

3.1

Société d'exploitation et SCI : des dangers d'une relation fusionnelle au sein du couple

À propos de l'extension de procédure collective pour fictivité ou confusion de patrimoine



Jean BARET,

Avocat au Barreau de Paris,
SCP Lyonnet Bigot Baret

Un dirigeant de société exploitant une activité nécessitant des locaux a tout avantage à créer une SCI qui acquiert l'immeuble et le loue à la société commerciale. Mais ce couple société d'exploitation/SCI doit établir des règles de vie respectant la personnalité de chacune, au risque d'une extension de procédure collective lorsque la situation financière se dégrade. Une telle extension est possible dans deux cas : la confusion de patrimoine, qui suppose

la constatation de relations financières anormales (V. § 4) et la fictivité de la personne morale visée par l'extension, constatée lorsque son patrimoine est inextricablement imbriqué avec celui d'une autre personne morale (V. § 10). L'étude de la jurisprudence, appliquée au couple société d'exploitation/SCI, permet de d'identifier quelques règles cardinales génératrices de sécurité (V. § 14), et de savoir jusqu'où le chef d'entreprise peut aller (V. § 17).

Introduction

1. Le couple constitué d'une société commerciale d'exploitation et d'une société civile immobilière (SCI) est un classique des schémas préconisés en droit des sociétés.

En effet, un dirigeant de société exploitant une activité nécessitant des locaux, ce qui est très souvent le cas surtout dans certains domaines, comme l'industrie, a trois possibilités : faire louer à sa société l'immeuble par un tiers, faire acquérir à sa société en propre l'immeuble, ou **créer une SCI qui acquiert l'immeuble et le loue à la société commerciale.**

2. Cette dernière solution est souvent choisie par le chef d'entreprise avisé, dans la mesure où décorréliser les actifs mobiliers nécessaires à une exploitation commerciale, qui seront détenus par la société d'exploitation, et l'actif immobilier qui

sera détenu par une SCI, cette dernière concluant par exemple un bail avec la première, présente **plusieurs avantages**¹.

> Le premier est que la SCI s'endette aux fins de l'acquisition de l'immeuble qui abrite l'activité de la société d'exploitation, cette dernière société versant des loyers permettant le remboursement du prêt contracté par la SCI, ce qui permet, *in fine*, **d'acquérir l'immeuble grâce à l'activité commerciale.** C'est une solution évidemment préférable à l'hypothèse de payer des loyers à un tiers.

1 F. Thiéry, S. Le Normand-Caillère : JCl. Ingénierie du patrimoine, Fasc. 2420, n° 32 et s. - G. Baffoy, Modes de détention de l'immobilier d'entreprise : RFP 5/13, étude 17. - Y. Judeau, Optimiser l'acquisition des locaux professionnels !, Société d'exploitation ou société civile immobilière ? : JCPN 2013, n° 48, 1280.

> Le deuxième, corollaire du premier, est que le dirigeant de la société d'exploitation étant généralement associé dans la SCI, une **source de revenu complémentaire** lui est ainsi assuré, soit pendant son activité professionnelle (une fois le prêt contracté par la SCI remboursé et/ou si le montant des loyers est supérieur au montant du remboursement du prêt), soit, en tous les cas, lors de son départ à la retraite.

> Le troisième est qu'il est possible de **transférer de manière temporaire l'usufruit des parts** de la société civile à la société d'exploitation et ce, dans une **logique d'optimisation fiscale**, même si un tel schéma peut présenter quelques risques et doit être envisagé avec prudence².

> Le quatrième avantage est qu'il sera plus facile de **céder la société d'exploitation sans l'immeuble**, ce dernier venant augmenter souvent de manière substantielle la valeur de l'entreprise.

> Un cinquième avantage est lié au régime des **plus-values de cession de l'immeuble** qui est plus avantageux lorsque celui-ci est détenu dans le patrimoine privé³.

> Un sixième avantage concerne **l'organisation de la transmission patrimoniale de l'entrepreneur** s'il a plusieurs enfants. En effet, il pourra par exemple transmettre la société d'exploitation à un seul de ses enfants, qui lui paraît le plus apte à prendre sa suite à la tête de l'entreprise, et les parts de la SCI à ses frères et sœurs, dans un souci de rééquilibrage.

