

# CHRONIQUE

## DROIT DES SOCIÉTÉS



**MICHEL  
STORCK**  
Professeur  
à la faculté  
de droit de  
Strasbourg



**QUENTIN  
URBAN**  
Maître de  
conférences  
à la faculté  
de droit de  
Strasbourg



**ISABELLE  
RIASSETTO**  
Professeur  
à la faculté  
de droit  
du Havre

### Cession de parts ou d'actions – Prix symbolique fixé à 1 franc – Vil prix – Prescription de l'action en nullité – Nullité absolue – Articles 1844-14 C.civ. et L 235-9 C. com. – Articles 1591 et 2262 C. civ.

Cass. com. 23 octobre 2007, n° 06-13.979, Mayer-Velitchkoff c/ Velitchkoff

**La cession de droits sociaux consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue soumise à la prescription trentenaire de droit commun.**

Une épouse a cédé à son mari en 1988 pour le prix d'un franc, 49 des 50 parts dont elle était titulaire dans le capital d'une SCI. Le mari est par la suite poursuivi en qualité de caution par un établissement de crédit qui va demander le partage d'un autre immeuble appartenant en indivision aux époux<sup>1</sup>. Le 24 mars 2001 un jugement prononce le divorce entre époux ; le 28 mars 2001, l'épouse, invoquant la vileté du prix dans la cession des parts de la SCI fait assigner son époux en annulation de la cession. Est cassé l'arrêt d'appel qui rejette la demande de l'épouse aux motifs que la nullité pour vileté du prix est soumise comme toute nullité à la prescription de cinq ans : en statuant ainsi, alors que « la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue soumise à la prescription trentenaire de droit commun », la cour d'appel a violé les articles 1591 et 2262 du Code civil (Cass. com. 23 octobre 2007).

La portée de cet arrêt n'est pas limitée aux seules cessions de parts de SCI, et s'étend à toutes cessions de parts sociales.

Doivent être écartées, d'une part, les règles de prescription relatives à la nullité des actes sociaux (1°), d'autre part, les délais de prescription des nullités relatives (2°).

1. Les règles de prescription triennales propres au droit des sociétés (C. civ. art. 1844-14 C. civ. ; C. com. art. 235-9) ne sont pas applicables, et n'ont pas été appliquées en l'espèce par les juges du fond, aux actes de cession. En effet, la Cour de cassation a introduit une distinction entre l'acte de cession de parts, conclu par le cédant et le cessionnaire, et les délibérations sociales : « l'action en annulation d'une cession de droits sociaux n'est soumise à la prescription triennale que

dans l'hypothèse où elle est fondée sur une irrégularité affectant la décision sociale ayant accordé au cessionnaire l'agrément exigé par la loi ou les statuts, irrégularité qui ne peut être invoquée que par la société ou les associés »<sup>2</sup>. Il a ainsi été jugé que la violation de la procédure d'agrément d'une cession de parts de SARL est sanctionnée par une nullité relative qui, par application de l'article L 235-9 C.com., se prescrit par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue<sup>3</sup>.

2. La vileté du prix n'est pas sanctionnée au titre d'un vice du consentement du vendeur par une nullité relative soumise à la prescription quinquennale de l'article 1304 du Code civil : elle équivaut à une absence de prix au sens de l'article 1591 du Code civil. Une cession de droits sociaux nulle pour défaut de prix est frappée de nullité absolue<sup>4</sup> ; elle n'est susceptible ni de confirmation ni de ratification. La rescision pour lésion des 7/12<sup>e</sup> ne peut être demandée par le vendeur lorsque la cession porte sur des parts d'une SCI et non sur l'immeuble lui-même<sup>5</sup>.

La vileté du prix relève de l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>6</sup>. Dans une cession de parts de SCI, l'évaluation de la valeur des parts est délicate, compte tenu de l'obligation au passif social attachée de plein droit à la qualité d'associé (C. civ., art. 1844-1, al. 1).

Une cession de parts sociales à 1 euro n'est pas nulle en tant que telle : la valeur des parts doit être fixée en tenant compte de la charge du passif pesant sur la société<sup>7</sup>.

