par l'administration en cas de demande d'agrément.

*Après avoir étudié dans quelles situations et comment déclarer la plus-value immobilière, nous allons maintenant aborder le domaine du calcul de cette plus-value.*

## II. Deuxième partie : la vente et la contribution fiscale

*Le calcul de la plus-value immobilière s'effectue en soustrayant du prix de vente le prix de revient de l'immeuble, auquel on applique un taux d'imposition selon le nombre d'années de détention de l'immeuble (différent pour la plus-value et les prélèvements sociaux).*

### A. Détermination de la plus-value brute

*Conformément à l'article 150 V du code général des impôts (CGI), la plus ou moins-value brute est égale à la différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition par le cédant.*

#### 1. Le prix de cession

*a. Prix de cession : généralités*

**Le prix de cession à retenir est le prix réel** tel qu'il est stipulé dans l'acte indépendamment de ses modalités de paiement. **La valeur du mobilier n'est pas prise en compte** pour la détermination de la plus-value immobilière imposable **à la condition que l'existence et la valeur vénale de ces biens** au jour de la cession **soient justifiées** (production de facture, inventaire de commissaires-priseurs, etc.).

**Le prix de cession est majoré** de toutes les charges et indemnités au profit du cédant.

**Le prix de cession est réduit** sur justificatifs, des frais limitativement énumérés par la loi : **la commission d'agence immobilière** à la charge du cédant, **les frais d'avocat ou de notaire** ayant permis à l'accomplissement de la vente, **les frais liés aux certifications et diagnostics** obligatoires, **les indemnités d'éviction** versées au locataire, **les honoraires d'architecte** à raison des études de travaux permettant d'obtenir un accord préalable à un permis de



construire, **les frais exposés** par le vendeur d'un immeuble en vue d'obtenir d'un créancier la **mainlevée de l'hypothèque** grevant cet immeuble et enfin **les frais du représentant fiscal**.

*b. Prix de cession : particularités*

Lorsqu'un bien est cédé **contre une rente viagère**, le prix de cession retenu pour ce bien est la valeur en capital de la rente, à l'exclusion des intérêts.

**En cas d'échange**, le prix de cession est constitué par la valeur réelle du bien acquis en contrepartie du bien cédé, majorée éventuellement du montant de la soulte reçue ou diminuée du montant de la soulte payée.

Lorsque **le prix est payable à terme**, le prix de cession est égal au montant cumulé des versements afférents aux diverses échéances stipulées au contrat. Toutefois, si ces versements comprennent des intérêts, le montant de ceux-ci vient en déduction du prix de cession.

Le prix de cession dans **le cadre d'un apport immobilier** est égal à la valeur réelle des titres représentatifs de l'apport (c'est-à-dire la valeur du bien apporté).

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

Le prix de cession à retenir est le prix réel tel qu'il est stipulé dans l'acte. Le prix global doit être ventilé de façon à faire apparaître distinctement le prix de cession de la nue-proprété et celui de l'usufruit, en fonction de la valeur réelle au jour de la vente. A titre de règle pratique, il est admis que cette ventilation puisse être effectuée en appliquant le barème prévu par l'article 669 du CGI, en tenant compte, bien entendu, de l'âge de l'usufruitier au jour de la vente :

AGE de l'usufruitier	VALEUR de l'usufruit	VALEUR de la nue-proprété
Moins de :		
21 ans révolus	90 %	10 %
31 ans révolus	80 %	20 %
41 ans révolus	70 %	30 %
51 ans révolus	60 %	40 %
61 ans révolus	50 %	50 %
71 ans révolus	40 %	60 %
81 ans révolus	30 %	70 %
91 ans révolus	20 %	80 %
Plus de 91 ans révolus	10 %	90 %

## 2. Le prix d'acquisition

### a. La définition du prix d'acquisition

#### (i) Acquisition à titre gratuit

En cas d'acquisition à titre gratuit, le prix d'acquisition s'entend, en principe, de **la valeur vénale retenue pour la détermination des droits de mutation à titre gratuit**. Dans les cas exceptionnels où le **prix d'acquisition n'est pas connu** du fait de l'absence d'acte translatif de propriété lors de l'entrée dans le patrimoine du cédant (par exemple, succession non déposée, succession non imposable en France, acquisition par prescription acquisitive, etc), **il convient de retenir la valeur vénale réelle** de l'immeuble à la date d'entrée dans le patrimoine du cédant. A titre de règle pratique, la valeur qui figure dans l'attestation immobilière de propriété pourra être retenue, à la condition que celle-ci mentionne la valeur vénale réelle du bien à la date d'entrée dans le patrimoine du cédant. Il est précisé que la valeur vénale retenue est susceptible d'être remise en cause par l'administration, dans les conditions de droit commun, si elle a été manifestement majorée en vue de minorer le montant de la plus-value réalisée.

#### (ii) Acquisition à titre onéreux

En cas d'acquisition à titre onéreux, le prix d'acquisition à retenir est **le prix effectivement acquitté par le cédant**, tel qu'il a été stipulé dans l'acte.

#### **Biens acquis moyennant le paiement d'une rente viagère :**

Le prix d'acquisition est égal à la valeur du capital représentatif de la rente, majorée, le cas échéant, de la fraction du prix d'acquisition payée comptant. Toutefois, afin de tenir compte du caractère aléatoire du contrat de rente viagère, le vendeur peut substituer, sur sa demande, au capital représentatif de la rente, le total formé par les arrérages effectivement versés et le capital représentatif de la rente restant à verser à la date de la vente.

#### **Biens reçus en échange**

En cas d'échange pur et simple, la valeur à retenir comme prix d'acquisition est la valeur réelle du bien remis en échange. En cas d'échange avec soulte, la valeur à prendre en considération varie suivant que la soulte est payée ou reçue. Dans la première hypothèse, le prix d'acquisition est constitué par la valeur réelle du bien remis en échange à laquelle s'ajoute le montant de la soulte ; dans la seconde, le prix s'entend de la valeur réelle du bien remis, diminué du montant de la soulte.

#### **Biens reçus en apport**

Le prix d'acquisition est constitué par la valeur réelle des droits sociaux rémunérant l'apport (c'est-à-dire la valeur du bien apporté).

#### (iii) Particularités applicables aux deux

#### **Opération de construction**

En cas de construction par le cédant sur un terrain dont il était antérieurement propriétaire, le prix d'acquisition à retenir est constitué par :

- le coût des travaux de construction, d'une part. Ces travaux s'entendent notamment des frais d'architecte, des taxes et participations liées à la construction, et des factures et mémoires des entrepreneurs de tous les corps d'état. Il est précisé que si les travaux ne sont pas réalisés par une entreprise, ils s'entendent du prix d'achat des matériaux pour la construction, et le cas échéant, du coût de la main d'œuvre employée (salaires



versés aux ouvriers et charges sociales y afférentes). En revanche, le travail personnellement effectué par le contribuable n'est pas pris en compte.