> Un septième avantage de ce schéma se situe vis-à-vis des **créanciers potentiels de la société commerciale d'exploitation**. En effet, ces derniers n'ont par hypothèse aucun droit sur le patrimoine immobilier détenu par la SCI, personne morale différente de la société d'exploitation.

Aucun droit ? Pas tout à fait.

Comme dans bien des couples, quand les finances sont au vert, tout va bien. Mais, lorsque les difficultés financières surviennent, le couple est mis à l'épreuve. Pour une société, des finances malmenées peuvent se traduire par une procédure collective : sauvegarde, redressement judiciaire, et dans les cas sans espoir, liquidation judiciaire.

Le dirigeant malheureux en affaires peut être ainsi conduit à déposer le bilan de la société d'exploitation au Tribunal de commerce, ce qui amènera les créanciers à se manifester dans le cadre de déclarations de créances. Un passif de la société va ainsi se dessiner, et les organes de la procédure collective, avec le Tribunal de commerce, ont alors pour mission, soit d'aider l'entreprise à se redresser (dans le cadre d'un plan ou en organisant une cession de l'entreprise), soit, en cas de situation

trop obérée, à désintéresser au mieux lesdits créanciers. S'ensuit alors une vente des actifs de la société, lorsque cela est possible, puis la conduite d'instances judiciaires, pour récupérer par exemple des créances impayées de la société. Mais les organes de la procédure vont inmanquablement apprendre que la société d'exploitation n'est pas liée, par un contrat de bail, à n'importe quelle SCI, mais à une SCI détenue par le dirigeant de la société d'exploitation. Et, puisqu'ils recherchent, dans l'intérêt des créanciers, tous les moyens possibles de faire rentrer quelque argent, ils peuvent être tentés d'**utiliser une arme propre au droit des procédures collectives : l'extension de procédure**.

En effet, même si le couple société commerciale d'exploitation/SCI est tout à fait légal, la façon dont le dirigeant aura traité ce couple avant que la société commerciale tombe en déconfiture peut cependant permettre, à un liquidateur par exemple, d'étendre la procédure collective de la société commerciale à la SCI, et récupérer ainsi l'actif immobilier détenu par cette dernière.

I. Extension de procédure collective : quelles sont les liaisons dangereuses ?

3. Cette possibilité ouverte notamment aux organes de procédure collective, et qui permet donc de réunir deux passifs et deux actifs de personnes morales différentes, est prévue à l'article L. 621-2 du Code de commerce qui dispose que :

« À la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du débiteur ou du ministère public, la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale.

[...] »

Il ressort de cet article qu'une extension de procédure collective n'est possible que dans deux cas, celui de la confusion de patrimoine (A) et celui de la fictivité de la personne morale visée par l'extension (B).

A. La confusion de patrimoine

4. Selon les juges, la confusion de patrimoine est définie par la notion de **relations financières anormales**. Voilà le lecteur attentif bien avancé et il faut donc éplucher la jurisprudence pour y trouver des exemples concrets permettant d'éclairer le chef d'entreprise sur ce qu'il ne faut pas faire⁵.

5. En tout premier lieu, ces relations financières anormales ne peuvent ressortir que de **d'un ensemble concordant d'indices** ».

2 S. Anouchian, Le démembrement de l'immobilier d'entreprise : D.O. Actualité 2017, n° 35, 11. - L. Benoudiz, Pas de bal tragique au Comité de l'abus de droit : la cession d'usufruit temporaire n'est pas morte ! : Dr. fisc. 2015, n° 21, 312. - Y. Judeau, Optimiser l'acquisition des locaux professionnels !, Une stratégie mixte : le démembrement de propriété : JCPN 2013, n° 49, 1285. - P. Fernoux, Immobilier d'entreprise : démembrement des parts d'une SCI : BF Lefebvre 3/09.

3 Sous réserve que la société civile relève du régime fiscal des sociétés de personnes et qu'elle n'ait pas opté à l'IS.

4 Le reste de l'article porte sur le cas de l'entrepreneur individuel, que nous ne traiterons pas dans le cadre de cette étude.

5 V. également A. Jacquemont, Exploitation en commun et confusion des patrimoines : JCl. Procédures collectives ou Commercial, fasc. 2165.

Un flux financier isolé, même anormal, ne peut suffire, en principe⁶, à justifier une extension de la procédure collective. Il faut d'autres indices pour caractériser des relations financières anormales⁷.