Par ailleurs, la vileté du prix d'une cession de droits sociaux réalisée entre époux pourrait donner lieu à une requalification de l'opération en une libéralité indirecte

2. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 6 oct. 2004, Bull. civ. III, n° 166 ; D. 2004. AJ. 2720, obs. A. Lienhard ; Bull. Joly 2005. 114, note Le Cannu ; Rev. sociétés 2005. 152, note Saintourens, et p. 411, note J.-F. Barbiéri ; Banque & Droit 2004, n° 98 p. 43 obs. M. Storck – CA Paris 3<sup>e</sup> ch B, 10 oct 2003, Danon c/ Maniatakis, Juris Data n° 227871

3. Cass. com., 9 nov. 1993 : Dr. sociétés févr. 1994, p. 11, note H. Le Nabasque ; JCP N 1994, II, 111 ; JCP G 1994, II, 94 ; RJDA 1994, n° 175 ; Bull. Joly 1994, p. 82 ; D. 1994, Jur. p. 435, note D. Velardocchio ; Rev. sociétés 1994, p. 472, note J.-P. Legros

4. CA Paris, 25<sup>e</sup> ch., sect. B, 21 avr. 1989 : Bull. Joly Sociétés, 1989, p. 610, § 221, note Y. Streiff ; v. la jurisprudence portant sur une vente : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 oct. 1981 : Bull. civ. I, n° 301 - Civ. 1<sup>re</sup>, 24 mars 1993 : Defrénois 1993. 1375, obs. Aubert ; Contrats Conc. Consom. 1993. 128, note L. Leveneur

5. Cass. civ. 9 avril 1970, JCP 1970, II, n° 16925

6. Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1998 : pourvoi n° 97-12.042

7. Com. 25 janv. 2005 : pourvoi n° 01-12.165, Paris 3<sup>e</sup> ch. À, 10 mai 2005 : Juris-Data n° 272265 ; cessionnaires s'étant engagés personnellement envers le bailleur à régler une dette de loyers non payée par la société cédée ; Rapp., admettant qu'un prix d'un franc puisse constituer une juste contrepartie en raison de la « dette d'honneur » du vendeur responsable de certaines malversations : Com. 12 mars 1996 : pourvoi n° 94-10.292

1. CA Paris 12 mai 2004, Société Générale c/ V., Juris-Data n° 246116.

ou déguisée : à ce titre, la vente n'est plus frappée de nullité, mais doit être requalifiée de donation indirecte ou déguisée, soumise au statut des libéralités. À cette fin, l'époux acquéreur apparent des parts doit établir l'intention libérale de son conjoint au jour de la réalisation de l'acte. Il a été jugé en ce sens que constituent des donations indirectes ou déguisées rapportables, des souscriptions et rachats d'actions ou parts sociales moyennant leur valeur nominale, alors que leur valeur effective est beaucoup plus élevée : en s'abstenant du rapport, le bénéficiaire se rend coupable de recel successoral<sup>8</sup>.

Il convient enfin de relever que la nullité absolue fragilise les droits des tiers sous-acquéreur : par l'annulation de la cession, l'acquéreur est rétroactivement privé de tout droit sur les parts, ce qui entraîne l'annulation rétroactive de la revente de ces parts, le sous-acquéreur devant dès lors restituer les parts acquises<sup>9</sup>. Toutefois le sous-acquéreur de bonne foi pourrait se prévaloir d'une erreur commune et invincible l'ayant autorisé à croire qu'il acquerrait valablement d'un vendeur ayant lui-même acheté en vertu d'un titre régulier<sup>10</sup>.

M. S.

**Société par actions simplifiée (SAS) – Clause statutaire d'exclusion – Procédure d'exclusion – Décision collective d'exclusion prise par les actionnaires – Illicéité de la clause prévoyant la privation du droit de vote de l'actionnaire menacé d'exclusion lors de la délibération – La loi seule peut prévoir une privation du droit de vote d'un actionnaire – L'actionnaire menacé d'exclusion doit pouvoir voter lors de la délibération collective le concernant – Une exclusion selon une autre procédure que la décision collective reste possible.**

Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, 23 octobre 2007 n° 06-16537, cette décision a déjà été commentée par A. Lienhard sur le site web Dalloz sous la rubrique actualité jurisprudence.