- le prix d'acquisition du terrain, d'autre part.

Il est rappelé que la fraction de la plus-value afférente au terrain est déterminée en tenant compte de la date d'acquisition du terrain indépendamment de la date du début d'exécution des travaux de construction.

En conséquence, lors de la vente d'un bien construit par le cédant, la plus-value se décompose en deux parties : plus-value terrain d'un côté et plus-value construction de l'autre. Les abattements pour durée de détention que nous verrons ci-dessous, sont décomptés, en ce qui concerne la construction, à compter du début des travaux, peu importe la durée de ceux-ci.

### **Démembrement de propriété**

- *Acquisition en pleine propriété et cession d'un droit démembre*

Si l'aliénation a pour objet la nue-propriété ou l'usufruit sur un bien acquis en pleine propriété, la plus-value imposable est déterminée en tenant compte d'une part, du prix du droit aliéné, et d'autre part, de la fraction du prix d'acquisition de la pleine propriété afférente à ce droit, en appliquant le barème institué par l'article 669 du CGI (cf. tableau ci-dessus), en tenant compte de l'âge de l'usufruitier au jour de la vente. Ces dispositions sont obligatoires.

- *Cession après réunion de la propriété*

Il convient de distinguer les situations suivantes, **la nue-propriété et l'usufruit ont été acquis à titre onéreux** : il convient de retenir la somme des prix d'acquisition de chacun des droits démembrement stipulés dans chacun des actes d'acquisition. **La nue-propriété a été acquise à titre gratuit (donation ou succession) et l'usufruit à titre onéreux** : il convient de retenir la somme de la valeur vénale de la nue-propriété retenue lors de la donation ou de la succession et du prix d'acquisition de l'usufruit. **La nue-propriété a été acquise à titre onéreux et l'usufruit par extinction** : il est admis de retenir pour le calcul de la plus-value immobilière imposable, la valeur vénale de chacun des droits (donc la valeur de la pleine propriété) à la date d'entrée de la nue-propriété dans le patrimoine du cédant.

#### *b. La majoration du prix d'acquisition*

Le prix d'acquisition est majoré d'un certain nombre de frais et de dépenses diverses limitativement énumérés par la loi :

##### *(i) Les charges et indemnités*

**Les charges et indemnités** supportées lors de l'acquisition viennent majorer le prix. Il s'agit de toutes les charges en capital ainsi que toutes les indemnités stipulées au profit du cédant à quelque titre que ce soit. Elles sont retenues pour leur montant réel .

##### *(ii) Les frais afférents à l'acquisition à titre onéreux*

**Les frais afférents à l'acquisition à titre onéreux** sont retenus soit pour leur montant réel sur justification, soit forfaitairement. Dans ce dernier cas, ils sont fixés à 7,5 % du prix d'acquisition.

(iii) *Les frais afférents à l'acquisition à titre gratuit*

**Les frais afférents à l'acquisition à titre gratuit** sont retenus uniquement pour leur montant réel sur justification, ils doivent avoir été effectivement supportés par le cédant et s'entendent des frais d'acte et de déclaration ainsi que des droits de mutation payés relatifs au bien vendu. Il faut remarquer que la majoration du prix par les droits de donation (ou de succession) est relativement récente.

(iv) *Les dépenses de travaux*

**Les dépenses de travaux:** les dépenses de **construction, de reconstruction, d'agrandissement, ou d'amélioration** réalisées sur un immeuble viennent en majoration du prix d'acquisition, soit, sous certaines conditions, **pour leur montant réel**, soit forfaitairement, **pour un montant de 15 %** du prix d'acquisition, à la condition que le contribuable cède l'immeuble plus de cinq ans après son acquisition. **Ces dépenses doivent avoir été réalisées par une entreprise** (exclusion des travaux effectués par le vendeur lui-même).

**Les dépenses d'entretien et de réparation**, y compris les grosses réparations, **ne sont pas déductibles**, à moins qu'elles ne soient consécutives à des travaux de construction, reconstruction, d'agrandissement ou d'amélioration et qu'elles soient indissociables de ces dernières.

**Les intérêts des emprunts** contractés pour l'acquisition ou la réalisation de travaux, **ne sont pas déductibles**.

## B. Détermination de la plus-value nette et prélèvements sociaux

Lors de la vente d'un bien immobilier en France, le non-résident devra payer non seulement l'impôt sur la plus-value, mais aussi, depuis août 2012, les prélèvements sociaux.

### 1. L'impôt sur la plus-value

La plus-value brute réalisée sur les biens ou droits immobiliers est réduite d'un abattement pour chaque année de détention au-delà de la cinquième.

Les délais de possession doivent être calculés par périodes de douze mois depuis la date d'acquisition jusqu'à la date de cession.

La plus-value nette ainsi dégagée va être soumise à un taux d'imposition.

#### a. *L'abattement pour durée de détention*

Pendant longtemps, au bout de 15 ans de détention du bien immobilier il y avait exonération totale de plus-value. Le Président Nicolas Sarkozy, a allongé cette durée de 15 à 30 ans. Le Président François Hollande, a ensuite réduit partiellement cette durée, mais uniquement pour les propriétés bâties. Au moment de mettre sous presse, une nouvelle réforme fiscale intervient, visant à alléger la plus-value des terrains à bâtir.

#### (i) *Le terrain à bâtir*

Concernant les terrains à bâtir, François Hollande a essayé deux années de suite de supprimer purement et simplement les abattements pour durée de détention. Deux années de suite, ces nouvelles dispositions ont été déclarées illégales par le Conseil Constitutionnel. La plus-value liée à un terrain à bâtir restait cependant taxée plus lourdement que celle d'une propriété bâtie, cette surtaxe vient cependant de disparaître par une instruction



fiscale du 10 septembre 2014. La taxation du terrain à bâtir est maintenant alignée sur celle de la propriété bâtie.

Afin de relancer l'immobilier, la plus-value des terrains à bâtir, bénéficie même (depuis cette instruction du 10 septembre 2014) d'un abattement de 30 % supplémentaire. Afin de bénéficier de cette disposition, il faut que la vente du terrain à bâtir soit précédée d'une promesse de vente ayant acquis date certaine entre le 1<sup>er</sup> septembre 2014 et le 31 décembre 2015, à la condition que la cession intervienne au plus tard le 31 décembre de la deuxième année suivant celle au cours de laquelle la promesse de vente a acquis date certaine.