6. Ainsi, ne sont **pas susceptibles de caractériser une confusion des patrimoines** entre le preneur et son bailleur :

- > le paiement par le locataire de travaux de 23 448 euros et le paiement de loyers ayant varié de 600 euros à 2 000 euros. Quel que soit le débiteur réel des travaux, le paiement des travaux ne constitue en tout état de cause qu'un flux financier isolé. La variation des loyers, à supposer même qu'elle soit injustifiée et dénote une gestion équivoque, ne caractérise pas pour autant des relations financières anormales ayant procédé d'une volonté systématique témoignant d'une confusion patrimoniale entre le bailleur et son preneur⁸ ;

- > le paiement de loyers, revalorisés en fonction de l'augmentation de l'activité d'un hôtel exploité par le locataire⁹ ;

- > la constatation d'un loyer trop faible, d'abandon de créances et de garanties injustifiées des dettes de la société¹⁰ ;

- > une avance de trésorerie consentie par une société à une autre¹¹ ;

- > le paiement de factures dues par une société à une autre société¹² ;

- > des versements opérés sans contrepartie d'une société à une autre, s'il n'est pas établi qu'ils procédaient d'une volonté systématique¹³.

7. En revanche, la **jurisprudence reconnaît la présence d'indices concordants** lorsque :

- > des sociétés sont dirigées par les mêmes personnes, dotées d'un actionnariat familial identique et dont les flux financiers entre elles ne se sont matérialisés par aucune facturation ni contrepartie¹⁴ ;

- > une société a pris en charge, sans contrepartie, le déficit d'une autre société, laquelle a encaissé des loyers de certains biens immeubles appartenant à la première et qui a consenti, au profit de la banque de celle-ci des hypothèques et nantisements, là aussi sans contrepartie ;

- > le dirigeant de deux sociétés commerciales a détourné vers son patrimoine personnel les ressources d'une des sociétés, mis son fonds de commerce en location-gérance pour éviter les risques d'une exploitation personnelle et perçu des deux sociétés des revenus sans réelle contrepartie, ce qui justifie l'extension des procédures ouvertes contre les sociétés à son encontre¹⁵ ;

- > un commerçant qui, après avoir cessé son activité personnelle, a créé une société dont il a pris la gérance, lui a

cedé son droit au bail pour une somme rémunérée par des parts sociales et a renoncé à réclamer à la société le dépôt de garantie qu'il avait versé au bailleur¹⁶ ;

- > un consultant de deux sociétés assumait la responsabilité technique globale de ces sociétés et s'était fait remettre des chèques en blanc pour environ 150 000 F par leurs dirigeants, ainsi que des avances¹⁷ ;

- > une personne physique utilise des subventions publiques qui étaient versées à une association ; ces flux financiers anormaux sont considérés comme anormaux, dans la mesure où les sommes avaient servi à son couple pour vivre au quotidien, payer des remboursements bancaires, donner de l'argent à leur fille et acheter des vêtements et que l'association et ses comptes personnels étaient mélangés ; il avait également été relevé l'ambiguïté, entretenue par la fourniture de relevés d'identité bancaire, entre leur adresse lieu-dit Montauban et celle de l'association lieu de vie Montauban¹⁸.

8. Notons que dans certains cas, **la jurisprudence peut se contenter d'un seul flux financier, si ce dernier, compte tenu de sa durée dans le temps, est la preuve d'une volonté de confusion de patrimoine.**

Ainsi en va-t-il du cas dans lequel une société a bénéficié pendant plusieurs mois de locaux pris à bail par une autre société sans aucune contrepartie au profit de cette dernière mise ultérieurement en liquidation judiciaire¹⁹.

Également, le fait que le parc du domaine dont l'épouse du gérant était propriétaire a bénéficié, sans contrepartie, de travaux d'aménagement et d'entretien importants accomplis, pendant plusieurs mois, par la société dont elle était associée et que dirigeait son époux, s'analyse en un flux financier anormal²⁰.

9. Ce rapide tour de jurisprudence permet de constater que l'existence de flux financiers anormaux entre deux sociétés, ou entre une société et une personne physique, est révélée soit par un ensemble de faits, soit par un seul flux financier anormal durant dans le temps.

Et, dans tous les cas, on note que les **flux financiers sont qualifiés d'anormaux quand ils avantagent une seule des deux personnes morales**, au complet détriment de l'autre.