**L'article L.227-16 al.1 du Code de commerce autorise les rédacteurs des statuts d'une société par actions simplifiée à insérer une clause par laquelle « un associé peut être tenu de céder ses actions ». Cette disposition ne signifie pas pour autant qu'il est possible d'écarter, par une clause statutaire, la règle de l'article 1844 al.1 du Code civil qui reconnaît à tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Par application de l'article 1844 al.1 du Code civil, l'actionnaire menacé d'exclusion doit pouvoir voter lors de la délibération qui peut l'obliger à céder ses actions. Un actionnaire peut non seulement être exclu lorsqu'il est mis en minorité, mais aussi selon d'autres procédures n'impliquant pas forcément une décision collective.**

Les magistrats d'appel, dont l'arrêt a été cassé par la décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation, du 23 octobre 2007, avaient considéré que la société par actions simplifiée (SAS) reposait sur « la dissociation du pouvoir financier et du pouvoir décisionnel ».

C'est pourtant exact. Il est possible dans une SAS d'accorder plus de droits à certains associés pour leur assurer un pouvoir plus important de décision au détriment d'autres cantonnés à des rôles d'investisseurs. Les actions à droits de vote multiples sont un des instruments d'un tel déséquilibre. C'est aux statuts de le prévoir. Mais, est ce que cette liberté peut aller jusqu'à permettre une clause statutaire autorisant des associés à voter l'exclusion d'un associé sans que ce dernier participe au vote ? Voilà l'enjeu du débat judiciaire dont avait été saisie la Cour de cassation et ses conséquences ont donné lieu à des divergences entre la cour d'appel de Douai et la Cour de cassation.

Les faits de l'espèce se prêtaient bien à la discussion. La dissociation entre pouvoir financier et pouvoir décisionnel était particulièrement marquée. Un actionnaire, Monsieur X., détenteur de près des deux tiers des actions d'une SAS s'était vu privé du droit de voter lorsque les deux autres actionnaires, Monsieur Y. et Madame Z., avaient pris la décision collective de l'exclure. Ils n'avaient fait d'ailleurs qu'appliquer l'article 16 des statuts de la société qui privait l'actionnaire menacé d'exclusion de participer au vote de la décision.

Pour casser l'arrêt d'appel qui avait estimé que cette privation était licite, la chambre commerciale vise les articles 1844 al.1 du Code civil et l'article L.227-16 du Code de commerce et énonce que « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi ». Il est rappelé par cette formulation que le droit de vote est l'instrument essentiel de la participation aux décisions collectives et que les exceptions à ce mode de participation doivent être cantonnées aux situations visées par la loi (1<sup>o</sup>). Un actionnaire devra donc participer au scrutin organisé pour l'exclure. Mais, la décision collective n'est pas la seule procédure permettant l'exclusion (2<sup>o</sup>).

**Participer aux décisions collectives, c'est voter**

La participation aux décisions collectives est un droit reconnu à tout associé d'une société quelle que soit sa forme par l'article 1844 al.1 du Code civil : « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ». Mais, que signifie « participer aux décisions collectives » ? Comme le vote est l'instrument privilégié par le droit sociétés pour prendre des décisions collectives, on est tenté d'en déduire qu'un associé doit voter pour participer aux décisions collectives et qu'il ne peut être privé du droit de vote. Cela n'a pas été toujours la déduction autorisée par la chambre commerciale de la Cour de cassation. Dans un arrêt De Gaste du 4 janvier 1994<sup>11</sup>, la chambre commerciale avait considéré que s'il était possible par une disposition statutaire de priver un associé de son droit de vote, il ne

8. CA Paris, 2<sup>e</sup> ch., sect. A, 9 juin 1986, Vacherot et autres, Joly sociétés nov 1986, p. 1031 note G. Lesguillier

9. Cass. com. 5 mai 1970, Rev. sociétés 1971.184, note M. G. : l'annulation d'une cession d'actions pour indéterminabilité du prix se répercute sur le tiers acquéreur, qui doit restituer les titres litigieux, ainsi que les fruits perçus de mauvaise foi (bénéfices). Dans le même sens : Cass. com. 24 janv. 1989, Bull. Joly 1989.266, note D. Lepeltier ; Bull. Civ. IV, n° 39