**Il faut également noter que les terrains à bâtir peuvent, en plus de la plus-value et des prélèvements sociaux, subir deux autres taxations :**

- **La taxe communale sur la première cession de terrains nus devenus constructibles** (pour autant que la commune ait voté ladite taxe). Cette taxe devient exigible lors de la première cession à titre onéreux du terrain intervenue après son classement en zone constructible, pour autant que ce classement date de moins de 18 ans. Cette taxe n'est pas due si le prix de cession est inférieur au triple du prix d'acquisition. Cette taxe représente 10 % de la différence entre le prix de vente et le prix d'acquisition du bien réactualisé en fonction de l'indice des prix à la consommation publié par l'INSEE.
- **La taxe nationale sur la première cession de terrains nus devenus constructibles.** La taxe s'applique aux ventes de terrains nus rendus constructibles postérieurement au 13 janvier 2010 (sur la première vente uniquement). La taxe n'est pas due lorsque le rapport entre le prix de cession et le prix d'acquisition n'excède pas 10. Cette taxe représente entre 5 et 10 % de la différence entre le prix de vente et le prix d'acquisition du bien réactualisé en fonction de l'indice des prix à la consommation publié par l'INSEE, sachant que pour la taxe nationale, l'assiette de la taxe est réduite d'un dixième par année écoulée à compter de la date à laquelle le terrain a été rendu constructible au-delà de la huitième année.

(ii) *L'immeuble bâti*

Depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2013, la plus-value brute d'un immeuble bâti, subit une décote selon le tableau ci-après, de telle sorte qu'au-delà de 22 ans, il n'y a plus d'impôt de plus-value à payer :

Taux d'abattement pour la vente d'un bien immobilier autre qu'un terrain à bâtir depuis le 1 <sup>er</sup> septembre 2013	
Durée de détention	Taux d'abattement applicable chaque année de détention
	Assiette pour l'impôt sur le revenu
Moins de 6 ans	0 %
De la 6 <sup>ème</sup> à la 21 <sup>ème</sup> année	6 %
22 <sup>ème</sup> année révolue	4 %
Au delà de la 22 <sup>ème</sup> année	Exonération de plus-value

Notons qu'il a été mis en place un **abattement supplémentaire de 25 %**, pour toutes cessions intervenues entre le 1<sup>er</sup> septembre 2013 et le 31 août 2014 (applicable également pour les prélèvements sociaux).

*b. Le taux d'imposition applicable à la plus-value nette*

Une fois la plus-value nette déterminée, il faut lui appliquer un taux, pour connaître l'impôt à payer.

*(i) Le taux normal pour le résident suisse*

Le taux applicable aux résidents suisses a fait l'objet de nombreux débats, et procès. Pour les résidents français, et ceux de la Communauté européenne, le taux est de 19 %. Pour les autres pays, il est de 33,33 %.

Arguant de l'article 15 de la convention Franco-Suisse de 1966, concernant l'impôt sur les revenus et la fortune, les défenseurs du taux de 19 % pour les résidents suisses ont obtenu gain de cause lors d'un arrêt du Conseil d'Etat du 27 novembre 2013.

L'administration fiscale française a intégré dans sa doctrine administrative ce nouveau taux de 19 % depuis juin 2014.

En conséquence, **le taux normal** applicable pour des résidents suisses **est de 19 %**.

**A SAVOIR: Les résidents suisses ayant vendu un bien immobilier en 2012 ou 2013, peuvent réclamer auprès de l'État français, le remboursement de la différence de taux entre 33,33 % et 19 %, avant le 31 décembre 2014.**

*(ii) Le taux majoré pour plus-value élevée*

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, lorsque la plus-value nette dégagée est supérieure à 50.000 €, une surtaxe s'applique au taux de 19 %. **Cette surtaxe n'est pas applicable aux terrains à bâtir.**

Pour la détermination du seuil de 50.000 €, les indivisaires, concubins, couples mariés ou pacsés, sont chacun titulaire dudit seuil de 50.000 € (soit 100.000 € pour un couple).

Dans le cadre d'une SCI, le seuil de 50.000 € est déterminé au niveau de la SCI, toutefois ne sont pas comptées dans ce seuil, la quote-part afférente à des associés non soumis à l'impôt sur le revenu (par exemple société à l'impôt sur les sociétés), ainsi que la quote-part afférente à des associés exonérés.

**La surtaxe varie entre 2 et 6 %** selon le tableau ci-après, de telle sorte que **le taux d'imposition global de la plus-value peut varier entre 19** (s'il n'y a pas de surtaxe) **et 25 %**.

Montant de la plus-value nette imposable	Montant de la surtaxe
De 50 001 € à 60 000 €	2 % PV – $(60\ 000 - PV) \times 1/20$
De 60 001 € à 100 000 €	2 % PV
De 100 001 € à 110 000 €	3 % PV – $(110\ 000 - PV) \times 1/10$
De 110 001 € à 150 000 €	3 % PV
De 150 001 € à 160 000 €	4 % PV – $(160\ 000 - PV) \times 15/100$
De 160 001 € à 200 000 €	4 % PV
De 200 001 € à 210 000 €	5 % PV – $(210\ 000 - PV) \times 20/100$
De 210 001 € à 250 000 €	5 % PV
De 250 001 € à 260 000 €	6 % PV – $(260\ 000 - PV) \times 25/100$
Supérieur à 260 000 €	6 % PV
(PV = montant de la plus-value imposable)	



## 2. Les prélèvements sociaux

L'enfer fiscal de la vente ne s'achève malheureusement pas avec la surtaxe pour les immeubles bâtis, ou les taxes communale et nationale pour les terrains à bâtir. En effet, depuis le 17 août 2012, les non-résidents doivent également payer au moment de la vente, les prélèvements sociaux sur la plus-value nette déterminée.

### a. *L'abattement pour durée de détention*

Si la plus-value est exonérée au bout de 22 ans (sauf pour les terrains à bâtir: 30 ans), les prélèvements sociaux sont payables dans les 30 ans, avec une dégressivité qui contribue largement à faire de la vente en France un enfer fiscal. En effet jusqu'à la 22ème année de détention, l'abattement est très faible (et donc l'imposition très forte), ainsi que le montre le tableau ci-après, qui n'est applicable qu'aux immeubles bâtis:

Taux d'abattement pour la vente d'un bien immobilier autre qu'un terrain à bâtir depuis le 1 <sup>er</sup> septembre 2013	
Durée de détention	Taux d'abattement applicable chaque année de détention
	Assiette pour les prélèvements sociaux
Moins de 6 ans	0 %
De la 6 <sup>ème</sup> à la 21 <sup>ème</sup> année	1,65 %
22 <sup>ème</sup> année révolue	1,60 %
Au delà de la 22 <sup>ème</sup> année	9 %
Au delà de la 30 <sup>ème</sup> année	Exonération de prélèvements sociaux

**Concernant les terrains à bâtir, l'abattement des prélèvements sociaux est le même que celui de la plus-value (donc plus favorable que celui des immeubles bâtis).**

### b. *Le taux d'imposition applicable à la plus-value nette*

Les prélèvements sociaux s'élèvent depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2012 à **15,5 %** et se décomposent ainsi:

**CRDS** (contribution pour le remboursement de la dette sociale): 0,5 %,

**CSG** (contribution sociale généralisée): 8,2 %,

**Prélèvement social:** 5,4 %,

**Contributions additionnelles:** 1,4 %.

Toutefois, il ne semble pas logique de faire supporter aux non-résidents une taxe qui concerne la sécurité sociale des Français.