B. La fictivité de la personne morale

10. Une personne morale fictive est une personne qui n'est qu'apparence ; en réalité, **son patrimoine est inextricablement imbriqué avec celui d'une autre personne morale.**

Mais la notion d'imbrication de patrimoines n'est pas toujours aisée à déterminer avec précision, et **seuls les exemples jurisprudentiels permettent d'en dessiner les contours.**

6 V. toutefois ci-dessous (V. § 8).

7 Cass. com., 2 nov. 2016, n° 15-10.727 et Cass. com., 28 févr. 2018, n° 16-26.735.

8 CA Montpellier, 2e ch., 6 oct. 2015, n° 14/03306.

9 Cass. com., 25 juin 2002, n° 99-12.886.

10 Cass., 10 déc. 2002, n° 99-18.502.

11 Cass., 29 avr. 2003, n° 00-19.184.

12 Cass., 19 nov. 2003, n° 00-20.873.

13 Cass., 2 mai 2007, n° 06-12.378.

14 Cass., 15 févr. 2000, n° 97-18.821, Félix Potin.

15 Cass. com., 5 févr. 2002, n° 98-20.369.

16 Cass. com., 2 juin 2004, n° 01-13.406.

17 Cass. com., 7 déc. 2004, n° 03-12.030.

18 Cass. com., 5 avr. 2011, n° 10-16.496.

19 Cass. com., 15 févr. 2005, n° 03-13.224.

20 Cass., 30 oct. 2012, n° 11-25.560.

11. Ainsi, n'ont pas été considérés comme suffisants pour caractériser la fictivité d'une personne morale :

- > une **interdépendance économique**²¹ ;
- > une communauté d'intérêts et de moyens²² ;
- > une identité de dirigeants, de sièges sociaux, d'objet social et de participations en capital réciproque entre les deux personnes morales²³ ;
- > s'agissant d'une SCI, le fait que celle-ci détienne uniquement un immeuble loué à une SARL, dont le gérant est associé de la SCI, et alors que la SARL avait une dette de loyers impayés²⁴.

12. En revanche, **peut être retenu comme caractérisant la fictivité d'une société :**

- > l'impossibilité d'individualiser les différentes activités des sociétés, l'absence de comptabilité, l'absence d'un contrat de bail relatif à la location des terres par la société civile d'exploitation agricole ou de la buvette par la société à responsabilité limitée²⁵ ;
- > le non-respect de la distinction, même théorique, des patrimoines²⁶ ;
- > et bien évidemment, la confusion des comptabilités qui ne permet pas de vérifier les opérations effectuées par l'une ou l'autre société²⁷.

II. Société d'exploitation et SCI : quel degré de souplesse au sein du couple ?

13. Les critères énoncés ci-dessus, qu'ils soient relatifs aux flux financiers anormaux ou à la fictivité d'une personne morale, se retrouvent concrètement appliqués à notre couple société d'exploitation/SCI. L'étude de ces cas est riche d'enseignements pour aider le chef d'entreprise à prendre la mesure de ce qu'il peut faire ou, au contraire, des pratiques à éviter.

A. Les règles cardinales

14. Tout d'abord, rappelons que **la seule communauté d'associés et de dirigeants ne peut suffire à caractériser une confusion de patrimoine.**

15. Ensuite, à l'évidence, pour éviter le risque de voir la SCI jugée fictive, il faut :

> tout d'abord qu'elle perçoive un loyer. En effet, **tant que la société d'exploitation verse un loyer à la SCI en contrepartie de l'occupation du bien immobilier, la fictivité de la SCI ne peut être démontrée**²⁸ ;

> que ces mouvements financiers soient reflétés par une **comptabilité tenue à jour** et que la SCI ait un **fonctionnement effectif**, avec tenue d'assemblée générale annuelle.

16. Quant au risque de confusion de patrimoine, il suffit, pour s'en garantir avec certitude, d'éviter toute opération financière entre les deux sociétés, autre que le versement d'un loyer.

B. La marge de souplesse

17. Cela étant, le chef d'entreprise ne souhaitera certainement pas se satisfaire d'une telle étanchéité. Alors, jusqu'où peut-il aller ?