10. Cass. 3<sup>e</sup> civ. 11 Mai 2006 pourvoi N° 05-10.261 ; CA Paris 21 avr. 1989, Bull. Joly 1989, p. 610 note Y Streiff

11. Cass.com.4 janv.1994, Rev.sociétés 1994, p.278 note Lecene-Marenaud, Bull.Joly 1994, p.249, note J.-J.Daigre

pouvait être privé de participer à une délibération collective. Cette dissociation avait paru pratiquement aberrante à certains.<sup>12</sup> En effet, on imagine avec difficulté ce que pourrait représenter, pour un actionnaire, une participation à une assemblée sans pouvoir voter. Dans une telle situation, celui-ci serait convoqué à l'assemblée appelée à délibérer, il pourrait poser des questions, s'informer, mais au moment le plus important, le vote de la décision qui prolongerait les débats, il devrait renoncer à s'exprimer par un bulletin. Ce déroulement heurte la raison car la participation aux décisions collectives est l'affirmation d'un droit politique fondamental reconnu à l'actionnaire, dont le vote est à l'évidence l'instrument indispensable. Priver un actionnaire du droit de voter revient dans la réalité à le priver du droit de décider avec les autres, donc de participer aux décisions collectives. Il y a là une contradiction. C'est celle-ci probablement qui a fait évoluer la jurisprudence de la Cour de cassation. Par un arrêt Château d'Yquem, du 9 février 1999, qui a suscité de nombreux commentaires<sup>13</sup>, la chambre commerciale a renoué fermement les liens entre participation aux décisions collectives et exercice du droit de vote. C'est en restreignant les possibilités de privation, par une clause statutaire, du droit de vote d'un associé, qu'elle y est parvenue. Le litige portait sur l'efficacité d'une clause statutaire qui prévoyait une extension du domaine des conventions réglementées exigeant une approbation des associés d'une société en commandite dans des hypothèses non prévues par la loi. Or, dans le régime des conventions réglementées, la personne intéressée est privée du droit de vote lorsque l'assemblée générale est amenée à délibérer sur l'approbation de la convention. Par l'application de cette clause, on aboutissait à priver un associé de participer à un scrutin dans une hypothèse non prévue par la loi. Les magistrats ont censuré la cour d'appel qui avait admis le jeu de la clause conduisant à la privation du droit de vote. La règle énoncée était désormais très claire : il ne peut y avoir de suppression de droit de vote que lorsqu'il est prévu par la loi.

Mais comment alors combiner cette règle avec la possibilité dans une SAS d'exclure un associé de l'article L.227-16 al. 1 du Code commerce ?

### Comment exclure un actionnaire d'une SAS ?

À cette question, l'arrêt commenté du 23 octobre 2007 apporte une réponse très nette : s'il est possible d'exclure un associé par application de l'article L.227-16 du Code de commerce, « ce texte n'autorise pas les statuts, lorsqu'ils subordonnent cette mesure à une décision collective des associés, à priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de participer et de voter sur la proposition ». Comme c'était Monsieur X., l'actionnaire majoritaire à près de deux tiers de du capital qui était visé par le projet d'exclusion, la reconnaissance de son droit de voter lors de la délibération relative à son exclusion éventuelle revenait, a priori, à lui assurer une inamovibilité. Désormais, seuls les minoritaires

en voix lors du vote auraient pu être exclus par décision collective.<sup>14</sup>

Mais, dans cette décision, la Cour de cassation reconnaît deux niveaux de dérogation possibles à l'interdiction de priver de droit de vote un associé menacé d'exclusion, dont une devrait stimuler l'imagination les rédacteurs de statuts de SAS.

D'abord, les magistrats confirment la jurisprudence Château d'Yquem, en affirmant que la privation du droit est toujours possible lorsqu'elle est prévue par la loi. Ainsi, par exemple dans une société anonyme, l'article L.225-40 du Code de commerce interdit à l'associé intéressé de prendre part à un vote autorisant une convention de l'article L.225-38. Cette privation légale du droit de vote reste toujours possible.