Cette taxation devrait évoluer dans les années à venir, soit par des décisions internes de jurisprudence, soit au niveau de l'Europe, en effet, la Cour européenne a été saisie de ce sujet le 17 juillet 2013, une décision est attendue en 2015.

## Conclusion

Faut-il encore investir en France avec son paradis touristique et son enfer fiscal ?

**Cet enfer, est non seulement lié à la complexité des règles fiscales, mais également à leurs mouvances.**

Pour mieux appréhender la complexité des règles que nous venons d'évoquer, prenons l'exemple suivant :

La SCI Y cède une résidence sur la côte d'Azur le 25 septembre 2014 pour un montant de 1.000 000 €. Le bien a été acquis le 15 octobre 2004 pour 350 000 €.

La SCI Y est détenue par une SA suisse à hauteur de 40 % (plus-value non étudiée dans le cadre de cet article), et par deux personnes physiques (A et B) à hauteur de 30 % chacune. L'immeuble vendu constituait la résidence principale de A, B est résident suisse.

Le prix de cession est de 1.000.000 €, le prix d'acquisition est de 350.000 € (+ 7,5 %, forfait d'acquisition + 15 % forfait travaux) = 428.750 €. La plus-value brute est donc de  $1.000.000 - 428.750 = 571.250$  €. L'abattement pour durée de détention : du 15 octobre 2004 au 25 septembre 2014, 9 années civiles entières se sont écoulées (soit 4 années au-delà de la cinquième), soit  $4 \times 6\% = 24\%$  d'abattement.

Plus-value nette :  $571.250 - 24\% = 434.150$  €.

**La plus-value** est déterminée au prorata des droits de chaque associé, la taxe ne s'applique donc pas à hauteur de 40 %, la SA suisse étant soumise à l'impôt sur les sociétés, et à hauteur de 30 % (exonération de la résidence principale). Le résident suisse sera donc taxé à hauteur de 30 % de 434.150 € soit 130.245 €, au taux de 19 %, soit **24.746,55 €**. La plus-value nette étant supérieure à 50.000 €, il devra également payer la surtaxe de 3 %, soit **3.907,35 €**.

Outre la taxe sur la plus-value, il faudra également régler **les prélèvements sociaux** : pour 4 années de détention (au-delà de 5ème), l'abattement est de  $4 \times 1,65 = 6,6\%$  : plus-value nette :  $571.250 - 6,6\% = 533.547,50$  €. L'associé résident suisse, devra donc supporter les prélèvements sociaux sur 30 % de cette plus-value, soit  $533.547,50 \times 30\% = 160.064,25$  €, au taux de 15,5 % = **24.809,96 €**.

Ainsi, il devra recevoir 30 % du prix de vente, soit 300.000 €, mais devra payer sur sa quote-part de plus-value qui s'élève à 171.375 € ( $571.250 \times 30\%$ ), un total de  $24.747 + 3.907 + 24.810 =$  **53.464 €**.

Pour mieux appréhender la mouvances des règles fiscales en France, il est important de se renseigner auprès d'un notaire français préalablement à la vente.

\* \* \*



## Jurisprudence choisie de l'année 2013 en droit commercial

Edgar Philippin, Professeur à l'Université de Lausanne, avocat

### Structure

1. Sociétés commerciales
2. Responsabilité des organes de sociétés commerciales
3. Société coopérative
4. Registre du commerce
5. Surveillance de la révision

### 1. Sociétés commerciales (sauf responsabilité des organes)

#### Société anonyme – libération des actions nominatives

Art. 652d CO, art. 684, 685, 687 CO; art. 260 LP

En cas d'augmentation du capital d'une société anonyme (dont le capital était jusque-là entièrement libéré) par augmentation de la valeur nominale des actions, les actionnaires ne doivent pas nécessairement procéder à un nouvel apport, dans la mesure où chaque action demeure libérée à concurrence de 20% au moins de la nouvelle valeur nominale. Il peut suffire de déclarer en pareil cas que le capital est dorénavant libéré de manière partielle seulement. Si un tiers prend l'obligation de libérer le montant de l'augmentation, il n'y est pas tenu en tant qu'actionnaire. S'agissant d'actions nominatives, on peut imaginer que cet engagement puisse ou non libérer les actionnaires de leur propre obligation de payer le non-versé sur appel de la société. Le Tribunal fédéral laisse toutefois la question indécidée, faute pour les recourants d'avoir formulé à cet égard un grief suffisamment motivé.

*Tribunal fédéral, 28 janvier 2013, arrêt 4A\_512/2012, X. et Y. c. Z. (pour une discussion de la question non résolue par le Tribunal fédéral, voir BARBORA CASTELL/HANS CASPAR VON DER CRONE, Privative Übernahme der Liberierungsschuld, RSDA 2013, p. 254 ss).*

#### Société anonyme – contrôle spécial

Art. 8 CC; art. 697 al. 1 et 2, 697a et b, 717 CO

Le contrôle spécial tend à l'élucidation de faits, non à une appréciation juridique ou à un jugement de valeur. Des faits extérieurs à la sphère d'influence de la société ne peuvent pas faire l'objet d'un contrôle spécial. Cela ne s'oppose toutefois pas à l'élucidation des relations que la société entretient avec des tiers déterminés. Les faits à élucider doivent être nécessaires à l'exercice de droits des actionnaires: c'est notamment le cas s'ils sont pertinents pour l'introduction d'une action en responsabilité ou pour l'exercice des droits sociaux. La violation des statuts ou de la loi ainsi que le dommage qu'il appartient au demandeur de rendre vraisemblables doivent être en relation avec les faits objet de la requête de contrôle spécial. Une preuve stricte n'est pas requise du demandeur, mais celui-ci ne peut pas se contenter de simples affirmations dépourvues d'un minimum d'ancrage concret. La motivation de la requête de contrôle spécial doit être dotée de chances de succès raisonnables (*einigermaßen aussichtsreich*) ou apparaître au moins soutenable, sur la base d'un examen sommaire. La simple existence de relations de proximité entre la société ou certains de ses actionnaires et un tiers avec lequel la société a conclu divers contrats ne suffit pas à rendre vraisemblable l'existence d'un conflit d'intérêts permettant d'admettre la demande de contrôle spécial en tant qu'elle porte sur l'examen des conditions desdits contrats.