Sans que la justice n'y voie une confusion de patrimoine, la SCI peut ainsi :

- consentir un abandon de créances²⁹ ;
- souscrire un engagement de caution pour garantir les emprunts de la société locataire, à la condition qu'il ne compromette pas l'existence de la société³⁰ ;
- ou même bénéficier de travaux, financés par la société d'exploitation franchisée mais imposés par le franchiseur³¹.

Ces possibilités sont d'autant moins risquées qu'il s'agit d'actes isolés, puisque, rappelons que la notion de flux financiers anormaux ressort d'un ensemble d'indices concordants³².

18. En revanche, une société d'exploitation qui, en cours de bail, accepte un avenant réduisant considérablement la surface des biens loués à la SCI, sans réduction du montant du loyer, puis qui vend à la SCI des matériels et du mobilier tout en continuant d'en faire usage sans conclusion d'une convention de mise à disposition ni contrepartie, fera l'objet d'une extension pour confusion de patrimoine établie par des relations financières anormales³³.

La confusion de patrimoine sera également reconnue lorsque la société d'exploitation a supporté, en plus du loyer, la charge d'importants travaux d'aménagement, intérieur et extérieur, de l'immeuble loué pour un coût équivalent à six années de loyers, qu'elle a dû partiellement financer par le recours à l'emprunt, tandis que la SCI, au terme du bail, devenait, sans aucune indemnité, propriétaire de tous les aménagements³⁴.

21 Cass. com., 20 oct. 1992, n° 90-21.070.

22 Cass. com., 20 oct. 1992, n° 89-10.912.

23 Cass. com., 2 mai 2007, n° 06-12.378.

24 Cass. com., 25 juin 1996, n° 93-11.264.

25 CA Bordeaux, ch. 2, 6 avr. 1999, Velly c/ SCP Torelli : JurisData n° 1999-040967.

26 CA Toulouse, ch. 2, sect. 1, 17 mai 1999, Neri c/ Everaere : JurisData n° 1999-042123.

27 Cass. com., 17 janv. 1995, n° 92-15674

28 CA Paris, ch. 3, sect. C, 8 juin 2001, Dubuit c/ SCI Dava : JurisData n° 2001-152667.

29 Cass. com., 10 déc. 2002 n° 99-18.502.

30 Cass. com., 2 nov. 2016, n° 16-10.363.

31 CA Paris, pôle 5, ch. 9, 8 nov. 2018, n° 17/15587.

32 Cass. com., 2 nov. 2016, n° 15-10.727 et Cass. com., 28 févr. 2018, n° 16-26.735.

33 Cass. com., 15 févr. 2000, n° 97-17.195.

34 Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-24.536.

19. En outre, attention à **ne pas réaliser une opération entre les sociétés qui, parce qu'elle dure dans le temps, ou en raison de son importance, devient injustifiable sur le plan économique, financier et comptable.**

Par exemple, la fait, pour un GFA, de renoncer à exiger le paiement des loyers dus par l'EARL locataire pendant quatre ans, justifie l'existence d'une confusion des patrimoines³⁵.

Ou encore, si la société d'exploitation finance des travaux excédant largement ses possibilités du moment et même futures lors de l'exploitation commerciale escomptée, et que, depuis l'origine cette société se trouve dans une situation de dépendance économique et juridique totale et anormale vis à vis de la SCI³⁶.

Dans le même ordre d'idées, une hausse du loyer très importante, qui ne se justifie par aucune réalisation de travaux, peut aussi caractériser une confusion des patrimoines³⁷.

35 Cass. com., 28 févr. 2018, n° 16-24.507.

36 Cass. com., 26 mai 2010 n° 09-66.615.

37 Cass. com., 12 juill. 2017, n° 16-10.542.

Conclusion

20. Tout peut être envisagé, mais **c'est avant tout une question de dosage.**

Il faut **absolument éviter** :

- des faits répétés ; un flux financier anormal mais isolé peut être acceptable ;

- un flux financier qui place en danger l'une des sociétés, que ce soit un engagement de caution trop important, un prêt pour financer des travaux trop onéreux, une augmentation de loyer totalement injustifiable par rapport à la valeur locative, etc.

- un flux financier qui dure dans le temps, comme la mise à disposition de locaux pendant des années.

Des flux épars, sans danger pour les sociétés ni excessifs au point d'en être injustifiables, ni qui durent trop longtemps... La souplesse offerte par le couple société d'exploitation/SCI doit donc être pratiquée avec raison, pour ne pas risquer une extension de procédure collective.

J. BARET ■