Ensuite, selon l'arrêt, l'interdiction d'exclure un associé par décision collective en le privant à cette occasion du droit de vote, ne ferme pas la possibilité d'insérer dans les statuts, une autre procédure d'exclusion, qui n'imposerait pas une décision collective. Une instance de la SAS, autre que les actionnaires délibérants, pourrait prendre cette décision d'exclusion. Une telle procédure est envisageable en raison de la souplesse juridique offerte aux rédacteurs des statuts d'une SAS. Cette souplesse est le résultat de la combinaison de deux règles. La première : l'article L.227-9 du Code commerce permet de fixer dans les statuts de la SAS la liste des décisions qui seront prises collectivement (sauf quelques décisions visées par l'article lui-même) ; c'est aux choix des rédacteurs. Il est donc possible de ne pas faire figurer l'exclusion d'un actionnaire dans cette liste. La seconde règle : l'article L.227-16 du Code de commerce qui autorise l'exclusion, n'impose pas de procédure ; il se contente de renvoyer aux statuts. C'est donc aux rédacteurs de statuts donc de solliciter leur imagination. En combinant ces deux libertés reconnues par la loi, d'autres procédures statutaires que celle des associés délibérants peuvent être élaborée pour exclure un actionnaire. La liberté statutaire accordée par la loi, permettrait ainsi de prévoir qu'un président, un directeur général, un conseil d'administration aurait la faculté d'exclure un actionnaire. Après avoir été chassée par la mise en œuvre d'un principe assurant une primauté des règles légales sur les statuts, la liberté contractuelle pourrait réapparaître plus vigoureuse grâce aux dérogations laissées ouvertes dans son arrêt par la Cour de cassation. La SAS, véritable anguille juridique, confirme ainsi sa souplesse, mais aussi sa dangerosité pour les moins avisés et les plus faibles.

Q. U.

12. v. par exemple Y.Reinhardt RTD com.1999, p.902 note sous Cass.com.9 févr.1999.

13. Cass.soc., 9 févr.1999, Rev.soc.1999, p.81 note P.Le Cannu, D.2000, p. 231, obs.J.-C. allouin, JCP 199 éd.E, note Y.Guyon.

14. Il est possible aussi de créer des actions à droits de vote multiples et de les attribuer à ceux qui sont appelés à détenir le pouvoir décisionnel. Des actionnaires minoritaires financièrement peuvent ainsi devenir majoritaires politiquement lors des délibérations.

## Société fictive – Apport en nue-propiété d'un portefeuille de titres – donation – partage – Contrôle fiscal – Abus de droit

Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-14.262 (n° 713 F-P+B), Saunier : RJDA 10/07, n° 966 ; Droit des sociétés n° 18, oct. 2007, comm. 174, note R. Mortier ; Rev. fisc. notariale, n° 9 sept. 2007, comm. 126, note O. Debat.

**Constitue un abus de droit au sens de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, la constitution d'une société fictive au sens de l'article 1832 du Code civil et ayant pour seul but de permettre l'apport en nue-propiété d'un portefeuille de titres afin d'éviter l'application du barème légal prévu par l'article 762 du Code général des impôts.**

Les gestionnaires de patrimoine recommandent depuis quelques années un montage de transmission consistant pour des parents à apporter à une société civile constituée à cet effet la nue-propiété d'un immeuble, d'un portefeuille de titres ou de titres avant de faire donation en pleine propriété de leurs parts sociales à leurs enfants<sup>15</sup>. L'enjeu consiste en une substantielle économie d'impôts, puisque l'évaluation de la nue-propiété n'est pas la même selon qu'il s'agit d'une donation ou d'un apport. Dans le premier cas, il est fait application du barème fiscal des mutations à titre gratuit de l'article 762 du Code général des impôts<sup>16</sup>, alors que dans le second il est procédé à une évaluation économique au moment de l'apport. L'administration fiscale est encline à voir dans ce montage un abus de droit, comme l'illustre l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 15 mai 2007.