*Tribunal fédéral, 6 août 2013, arrêt 4A\_260/2013, A. c. X. SA*

#### Société anonyme – contrôle spécial

Art. 8 CC; art. 697a, b, c, 717 CO

Un contrôle spécial est demandé, de manière formellement correcte, à propos d'un prêt accordé par la société X. Holding SA au président de son conseil d'administration. Le Tribunal fédéral examine dans cet arrêt les conditions matérielles du contrôle spécial. En l'espèce, l'actionnaire A. avait rendu vraisemblable que la décision du conseil d'administration avait pu être influencée par le bénéficiaire du prêt, quand bien même il n'avait pas formellement participé à la délibération, en raison des relations étroites de certains administrateurs avec le président du conseil et de la crainte de certains autres de perdre leur siège. Le demandeur avait aussi rendu vraisemblable que les

conditions du prêt étaient inhabituelles (taux d'intérêt particulièrement favorable pour la période initiale, sûretés limitées à la mise en gage d'une police d'assurance et à la cession des honoraires d'administrateur et bonus futurs). Compte tenu de ces éléments, il apparaissait qu'une *violation des devoirs* imposés aux administrateurs par la loi et les statuts pouvait entrer en ligne de compte.

Compte tenu en particulier du caractère limité des sûretés, il était également vraisemblable que la valeur de la créance pour X. Holding SA fût inférieure à la valeur nominale des liquidités mises à disposition du président du conseil d'administration. X. Holding SA aurait aussi pu obtenir un rendement supérieur en investissant la somme prêtée auprès de tiers. Cela permettait de supposer l'existence d'un *dommage*.

Le Tribunal d'appel du canton de Bâle-Ville avait aussi indiqué en quoi les réponses données par X. Holding SA aux questions posées par A. lors de l'assemblée générale apparaissaient *incomplètes* ou en quoi il pouvait exister des doutes quant à leur exactitude. Dans son recours auprès du Tribunal fédéral, X. Holding SA s'était contentée d'opposer sa propre appréciation à celle des premiers juges, sans expliquer pourquoi celle-ci reposerait sur une constatation arbitraire des faits. Dans cette mesure, le Tribunal fédéral n'est pas revenu sur la question.

Quant à l'*objet du contrôle spécial*, le Tribunal fédéral s'est penché sur un certain nombre des questions posées. Contrairement à l'avis de X. Holding SA, celle de savoir comment le conseil d'administration et son président justifiaient que la cession d'un bonus éventuel pouvait constituer une sûreté suffisante relevait bien de l'élucidation de faits. Plus que l'état d'esprit du conseil d'administration, il s'agit de déterminer sur la base de quels critères objectifs celui-ci a procédé à l'examen des conditions du crédit. Celle de savoir quelles mesures le conseil d'administration a prises pour éviter les conflits d'intérêts ne suppose pas non plus une appréciation juridique du comportement des organes, mais vise bien l'établissement des précautions prises en fait en relation avec de possibles conflits d'intérêts. Enfin, la question de savoir quel était le but du prêt est bien en relation avec l'exercice des droits de l'actionnaire. L'objectif poursuivi (et non l'affectation concrète des fonds prêtés) est impor-

tant pour déterminer le caractère adéquat ou non des sûretés dans une éventuelle action en responsabilité.

*Tribunal fédéral, 20 juin 2013, arrêt 4A\_129/2013, X. Holding SA c. A*

### **Société à responsabilité limitée – carences dans l'organisation**

**Art. 74 al. 1 let. b LTF; art. 727, 727a, 731b, 818, 819 CO; art. 56 al. 1 CPC**

Au vu des conséquences que peut entraîner la dissolution d'une société, il est généralement admis que la valeur litigieuse de CHF 30000.– exigée par l'art. 74 al. 1<sup>er</sup> let. b LTF est atteinte. Dans l'application de l'art. 731b CO (dont le catalogue n'est pas exhaustif), le juge dispose d'une liberté d'action qui lui permet de prendre la mesure adéquate en fonction des circonstances. Il n'est pas lié par les conclusions des parties et peut ordonner une autre mesure que celle requise. Le juge est toutefois tenu de respecter le principe de la proportionnalité et ne doit ordonner la dissolution que comme *ultima ratio*. Si l'organe de révision fait défaut, le juge doit en principe opter pour la mesure plus clémente consistant à désigner l'organe manquant. Dans un cas où ni la personne morale elle-même ni son associé gérant ne sont atteignables, il n'est peut-être pas exclu de prononcer directement la dissolution d'une société après que celle-ci a omis de désigner un organe de révision malgré la notification par voie édictale d'une sommation en ce sens; on peut en effet présumer que la société n'a plus d'activité ni d'intérêt à en poursuivre une en pareil cas. En revanche, lorsque, après la décision de première instance, un appel est formé au motif que la société serait solvable, le Tribunal supérieur n'est plus autorisé à partir du principe que toute mesure serait vaine. Une nouvelle sommation entre en ligne de compte et la question de la nomination judiciaire de l'organe manquant est réactualisée. Un rejet de l'appel sans autre instruction concrétise une violation de l'art. 731b CO.

*Tribunal fédéral, 13 mai 2013, arrêt 4A\_4/2013, X. Sàrl en liquidation c. Registre du commerce du canton de Genève*



## 2. Responsabilité des organes de sociétés commerciales

### Société à responsabilité limitée – responsabilité du gérant

**Art. 8 CC; art. 1, 717 al. 1, 754 al. 1, 827 CO; art. 260 LP**

A. est le gérant unique avec signature individuelle de A. Sàrl. Il est aussi le titulaire de la raison individuelle A. Consulting. Les deux entités déployaient des activités du même genre, sans qu'A. lui-même sache toujours s'il agissait pour l'une ou pour l'autre. En 2002, A. Sàrl a été condamnée à verser une somme de CHF 34610.- à X. SA. Ce montant est resté impayé. Entre mars 2004 et mars 2005, A. a facturé environ CHF 155000.- à A. Sàrl, pour des prestations fournies dans le cadre de sa raison individuelle. En 2007, la faillite de A. Sàrl a été prononcée. L'administration de la masse a cédé à X. SA les droits découlant de prétentions en responsabilité contre A. en sa qualité de gérant de A. Sàrl. Sur la base de cette cession, X. SA agit contre A. en paiement de CHF 34610.-. Rejetée en première instance, l'action est admise par le Tribunal cantonal du canton du Valais, au motif essentiel que la facturation de montants à A. Sàrl par A. Consulting a eu pour effet de transférer exclusivement sur la société à responsabilité limitée le risque des activités de A. En outre, les paiements faits par A. Sàrl à A. Consulting l'ont été à des conditions ne profitant qu'à A. personnellement: un gérant diligent agissant dans l'intérêt de la société à responsabilité limitée n'aurait pas accepté d'entrer en relation avec un tiers dans des termes similaires.

Le Tribunal fédéral note en outre que le contrat avec soi-même ou la double représentation ne sont exceptionnellement admissibles que si le risque d'un inconvénient pour le représenté peut être exclu à raison de la nature de l'affaire. Le fait que les montants versés par A. Sàrl à A. Consulting correspondent à des contre-prestations effectives est sans pertinence dans ce contexte. Lorsque, comme en l'espèce, un organe conclut pour le compte de la société qu'il représente des affaires à son profit personnel, un risque direct et prononcé de conflit d'intérêts existe en principe.

Enfin, s'il est exact que le demandeur doit prouver un dommage, une violation fautive des devoirs de l'organe défendeur et un lien de causalité adéquat entre l'une et l'autre, il ne pouvait entrer en ligne de compte

de rejeter l'action de X. SA au motif que l'inexactitude ou le caractère excessif des factures sur la base desquelles A. Consulting avait encaissé environ CHF 155000.- de la part de A. SA n'aurait pas été établi. Le fait que A. s'était fait payer par A. Sàrl, de sa propre et unique initiative, des montants très importants, causant à la société à responsabilité limitée des difficultés de trésorerie ayant en définitive conduit à la faillite de celle-ci était établi. Cela suffisait à fonder l'admission de l'action en responsabilité. A. aurait certes pu tenter de démontrer que, malgré la situation manifeste de conflit d'intérêts, son activité de gérant avait toujours été déployée dans l'intérêt de A. Sàrl. C'est toutefois lui qui doit supporter le fardeau de la preuve à cet égard. Il ne peut se contenter de renvoyer à quatre cartons de documents sociaux sans se référer concrètement au moindre rapport de travail, contrat, note ou confirmation d'ordre.

*Tribunal fédéral, 22 mai 2013, arrêt 4A\_127/2013, A. c. X. SA*

### Société anonyme – distribution de dividende – cash pooling – responsabilité de l'organe de révision

**Art. 675 al. 2, 680 al. 2, 732 ss, 755 CO**

La société X. SA, filiale indirecte de A. Z. SA, est détenue à 100% par B. Z. SA. Une autre société du groupe, D. Z., dont le siège se trouve aux Pays-Bas, gère un système de cash pooling auquel participent diverses entités affiliées, dont X. SA. Chacune de ces entités dispose d'un compte auprès d'une banque unique. A la fin de chaque jour ouvrable, les liquidités des sociétés participantes sont virées sur le compte de D. Z., un éventuel solde négatif étant quant à lui couvert par D. Z. Les mouvements correspondants sont comptabilisés comme des prêts. Dans ce contexte, à la fin de l'exercice 2000, X. SA dispose contre D. Z. d'un avoir de CHF 16500000.-. A la même date, X. SA a également une créance d'un montant de CHF 7150000.- contre A. Z. SA. Le 20 avril 2001, l'assemblée générale ordinaire de X. SA relative à l'exercice clôturé le 31 décembre 2000 décide de verser un dividende de CHF 28500000.- à son actionnaire unique. Cette décision se fonde notamment sur un rapport de l'organe de révision Y. SA, du 12 avril 2001, aux termes duquel la proposition faite quant à l'emploi du bénéfice était conforme à la loi et aux statuts. Le dividende est payé le 28 juin 2001 par l'inscription d'un avoir de CHF 28500000.- au profit de

l'actionnaire unique de X. SA dans le système de cash pooling du groupe. D. Z. est ultérieurement déclarée en faillite.

X. SA considère que le dividende versé en 2001 à son actionnaire unique n'aurait pas dû se monter à CHF 28 500 000.–, mais bien à CHF 6 770 000.–, compte tenu du fait que ses fonds propres librement disponibles étaient entamés par les prêts accordés à D. Z. et à A. Z. SA. Si cet élément avait été pris en considération et si la différence de CHF 21 730 000.– entre le dividende effectivement versé et le montant maximal allégué avait ainsi été maintenue au crédit de X. SA dans le système de cash pooling, X. SA fait valoir qu'elle aurait obtenu un dividende supérieur d'environ CHF 4 000 000.– à celui qu'elle a effectivement perçu dans la faillite de D. Z. Reprochant à l'organe de révision d'avoir, contrairement à ses devoirs, jugé conforme à la loi la proposition faite quant à l'emploi du bénéfice de l'exercice clôturé le 31 décembre 2000, X. SA agit contre Y. SA en paiement d'un montant d'environ CHF 4 500 000.–.

L'action est rejetée par le Tribunal de commerce du canton de Zurich, au motif principal que l'activité de l'organe de révision ne saurait être en lien de causalité avec le dommage subi par X. SA. En effet, sans examiner si l'organe de révision avait ou non concrètement manqué à ses obligations dans le cas d'espèce, le Tribunal de commerce du canton de Zurich a considéré, sur la base d'un raisonnement hypothétique jugé conforme au droit de la société anonyme, que l'organe de révision aurait effectivement pu parvenir à la conclusion selon laquelle la proposition faite quant à l'emploi du bénéfice était irréprochable. Du point de vue du Tribunal de commerce du canton de Zurich, le paiement du dividende litigieux aurait en tout cas été licite s'il avait été soumis à la condition que le montant en question soit affecté au remboursement des prêts octroyés par X. SA à d'autres sociétés du groupe. Le fait de régler le dividende par le biais du système centralisé de cash pooling satisfait à cette condition, dès lors que X. SA y disposait d'un avoir suffisant au moment du paiement. Dans la mesure où ledit avoir de X. SA aurait été constitué après la clôture des comptes au 31 décembre 2000, le montant litigieux aurait pu être payé licitement comme un acompte sur dividende. Dans ce système, la somme versée est considérée comme une dette de l'actionnaire qui la reçoit jusqu'au moment où elle

peut être compensée avec la créance en paiement d'un dividende formellement décidé par l'assemblée générale. Si l'absence d'identité entre les débitrices de X. SA au sein du système de cash pooling et la créancière du dividende devait faire obstacle à cette façon de voir, le versement litigieux aurait pu être opéré comme un dividende en nature, X. SA cédant sa créance contre le pool (ou les sociétés participantes concernées) à son actionnaire unique, à titre de paiement. Le Tribunal fédéral considère cette argumentation comme erronée: on ne voit pas comment le paiement du 28 juin 2001 pourrait être considéré comme un acompte sur un dividende déjà décidé. En outre, l'état de fait de la décision attaquée ne mentionnait pas qu'un prêt de X. SA à son actionnaire unique aurait été comptabilisé au 31 décembre 2000. Enfin, il n'était pas non plus établi que, dans le système de cash pooling mis en place au sein du groupe, X. SA aurait pu se dessaisir de sa créance au profit de sa société mère à titre de paiement d'un dividende en nature.