Une dame âgée de 70 ans a constitué, avec ses deux enfants, une société civile ayant pour objet la propriété et la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilière. Elle a fait apport de la nue-propiété d'obligations assimilables du Trésor (OAT) évaluée à 35 % de leur valeur en pleine propriété, ses enfants ayant apporté chacun 120 francs en numéraire. Neuf mois plus tard, elle fait donation à ses enfants, chacun pour moitié, de l'ensemble de ses parts pour leur valeur d'apport. Dans un avis rendu le 15 mai 2001, le comité consultatif pour la répression des abus de droit a retenu que ces opérations avaient dissimulé la donation directe de la nue-propiété des titres aux enfants afin d'éviter l'application du barème légal prévu à l'article 762 du Code général des impôts en vigueur à l'époque des faits issue d'une loi du 25 février 1901. L'administration fiscale a notifié aux donataires un redressement fondé sur l'article 64 du Livre des procédures fiscales, décision contestée judiciairement par la donatrice.

Le 15 mai 2007 la chambre commerciale de la Cour de cassation approuve les juges du fond (CA Douai, 27 février

2006) pour avoir, dans l'exercice de leur pouvoir souverain, « fait ressortir le caractère fictif de la société au sens de l'article 1832 du Code civil et [...] considéré que cette société n'avait été constituée que pour permettre l'apport en nue-propiété des titres afin d'éviter l'application du barème légal prévu par l'article 762 du Code général des impôts, en vigueur au moment des faits, sur la valeur de l'usufruit évalué lors de l'apport à 65 % de la valeur de la propriété entière alors que pour la liquidation des droits de mutation à titre gratuit, la valeur de l'usufruit, compte tenu de l'âge de Mme S. n'aurait été que de 10 % ». À l'appui de ses déductions la cour d'appel a retenu un faisceau d'indices concordants composé du défaut de fonctionnement de la société (aucun acte de gestion relatif à l'achat ou à la vente de valeurs mobilières n'ayant été effectué entre le moment de la constitution de la société et l'acte de donation-partage litigieux), de l'absence d'autonomie financière de la société et d'apports réels des enfants (ces apports représentant 0,0041 % de la valeur de l'apport de leur mère), ainsi que du défaut d'une véritable volonté de s'associer reconnu par les enfants eux-mêmes, lesquels indiquaient que leur mère entendait garder les revenus des titres apportés à la société et la maîtrise de son patrimoine sans avoir à demander leur accord pour d'éventuels arbitrages.

À l'analyse, cette solution n'échappe pas à la critique (1) et appelle à s'interroger sur les perspectives d'avenir de ce schéma de transmission (2).

### 1. Analyse critique

Retenant une conception très large de la fictivité, cet arrêt n'emporte pas conviction au regard des indices retenus.

La cour d'appel invoque d'abord le « défaut de fonctionnement de la société ». Classiquement, la jurisprudence retient une approche institutionnelle, organique, de cette notion en relevant l'absence de tenue d'assemblées ou d'une comptabilité<sup>17</sup>, le défaut d'information des associés. Le critère adopté en l'espèce consiste en une absence de fonctionnement « économique », « aucun acte de gestion relatif à l'achat ou à la vente de valeurs mobilières n'ayant été effectué entre le moment de la constitution de la société et l'acte de donation-partage litigieux » (neuf mois plus tard). Outre le fait qu'une société qui n'a pas d'activité économique – en somme il n'est pas nécessairement une société fictive, ce critère qui définit le fonctionnement de la société par référence à son activité doit s'apprécier au regard de la réalisation de son objet social. Or, cet objet consiste dans la détention et la valorisation d'un portefeuille de valeurs mobilières. À ce stade de l'analyse, la cour d'appel a manqué de rigueur, car la gestion d'un portefeuille n'implique pas nécessairement de nombreux et fréquents arbitrages. Tout dépend de sa composition et de son orientation (profil) de gestion. Composé d'obligations (OAT), ce portefeuille appelle naturellement une orientation de type « prudent » (« sécurité ») n'exigeant pas de rotations fréquentes. L'absence d'arbitrage est au contraire le signe d'une parfaite adéquation du type de gestion aux valeurs composant le portefeuille et, partant, de la réalisation de