Dans une deuxième argumentation, le Tribunal de commerce du canton de Zurich a jugé que le paiement du dividende par le biais d'un crédit dans le système de cash pooling avait quoi qu'il en soit simultanément réduit le montant des prêts octroyés par X. SA aux autres sociétés du groupe. Pour autant que le montant des fonds propres librement disponibles pris en considération pour justifier des prêts octroyés à des sociétés du groupe devienne en effet indisponible pour la distribution de dividendes (interdiction de la double mise à contribution des réserves libres), il n'y aurait donc pas double emploi en l'espèce. Pour le Tribunal fédéral, un éventuel effet «automatique» de réduction du montant des prêts par le versement du dividende ne relève pas du droit. Dès lors qu'il n'était pas établi en fait que le paiement du dividende ait entraîné la diminution du montant des dettes de D. Z. et de A. Z. SA à l'égard de X. SA, l'argument a été écarté. Le recours à des inscriptions en compte dans le système de cash pooling n'est en définitive qu'une modalité de paiement. Il n'en reste pas moins nécessaire d'examiner si, en prêtant la main à l'opération, la société X. SA a disposé en faveur de son actionnaire unique d'actifs (circulants) dans une mesure excédant le montant des fonds propres librement disponibles tels qu'ils résultent du passif du bilan. L'organe de révision joue un rôle central dans cette ana-



lyse, liée au respect des règles de protection du capital des art. 675 al. 2 et 680 al. 2 CO.

Le Tribunal de commerce du canton de Zurich développe enfin un troisième argument: si l'organe de révision avait effectivement indiqué dans son rapport que les fonds propres librement disponibles ne peuvent pas être distribués sous la forme d'un dividende dans la mesure où ils doivent servir de justification à des prêts accordés à d'autres sociétés du groupe, les organes de X. SA auraient eu d'autres moyens licites à disposition pour procéder au versement d'un dividende de CHF 28500000.– à l'actionnaire unique de la société. Par conséquent, l'omission d'une mention correspondante dans le rapport de l'organe de révision serait sans influence sur la situation. En réalité, comme il l'a exposé en relation avec le premier argument, le Tribunal fédéral ne voit pas, sur la base de l'état de fait établi par les premiers juges, qu'il aurait existé un moyen licite de procéder au paiement litigieux.

Le recours de X. SA est par conséquent admis et l'affaire renvoyée au Tribunal de commerce du canton de Zurich pour nouvelle instruction.

*Tribunal fédéral, 7 janvier 2013, arrêt 4A\_248/2012, X. SA en liquidation concordataire c. Y. SA.* L'affaire a par la suite été jugée à nouveau par le Tribunal de commerce de Zurich le 20 janvier 2014 (affaire HG130015-O), dans un sens différent, après nouvelle instruction (voir à ce sujet la critique de LUKAS GLANZMANN/MARKUS WOLF, *Cash Pooling – Was ist noch zulässig?*, GesKR 2014, p. 264 ss)

### 3. Société coopérative

#### Capital-participation

**Art. 656a ss, 828 al. 2, 940 al. 1 et 2 CO**

Une société coopérative ne peut pas se doter d'un capital-participation.

*Tribunal fédéral, 28 avril 2014, arrêt 4A\_363/2013* (destiné à la publication au recueil officiel et annulant l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, du 13 juin 2013, dans l'affaire B-6017/2012), *Coopérative X. c. Office fédéral de la justice*

### 4. Registre du commerce

#### Dissolution d'une société en nom collectif – réquisition d'inscription

**Art. 556 al. 1, 566 CO; art. 15, 17 al. 1 let. b ORC**

Lorsqu'un associé résilie le contrat de société en nom collectif, la réquisition tendant à l'inscription de la dissolution doit émaner de tous les associés, conformément à l'art. 556 al. 1<sup>er</sup> CO (et à l'art. 17 al. 1<sup>er</sup> let. b ORC). Il est exclu que la réquisition ne soit signée que par les autres associés. La lettre de résiliation n'est pas une manifestation de volonté adressée à l'office du registre du commerce et ne saurait donc être assimilée à une réquisition au sens de l'art. 15 ORC. Une inscription qui ne repose pas sur une réquisition valable doit être annulée et l'état précédent rétabli (consid. 2.3). Cela vaut également pour la radiation d'une personne à qui les associés ont conféré la signature individuelle. Indépendamment du fait que l'art. 566 CO concerne les fondés de procuration et autres mandataires commerciaux, non les titulaires d'un droit de signature, le droit de révocation conféré individuellement à chaque associé n'emporte pas droit de faire procéder à la radiation du registre du commerce sans réquisition émanant formellement de tous les associés, conformément à l'art. 556 al. 1<sup>er</sup> CO (consid. 3).

*Tribunal fédéral, 21 mars 2013, arrêt 4A\_554/2012, André Paul Weibel et Markus Weibel c. Werner Weibel et Office du registre du commerce du canton de Bâle-Campagne*

#### Société anonyme – transfert de siège – opposabilité aux tiers

**Art. 647, 932 CO; art. 124 al. 1 ORC; art. 46 al. 2, 53 LP**

Depuis la modification de l'art. 647 CO, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, le transfert du siège de la société anonyme est opposable aux tiers (notion qui inclut les offices des poursuites) dès le jour ouvrable qui suit celui dont la date figure sur le numéro de la Feuille officielle suisse du commerce où est publiée l'inscription. Le 11 octobre 2012, jour de l'inscription du transfert à Wollerau (SZ) de siège de la société X. SA au journal du registre du commerce, l'office des poursuites de Wädenswil (ZH) pouvait donc encore valablement notifier une commination de faillite

à ladite société, l'inscription n'ayant été publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce que le 16 octobre 2012.

*ATF 139 III 293*

### **Société à responsabilité limitée – inscription d'un opting out et d'une mutation personnelle**

**Art. 727a, 731b CO ; art. 62 al. 2 ORC**

Lorsqu'une société requiert l'inscription d'un opting out, l'office du registre du commerce ne peut pas exiger la production de rapports d'audit établissant qu'elle a jusque-là respecté son obligation de soumettre ses comptes au contrôle d'un organe de révision. De tels rapports ne font pas partie des documents actuels déterminants visés par l'art. 62 al. 2 ORC. L'art. 727a CO exige en effet seulement que la société requérante prouve (i) qu'elle n'est pas soumise au contrôle ordinaire, (ii) qu'elle n'emploie pas plus de dix employés à plein temps en moyenne annuelle et (iii) que tous les associés ont renoncé à un contrôle restreint. Si, contrairement à ses obligations, la société requérante a précédemment omis de désigner un organe de révision, cela aurait le cas échéant pu donner lieu à une procédure en élimination d'une carence dans l'organisation au sens de l'art. 731b CO. Cela ne saurait toutefois faire obstacle à l'inscription d'un opting out pour l'avenir. L'office du registre du commerce ne peut pas non plus refuser d'inscrire une mutation en soi incontestée (en l'espèce la désignation d'un président des gérants) au motif que la réqui-

sition viserait également l'inscription d'un point litigieux (en l'espèce l'opting out). Le fait que les pièces justificatives se réfèrent aussi à une décision dont l'inscription est remise en question par l'office (à tort ou à raison) n'est en effet pas susceptible d'induire le public en erreur, tant que l'aspect controversé n'est pas définitivement inscrit sur le registre.