15. Sur ce montage : V. F. Deboissy, L'apport de la nue-propiété d'un immeuble une SCI suivi de la donation des titres à l'épreuve de l'abus de droit, RTD com. 2003, p. 186 ; P. Fernoux, SCI et démembrements de propriété : Contribuables... résistez ! Dr. et patrimoine, mai 1998, p. 29 ; SCI et démembrement de propriété : contribuables... poursuivez la résistance : Dr. et patrimoine avr. 2001, p. 33 ; SCI et démembrement de propriété : vive la résistance, JCP N 2001, p. 978 ; P. Fernoux et J.-M. Mateu, Transmettre la nue-propiété d'un immeuble par apport à une SCI suivie d'une donation des parts : c'est possible !, JCP N 2002, p. 1467 ; P. Fernoux, SCI et démembrement de propriété : l'épilogue d'un long combat, JCP N 2007, p. 1216.

16. Ce texte était en vigueur au moment des faits. V. aujourd'hui CGI, art. 669.

17. V. Cass. com., 6 mai 1969 : Bull. Civ., III, n° 157.

l'objet social par un gérant avisé. La cour d'appel ensuite argumente de « l'absence d'autonomie financière de la société », sans apporter d'élément justificatif. Mais, comme l'indique le pourvoi, la société était dépourvue de besoins propres et ses frais généraux étaient réduits. Au besoin, elle aurait d'ailleurs pu céder une partie de la nue-propiété du portefeuille<sup>18</sup> sans être tenue de faire appel à ses associés ou à un tiers.

La cour d'appel se fonde encore sur « l'absence d'apports réels des enfants, représentant 0,0041 % de la valeur de l'apport de leur mère ». La réalité des apports est ici appréciée en fonction de leur importance respective comparée<sup>19</sup> et non selon leur valeur intrinsèque. N'est donc pas réel l'apport de 120 francs, s'il fait de l'apporteur un associé « ultra-minoritaire ». Or, effectuer un apport en numéraire, aussi minime soit-il, satisfait à la condition posée par l'article 1832 du Code civil. Retenir son insignifiance comme critère de fictivité, c'est encore adopter une conception extensive.

Enfin, les juges du fond font état du « défaut d'une véritable volonté de s'associer reconnu par les enfants eux-mêmes, lesquels indiquaient que leur mère entendait garder les revenus des titres apportés à la société ainsi que la maîtrise de son patrimoine sans avoir à demander leur accord pour d'éventuels arbitrages ». Il s'agit ici de dénoncer à mots couverts l'absence d'affectio societatis, critère subjectif de fictivité de la société en mettant en évidence le fait que les enfants n'étaient que des « hommes de paille », de « pseudo-associés » à la botte de leur mère, « maître absolu » de l'affaire. Ici encore, l'acception très large de ce critère est contestable, car fondée sur des considérations étrangères à la société. C'est en effet la qualité d'usufruitière du portefeuille des titres de la mère qui justifie tant son droit aux revenus que celui de réaliser les arbitrages sur les titres<sup>20</sup>. Cette qualité est, par hypothèse, extérieure à la société<sup>21</sup> puisque seule la nue-propiété de ce portefeuille a été apportée. En déduire l'absence de volonté des enfants de s'associer s'est réaliser un « grand écart » contestable. En effet, il est difficile de croire un seul instant qu'informés du schéma de transmission de patrimoine, les enfants n'aient pas eu le souhait d'entrer en société, sachant, d'une part, qu'à court terme leur mère allait leur faire donation de la pleine propriété de ses parts, situation préférable à celle de nus-proprétaires en indivision et, d'autre part, qu'au décès de leur mère, la société se retrouverait pleinement propriétaire du portefeuille.

Il reste que si chaque indice, pris isolément, est sujet à critique, leur réunion peut laisser planer un doute. Ce doute peut cependant être aisément balayé en considération du but poursuivi par la création de ce type de société : la transmission d'un bien ou d'un ensemble de biens dans un cadre familial, afin d'éviter les inconvénients d'une indivision et, par la même occasion, payer moins

d'impôts. L'objectif n'est donc pas « exclusivement » fiscal contrairement à ce qu'énonce la cour d'appel. À cet égard, l'on observera qu'elle a qualifié la société de fictive et de frauduleuse, sans toutefois donner d'éléments propres à étayer la fraude. Celle-ci semble déduite de la fictivité<sup>22</sup>. Or, ces deux notions sont distinctes tant en droit fiscal qu'en droit des sociétés, même si en pratique, lorsqu'il s'agit de fictivité « économique » masquant l'activité d'un seul maître de l'affaire, l'écran de la personnalité morale poursuit souvent un but de fraude. C'est ici encore une approche extensive qui accredit l'idée d'un parti pris contre cette technique de transmission.

## 2. Perspectives

Cet arrêt s'inscrit dans le contexte d'un débat portant sur la validité de ce montage ayant déjà donné matière à une jurisprudence contrastée<sup>23</sup>. Il ne saurait cependant en être déduit une condamnation de ce procédé car l'arrêt est fondé sur l'appréciation souveraine des données spécifiques aux circonstances de l'espèce par les juges du fond. Pour la même raison, il ne saurait être porteur d'une distinction fondée sur la nature des biens transmis.

Il invite toutefois les gestionnaires de patrimoine à une plus grande vigilance dans l'élaboration de ces montages et les conseils les entourant. Le bilan de la jurisprudence permet de dégager quelques éléments de nature à conforter ce schéma. Tout d'abord, l'objet de la société devra mettre en avant la détention et la gestion de biens. S'agissant d'un portefeuille de titres, sa composition et l'orientation de gestion pourront être précisées dans les statuts, sachant toutefois que toute modification des premiers nécessitera celle des statuts. Ensuite, le but poursuivi, à savoir la transmission d'un bien ou d'un ensemble de biens dans un cadre familial et le souhait d'éviter les inconvénients de l'indivision, sera utilement indiqué, assorti d'une mention spécifique selon laquelle la société deviendra pleinement propriétaire des biens apportés en nue-propiété au décès du ou des usufruitiers. On évitera également la concomitance de la constitution de la société et la donation par les parents des parts sociales à leurs enfants. Ensuite, il serait judicieux que les apports des enfants soient substantiels et, bien mieux, que le capital de la société ne soit pas uniquement composé de la nue-propiété d'un immeuble ou d'un portefeuille de titres, mais également de numéraire et/ou d'autres actifs liquides. Enfin, il demeure essentiel que la société « fonctionne » conformément aux règles du droit des sociétés (tenue d'assemblées, comptabilité, compte rendus de gestion du portefeuille, etc.).

I. R.

18. V. en ce sens R. Mortier, note précitée.

19. Voir déjà en ce sens. Cass. com., 19 avr. 1961 : Bull. Civ., III, n° 180; Contra : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 juillet 1989 : Bull. civ., I, n° 272.

20. Sur le droit de l'usufruitier d'un portefeuille de titres de gérer celui-ci : v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 nov. 1998, n° 96-18.041 P : Dr. Sociétés 1999, comm. n° 17, note H. Hovasse; JCP E 1988, act. 1853.

21. Cette dernière n'a de droits que sur la nue-propiété du portefeuille; elle ne deviendra pleinement propriétaire qu'au décès de l'usufruitière.

22. Pour une référence à une présomption de fraude, v. O. Debat, Rev. fisc. notariale, n° 9 sept. 2007, comm. 126.

23. En faveur de la validité : TGI Créteil, 20 juin 2000 : JCP N 2007, 1216; CA Bourges, 12 mars 2001, n° 99/00456; CA Paris, 7 mars 2002, n° 00-19154 : Juris-Data n° 2002-183118, Dr. fisc. 2002, comm. n° 713; CA Bourges, 13 mai 2002 n° 01/00974 : Juris-Data n° 2002-181653; CA Reims, 3 nov. 2003; TGI Bobigny 28 sept. 2004, n° 03/09463; JCP N 2007, 1216; Cass. com., 3 oct. 2006, *Botherel*, n° 04-14.272 : JCP N 2007, p. 1116. Contra : Cass. com., 15 févr. 2005, n° 03-15.827; CA Besançon, 15 oct. 2003, n° 02/01830.