*ATF 139 III 449*

## **5. Surveillance de la révision**

### **Agrément en qualité d'expert-réviseur – exigence de la pratique professionnelle**

**Art. 36 Cst. ; art. 4 al. 1 et 4 LSR**

Compte tenu de l'art. 4 al. 4 LSR, la pratique professionnelle prise en considération au sens de l'art. 4 al. 1<sup>er</sup> LSR ne peut pas être antérieure au début de la formation requise. Cela résulte du texte clair de la loi, qui reflète d'ailleurs la volonté du législateur. Compte tenu de l'importance que revêt la tâche de l'organe de révision, la pratique professionnelle exigée s'entend de la mise en pratique de connaissances théoriques acquises au préalable. Les conditions de l'art. 36 Cst sont à l'évidence remplies s'agissant de cette restriction à la liberté économique.

*Tribunal administratif fédéral, 13 juin 2013, affaire B-6017/2012, Coopérative X. c. Office fédéral de la justice*

\* \* \*



Dès octobre 2014,  
découvrez la nouvelle version de  
**www.notalex.ch**

Chère lectrice, cher lecteur

Notre site internet [www.notalex.ch](http://www.notalex.ch) est en pleine mutation.

Dès le 1<sup>er</sup> octobre prochain, vous pourrez en effet lire tous les mois un bref commentaire sur les jurisprudences récentes du Tribunal fédéral.

Votre avis nous intéresse, n'hésitez pas à nous faire parvenir vos commentaires quant à son utilisation. Notre directeur scientifique, M<sup>e</sup> José-Miguel Rubido ([rubido@rubido.ch](mailto:rubido@rubido.ch)) et notre assistante diplômée, M<sup>me</sup> Sophie Martin ([cdn@unil.ch](mailto:cdn@unil.ch)) se tiennent à votre disposition.

Notre site internet est à votre service.  
Profitez-en !



**Prof. Denis PIOTET**

Pour le comité  
de rédaction  
Notalex

**M<sup>e</sup> José-Miguel RUBIDO**

Notaire, docteur en droit  
Directeur scientifique  
du site

# Droit de la filiation : nouvelle édition d'un ouvrage de référence



## **Droit de la filiation**

5<sup>e</sup> édition

Philippe Meier | Martin Stettler

**Mars 2014**

1099 pages, relié  
ISBN 978-3-7255-6980-9  
CHF 125.00

## **Auteurs**

Philippe Meier,  
Professeur, avocat, Université  
de Lausanne

Martin Stettler,  
Professeur honoraire, Université  
de Genève



Au cours des trois dernières années, ce ne sont pas moins de cinq modifications substantielles du droit de la famille qui sont entrées en vigueur ou qui ont été mises en chantier. Elles se rapportaient toutes directement ou indirectement au droit de la filiation. Les auteurs ont ainsi été amenés à retravailler en profondeur plusieurs chapitres du Droit de la filiation aux fins de faciliter l'accès, la compréhension et l'assimilation de ces nombreux changements, en rendant l'utilisateur attentif aux conséquences concrètes de ces modifications,

et compris s'agissant du nouveau droit de l'autorité parentale qui entre en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2014.

L'ouvrage s'attache, comme par le passé, à fournir les références les plus larges possibles à la jurisprudence fédérale et cantonale ainsi qu'aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

Destiné avant tout aux praticiens du droit et aux étudiants, ce manuel sera également utile aux personnes et autorités appelées à intervenir dans la protection des intérêts de l'enfant.



# swisslex

## *PREMIUM*

Die Menge der publizierten Rechtsinformationen hat in den letzten Jahren drastisch zugenommen. Über die neusten Entwicklungen auf dem Laufenden zu sein, ist oberstes Gebot einer sorgfältigen Arbeitsweise. Mit Swisslex-Premium bieten wir Ihnen den effizienten Zugriff auf die aktuellsten Urteile und Zeitschriftenartikel, konzentriert und auf Ihr Spezialgebiet zugeschnitten.

**Swisslex-Premium – immer aktuell und sicher unterwegs.**

## Impressum, Journal 3/octobre 2014

### not@lex

Revue de droit privé et fiscal du patrimoine  
Proposition de citation : Edgar Philippin, Tribunaux,  
p. 132  
not@lex 3/2014  
7e année

### Éditeur

Centre de droit notarial  
(Faculté de droit de l'Université de Lausanne)  
Avec le soutien de la Fondation Notariat Vaud  
[www.unil.ch/cdn](http://www.unil.ch/cdn)

### Rédaction

**Denis Piotet**, professeur, Lausanne  
**Yves Noël**, professeur, avocat, Lausanne  
**François Bianchi**, chargé de cours, notaire, Aigle  
**Michel Mooser**, professeur, notaire, Bulle  
**Stephan Wolf**, professeur, Berne  
**Bernard Rolli**, professeur, magistrat, Berne  
**Etienne Jeandin**, notaire, Genève  
**Thierry Dubois**, professeur, notaire, Nyon  
**Inge Hochreutener**, professeure, HEG Fribourg

### Parution quatre fois par an

### Site internet

[www.notalex.ch](http://www.notalex.ch)  
José-Miguel Rubido, docteur en droit, notaire, Genève  
Directeur scientifique  
Tél. +41 (0)22 710 40 40, [rubido@rubido.ch](mailto:rubido@rubido.ch)  
[www.lesnotairesunis-br.ch](http://www.lesnotairesunis-br.ch)

Sophie Martin, doctorante, centre de droit notarial –  
UNIL  
Assistante diplômée  
Tél. +41 (0)21 692 27 71, [cdn@unil.ch](mailto:cdn@unil.ch)

### Abonnement

Abonnement annuel Suisse :  
CHF 148.–

Abonnement annuel pour étudiants :  
CHF 78.–

Prix par exemplaire :  
CHF 39.–

Commandes dans les librairies et auprès du diffuseur

### Droits d'auteur et d'édition

Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par les droits d'auteur, y compris les jugements publiés et leurs lignes directrices, pour autant qu'ils aient été commentés par l'auteur ou l'éditeur. La protection découlant des droits d'auteur vaut également à l'égard des banques de données ou installations de ce type.

### Gestion et administration des abonnements

Schulthess Médias Juridiques SA  
Zwingliplatz 2, 8022 Zurich  
tél. 044 2002919, télécopie 044 2002908  
e-mail: [zs.verlag@schulthess.com](mailto:zs.verlag@schulthess.com)  
Internet: [www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)  
ISSN 1662-7369

### Annonces publicitaires

Schulthess Médias Juridiques SA  
Zwingliplatz 2, 8022 Zurich  
tél. 022 731 97 63, télécopie 044 2002908  
e-mail: [editions.romandes@schulthess.com](mailto:editions.romandes@schulthess.com)  
Internet: [www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)  
ISSN 1662-7369

